

00781



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

DIVISION DE ESTUDIOS DE POSGRADO DE LA
FACULTAD DE DERECHO

LA JURISPRUDENCIA ¿INTERPRETACION JURIDICA O LEY?

T E S I S

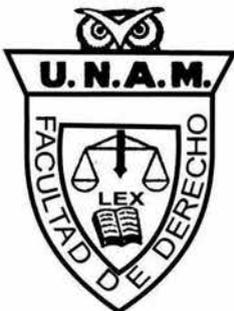
QUE PARA OBTENER EL GRADO DE:
DOCTOR EN DERECHO

PRESENTA:

MTRO. ANGEL DAVILA ESCAREÑO

TUTOR:

DR. LUIS GERARDO VALDERRAMA NAVARRO



MEXICO, D. F., NOVIEMBRE DE 2004



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.

LA JURISPRUDENCIA ¿INTERPRETACIÓN JURÍDICA O LEY?

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	3
CAPÍTULO I. MARCO CONCEPTUAL	
1.1. La ley.....	9
1.2. La jurisprudencia.....	20
1.3. La interpretación.....	29
1.4. La interpretación jurídica.....	33
CAPÍTULO. II. EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA E INTERPRETACIÓN	
2.1. La jurisprudencia en Roma y su interpretación.....	54
2.2. Evolución de la jurisprudencia en otros sistemas jurídicos.....	60
a) Familia jurídica romanista.....	62
b) Familia jurídica del <i>common law</i>	66
c) Familia jurídica socialista.....	90

CAPÍTULO III. ESCUELAS METODOLÓGICAS DE INTERPRETACIÓN

3.1. Antecedentes (<i>interpretatio</i> y glosadores).....	93
3.2. La Escuela de la Exégesis.....	101
3.3. La Escuela Histórica Alemana.....	108
3.4. La Jurisprudencia Dogmática.....	116
3.5. La Jurisprudencia de Conceptos.....	121
3.6. La Jurisprudencia de Intereses.....	127
3.7. La Escuela Científica Francesa.....	131
3.8. Sociologismo y Escuela de Derecho Libre.....	135

CAPÍTULO IV. LA JURISPRUDENCIA EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO

4.1. El fundamento de validez de la jurisprudencia.....	150
4.2. Funciones del Estado.....	182
4.3. La jurisprudencia, interpretación y creación del derecho.....	192
4.4. Integración de la ley.....	221
4.5. Semanario Judicial de la Federación.....	237
4.6. Excesos y defectos de la jurisprudencia.....	260
4.7. Consideraciones finales en torno a la interpretación y creación jurisprudencial.....	266

CONCLUSIONES	281
---------------------------	-----

BIBLIOGRAFÍA	288
---------------------------	-----

INTRODUCCIÓN

El propósito de esta investigación es hacer notar que la jurisprudencia, como la ley, son “fuentes formales” del derecho, en atención a los procesos por los que surgen, procesos revestidos de forma, sin los cuales la ley y la jurisprudencia no se crean. Además, de que nacen por la acción de órganos del Estado; y ambas instituciones están reguladas por la ley, aunado a que poseen las mismas características materiales, como son la generalidad, imparcialidad, abstracción, y obligatoriedad. Por lo tanto, afirmamos que es necesaria la reformulación de la jurisprudencia para reconocerle formalmente dichas características de la ley en determinados casos específicos, y sobre todo porque de hecho las tiene.

El propósito de esta investigación, es también, analizar los principales defectos y excesos que actualmente tiene la institución de la “Jurisprudencia”, para buscar la solución más adecuada, y así resolver algunos problemas de desigualdad jurídica, e invasión de esferas.

En algunos casos, los tribunales de la federación, al interpretar la ley caen en una serie de excesos, como el de rebasar la función principal de la jurisprudencia (interpretar exactamente la ley), ya que al ejercer esta función e

incluso crean una nueva ley, es decir, le dan un sentido diferente del que el legislador plasmó.

La jurisprudencia judicial en su función integradora tiene las mismas características y efectos de la ley, y existen excesos de ésta al interpretar e integrar la ley. Además, de que la jurisprudencia es obligatoria únicamente para los tribunales jurisdiccionales jerárquicamente inferiores, por lo que consideramos necesario que tenga observancia general en el ámbito jurisdiccional y no jurisdiccional. Asimismo, ésta se aplica en las entidades federativas (en el ámbito jurisdiccional), por tal motivo es urgente que éstas interpreten sus propias constituciones y leyes, emitiendo su propia jurisprudencia.

La teoría a la que se inclina la presente investigación, es la que sostiene que la Jurisprudencia es una "fuente formal", del derecho, y que por tanto al ser indeterminado e imperfecto el derecho, el órgano competente interpreta, aplica, crea y modifica la ley, reuniendo todas las características de ésta e incluso, a veces, tiene más alcance y amplitud.

No obstante que la jurisprudencia está regulada en la Constitución y específicamente en la Ley de Amparo, diariamente se aplica al impartir justicia en todos los tribunales de la República y en todas las materias (civil, penal, mercantil, fiscal, administrativa, laboral y agraria, *inter alia*.)

Por la forma en que se redacta la jurisprudencia, y por la forma en que se aplica a los casos concretos, parece ser que es obligatoria, general, abstracta e imparcial, como lo es la ley. No obstante esto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación en las antiguas 1ra., 3ra. y 4ta. salas (penal, civil y laboral) ha definido que la jurisprudencia no es la ley, sino que sólo es la exacta interpretación de la ley.

Sin embargo, a la fecha ya hay tribunales colegiados que han sostenido que la jurisprudencia en realidad es una norma legal, y en el pleno de la corte se resolvió la denuncia de contradicción de tesis 5/95, entre las sustentadas por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito y el Cuarto Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, en la que se determinó que la jurisprudencia es sólo la exacta interpretación jurídica de la ley, esto es precisamente lo que pretendemos refutar, al investigar y analizar este tema en la presente investigación.

La palabra jurisprudencia tiene dos acepciones principales a saber, la primera alude en forma genérica a la ciencia del derecho, como el conocimiento de lo justo y de lo bueno, es decir, tiene un sentido amplio que es entendido como el conocimiento o sabiduría del derecho.

La segunda acepción, se refiere al conjunto de criterios emanados de los tribunales jurisdiccionales al aplicar los supuestos normativos de la ley en la resolución de los casos concretos, a esta acepción se le llama también jurisprudencia judicial.

En gran medida, algunas jurisprudencias emitidas por los tribunales competentes o por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no son uniformes, nos referimos a que las cinco tesis que deben de ser emitidas en un mismo sentido, a veces no aluden ni siquiera del mismo tema, o incluso abordando el mismo tema son criterios encontrados, en estos casos la jurisprudencia producto de dichas resoluciones ha caído en exceso, ya que su función es interpretar, aplicar e integrar o suplir la ley. Esta última función, constituye prácticamente el objeto de estudio de la presente investigación.

Pero sobre todo el sistema jurídico mexicano, tiene un gran defecto, el de no reconocer a la jurisprudencia formalmente las mismas características de la ley, que son a saber: la obligatoriedad, imparcialidad, abstracción, y la generalidad.

Incluso no existe en la Constitución 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.

Entonces la restricción impuesta a la jurisprudencia la encontramos, en todo caso, no en la Constitución, sino en los artículos 192 y 193 de la Ley de Amparo, que vinculan su obligatoriedad tan sólo a autoridades jurisdiccionales.

Luego entonces, se subsanaría uno de los principales defectos de la jurisprudencia, lo cual repercutiría en la formula Otero, es decir, la formula sería superada, no mediante la "irrelatividad" de la sentencia, sino por la lógica y natural generalidad de la jurisprudencia, lo que traería como consecuencia inmediata una mejor administración, procuración e impartición de justicia.

La presente investigación, por lo que acabamos de decir, pretende resolver este tipo de problemas que se han planteado y de ahí que, tengamos la necesidad de hacernos una serie de preguntas iniciales a saber:

¿La jurisprudencia, interpreta exactamente la ley o crea la ley al interpretarla?

¿La jurisprudencia tiene las mismas características de la ley?

Resulta, por tanto, que nuestra investigación, se encuentre dentro del campo de estudio del derecho, y específicamente en la administración, procuración e impartición de justicia.

Con mucha razón, lo que se denomina jurisprudencia en una de sus acepciones, al ser la exacta interpretación de la ley, no es algo distinto ni una

parte de lo que se interpreta, sino la totalidad de lo interpretado y por tanto la ley con todos sus elementos y características. Pero sobre todo, que al suplir los vacíos de la ley, o lo que es lo mismo al "integrarla" crea una norma nueva, que es lo que permite tenga las mismas características y efectos de ésta.

Por lo que, se deben reconocer dichas características, ya que materialmente sí las reúne, pero lo que proponemos es que se consideren de manera también formal, toda vez que así sucede en la práctica.

Nos limitaremos pues a dar una visión amplia de la jurisprudencia, para poder resaltar su importancia y hacer hincapié en la necesaria reformulación, para la mejor administración, procuración e impartición de justicia, en nuestro sistema jurídico mexicano, tomando algunas ideas importantes de otras escuelas de interpretación a nivel mundial.

Del mismo modo, se hará un análisis, para ver sus aciertos y desaciertos, para tratar de dar una posible solución al problema que enfrenta. Ciertamente, el problema abordado es de relevante importancia, sobre todo en virtud de que hoy en día, existen diversas tendencias sobre la institución de la jurisprudencia, una de ellas, es la que considera que ésta es la exacta interpretación de la ley únicamente; la otra por el contrario sostiene que ha rebasado esta función, y que por tanto llega a constituir la misma ley, con todos sus efectos y características.

De ahí, que lo que se pretende es demostrar, la segunda tendencia, es decir; la que sostiene que es la ley misma, de manera material, y proponer que sea reconocida de manera formal, toda vez que reúne las características de la ley.

También, justifica nuestra investigación del presente tema, los problemas que lo acompañan, como es la incorrecta interpretación de la jurisprudencia al considerarla de manera restringida a meras resoluciones de los tribunales jurisdiccionales; para lo cuál esperamos dar una visión general de la misma, decir, que, su significado es más amplio, y que por ese sólo hecho, es necesario al mismo tiempo utilizar los diversos métodos o sistemas de interpretación, para llegar a entender el verdadero sentido del derecho, y de una manera concreta de la ley. Por otra parte, que es una institución que esta limitada, por cuestiones que no tienen razón de ser, para que la jurisprudencia alcance la generalidad.

En síntesis, dejaremos en claro que se entiende por jurisprudencia, cuáles son sus diversas acepciones, que métodos de interpretación existen, así como señalar o incluso recomendar los más adecuados, con el fin de establecer el verdadero significado de la ley, por un lado. Por el otro, resaltar que la jurisprudencia, es un medio de fuerza, para los tribunales jurisdiccionales, en razón de que esta institución les otorga amplias facultades para legislar, sino formalmente, si materialmente, por lo cual, pretendemos sea de manera también formal.

Pero sobre todo e independiente de lo antes mencionado, el resultado básico que pretendemos llegar, es comprobar que efectivamente la jurisprudencia ha rebasado esas funciones tradicionales (interpretar, reiterar, aplicar), para llegar a constituir la ley misma, por medio de la función "integradora" de la jurisprudencia, señalando por supuesto que tiene todos los efectos y características de la ley.

LA JURISPRUDENCIA ¿INTERPRETACIÓN JURÍDICA O LEY?

CAPÍTULO I. MARCO CONCEPTUAL

1.1. La ley

Cualquier intento de definición de un concepto debe tomar como punto de partida el uso común de la palabra que designa el concepto en cuestión. Al definir la noción de ley, debemos empezar por examinar cada una de sus características y elementos que lo componen.

De acuerdo con BURGOA, "la ley es un acto de autoridad que tiene como elementos característicos la *abstracción*, la *imparcialidad* y la *generalidad*. Se distingue de los actos administrativos y jurisdiccionales, en cuanto que estos son esencialmente *concretos*, *particularizados* e *individualizados*."¹

¹ BURGOA O., Ignacio, *Diccionario de derecho constitucional, garantías y amparo*, 6ª. ed., México, Ed. Porrúa, 2000, p. 267.

Así, pues el concepto ley, podemos definirlo como el ordenamiento jurídico de carácter general, abstracto, obligatorio e impersonal, que tiene una sanción directa o indirecta en caso de incumplimiento.

Para Kelsen, la ley jurídica es el enunciado que describe el derecho, en cuanto enunciado jurídico formulado por la ciencia jurídica, pero no ella misma el objeto descrito, el derecho, la norma jurídica. Esta última, concluye cuando de ser general suele designársele como "ley".²

A esto es preciso añadir la afirmación de Baqueiro Rojas que: "Dentro de un marco estrictamente jurídico debe entenderse por ley la fuente formal de derecho, resultado del proceso legislativo que se distingue de otras normas jurídicas por su carácter de generalidad y abstracción."³

Por razones de economía de pensamiento, cabe partir de una de sus características más amplias de la palabra ley. Ahora debemos, entender por generalidad, la característica de un ordenamiento obligatorio y aplicable a todo sujeto que se encuentre dentro del supuesto o hipótesis normativa, que especificará quién o quiénes están sujetos al ordenamiento.

Resulta necesario establecer el significado etimológico de la palabra abstracción que según BURGOA proviene, "Del latín *abstractio-onis* e implica la acción o efecto de abstraer o abstraerse, derivados estos verbos del latino *abstrahere*, que denota *extraer o separar*. Lo abstracto es un atributo opuesto a lo concreto, pues se extiende a cualesquiera entes particulares o individualizados en

² KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. Roberto J. Vernengo, 12ª. ed., México, Porrúa, 2002, p. 84.

³ BAQUEIRO ROJAS, Edgard, *Diccionarios jurídicos temáticos*, Derecho civil, México, Oxford, Volumen 1, 2002, p. 69.

número *indeterminado*. La actividad intelectual utiliza imprescindiblemente conceptos abstractos que son los conceptos filosóficos y científicos. La abstracción es una cualidad material de toda ley, que se define, por ende, como un conjunto de *normas abstractas, impersonales y generales* de muy diverso contenido o materia. Al través del elemento abstracción se distingue la ley de los actos de autoridad administrativos y jurisdiccionales que son concretos, individualizados o particularizados."⁴

Por lo tanto, debemos entender por abstracción, la circunstancia de que tantas veces como se den los supuestos se mantiene la obligación del mandato, lo contrario sea las características de particularidad y concreción, o sea, mandato para alguien en especial que cumplido queda extinta la obligación.

De acuerdo con BURGOA, la individualización automática de las situaciones abstractas previstas en la ley, es decir, la obligatoriedad *per se* que ésta impone a los sujetos que en ellas se encuentran comprendidos, puede operar no sólo cuando se trate de situaciones particulares ya existentes en el momento en que la ley entre en vigor, sino cuando surgen durante la vigencia de la misma, esto se basa en la naturaleza misma de la ley. Por tanto, sigue sosteniendo que no debe confundirse la ley en cuanto tal, con los actos específicos que concurren en su formación jurídico-constitucional, como son, su aprobación, expedición, promulgación, refrendo al acto promulgatorio y publicación.⁵

Aunque es importante señalar que el punto de vista de Burgoa respecto al concepto etimológico de abstracción, nos resulta incompleto, debido a que la

⁴ BURGOA O., Ignacio, *Diccionario de derecho constitucional, garantías y amparo*, Op. Cit., p. 12.

⁵ Op. Cit., p. 33.

abstracción es una cuestión mucho más amplia y compleja, por tanto una cuestión filosófica y lógica, por lo que creemos necesario analizarla desde éste punto de vista:

Para Nicola Abbagnano la palabra abstracción deriva de: "Abstracción (lat. *abstractio*; ingl. *abstraction*; franc. *abstraction*; alem. *abstraktion*; ital. *astrazione*). Operación mediante la cual cualquier cosa es elegida como objeto de percepción, atención, observación, consideración, investigación, estudio, etc., y aislada de otras cosas con las cuales se encuentra en una relación cualquiera. La A. tiene dos aspectos: 1) aislar la cosa elegida de las otras con las cuales se halla en relación (el abstraer de); 2) adoptar como objeto específico de consideración aquél con que éste queda aislado (A. selectiva o prescisión)."⁶

La A. es inherente a cualquier procedimiento cognoscitivo y puede servir para describir todo procedimiento de la misma naturaleza. Ha sido utilizada desde la antigüedad por Aristóteles, Santo Tomas, Locke, Hume, Kant, Hegel, Croce, Bergson, lo cual indica que no es sencilla la definición de abstracción sino por el contrario es muy compleja.

De acuerdo con Ramón Xirau, "La abstracción: (lat. *Ab-traho*, sacar de), suele significar: 1) la extracción de una cualidad de un objeto: (esta línea de este triángulo); 2) más frecuentemente el proceso mediante el cual se obtiene ideas generales."⁷

⁶ ABBAGNANO, Nicola, *Diccionario de Filosofía*, Trad. de Alfredo N. Galletti, 13ª. reimpresión, México, Ed. Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 4.

⁷ XIRAU, Ramón, *Introducción a la historia de la Filosofía*, México, Ed. Limusa, 2000, p. 481.

Aristóteles en los "Segundos Analíticos" (o Analítica Posterior), afirma respecto a la abstracción que: "En efecto, nosotros no podemos aprender sino por inducción o por demostración. Ahora bien, la demostración sale de los principios universales, y la inducción de los casos particulares. Pero es imposible conocer los universales de otro modo que por inducción; por la inducción, en efecto, se conocen las cosas abstractas, cuando se quiere hacer comprender que algunas de ellas se dan en cada género; y que se llaman abstractas, aunque no están separadas hasta el punto de que cada una de ellas forme un objeto distinto."⁸

El jesuita Salomón Rahaim, define la *abs-tracción* como un acto aprehensivo, que considera una cosa o nota de un conjunto desentendiéndose del resto.⁹

Ahora es indispensable, a nuestro parecer, examinar la naturaleza de la norma, por lo pronto debemos aceptar provisionalmente que se trata de un mandato. Kelsen señala que esta es la forma en que John Austin caracteriza al derecho, al afirmar que: Toda ley o regla es un mandato. O, mejor dicho, las leyes o reglas en sentido propio son especies de mandatos.

De acuerdo con John Austin, lo que convierte a una ley en "mandato" es su fuerza obligatoria. Es decir, cuando llamamos ley a un mandato expresamos únicamente el hecho de que constituye una "norma".

⁸ Aristóteles, *Tratados de Lógica (El organon)*, 9ª. ed., México, Ed. Porrúa, "Sepan Cuantos...", N. 124, 1993, p. 177.

⁹ RAHAIM MANRÍQUEZ, Salomón, *Compendio de Filosofía*, 5ª. ed., México, Ed. Limusa, 1989, p.18.

Diremos que, una ley en este sentido es un mandato que obliga a una o a varias personas, y que la función característica de dicho mandato jurídico consiste, en la creación de un deber jurídico, es decir, la obligación.

Al respecto, Kelsen sostiene que: "Un mandato es la expresión de una voluntad (o de un deseo) individual y tiene por objeto la conducta de otro individuo."¹⁰ Estos elementos de voluntad y deseo, son precisamente en cierto sentido, los que llegan a constituir un mandato.

Resulta evidente que un mandato es una norma únicamente cuando obliga al individuo a quien se dirige, o sea, cuando éste debe hacer lo que el mandato reclama, distinguiendo así al mandato y al mandato jurídico que lleva consigo la obligación, es decir, aquel que constituye una norma.

Se define igualmente por Kelsen, que: "Una norma es una regla que expresa el hecho de que alguien debe proceder de cierta manera, sin que esto implique que otro realmente "quiera" que el primero se comporte de tal modo."¹¹ Es decir, con lo que hemos dicho anteriormente, Kelsen con mucha razón, hace la distinción entre lo que es (ser) y lo que debe de ser (deber ser) que se encuentra determinado por la norma.

Según Kelsen, así debe de ser, porque, en efecto, la "fuerza obligatoria" o "validez" de la ley se encuentra intrínsecamente referida no a su posible carácter general, sino únicamente a su carácter de norma. Tomando en cuenta que, por su misma naturaleza, el derecho es una norma, no hay razón para considerar

¹⁰ KELSEN, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, Trad. Eduardo García Máynez, 2ª. ed., México, UNAM, 1995, p. 36.

¹¹ KELSEN, Hans, *Op. Cit.*, p. 41.

exclusivamente como jurídicas las normas generales. Si las individuales presentan en otros aspectos las características esenciales del derecho, habrá que considerarlas también como parte de éste. Sin embargo, las normas generales tienen siempre la forma de proposiciones hipotéticas.¹²

Evidentemente que el mandato como impersonal y anónimo es precisamente la norma. Partiendo de que la norma como mandato es, en sí, el sentido de un acto de voluntad que ordena, prohíbe, prescribe o permite, algo.

Kelsen concluye que: "Las normas jurídicas no constituyen proposiciones, esto es enunciados declarativos sobre un objeto dado al conocimiento. Según su sentido, son mandamientos y, en cuanto tales, órdenes, imperativos; pero no sólo mandamientos, sino también permisiones y autorizaciones."¹³

Examinemos ahora brevemente otra de las características esenciales de la ley, me refiero a la imparcialidad, que siguiendo el pensamiento de BURGOA, es una de las características de la ley, integrando, junto con la abstracción y la generalidad, su ser jurídico.

Es preciso, pues, aclarar la postura de Kelsen y Baqueiro ya que sostienen que cuando la norma jurídica es general y abstracta se dice que es una ley en sentido material, por otra parte, los sistemas políticos modernos encomiendan a órganos específicos la facultad legislativa, por lo general a parlamentos o diputaciones colegiadas, pero estos cuerpos no sólo crean normas generales que revisten forma de ley, es decir, leyes en sentido material, generales y abstractas, sino también disposiciones específicas, individualizadas y concretas

¹² *Ibidem*, p.45.

¹³ KELSEN, Hans, Teoría pura del derecho, Op. Cit., p. 84.

(autorizaciones, concesiones, permisos) dirigidas a otros órganos de poder o a individuos particulares, estas normas individualizadas y concretas se conocen también como leyes en sentido formal por el órgano de quien provienen.¹⁴

He aquí lo que es preciso que demostremos ahora. En determinadas circunstancias, órganos ejecutivos, judiciales y administrativos dictan también normas generales y de aplicación abstracta, como los reglamentos, ordenanzas y circulares, y sentencias judiciales que tienen el carácter de legales en sentido material, y que tienen las características de la ley, pero es por ello que han preferido reservar el término de ley a la norma emanada del Poder Legislativo cuando tiene las características de impersonalidad, generalidad, abstracción, e imparcialidad, o sea, cuando es ley en sentido formal, y no así a la norma jurisprudencial que consideramos que también en ciertos casos es norma general, por lo menos en sentido material.

De todo esto formemos ahora de la función ejecutiva el concepto siguiente: de la ley reglamentaria, se dice de cada una de las leyes que desarrollan los diferentes preceptos o funciones establecidos por la Constitución.

Reproduzcamos y desenvolvamos más lo que entendemos por facultad reglamentaria y reglamento. Se dice también, que es el conjunto ordenado de reglas o preceptos que da la autoridad competente para la ejecución de una ley o para el régimen de una corporación, una dependencia o un servicio. Por consiguiente, Zuñiga señala que el reglamento es: "Un conjunto de normas

¹⁴ Cfr. KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, p.240; BAQUEIRO ROJAS, Edgard, *Op. Cit.*, p. 69

obligatorias de carácter general, emanadas del Poder Ejecutivo, dictadas para el cumplimiento de los fines atribuidos a la administración pública."¹⁵

Es indispensable, a nuestro parecer, examinar en igual forma la regla de derecho, que de acuerdo con Baqueiro es:

"Bajo esta denominación se comprenden tres aspectos del hacer jurídico que, sin embargo, tienen diverso alcance en cuanto a su obligatoriedad positiva.

Una primera acepción, que tiene su origen en el *Digesto* como *Regulae iuris*, consiste en una colección de máximas, adagios, o expresiones técnicas consagradas por la práctica y usadas como recursos pedagógicos o mnemotécnicos pero que no están consideradas como obligatorias, salvo que expresamente las consagre el derecho positivo..."

Asimismo Ulpuano en el *Digesto* estableció los preceptos del derecho que son estos: "vivir honestamente, no causar daño á otro, y dar á cada uno lo suyo. (*Juris precepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum quique tribuere*)."¹⁶

"Además, hay reglas concretas: "el primero en tiempo es primero en derecho", "el que afirma debe probar", "el que puede condenar puede absolver", etcétera.

Una segunda acepción de la regla la identifica con los Principios Generales de Derecho que tienen valor jurídico supletorio a falta de legislación y en nuestro derecho sirven para llenar las lagunas de la ley, pues el juez, a falta de ley o de su interpretación, debe fundar su sentencia en dichos principios, generalmente de contenido axiológico, inspiradores del sistema jurídico de un Estado, éstos pueden

¹⁵ CERNES ZÚÑIGA, Sergio H., *Diccionarios jurídicos temáticos*, Criminalística y ciencias forenses, México, Oxford, Volumen 6, 2002, p. 64.

¹⁶ CUERPO DEL DERECHO CIVIL ROMANO, trad. Kriegel, Hermann y Osengrüggen y por D. Idefonso L. García del corral, Primera Parte, INSTITUTA.-DIGESTO, Barcelona, Ed. Lex Nova, Número 287, 1889, p. 199.

haber sido formulados en sentencias, máximas o adagios y encontrarse inmersos en la propia legislación como el principio *pacta sunt servanda* o *res indicata pro veritate habemtius*. Por último, la regla se identifica con la norma jurídica cuya máxima expresión viene a ser la ley positiva y su utilidad teórica sirve para distinguirla de la regla moral, religiosa o técnica.

En cierto sentido, se ha caracterizado a la regla de derecho como aquella norma de conducta externa, heterónoma, bilateral y coercible.¹⁷

Por otra parte, en términos generales debemos entender que la ley es el resultado obtenido de un proceso legislativo, que es precisamente, la consecución de actos lógicos y sistemáticamente realizados, por virtud de la cual se presentan, estudian, discuten y votan las iniciativas de ley o decreto por parte de un órgano colegiado en el que se deposita la función legislativa.

Todo proyecto de ley en el ámbito federal, que se envía al presidente de la República para su promulgación es el resultado de la coincidencia de dos voluntades, a decir de las cámaras de diputados y senadores.

El maestro Arteaga Nava Elisur, sostiene que el proceso legislativo existe con vista a hacer operante la manifestación de la voluntad de los entes colectivos denominados cámaras; busca, además, que la presentación, estudio, dictamen, discusión y aprobación de las iniciativas de leyes y decretos se haga en forma independiente, separada, sucesiva, adecuada, madura y oportuna, con vista a que la ley sea justa y sin vicios de inconstitucionalidad; que la voluntad de los legisladores se exprese en forma libre, informada y responsable.¹⁸

¹⁷ BAQUEIRO ROJAS, Edgard, *Op. Cit.*, p. 95-96.

¹⁸ Cfr. ARTEAGA NAVA, Elisur y Laura Trigueros Gaisman, *Diccionarios jurídicos temáticos, Derecho constitucional*, México, Oxford, Volumen 2, 2002, p.75.



Las etapas que integran el proceso legislativo están estructuradas con el objeto de permitir el estudio serio de las iniciativas, evitar precipitaciones, economizar tiempo, dado lo relativamente reducido de sus reuniones; permitir una mayor información en relación con las materias a discutir; excluir interferencias de los otros poderes y evitar que la ciudadanía, directa o indirectamente, ejerza presiones indebidas sobre la persona de los legisladores.

Los principios que regulan el proceso legislativo, por cuanto que establecen privilegios, aluden a garantías, procuran seguridad, se han elevado a rango constitucional. Eso explica la minuciosidad de los artículos 61, 71, 72, 110 y 111 de la Constitución.

1.2. La jurisprudencia.

El concepto 'jurisprudencia' tiene diversas acepciones, a saber:

- 1) 'Ciencia del derecho'.
- 2) El conjunto de resoluciones emitidas por los tribunales competentes.
- 3) El conjunto de opiniones emitidas por famosos jurisconsultos (*ius publicum respondendi*).

Comencemos, por establecer el significado etimológico de la palabra jurisprudencia:

"Jurisprudencia. (lat. *Jurisprudentia*.) f. Ciencia del derecho. // Enseñanza doctrinal que dimana de los fallos o decisiones de autoridades gubernativas o judiciales. // Norma de juicio que suple omisiones de la ley, y que se funda en las prácticas seguidas en casos iguales o análogos.// En los países que tienen tribunales de casación, la que sientan aquellos fallos judiciales emitidos por estos tribunales, que suponen la más alta jerarquía dentro de la organización judicial, y cuya doctrina es de obligatorio acatamiento para todos los jueces y tribunales sometidos a su jurisdicción. // Méx. Obligatoriedad que alcanza un asunto jurídico después de haber sido resuelto por la Suprema Corte de Justicia o por los tribunales colegiados de circuito, una vez satisfechos los requisitos legales."¹⁹

¹⁹ PALOMAR DE MIGUEL, Juan, *Diccionario para juristas*, México, Ed. Porrúa, Tomo II, 2000, p. 885.

Hemos dicho anteriormente que una de las acepciones de la palabra jurisprudencia es como ciencia del derecho: según Ulpiano, " Jurisprudencia es el conocimiento de las cosas divinas y humanas, la ciencia de lo justo y de lo injusto (*Jurisprudencia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*)."²⁰

De acuerdo con Cisneros Farías, atendiendo a la definición del concepto jurisprudencia elaborada por Ulpiano, ésta es la noticia o conocimiento de las cosas divinas y humanas, así como la ciencia de lo justo y de lo injusto (*est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti et iniusti scientia*). Es evidente pues que la jurisprudencia es la primera ciencia europea de la cuál se tuvo conocimiento, esta connotación clásica romana, revela que es el primer metalenguaje del derecho romano.²¹

Necesitamos por lo tanto delimitar el significado de la jurisprudencia que el famoso jurisconsulto nos dejó y que pareciera es bastante amplio, es por eso que necesario recurrir a la opinión de BURGOA, el cual afirma que debemos de apartarnos del rigor estricto de la traducción de la definición latina de Ulpiano, pero debiendo tomar en consideración la índole científica misma de la idea de la jurisprudencia, que se constriñe o circunscribe a *lo jurídico* (jus: mandato, derecho), resulta que la noticia o conocimiento que implica se refiere a las cosas humanas y divinas en su *aspecto jurídico*, esto es, desde el punto de vista del derecho.

²⁰ CUERPO DEL DERECHO CIVIL ROMANO, *Op. Cit.*, p. 5.

²¹ CISNEROS FARÍAS, Germán, *Diccionario de frases y aforismos latinos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Serie Estudios Jurídicos, número 51, 2003, p. 56.

De ahí que, Burgoa llegue a la conclusión de que la jurisprudencia, siendo sinónimo de sabiduría o ciencia del derecho en general por la causa antes dicha, comprende el estudio sobre *lo jurídico humano y lo jurídico divino -derecho humano y derecho divino, respectivamente-* (primera parte de la definición), abarcando también el relativo a la justicia y a la injusticia (segunda parte de la misma). De esta segunda parte de la definición de jurisprudencia, podemos deducir que no sólo implica un conjunto de conocimientos científicos sobre lo que podríamos llamar *jurídico deontológico* (lo jurídico justo, lo jurídico que debe ser o *Derecho Natural, racional, etc.*), sino sobre lo *jurídico ontológico* (lo jurídico que puede o no ser injusto, lo jurídico que es, o sea, el *Derecho Positivo* tanto en su aspecto legal como doctrinario).²²

Elizondo Gasperin, sostiene que la palabra jurisprudencia tiene otras acepciones no menos importantes en la vida jurídica: Es el conjunto de reglas o normas que la autoridad con atribuciones al respecto deriva de la interpretación de determinadas prevenciones del derecho positivo, que precisa el contenido que debe atribuirse y el alcance que debe darse a éstas y que al ser reiteradas cierto número de veces en sentido uniforme, no contrariado, son obligatorias para quien deba decir casos concretos regidos por aquellas prevenciones.²³

Sin embargo, para nosotros, la jurisprudencia se equipara a la ley porque, aunque formalmente no es norma jurídica, lo es materialmente en cuanto posee los atributos esenciales de aquélla, que son la generalidad, la abstracción,

²² BURGOA O., Ignacio, *Diccionario de derecho constitucional, garantías y amparo, Op. Cit.*, pp. 257, 258.

²³ ELIZONDO GASPERÍN, María Macarita, *Diccionarios jurídicos temáticos, derecho procesal*, 2ª. ed., México, Colegio de Profesores de Derecho Procesal Facultad de Derecho de la UNAM, Oxford, Volumen 4, 2002, p. 152-153.

obligatoriedad e imparcialidad, punto de vista que trataremos de justificar en el desarrollo de la presente investigación.

Además, puede decirse también, según la Suprema Corte de Justicia de la Nación que la jurisprudencia "...es el conjunto de reglas o normas que la autoridad jurisdiccional que cuenta con atribuciones al respecto, deriva de la interpretación de determinadas prevenciones del derecho positivo, que precisan el contenido que debe atribuirse y el alcance que debe darse a éstas, y que, al ser reiteradas cierto número de veces en sentido uniforme, no contrariado, son obligatorias para quien deba decidir casos concretos regidos por aquellas prevenciones."²⁴

Con mucha razón, se entiende por jurisprudencia de la Suprema Corte o de cualquier otro tribunal, en su aspecto positivo-jurisdiccional, como: *"las consideraciones, interpretaciones, razonamientos y estimaciones jurídicas que hace una autoridad judicial en un sentido uniforme e ininterrumpido, en relación con cierto número de casos concretos semejantes que se presentan a su conocimiento, para resolver un punto de derecho determinado."*²⁵

A esto es preciso añadir como el mismo BURGOA lo señala que a nadie escapa la importancia y trascendencia que tiene la función jurisprudencial que despliegan los tribunales, incluso éstos consideramos que no sólo interpretan la norma jurídica objetiva con el auxilio imprescindible de la ciencia del derecho y demás disciplinas culturales, sino que integra el orden jurídico positivo mediante la elaboración de reglas generales, abstractas e impersonales, en la diversidad de

²⁴ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Manual del juicio de amparo*, 2ª. ed., México, Ed. Themis, 1995, p. 175.

²⁵ BURGOA O., Ignacio, *Diccionario de derecho constitucional, garantías y amparo*, Op. Cit., p. 258.

casos concretos que se les presentan, lo cual es propio de un sistema jurídico dinámico.

Es indispensable, a nuestro parecer, examinar ahora una de las ideas más importantes de la postura de BURGOA. Del mismo modo, afirma que "la jurisprudencia tiene, cuando menos, dos finalidades esenciales, a saber: la de interpretar el derecho legislado y la de crear o construir el derecho con ocasión a los casos concretos que se someten al conocimiento de los tribunales."²⁶

Como se advierte, la jurisprudencia no se puede entender nada más como una mera función aplicativa de las normas generales a los casos concretos, sino que es necesario entenderla también como la creación o construcción del derecho cuando la ley es inexistente, omisa o deficiente. Es decir, que si no entendemos de esta manera a la jurisprudencia, los tribunales serían autómatas de la ley, o simplemente aplicadores mecánicos de la misma.

Existen diversos órganos judiciales con competencia para fijar jurisprudencia, unos dependientes del Poder Judicial de la Federación, como la Suprema Corte de Justicia de la Nación, funcionando en pleno o salas, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y los tribunales colegiados de circuito y otros diversos como el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, Tribunales Agrarios, Tribunal Federal de lo Contencioso Administrativo, así como los tribunales superiores de algunas entidades federativas, cada uno de ellos en su respectiva jurisdicción. Las resoluciones emitidas por los organismos antes señalados, además de satisfacer el requisito de la reiteración de su sentido sin

²⁶ *Op. Cit.*, p. 259.

interrupción por alguna en contrario, deben ser aprobadas por un quórum específico que en ocasiones, como en los tribunales colegiados de circuito, llega a ser por unanimidad.

Las resoluciones que no alcancen su reiteración ininterrumpida no constituyen jurisprudencia y, en consecuencia, sólo constituyen precedentes que igual pueden ser invocados en juicio, pero adolecen del requisito de obligatoriedad para los jueces jerárquicamente inferiores. Sin embargo, existe otra forma de establecer jurisprudencia que no es precisamente la reiteración y es la que deriva de la resolución emitida en las denuncias de contradicción de tesis, pues en estos casos dicho fallo tiene por objeto establecer el criterio que debe prevalecer y fijar la jurisprudencia, sin afectar las situaciones jurídicas concretas derivadas de las sentencias dictadas en los juicios en que hubiese ocurrido la contradicción. Además, la que es resultado de las controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad.

Al respecto, se señala que dentro de lo que constituye jurisprudencia obligatoria en nuestro sistema jurídico, el procedimiento de denuncia de contradicción de tesis es el productor de lo que hemos llamado *jurisprudencia unificadora*. Se forma con una sola resolución, la cual no requiere requisito mínimo preestablecido de votación, sino que basta que sea emitida por mayoría, siendo su objeto funcional el fijar la jurisprudencia para lograr la unidad de criterio. Los artículos 197 y 197-A de la Ley de Amparo establecen en forma limitativa a los sujetos legitimados para promover la denuncia de contradicción de tesis.

La denuncia de contradicción de criterios no procede tratándose de sentencias de un mismo órgano jurisdiccional, pues en este caso estamos en presencia de la interrupción de criterio.

Elizondo Gasperin, sostiene que en materia electoral existe, además, la posibilidad de establecer jurisprudencia obligatoria por declaración, la cual consiste en que aquella tesis de jurisprudencia que emitió el anterior Tribunal Federal Electoral, que integran la primera y segunda épocas de jurisprudencia, pueden llegar a ser obligatorias y, en consecuencia, aplicables a partir de que así lo declare la sala superior del actual Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación; por tanto, éstas integrarán la tercera época.²⁷

Muy bien; procuremos llegar en este punto a alguna conclusión digna de tan largo discurso. En efecto, la ley y la jurisprudencia son consideradas como "fuentes formales" del derecho, en atención a las características de los procesos por las que surgen, los cuales se encuentran revestidos de forma, sin las cuales, la ley o la jurisprudencia no pueden crearse.²⁸ Dentro de sus semejanzas, podemos señalar que nacen por la acción de órganos del Estado, es decir, de las diversas funciones del Estado que analizaremos en ulterior tema; también tienen en común, que ambas instituciones se encuentran reguladas por la ley, y por último, las dos determinan el derecho positivo como principales fuentes.

Veamos, ahora sus diferencias por su origen, que señala el maestro Acosta Romero. Dichas instituciones nacen de procesos formalmente establecidos, pero,

²⁷ ELIZONDO GASPERÍN, María Macarita, *Op. Cit.*, p.153.

²⁸ ACOSTA ROMERO, Miguel y Alfonso Pérez Fonseca. *Derecho jurisprudencial mexicano*, México, Ed. Porrúa, 1998, p. 81.

dichos órganos son distintos debido a las diversas funciones del Estado: la ley, del Poder Legislativo (Ejecutivo), y la jurisprudencia como todos sabemos, del Poder Judicial, es decir, de fundamente en la actividad de los jueces, que, para aplicar la ley a los casos concretos, deben necesariamente interpretarla y en ocasiones integrar sus vacíos.²⁹

Hemos dicho anteriormente que la ley posee tres principales características, que son la abstracción, la generalidad y obligatoriedad. Dichas características, después de ser analizadas, concluimos que no son exclusivas de la ley, ya que la jurisprudencia de alguna manera las toma y las reproduce también dentro de su conformación, por lo menos en su aspecto material. Sin embargo, ambas coinciden respecto a sus características y efectos en que sus supuestos jurídicos no nacen para ser aplicados a un solo caso concreto, sino a todos aquéllos que actualicen la hipótesis contenida en la norma.

Tratándose de la jurisprudencia, cabe destacar que, aun cuando ésta surge precisamente de la resolución de casos concretos, el criterio sentado en ellos cuando cumple ciertos requisitos para formarse y siempre que surge de la integración, sirve para resolver futuros casos concretos no previstos en la norma, lo que constituye la razón de su generalidad; pero es una generalidad de hecho, pero que al reconocerse formalmente, es decir, de derecho, llega a tener los mismos alcances que la generalidad de la ley, y llega a formar parte de ésta, y de esta forma echar a bajo la llamada "Formula Otero", que consideramos ya cumplió su misión histórica.

²⁹ *Op. Cit.*, p. 82.

Es evidente, que la ley y la jurisprudencia tienen una gran variedad de características análogas, lo que permite distinguir a la jurisprudencia como una verdadera norma jurídica, ya sea por medio de la interpretación y predominantemente por medio de la integración y sin lugar a dudas, como la segunda fuente de derecho en importancia dentro del orden jurídico positivo, mucho más aún que la costumbre, la doctrina y los principios generales del derecho.

Para pasar a otra consideración, es preciso resaltar la posible jerarquía que existe entre la ley y la jurisprudencia, que acertadamente señala Acosta Romero ya que la jurisprudencia puede tener tres posiciones diferentes respecto a la ley; en el primero, de subordinación, en cuyo caso el juez sólo interpreta la ley para lograr su aplicación al caso concreto; el segundo, de igualdad relativa, cuando se trata de llenar el vacío legal, puesto que en tal caso el juez se aproxima mucho a la función del legislador; en el tercero, la jurisprudencia puede situarse por encima de la ley y contravenirla, cuando un órgano jurisdiccional facultado para ello la declara inconstitucional. En resumen, la jurisprudencia es una auténtica norma jurídica, pues su obligatoriedad emana directamente de la Constitución.³⁰

³⁰ *Ibidem*, p. 88.

1.3. La interpretación.

Precisamente para saber que es la interpretación jurídica o hermenéutica jurídica, debemos ante todo establecer que se entiende por interpretación en términos generales, así mismo, es necesario también para entender la interpretación en general, dejar claro que se entiende por hermenéutica como ciencia de toda interpretación.

De acuerdo con Gerardo Dehesa, "la palabra *hermenéutica* se deriva del griego *hermenéia* que significa explicación, derivado a su vez de la palabra *herméus* interprete. Hermenéutica es la expresión de un pensamiento de explicación y, sobre todo, de la interpretación del mismo."³¹

En general, la ciencia de la hermenéutica puede ser literal (como análisis de las significaciones lingüísticas) y doctrinal; como análisis del pensamiento.

Como se advierte, la hermenéutica es la teoría sobre la comprensión e interpretación de textos jurídicos, filosóficos, teológicos, bíblicos y literarios. Sin embargo, para desarrollar su tarea se vale de la filología, la lógica, la lingüística, la filosofía y la historia como medios para llegar a una mejor comprensión e

³¹ DEHESA DÁVILA, Gerardo, *Etimología jurídica*, 2ª. ed., México, Poder Judicial de la Federación (Suprema Corte de Justicia de la Nación), Coordinación General de Sistematización y Compilación de Tesis, 2004, p. 106.

interpretación. En efecto, hoy la hermenéutica está centrada en tres puntos centrales a saber: la aclaración, interpretación y comprensión de textos.

En resumen, la interpretación jurídica se encuentra en un primer nivel, en donde se desarrolla una variada actividad; existe un segundo nivel, que es el de la interpretación, en el cual se está en la posibilidad intelectual de explicar todo cuanto ocurre en el plano inferior; y por último la hermenéutica que se encuentra en un tercer nivel, en este sitio es donde se produce la reflexión sobre los grandes principios. Entonces, resulta claro que la hermenéutica es la reflexión teórica sobre la comprensión, explicación e interpretación de textos.

Ha sido suficientemente establecida la diferencia entre estos tres conceptos: Hermenéutica, interpretación, y interpretación jurídica, pero en este apartado nos ocuparemos exclusivamente de la interpretación en general.

De ahí que, la interpretación de la ley es una forma específica de interpretación o, mejor dicho, uno de los múltiples problemas interpretativos, por lo que, no sólo se puede interpretar la ley sino, en general, como ya se dijo toda expresión que encierre un sentido, por lo que resulta necesario conocer en primer término el concepto general de interpretación.

Asimismo, Gerardo Dehesa señala que: "Esta relación resulta más clara si tomamos en cuenta que la palabra interpretación, procede del latín *interpres-etis*, agente entre dos partes, intermediario, negociador, traductor, comentador. Es decir, significa, en general, explicación, distinción. Esta palabra, ya aparece en los

diálogos de Platón con el significado de dar razón de lo dicho. En sus orígenes, se usó este vocablo para designar la interpretación de las Sagradas Escrituras."³²

Al lado de esta etimología tenemos otra más precisa que cita TAMAYO Y SALMORÁN, la cual nos parece más ilustrativa. "La expresión 'interpretación' proviene del latín *interpretatio (onis)*, y esta a su vez del verbo *interpretor (aris, ari, atus, sum)* que significa: servir de intermediario, venir en ayuda de; y en este último sentido, por extensión: 'explicar'; el verbo *interpretor* deriva del sustantivo *interpres (etis)* 'intermediario' agente."³³

Según García Máynez, "interpretar es desentrañar el sentido de una expresión. Se interpretan las expresiones, para descubrir lo que significan. La expresión es un conjunto de *signos*; por ello tiene *significación*."³⁴

Sigue sosteniendo, que en relación con este punto conviene distinguir, de acuerdo con los finos análisis de Edmundo Husserl en su obra *Investigaciones lógicas*, los siguientes elementos:

1º. *La expresión en su aspecto físico* (el signo sensible; la articulación de sonidos en el lenguaje hablado, los signos escritos sobre el papel, etcétera).

2º. *La significación*. Lo que la expresión significa es el sentido de la misma. Parece que la significación es el objeto a que la expresión se refiere, pero no es así, porque entre la expresión y el objeto hay un elemento intermedio: la *significación*.

³² DEHESA DÁVILA, Gerardo, *Op. Cit.*, p. 106.

³³ TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Elementos para una teoría general del derecho*, México, Ed. Themis, 1996, p. 333.

³⁴ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 32ª. ed., México, Ed. Porrúa, 1980, p. 325.

3°. *El objeto*. "La necesidad de distinguir la significación del objeto resulta clara cuando, después de comparar diversos ejemplos, nos percatamos de que varias expresiones pueden tener la misma significación, pero objetos distintos; o de que es posible que tengan significados diferentes, pero el mismo objeto. Naturalmente que existe también la posibilidad de que difieran en ambos sentidos o en ambos coincidan. Lo último ocurre en el caso de las expresiones tautológicas, por ejemplo tratándose de denominaciones con igual significado, tomadas de diversas lenguas.

García Máynez advierte al respecto que, los citados elementos no siempre se hallan unidos, y que existen algunas expresiones que, teniendo sentido, carecen de objeto. Algunas veces, la expresión posee un significado y corresponde a un objeto, pero relativamente a éste no hay una intuición sensible. Así pues, las expresiones diferentes pueden tener el mismo sentido (*expresiones sinónimas*); o el caso inverso también es posible: expresiones iguales con significaciones diferentes (*equivocos*).

Concluye Máynez afirmando que, "Se dice que las expresiones son equivalentes cuando, siendo diversas las significaciones, refiérense al mismo objeto."³⁵

³⁵ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Op. Cit.*, p. 326.

1.4. La interpretación Jurídica.

Entre los problemas originados por el derecho escrito, encontramos también el de la exacta determinación del alcance y significado de su texto: el gran problema de la interpretación jurídica.

Además, en el proceso de aplicación del derecho la interpretación de la norma o del acto jurídico que la concretiza constituye un paso esencial, pues la expresión de la voluntad popular manifestada en la ley o del autor o partes en el negocio jurídico se expresan a través de formas orales o escritas que deben ser precisadas en su intención y alcance. Se ha dicho que la interpretación es la investigación dirigida a inquirir el sentido y alcance de una norma jurídica, o bien desentrañar el sentido de una expresión y, en fin, aclarar el criterio axiológico válido que inspiró de la norma.

Al respecto Kelsen³⁶ afirma, que la interpretación es un procedimiento espiritual que acompaña al proceso de aplicación del derecho, en su tránsito de una grada superior a una inferior. En el caso en que más se piensa cuando se habla de interpretación, en el caso de la interpretación de la ley, se debe dar respuesta a la pregunta de qué contenido hay que dar a la norma individual de

³⁶ KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, Op. Cit., p. 349.

una sentencia judicial, al deducirla de la norma general de la ley para su aplicación al hecho concreto.

García Máynez considera que: "Si aplicamos las ideas del punto anterior al caso de la interpretación de la ley, podremos decir que interpretar está en descubrir el sentido que encierra. La ley aparece ante nosotros como una forma de expresión. Tal expresión suele ser el conjunto de signos escritos sobre el papel, que forman los "artículos" de los códigos."³⁷

Necesitamos, por lo tanto, señalar otras definiciones de interpretación jurídica, de los más destacados juristas, para poder entender de manera clara dicho concepto.

Riccardo Guastini establece una definición mucho más precisa al sostener que: "La interpretación jurídica pertenece al género de la interpretación textual. En expresiones como "interpretación jurídica", "interpretación del derecho", "interpretación de la ley", "interpretación de los actos normativos", "interpretación de normas" y otras similares, el vocablo "interpretación" denota, *grosso modo*, o bien la actividad de averiguar o decidir el significado de algún documento o texto jurídico, o bien el resultado o producto de esa actividad: el significado mismo. Que la interpretación sea una actividad de averiguación o de decisión es una cuestión controvertida, a la que las diversas teorías de la interpretación ofrecen respuestas diferentes."³⁸

³⁷ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Op. Cit.*, p. 327.

³⁸ GUASTINI, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación*, trad. Marina Gascón y Miguel Carbonell, 2ª. ed., México, Ed. Porrúa, 2000, p. 2 y 3.

La interpretación jurídica, para HERNÁNDEZ GIL, es el medio de acceso, a la vez inevitable y específico, para la objeción del sentido de las normas. Por esta circunstancia no se trata de cualquier aproximación a ellas o de cualquier clase de conocimiento, sino de aquel que tiende a captar precisamente los significados que incorporan en cuanto tales dentro del sistema en que aparecen insertas...Concluye que la interpretación será más o menos reflexiva, sencilla o problemática, pero constituye un instrumento o medio indispensable para captar el sentido.

A esto es preciso añadir la definición que nos da ZAGREBELSKY, para quien la interpretación jurídica es una actividad eminentemente práctica, en el sentido de que procede de casos prácticos y tiene como finalidad su resolución.

Se dice también: la interpretación es el proceso intelectual a través del cual, partiendo de las formas lingüísticas contenidas en el enunciado se llega a su contenido normativo, de los significantes (los enunciados) a los significados (las normas).

Para Joseph Raz, la interpretación siempre esta presente en la aplicación del derecho, ya que al ser el derecho completo los jueces no crean nuevo derecho sino únicamente interpretan el mismo. "Así como la validez de la distinción entre identificar el derecho existente y el hacer nuevo derecho es inconsistente con el papel de la interpretación, así lo es la ampliamente compartida creencia de que el

derecho es necesariamente incompleto. Si fuera incompleto los tribunales no podrían resolver las controversias interpretando el derecho."³⁹

Diremos que para Joseph Raz la clave de la interpretación esta en que: "una interpretación ilumina exitosamente el significado de su objeto en el grado en que responde a cualesquier razones que haya para prestar atención a su objeto como cosa de su tipo."⁴⁰

De acuerdo, con el pensamiento de TAMAYO Y SALMORÁN quien afirma que: "Si la interpretación consiste en dotar de significado a ciertas cosas, signos o acontecimientos, entonces la interpretación jurídica -siguiendo este orden de ideas- puede perfectamente consistir en cualquiera de las dos siguientes posibilidades: (1) La adscripción de un significado jurídico a ciertos hechos, signos, acontecimientos o comportamientos (objetos significados), los cuales se constituyen en objetos jurídicos en atención de que son jurídicamente considerados, o mejor, jurídicamente interpretados. (2) La adscripción de un cierto significado al discurso jurídico, i.e., leyes, constituciones, tratados, etc. (Al respecto conviene señalar que el problema de la interpretación jurídica, tradicionalmente planteado se ha referido casi exclusivamente a la segunda de estas nociones)."⁴¹

Es por esos, que consideramos que existe una serie de interpretaciones, *verbi gratia*, la interpretación constitucional en tanto corresponda aplicarla, mediante el procedimiento legislativo; una interpretación de los tratados

³⁹RAZ, Joseph, *¿Por qué interpretar?*, vid. en VÁZQUEZ, Rodolfo, Compilador, *Interpretación jurídica y decisión judicial*, 3ª. ed., México, Ed. Fontamara, Doctrina Jurídica Contemporánea, 2002, pp. 39-56.

⁴⁰ *Op. Cit.*, p. 47.

⁴¹ TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Op. Cit.*, p. 336.

internacionales o de las normas del derecho internacional general consuetudinario, cuándo tienen que ser aplicados por un gobierno, por un tribunal internacional o nacional; la interpretación de normas generales, que se realiza cuando los tribunales aplican dichas normas a los casos concretos y, la interpretación de normas individuales, es decir, sentencias judiciales, decisiones administrativas, negocios jurídicos; además está la interpretación de los juristas, abogados y particulares, en síntesis: interpretación de todo el orden jurídico, que se traduce en todas las normas jurídicas, en tanto debe recibir aplicación.

Asimismo, los individuos y en general la ciencia jurídica debe establecer un sentido, éstos por que tienen que acatar las normas jurídicas, y aquella porque tienen que describir el derecho positivo, y por tanto, tiene que interpretar sus normas.

En el primer caso se habla de *interpretación auténtica*; en el segundo, de *interpretación judicial o jurisprudencial*, y, en el tercero, de *interpretación doctrinal*. Las dos primeras tienen, en cambio, carácter oficial o público y la tercera privado. Asimismo, la labor hermenéutica no se refiere únicamente a los preceptos legales de general observancia, sino que puede hallarse dirigida como ya lo mencionamos hacia el descubrimiento de normas individualizadas.

Kelsen clasifica a la interpretación en dos tipos: la interpretación del derecho por el órgano jurídico de aplicación, y la interpretación del derecho que no se efectúa por un órgano jurídico, sino por una persona privada y, especialmente,

por la ciencia del derecho.⁴² Aquí, en ésta investigación por de pronto nos interesa más la interpretación efectuada por el órgano de aplicación del derecho.

A esto es preciso añadir otros dos grandes tipos de interpretación jurídica, atendiendo a la situación que guarda el intérprete en relación con los materiales jurídicos que se van a interpretar, dicha clasificación es considerada como de las más precisas e importantes: interpretación orgánica e interpretación dogmática.

Para TAMAYO Y SALMORÁN, la interpretación orgánica o positiva, es aquella que realizan ciertos individuos, los cuales tienen que aplicar los materiales jurídicos. A dichos individuos que aplican o ejecutan los materiales jurídicos los llama 'órganos'.

"La interpretación orgánica aparece, en consecuencia, como el acto de significación mediante el cual el órgano determina el sentido de los materiales jurídicos (como parte del lenguaje jurídico) que él tiene que aplicar a fin de proseguir el proceso de creación del derecho."⁴³ Es preciso, señalar que comparte el punto de vista de los que creemos en la construcción gradual del derecho, aún que no sabemos, a que tipo de creación del derecho se refiere, si a la creación de una norma individualizada exclusivamente o incluso a una general, ya que hace referencia únicamente a que la interpretación orgánica, así, juega un papel definitivo en el procedimiento de creación del orden jurídico, es decir, que el órgano aplicador, decide el curso de la creación y aplicación subsecuente del derecho.

⁴² KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, Op. Cit., p. 349.

⁴³ TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Op. Cit.*, p. 340.

Por el contrario Tamayo y Salmorán al referirse a la interpretación dogmática o doctrinal, señala que consiste en la interpretación que realizaban los prudentes, quienes cambiaron notablemente el significado original del material jurídico, extendiendo su aplicación (significado) a nuevas situaciones. Afirma que en el derecho romano arcaico no sólo existió la interpretación del discurso jurídico sino que esta labor constituyó el núcleo de una específica actividad que se denominó *jurisprudencia*.⁴⁴

Concluye así, que la jurisprudencia pontificia es el primer metalenguaje del lenguaje jurídico del que se tiene noticia, el cual modificó el significado original de los materiales jurídicos sino que creó una especial terminología: los *nomina iuris*. Es decir, el establecimiento de definiciones, reglas de aplicación, reformulación y sistematización del material jurídico, es lo que constituye la dogmática jurídica, disciplina que ha conservado hasta nuestros días sus rasgos esenciales. Si tomamos en consideración lo antes expuesto llegamos a la afirmación de que la jurisprudencia no es derecho romano, es la *scientia* (de interpretación) del derecho romano.

Además, las leyes nunca están determinadas completamente, es decir, siempre existirá un mayor o menor espacio para la libre discrecionalidad.

Es por eso que Kelsen considera que la indeterminación del sentido de las normas se puede suceder de dos formas a saber: Indeterminación intencional del acto de aplicación del derecho y la indeterminación no intencional del acto de aplicación de derecho.

⁴⁴*Ibidem*, p. 342.

La indeterminación intencional, consiste en que en la aplicación del derecho todo acto jurídico, sólo está determinado en parte por el derecho, quedando en parte indeterminado. Por lo que hace a la indeterminación no intencional, el acto jurídico puede ser la consecuencia no buscada de la forma de ser de la norma jurídica que debe ser aplicada mediante el acto en cuestión, o sea, que el sentido lingüístico de la norma no es unívoco; el órgano que tiene que aplicar la norma se encuentra ante varios significados posibles.⁴⁵

Es por eso que, la jurisprudencia tradicional reconoce en forma general la posibilidad de que la llamada voluntad del legislador, o la intención de las partes en un negocio jurídico no correspondan a las partes utilizadas en la ley o en el negocio jurídico. La discrepancia en el sentido que se le da al significado puede ser completa, o bien sólo parcial.

El derecho puede tener de acuerdo con lo señalado, varias posibilidades de aplicación, pero dicha aplicación debe de estar dentro de un marco jurídico, para poder colmar en algún sentido posible.

Si por "interpretación" se entiende la determinación en cuanto conocimiento del sentido del objeto interpretado, el resultado de una interpretación jurídica sólo puede ser determinar el marco que expone el derecho por interpretar, y, por lo tanto, el conocimiento de varias posibilidades dadas dentro de ese marco. Por lo tanto, la interpretación de una ley no conduce necesariamente a una decisión única, como si se tratara de la única correcta, sino posiblemente a varias, con el

⁴⁵ *Ibidem*, p. 350.

mismo valor aún que una de ellas sea sólo derecho positivo, por el acto del tribunal competente.⁴⁶

En este punto no coincide García Máynez con el jurista austriaco. Afirma que, es cierto que en determinados casos, cuando se eligen los medios idóneos para el cumplimiento de un deber jurídico (laguna técnica), puede ser indiferente cuál de los medios lícitos e idóneos de realización se escoja; pero cuando no se trata simplemente de optar entre varios igualmente aceptables, sino de fijar el sentido de una disposición legal, no es lícito admitir que tiene varios correctos; los sentidos pueden ser múltiples, pero sólo uno de ellos corresponderá a la regla expresada. La interpretación no consiste en encontrar, bajo la fórmula legal, un gran número de significaciones, sino en descubrir la norma que ha de aplicarse al caso.

La jurisprudencia tradicional, con todo cree que la interpretación no debe de limitarse a determinar el marco del acto jurídico que haya de cumplirse, sino que puede esperarse de ella el satisfacer otra función más, inclusive se inclina a ver en ello su función principal. La interpretación debería desarrollar un método que posibilite completar correctamente el marco establecido. La teoría usual de la interpretación quiere hacer creer que la ley, aplicada al caso concreto, siempre podría librar sólo una decisión correcta, y que la "corrección" jurídico-positiva de esa decisión tiene su fundamento en la ley misma.

Plantea el proceso de interpretación como si sólo se tratara en él de un acto intelectual de esclarecimiento o de comprensión, como si el órgano de aplicación

⁴⁶ *Ibidem*, p. 351.

de derecho sólo tuviera que poner en movimiento su entendimiento, y no su voluntad; y como si mediante una pura actividad del entendimiento pudiera encontrarse, entre las posibilidades dadas, una opción correcta según el derecho positivo, que correspondiera al derecho positivo.⁴⁷

El problema capital de la teoría de la interpretación es saber qué debe entenderse por sentido de la ley. Una de las soluciones propuestas, en relación con el problema, consiste en afirmar que el sentido de la ley no puede ser sino la voluntad del legislador. Los defensores de esta tesis argumentan que, la ley siendo obra del legislador; éste se vale de ella para establecer el derecho; en consecuencia, su sentido debe ser el que su autor pretendió darle. Habrá que descubrir pues, según esta postura, lo que el legislador quiso decir, ya que la ley es expresión suya.

En efecto, no debemos prescindir de la intención o voluntad que quiso plasmar el legislador en la ley, pero tampoco debemos tomar únicamente tal voluntad para establecer el sentido de la ley, por muchas razones, entre las cuales encontramos que la legislación, como acto expresivo, no puede imputarse a la voluntad de todos los legisladores, y aunque pudiera imputarse a la voluntad general, es importante tomar en cuenta que el legislador mexicano, carece en su mayoría de una cultura general y particular de la ciencia jurídica, así como de algunos elementos básicos sobre los fundamentos del lenguaje.

Al respecto, García Máynez señala que lo que un sujeto expresa no es, *a fortiori*, lo que pretendía expresar. Puede haber una inadecuación entre la

⁴⁷ *Ibidem*, p. 352.

intención de aquél y los medios de que se vale para formular sus pensamientos.⁴⁸ Asimismo, es posible también por lo que comentamos anteriormente, que utilice signos que no concuerden con su voluntad o pretensión.

De acuerdo con García Máynez, lo que cabe interpretar no es la voluntad del legislador, sino el texto de la ley. Esto no significa que la interpretación haya de ser puramente gramatical, pues la significación de las palabras que el legislador utiliza no se agota en su sentido lingüístico: para percatarse de ello basta con pensar en la equívocidad de muchos de los términos que maneja y, sobre todo, en la necesidad en que se encuentra de usar vocablos que poseen una significación propiamente jurídica, no creada por él, y que se halla en conexión con muchas otras del mismo sistema de derecho.⁴⁹

Frente a esta interpretación que Radbruch llama *filológica-histórica* existe la *lógico-sistemática*, que no busca la intención (puramente subjetiva) del legislador, sino el sentido lógico objetivo de la ley, como expresión del derecho. De acuerdo con esta segunda postura, los textos legales tienen una significación propia, implícita en los signos que los constituyen, e independientemente de la voluntad real o presunta de sus autores. En cierto sentido, se dice que entre estas dos posturas existe un gran número de doctrinas intermedias, que acentúan ya al uno, ya el otro de los puntos de vista extremos. Más adelante veremos las más importantes de ellas.

Es importante pues establecer algunos de los métodos de interpretación más utilizados por las diferentes escuelas o sistemas de interpretación.

⁴⁸ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Op. Cit.*, p. 328.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 329.

En general, no existe ningún método, según el cual uno entre los varios significados lingüísticos de una norma pueda ser designado como el correcto, suponiendo, naturalmente, que se trata de varios posibles, es decir, que se trata de posibles interpretaciones del sentido en conexión con todas las otras normas de la ley o del orden jurídico.

Kelsen sostiene que pese a todos los esfuerzos de la jurisprudencia tradicional no se ha logrado resolver a favor de uno u otro, en manera objetivamente válida al conflicto entre voluntad y expresión. Todos los métodos interpretativos desarrollados hasta ahora llevan siempre a un resultado posible, y nunca a un único resultado correcto.⁵⁰ Incluso inclinarse a la voluntad supuesta del legislador, dejando a un lado el tener literal, o bien atenerse estrictamente al tenor literal sin preocuparse por la voluntad, por lo general, resulta inadecuado e inútil fundar jurídicamente una de esas posibilidades con exclusión de las otras y, por lo tanto poco deseado, por lo que necesariamente se requiere de una interpretación completa.

De acuerdo con Kelsen, el recurso interpretativo usual del argumento a *contrario* y el de la analogía son enteramente carentes de valor ya surge suficientemente de la circunstancia de que ambos conducen a resultados contrapuestos, no existiendo criterio alguno para resolver cuándo deba recurrirse al uno o al otro.

También el principio de la estimación de los intereses sólo es una fórmula, pero no una solución del problema que aquí se presenta. No da un patrón objetivo

⁵⁰ KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, Op. Cit., p. 352.

que permita cotejar entre sí los intereses contrapuestos, y según el cual puedan resolverse los conflictos de intereses. Sin embargo, dicho patrón no puede extraerse de la norma interpretada, o de la ley que la contiene, o de la totalidad del orden jurídico, como afirma la doctrina del cotejo de intereses.⁵¹

Considerando que la interpretación no debe ser únicamente un acto de conocimiento sino también de voluntad del juzgador, en razón, de que la tarea de lograr, a partir de la ley, la única sentencia correcta, es en esencial la misma que la de crear, dentro del marco constitucional, la única ley correcta. Es por eso que Kelsen sostiene así como no se puede obtener, partiendo de la Constitución, mediante interpretación, la única ley correcta, tampoco puede lograrse, a partir de la ley, por interpretación, la única sentencia correcta. Puede decirse que puede tener lugar una actividad cognoscitiva del órgano de aplicación, no se trataría de un conocimiento del derecho positivo, sino de otras normas que pueden desembocar aquí en el proceso de producción de derecho: normas morales, normas de justicia, juicios de valor sociales, etcétera, que se suelen denominar con rótulos tales como: "bien común", "interés del Estado", "progreso", etcétera.⁵²

En efecto, es por ese acto volitivo que la interpretación del derecho efectuada por el órgano de aplicación se distingue de toda otra interpretación, en especial, de la interpretación del derecho por la ciencia jurídica.

La interpretación que efectúa el órgano de aplicación del derecho es siempre auténtica. Crea derecho. Por cierto que se habla sólo de interpretación auténtica cuando la misma adopta la forma de una ley, o de un tratado

⁵¹ *Ibidem*, p. 353.

⁵² *Ibidem*, p. 354.

internacional, teniendo carácter general, es decir, creando derecho no sólo para un caso concreto, sino para todos los casos iguales, y ello, cuando el acto considerado como interpretación auténtica constituye la producción de una norma general.

Pero también es auténtica, es decir, creadora de derecho, la interpretación realizada por un órgano de aplicación de derecho cuando crea derecho para un caso concreto (creación de una norma individual). En esta interpretación auténtica, el órgano jurídico que tiene que aplicarla, puede producir una norma que se encuentre enteramente fuera del marco cognoscitivo que configura la norma aplicable, recurriendo para ello a otra clase de interpretación.⁵³

Queda claro entonces que la interpretación auténtica, puede crear derecho en dos supuestos: en el primer caso cuando la interpretación tenga carácter general, es decir, cuando se da una interpretación auténtica en el sentido usual de la palabra; el segundo supuesto se presenta cuando el órgano de aplicación de derecho produce una norma jurídica individual.

No debemos olvidar que muchas veces se crea nuevo derecho por la vía de la interpretación auténtica, especialmente por los tribunales de última instancia, esto es un hecho bien conocido por todos los juristas.

Efectivamente, tanto otros autores como nosotros sostenemos que en la actividad judicial conjuntamente se aplica y se crea el derecho. Es decir, que el juez al aplicar la norma abstracta al caso concreto, crea una nueva norma antes

⁵³ *Idem.*

inexistente para regular dicho caso. Por lo que Kelsen afirma que el juez al crear derecho aplica al propio tiempo la ley.⁵⁴

El juez, consideramos que realiza siempre una función de creación, a veces vinculada a la norma y en ocasiones cuando hablamos de una función integradora no vinculada a ninguna norma. Unos doctrinarios destacan tan solo la función de aplicación de la norma. Otros, la función de creación. Pero puede decirse que lo cierto es que el juez debe aplicar la norma abstracta y convertirla en otra norma concreta, distinta de la anterior, y en casos muy específicos cuando hay inexistencia, imperfección, silencio, oscuridad o simplemente insuficiencia del derecho, tendrá que integrarla y por tal motivo crear una nueva norma que inicia siendo individual, pero que adquiere el carácter de general cuando se aplica a los demás casos posteriores, considerados análogos o similares.

Por el contrario la interpretación que no es auténtica, es decir, que no crea derecho, se distingue de aquella interpretación auténtica, que si crea derecho y que es precisamente la interpretación efectuada por el órgano de aplicación del derecho.

Tal es, en efecto, la interpretación que realiza la ciencia jurídica, es decir, aquella interpretación que se traduce en la pura determinación cognoscitiva del sentido de las normas jurídicas, y que no es, a diferencia de la interpretación de los órganos jurídicos, una producción de derecho.

⁵⁴ CALVO VIDAL, Felix M., *La jurisprudencia ¿Fuente del Derecho?*, Valladolid, España, Ed. Lex Nova, 1992, p. 86.

Según el pensamiento de Calvo Vidal, la tesis de que es posible, mediante una mera interpretación intelectual cognoscitiva del derecho válido, lograr nuevo derecho, es un fundamento de la llamada jurisprudencia de conceptos, rechazada por la teoría pura del derecho. De ahí que la pura interpretación cognoscitiva que realiza la ciencia jurídica es también incapaz de colmar las lagunas que se afirma existen en el derecho. El colmar una de las llamadas lagunas del derecho es una función de producción de derecho, que sólo puede ser cumplida por un órgano de aplicación de derecho y esta función no se cumple por vía de la interpretación del derecho válido.⁵⁵

Es evidente, que la interpretación jurídico-científica no puede sino expresar los significados posibles de una norma jurídica. Como conocimiento de su objeto, no puede adoptar ninguna decisión entre las posibles expuestas, teniendo que dejar esa decisión al órgano jurídico competente, según el orden jurídico, para aplicar derecho.

La interpretación científico-jurídica tiene que evitar con el mayor cuidado la ficción de que una norma jurídica siempre admite sólo un sentido, el sentido "correcto". Se trata de una ficción de la que se sirve la jurisprudencia tradicional para mantener el ideal de la seguridad jurídica. Dada la multiplicidad de sentidos de la mayoría de las normas jurídicas, este ideal sólo puede cumplirse aproximadamente. No se negará que esta ficción del sentido unívoco de las normas jurídicas puede tener grandes ventajas desde algún punto de vista político.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 355.

Por medio de la interpretación de las normas generales, el Poder Judicial crea jurisprudencia, admitiendo por medio de ésta un sólo sentido, considerado como el correcto. Afirmamos que se trata de una ficción para mantener el ideal de la seguridad jurídica, en razón de que la norma jurídica tiene muchos sentidos.

Así, pues, los autores separan en dos campos de estudio la interpretación de la ley y la de los actos jurídicos. La interpretación de la ley ha sido materia de estudio en la teoría general del derecho y la interpretación de los negocios jurídicos al campo del derecho privado. Sobre la teoría de la interpretación de la ley, depende de la postura que al respecto se adopte, que alcance y posición se derivara respecto a la interpretación de los actos jurídicos completos. Atendiendo al intérprete o persona que realiza la interpretación se ha calificado en: auténtica o hecha por el autor de la norma, o sea, el legislador, esta forma de interpretación, objetada como tal por varios autores, que consideran que más que interpretación es un caso de aclaración o precisión de la norma por su propio autor puede darse en el caso del negocio jurídico en que las partes aclaren o precisen los términos del acto por un documento posterior. La interpretación judicial, hecha por los tribunales en caso de conflicto, es la verdadera interpretación que llevará a la ejecución del acto en los términos que fije el juzgador. Se denomina interpretación doctrinal la que realizan los técnicos no oficiales en derecho, como los autores y profesores y sólo tendrá efectos y alcances en la aplicación si las partes se someten a ella voluntariamente o es aceptada por el juzgador en caso de conflicto y, por último, la interpretación popular se denomina aquella que es realizada por el

pueblo sin preparación profesional, en materia de actos jurídicos puede tener trascendencia siempre que llegue a constituir un uso o costumbre.

Otra forma de clasificar la interpretación la divide en objetiva y subjetiva; la primera atiende a los términos gramaticales en que se expresa la ley o el negocio; esta manera de entender la interpretación es típica de la escuela de la exégesis que a través de la analogía crea una interpretación extensiva o restrictiva atentos a los argumentos de "igual razón igual disposición" o "a mayoría de razón" o *contrario sensu*, argumentos que no acepta la interpretación subjetiva que da preferencia a la voluntad real de los sujetos del negocio sin poder abarcar materias no consideradas en el contrato.

Los códigos por lo general señalan reglas de interpretación de los contratos y los testamentos que pueden ser extendidas a otros actos jurídicos, así como hace el Código Civil que da preferencia a la intención evidente de los contratantes sobre las palabras que parecieran contrarias a ella, restringe el alcance de los términos del contrato sin admitir la interpretación extensiva que se acepta normalmente en la interpretación de la ley; dentro de la división de la interpretación lógica-sistemática y gramatical se inclina por la primera y así dispone que las palabras que pueden tener distintas acepciones serán entendidas en aquella que sea más conforme a la naturaleza del contrato según el uso o la costumbre. Es importante también el uso de la equidad cuando de acuerdo con las reglas anteriores se llegare a una solución ilógica notoriamente injusta, en esos casos se establecen reglas de equidad como son que si el contrato fuese gratuito se resolverá en favor de la menor transmisión de derechos y si fuere oneroso, en favor de la mayor reciprocidad de interés. Debe tenerse en cuenta

que a falta de la ley que precise el alcance de los actos jurídicos, cuando sus autores no han hecho uso de su autonomía de la voluntad, se debe estar a los principios generales de derecho según lo dispone el Código Civil de acuerdo con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Otra forma de guiar la interpretación, es hacer uso de los aforismos o máximas interpretativas que a lo largo del tiempo han venido compilando los autores y que con frecuencia se usan a falta de disposición legal, ejemplos de aforismos de esta naturaleza:

"Cuando la ley no distingue tampoco debe hacerlo el intérprete."

"Sobre la letra debe prevalecer la intención."

"Los derechos son renunciables no así los deberes" y, numerosos más que han sido incorporados a los textos legales.⁵⁶

Existen varios tipos y sistemas de interpretación, pero de momento nos detendremos en una clasificación que atiende a la fuente de interpretación, es decir, a quién es el que interpreta. Para ello nos referiremos a las ideas de Wróblewski. Según este autor, se pueden distinguir la interpretación auténtica, la legal, la operativa, la doctrinal y la que proviene de dos fuentes.

"En la interpretación auténtica, el legislador interpreta el texto que ha promulgado. De conformidad con lo que comúnmente se acepta, *eius est interpretari cuius est condere legem*, el legislador tiene competencia para una interpretación auténtica."

"En la interpretación legal existe un órgano específico del Estado que tiene una competencia interpretativa especial y esta interpretación goza de validez general."

⁵⁶ BAQUEIRO ROJAS, Edgard, *Op. Cit.*, p. 63-64.

"En la interpretación operativa, el órgano que aplica el derecho interpreta las reglas utilizadas en el proceso de su aplicación al caso concreto. El ejemplo típico es el de la interpretación de las leyes por los jueces o el de la aplicación administrativa del derecho."

"La interpretación doctrinal es aquella interpretación del derecho que se realiza en las ciencias jurídicas en general y en la dogmática jurídica en particular."

"Existe por último, en orden que no en importancia, la interpretación que surge de otras fuentes: la interpretación de las partes y de sus representantes en el proceso jurídico, la cual a menudo estimula la interpretación operativa; la interpretación hecha por la opinión pública especialmente cuando se valoran el derecho y las decisiones aplicativas del derecho, lo cual es importante para identificar el contenido de la conciencia jurídica de los grupos particulares de una sociedad."⁵⁷

En la interpretación operativa el juzgador, al emitir sus decisiones, se encuentra obligado a tener en consideración a la auténtica y a la legal; aun cuando no se encuentre directamente obligado, podrá tener en consideración a la doctrinal y a la que proviene de otras fuentes, las que obviamente podrá influir en sus propias decisiones.

Queda claro entonces que en la doctrina se conocen distintos sistemas de interpretación, entre los que podemos señalar, el auténtico, el exegético,

⁵⁷ WRÓBLEWSKI, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Civitas, Madrid, 1985, pp. 27-29.

conceptual, dogmático, el histórico, el objetivo, el subjetivo, el sociológico, el psicológico, el pragmático, el teleológico, el sistemático, el analógico, el de mayoría de razón, el de *a contrario sensu*, etcétera. Pero se antoja imposible una tarea mediante la cual se pretenda determinar la existencia de un sólo sistema de interpretación o simplemente que alguno de ellos deba estimarse *a priori* de aplicación preferente respecto de los demás.

CAPÍTULO II. EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA E INTERPRETACIÓN

2.1. La jurisprudencia en Roma y su interpretación.

Los romanos, tomaron de los griegos el modelo de ciencia que existía, claro dándole un nuevo enfoque, haciendo de la jurisprudencia un sistema práctico (*arts iudicanti*), para saber qué hacer frente a problemas que se presentaran, en cambio los griegos hacen un sistema filosófico, sobre todo basado en la esencia del ser, siguiendo los escritos de Aristóteles, como la obra de los primeros analíticos y la analítica posterior, que hablan prácticamente de cual es el procedimiento a seguir para hacer ciencia, en donde encontramos los pasos a seguir, es decir, consiste en una progresión que va desde la observación (inducción), y la deducción por medio del silogismo, para llegar finalmente hasta el establecimiento de la jurisprudencia como ciencia del derecho.

A ese modelo para hacer ciencia, contenido en los "Segundos Analíticos" de Aristóteles, le dan un importante enfoque, es decir, se pasa a la jurisprudencia de la fase de mera acumulación de experiencias a la de ciencia, se hace un sistema práctico que respondía al que hacer. Que de acuerdo con Rolando Tamayo

concluyo en la búsqueda y establecimiento de los principios propios del derecho romano, por medio del siguiente proceso:

“a) la determinación del material jurídico dado; b) búsqueda y establecimiento de los principios fundamentales (*nomina iuris*, definiciones y postulados) a partir del material jurídico dado; c) deducción de enunciados a partir de los principios establecidos; y d) sistematización y ordenación del material. Así, el método de la ciencia griega, el método severo y admirable del geómetra y del lógico, vendría a fundamentar el edificio de la jurisprudencia romana”.⁵⁸

Inclusive, consideramos conveniente hacer una distinción y semejanza entre la jurisprudencia griega y la romana para dejar claro, los avances:

La jurisprudencia griega como la romana, se basa en el modelo de la ciencia clásica, del geómetra y lógico, y difieren en que los griegos buscan explicar el ser, constituyendo un sistema filosófico, en cambio los romanos dan un paso hacia la realidad, constituyendo un sistema práctico, basados en explicar el qué hacer, empezando a reformular el derecho para reducir al mínimo las lagunas; los griegos buscan los primeros principios, en cambio los romanos establecen *los nomina iuris* o *regulae iuris* que realizan el mismo papel de los axiomas o primeros principios; otro avance de los romanos fue la sistematización.

De acuerdo con Rolando Tamayo hay que plantearse esta interrogante: ¿Por qué ciencia, qué tiene la jurisprudencia para llamarse ciencia, qué hay detrás de esta idea?

⁵⁸ TAMAYO Y SALMORAN, Rolando, *Op. Cit.*, p. 278.

Para poder responder a las siguientes interrogantes, en primer lugar debemos analizar la expresión ciencia, en segundo lugar relacionarla con el derecho.

“Podemos razonablemente decir, que ciencia nombra necesariamente un objeto, se refiere a algo, esta expresión contiene palabras que se usan en frases como ciencia de la geometría, física, química, etcétera.”⁵⁹

Esta expresión, según Rolando Tamayo indica:

-Que existen ciertos hombres, comúnmente denominados científicos que estudian, investigan, analizan, experimentan o describen algo, donde ese algo es señalado por las palabras geometría, etcétera y,

-Que existe un conjunto de principios (definiciones, postulados) y enunciados, resultado de la labor de los científicos, cuyos enunciados versan sobre algo, donde, nuevamente ese algo es señalado por las palabras geometría, etcétera.

La ciencia se aplica al derecho de manera semejante a los anteriores incisos, es decir, que en Roma existió una actividad específica de los prudentes, denominada “jurisprudencia” cuya función característica era la interpretación del derecho.

Por ello, la tradición es exacta al colocar a la cuna de la jurisprudencia en el colegio de los pontífices y posteriormente en los jurisconsultos, quienes determinaban el derecho y sus alcances.

Por lo tanto, la jurisprudencia no es derecho romano, sino la ciencia del derecho romano, es decir, un metalenguaje, que designa la actividad que realiza el jurista cuando describen el derecho, actividad que se denomina ciencia,

⁵⁹ *Ibidem*, p. 249.

doctrina o dogmática jurídica, y que literalmente significa conocimiento del derecho, con todo lo que esta palabra indica.

Por otra parte, según Margadant en su libro de derecho romano señala que en la tradición romana había interpretación permitida y prohibida:

- La interpretación pública o judicial, sólo correspondía ha el emperador en los casos dudosos y no al juez.
- En la privada o doctrinal, se prohíbe bajo severas penas comentar el Digesto y, tal vez los demás textos de la compilación.
- El Emperador tiene la (*interpretatio generalis*), que es la facultad de interpretar con vigencia general, es decir, alcanza a todos.
- Los príncipes interpretan la costumbre, que tiene valor de ley, y la cual es necesaria su interpretación.
- Los jueces interpretan únicamente el caso concreto derivando necesariamente una sentencia, esta tiene vigencia en el caso, en el litigio concreto para el que se dio.

La doctrina por su parte, también interpreta la ley, pero nadie esta obligado a seguir las enseñanzas de su maestro.

El proceso que se seguía para la interpretación era de acuerdo a la jerarquía, primeramente tenia la primacia el emperador, después se recurría a la costumbre y por último a la analogía.

Posteriormente esta jurisprudencia resurgió en el sur de Francia con las *excepciones petri*, cuyo contenido es tomado del *corpus iuris civilis*, y cuya única autoridad es la del jurisconsulto, apareciendo también en el norte de Italia la

jurisprudencia dogmática, que analizaremos ulteriormente, es así, como la jurisprudencia romana se convirtió en la primer ciencia de Europa, difundida por medio de las universidades, en especial por Bolonia, Pavía, Ravena, Oxford, Cambrige, Salamanca, entre otras. En Bolonia se estudio el derecho con carácter autónomo, en donde se estableció el significado verdadero de la compilación justiniana, donde se sentarían las bases de la moderna ciencia del derecho.

Establecieron el método dialéctico que transformó a la jurisprudencia romana y al *modus geometricus* de los griegos, lo cual permitió que los romanos alcanzaran ciertas generalizaciones que constituirían la base del sistema jurídico.

De todo esto formemos ahora una idea fundamental, sin la cual no podríamos entender y relacionar la importancia de la influencia tanto de la jurisprudencia griega en la romana, así como de ésta, en el sistema jurisprudencial mexicano. Ahora bien, esta idea consiste en afirmar, que es evidente que un tribunal cuando emite jurisprudencia, se presume que en las consideraciones e interpretaciones jurídicas en que ésta se traduce, se han vertido los conocimientos científicos del derecho en general, especializados en cada materia jurídica de la que surjan los casos controvertidos de que se trate. Ciertamente, el criterio debe ser el resultado de la aplicación uniforme y sucesiva de la ciencia del derecho o jurisprudencia en el sentido que le dieron los romanos.

Así debe de ser, porque, en efecto, la jurisprudencia debe ser producto de la sabiduría jurídica de las personas que integran los órganos competentes para emitirla.

Incluso en los países anglo-sajones de régimen jurídico consuetudinario, se cree, que la jurisprudencia producto de las resoluciones de los tribunales.

superiores, contiene la sabiduría jurídica más profunda, no susceptible de ser modificada en cuanto a sus conclusiones concretas, es por eso, que en dicho sistema jurídico el precedente goza de fuerza, de considerable trascendencia jurídica y por supuesto de prestigio. Dicha familia jurídica la analizaremos más a detalle en puntos posteriores.

Muy bien; procuremos llegar en este punto a alguna conclusión digna de tan largo discurso. Como sabemos, la jurisprudencia fue considerada la primera ciencia jurídica europea, la cual influyó notablemente en otros sistemas jurídicos, como el Socialista, el *Common Law*, y por supuesto en otros países, que poco a poco fueron perteneciendo al sistema jurídico romano-germánico-canónico, dentro de los cuales está México.

Además, no olvidemos que la jurisprudencia se convirtió en el derecho común europeo, que tuvo su decadencia con el surgimiento de los estados nación y, particularmente con el surgimiento del Código Civil Francés y Alemán, los cuales tenían gran contenido de esa ciencia común europea que era la jurisprudencia, obviamente con aportaciones inéditas y trascendentes para la construcción de sus sistemas jurídicos particulares. Puede decirse que dichas codificaciones dieron inicio e influyeron en contenido en la codificación mundial, es por eso, que afirmamos que la jurisprudencia romana influyó en la mayor parte de los sistemas jurídicos, y por supuesto en el mexicano, aquí es donde encontramos sin duda la relación de la jurisprudencia romana con el sistema jurisprudencial mexicano, sin dejar de considerar la influencia casacionista francesa que también pertenece a la misma familia jurídica, y al sistema del *Common Law*.

2.2. Evolución de la jurisprudencia en otros sistemas jurídicos.

Es evidente, que el derecho comparado como tal no existe, pero el método comparativo en cambio si puede servir para comparar el propio sistema con otro y, ver así entre los diversos sistemas, los elementos diferentes y los comunes, que nos permiten examinar los principios del sistema legal nacional, su estructura jurídica, sus principales fuentes de creación del derecho, su técnica jurídica, sus principios generales, su ideología, su aspecto político, económico, filosófico y, en consecuencia, poderlo entender mejor, y de ser posible mejorarlo. Es preciso, pues, que en el presente capítulo hagamos énfasis a las fuentes del derecho, y referirnos principalmente a la jurisprudencia y el papel que juega en los diversos sistemas jurídicos contemporáneos.

Existen en el mundo dos tradiciones legales muy importantes, en la medida en que han influido en la mayoría de los sistemas jurídicos de cada país: la familia romanista (derecho civil y canónico) y la familia del *common law* (derecho común). Además, existen otras familias jurídicas como las mixtas y la de los sistemas filosóficos y religiosos. Ya que es preciso aclarar que, la familia socialista prácticamente ya no constituye una familia, aunque existen aún los sistemas socialistas de Cuba y China, pero sin embargo, nos referiremos brevemente a ella a manera de síntesis.

Ahora debemos, establecer la definición de sistema jurídico, y diremos que según Henry Merryman es entendido como un conjunto operativo de instituciones, procedimientos y reglas legales.⁶⁰

Se llama tradición legal: "al conjunto de actitudes profundamente arraigadas, históricamente condicionadas, acerca de la naturaleza del derecho, acerca del papel del derecho en la sociedad y del cuerpo político, acerca de la organización y la operación adecuadas de un sistema legal, y acerca de la forma en que se hace o debiera hacerse, aplicarse, estudiarse, perfeccionarse y enseñarse el derecho."⁶¹

Una familia jurídica es, por tanto, un conjunto de sistemas jurídicos que comparten determinadas características generales. Es decir, los sistemas jurídicos se agrupan en familias que ya señalamos, pero que es preciso las enumeremos por orden de importancia:

- 1) Familia Neorromanista.
- 2) Familia del *Common Law* o anglosajona.
- 3) Sistemas religiosos o filosóficos.
- 4) Familia Socialista (se enumera con fines prácticos ya que ésta actualmente no existe).
- 5) Familia híbrida o mixta.

⁶⁰ Cfr. HENRY MERRYMAN, John, *La tradición jurídica romano-canónica*, trad. Eduardo L. Suárez, 3ª. reimpresión, México, Ed. Fondo de Cultura Económica, 1997, p.15.

⁶¹ *Ibidem*, p.17.

a) Familia jurídica romanista

Esta familia jurídica está integrada por aquellos países que cuentan con un sistema jurídico que se ha elaborado sobre la base del derecho romano y de la tradición germánica. Es la familia más extensa e importante y la que incluso a influido de cierta manera en los países pertenecientes a otras familias jurídicas.

En la Monarquía la única fuente era la costumbre de los antepasados; pero en la República al ser reemplazado el rey por dos cónsules, el derecho era creado también por éstos y por las magistraturas que se crearon como: la de los pretores, cuestores, censores, ediles y por los tribunos de la plebe.

Margadant sostiene que la República vio aparecer el derecho honorario, que llegó a constituir un sistema jurídico paralelo al *ius civile*. El derecho honorario era el que los magistrados plasmaban en sus edictos en virtud del *ius edicendi*, es decir, de la facultad que se les había otorgado de dictar normas. Este derecho suplió en algunos casos y corrigió el derecho civil, creando un sistema más equitativo y flexible, pero tampoco era extraño que las soluciones del pretor y del edil principalmente contradijeran al civil, creando nuevas instituciones jurídicas, más equitativas y de mayor eficacia procesal.⁶²

⁶² Vid. FLORIS MARGADANT, Guillermo, *El derecho privado romano*, 19 ed., México, Ed. Esfinge, 1993, p. 69.

Así, podía decir Papiniano que el *ius honorarium* a veces ayudaba al *ius civile*, o bien lo contemplaba; y a veces incluso lo corregía.

Consuelo Sirvent señala que los edictos de los magistrados eran las disposiciones de los magistrados que gozaban del *ius edicendi*, es decir, del derecho de emitir edictos, entre los que figuraban programas de trabajo y normas de conducta, los cuales eran anuales, traslaticios y repentinos, que se emitía cuando había que resolver un caso no previsto en el edicto anual. Los edictos de los magistrados fueron fuente del derecho honorario.⁶³

También durante este periodo apareció la jurisprudencia como respuesta de los juristas prudentes, es decir, el conjunto de opiniones de éstos que estaban facultados por el *ius publicum respondendi* o sea el poder de responder al pueblo en materia jurídica.

Sin embargo, con el fortalecimiento del absolutismo imperial, el *ius edicendi*, se estanco por miedo al emperador, es decir, se limitaban únicamente a copiar los edictos anteriores, trayendo como consecuencia la terminación de la dualidad del derecho civil y honorario. Por lo que en el imperio la única fuente del derecho que subsistió fueron las constituciones imperiales.

Se dice también, que Justiniano al ser emperador bizantino quiso que perdurara la cultura jurídica romana, para lo cual se propuso llevar a cabo una enorme compilación de la misma que resultará utilizable en la práctica, es decir, con la intención de positivizarla. Con este fin, le encargo a Triboniano, que

⁶³ SIRVENT GUTIÉRREZ, Consuelo, *Sistemas jurídicos contemporáneos*, México, Ed. Porrúa, 2000, p. 15-16.

contaba con un equipo de expertos, que realizara la recopilación de leyes imperiales que ya figuraban en los códigos gregoriano, hermogeniano, teodosiano y en las constituciones que se promulgaron después, este trabajo se terminó en un año, recibiendo el nombre de Código de Justiniano y se publicó en el año 529.⁶⁴

Tanto a Triboniano como a los compiladores que lo auxiliaron se les dio amplia libertad para modificar los textos, es decir, para resumirlos y suprimir lo que se considerase superfluo u obsoleto a fin de adaptarlos a la época. También se le conoce con el nombre de Digesto, y reunió lo más importante del derecho romano clásico.

Asimismo, en el 533 se publicó la obra intitulada *Institutas* (instituciones), un tratado destinado a la enseñanza del derecho y que se basó en las Instituciones de Gayo y en algunas obras de la literatura clásica y posclásica.

De acuerdo con Consuelo Sirvent, a la muerte de Justiniano se publicaron las *Novelas*; que era la recopilación de las constituciones dictadas por el propio Justiniano. El *Código*, el *Digesto*, las *Institutas* y las *Novelas* integraron lo que más tarde se le daría el nombre de *corpus iuris civiles*. Estos textos fueron objeto de numerosas modificaciones para adecuarlos a las necesidades de la época, es decir, de numerosas interpolaciones.⁶⁵

⁶⁴ SIRVENT GUTIÉRREZ, Consuelo, *Op. Cit.*, p.19.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 21.

Otro factor importante en el desarrollo del derecho romano, lo constituye la época de la recepción del derecho romano bizantino en Italia, es decir, al surgir las universidades entre las que se encuentra en primer lugar Bolonia, a cargo del Monje Irnerio, quien descubre el manuscrito del Digesto y empieza a sistematizarlo, es hasta entonces como ya mencionamos que recibe el nombre de *corpus iuris civilis*, propiciando el interés por el derecho justiniano, y por lo tanto se inicia la escuela de los glosadores, llamada así por la glosa, que eran comentarios interlineales o al margen de los textos del Digesto.

b) Familia jurídica del *Common Law*.

Por lo general los autores coinciden en la fecha de la formación del *Common Law* del año 1066, cuando los normandos conquistaron Inglaterra en la famosa batalla de Hastings.

De acuerdo con Consuelo Sirvent, que considera que éste derecho es eminentemente jurisprudencial, o sea, emanado del poder judicial, toda vez, que se fue formando por las decisiones judiciales (precedentes) emanadas de los tribunales reales. Por tanto, la norma del *Common Law* es concreta al dar solución a un caso concreto.⁶⁶ A éste sistema jurídico pertenece principalmente Inglaterra, Estados Unidos de Norteamérica, Canadá, Australia y Nueva Zelanda.

Se dice también: que un aspecto importante en la creación de dicho sistema fue la época de Enrique II, en la que se crean de los Tribunales Reales, que con el paso del tiempo se ampliaron y multiplicaron hasta formar la organización del poder judicial británico, dando lugar al sistema judicial del *Common Law*, al convertir los usos y costumbres de las tribus germanas en normas jurídicas de todo el reino a través de sus resoluciones.⁶⁷

⁶⁶ *Ibidem*, p. 8.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 63.

Para acceder a la administración de justicia, era necesario la orden real que recibe el nombre de *Writ*, aunque con el tiempo dicha orden dejó de pertenecer al rey y paso a ser un mandato del juez, quien establecía el precedente, que en ese entonces no era obligatorio, pero que con el tiempo fueron considerados por la doctrina como de autoridad definitiva.

De acuerdo con el pensamiento de Consuelo Sirvent, que acertadamente señala que en el sistema del derecho común se introdujo un procedimiento nuevo, como consecuencia de que los tribunales reales resultaban inadecuados por su rígida formalidad, éste procedimiento se inspiró en el derecho canónico y romano, al cual se le llamo *equity*; para el conocimiento y solución de estos asuntos que requerían de una solución más equitativa, creándose de esta forma los Tribunales de la Chancillería.

En efecto, la *equity* llegó a constituir un cuerpo de normas jurídicas paralelas al *Common Law*, que procuraban hacer justicia donde estas últimas no podían alcanzar ese fin.

Como sostiene Consuelo Sirvent, después, se imprimió a la *equity* un fuerte impulso, que la llevó no sólo a suplir sino incluso a entrar en concordancia con el *Common Law*, lo que produjo a sentencias contrarias en casos análogos. Sin embargo, el problema fue resuelto en 1616 por Francis Bacon, al que Jacobo I había hecho someter un caso de conflicto, en el que resolvió que en estos asuntos la *equity* debería prevalecer sobre el *Common Law*.⁶⁸

⁶⁸ *Ibidem*, p. 67.

Después de lo dicho, diremos que la *equity* no absorbió al *Common Law*, ya que era para aquellos casos en que las soluciones del *Common Law* eran defectuosas o no existieran, es decir, en este sentido la *equity* constituía un proceso complementario e integrador de la insuficiencia y defecto del *Common Law*.

Sin embargo, sigue afirmando que es a partir de 1873 que tomó forma el sistema judicial británico de nuestros días, mediante las leyes de la Judicatura (*Judicature Act*), que suprimieron la distinción entre los tribunales del *Common Law* y de *equity*, o sea, a partir de esta ley, toda jurisdicción inglesa era competente para aplicar el *Common Law* y la *equity* de la jurisdicción del canciller.⁶⁹

De este modo, la tendencia del canciller al aplicar la *equity* era decidir los casos con base en normas más justas, equitativas y por lo tanto más morales que jurídicas, por eso es que recibe el nombre de *equity*.

Las fuentes del derecho Inglés de mayor a menor importancia son: el precedente, la legislación, la costumbre, la razón y la doctrina.

Aunque no todos los juristas angloamericanos sostienen la afirmación de Consuelo Sirvent de que "Los precedentes son las decisiones de casos análogos al examinado, contienen el derecho vigente de manera no codificada. La regla jurídica que atribuye fuerza jurídica a los precedentes judiciales y obliga a su observancia en todos los casos futuros similares se denomina doctrina del *stare decisis*."⁷⁰ Como más adelante lo analizamos, con el pensamiento de Roscoe Pound.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 70.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 91.

Esto es precisamente lo que ha desarrollado la doctrina conocida como *stare decisis*, es decir estar a lo dicho o resuelto por los tribunales, que es en términos generales el principio sobre el que se funda la estructura del *Common Law*.

Consuelo Sirvent afirma que, el precedente consta de dos partes que son: la *ratio decidendi*, que es la declaración de la ley aplicada en la resolución de un problema legal, en ésta se encuentra la vinculatoriedad del precedente y; la *obiter dictum* que consiste en las opiniones e informes que se anexan a la sentencia.⁷¹

Ante todo, los precedentes eran conocidos desde 1280 por medio de los anuarios (*year books*) que eran la colección de fallos judiciales anuales; también por medio de los reportes oficiales (*law reporting*), que son completados con recopilaciones privadas; y actualmente por el *lexis* que es el almacenamiento de los casos en medios computarizados.

La costumbre actualmente, juega un papel secundario dentro de las fuentes del derecho inglés en virtud de que este es jurisprudencial y no consuetudinario. Además, en caso de que no exista ningún precedente, legislación, ni costumbre obligatoria, se recurre a la razón como fuente subsidiaria del derecho, destinada a colmar las lagunas del sistema jurídico Inglés.

Los países que pertenecen a esta familia, cuentan con una Constitución (en sentido material) la que tiene el carácter de derecho consuetudinario y, por consiguiente, no hay diferencia entre las leyes constitucionales y las ordinarias. Lo que debe considerarse más bien es, que la Constitución en sentido material,

⁷¹ *Ibidem*, p. 93.

puede ser escrita o no escrita, es decir, tener el carácter de derecho legislado o el de derecho consuetudinario, cuestión que se considerará más adelante, toda vez, que nuestro interés es precisar que el derecho consuetudinario, también cuenta con un fundamento de validez.

Es del conocimiento común, que las normas son creadas de muy diversas maneras: las generales en el mayor de los casos a través de la legislación y la costumbre; y las individuales a través de actos judiciales y administrativos o de transacciones jurídicas, que en ocasiones llegan a constituir normas de carácter también general, tema que trataremos más a fondo ulteriormente. Sin embargo, nos ocuparemos en este apartado de las consuetudinarias.

Sin embargo, Hans Kelsen sostiene que el sistema en que las normas jurídicas generales no son producidas en absoluto, o fundamentalmente, por un órgano legislativo central, sino que resultan de la costumbre, siendo aplicadas por los tribunales. Dado que la adecuación, tratándose de normas jurídicas generales, producidas consuetudinariamente y que los tribunales deben aplicar, del derecho a circunstancias cambiantes, es aún más difícil que en el caso de la producción de normas jurídicas generales por un órgano legislativo central, el sistema del derecho consuetudinario es especialmente favorable a la introducción de un sistema judicial que funciona con precedentes. Cabe comprender, por lo tanto, que éste se haya desarrollado especialmente en el terreno del *Common-Law* anglonorteamericano, que, en lo esencial, es un derecho consuetudinario.⁷²

⁷² KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, Op. Cit., p. 262.

Además, es importante resaltar, en cuanto a la aplicación de una norma jurídica general producida consuetudinariamente por un tribunal se diferencia como ya se señaló ulteriormente de la aplicación de una norma jurídica general producida por un órgano legislativo, en que la determinación de la validez de dicha norma aplicable, es decir, de la existencia de una costumbre es mucho más prominente, y más claro en la conciencia del juez, que la determinación de la validez de una norma producida por el legislador y publicada en el diario oficial de la federación.

Incluso las normas jurídicas en el derecho consuetudinario tienen su origen en la costumbre, es decir, en una forma de conducta generalmente observada, con la cual los individuos actuantes no tienden de manera consiente a crear derechos, aun cuando tengan que considerar sus acciones como conformes a una norma obligatoria y no como materia de una elección contraria. Esta es la exigencia de la llamada *opinio juris sive necessitatis*, terminología de carácter eminentemente romanista.

"Siguiendo la jurisprudencia tradicional, se supone que la *opinio necessitatis* constituye un elemento esencial del hecho consuetudinario. Ello significa que los actos constitutivos de la costumbre tienen que producirse bajo la idea que deben efectuarse."⁷³

De acuerdo con lo dicho, se ha concluido que la regla que expresa el comportamiento consuetudinario de los hombres, sólo se convierte en norma jurídica a través de su reconocimiento por el tribunal que la aplica, y que, por

⁷³ *Op. Cit.*, p. 236.

consiguiente, las normas del derecho consuetudinario son producidas solamente por los tribunales.

Es por eso que Kelsen afirma que: "Allí donde el derecho consuetudinario es válido, la creación de normas generales no se encuentra reservada al llamado órgano legislativo, ni siquiera en el sentido de que otros órganos sólo pueden crear esas normas con autorización de dicho órgano. La costumbre es un método de creación de normas generales, que constituye una genuina alternativa con la legislación."⁷⁴

Es preciso, tener en consideración, que el derecho consuetudinario es creado de una forma distinta al derecho legislado o estatutario, el cual se crea por actos legislativos, administrativos o judiciales, o por transacciones jurídicas, *verbi gratia*, contratos y tratados; en cambio aquél, es creado por la costumbre como proceso creador de derecho enteramente equivalente al legislativo.

Se dice también, que la costumbre no es un hecho constitutivo, es decir, creador de derecho, sino que tiene solamente una índole declarativa, en cuanto se limita a indicar la preexistencia de una regla de derecho. Esta regla de derecho es, de acuerdo con la doctrina del derecho natural, una norma creada por Dios o por la naturaleza; de acuerdo con la Escuela Histórica Alemana (a principios del siglo XIX), es creada por el "espíritu del pueblo" (*Volksgeist*). El representante de esta escuela, F. C. de Savigny, defendió la opinión de que el derecho no puede "crearse", sino que existe en el pueblo y nace con él al ser engendrado en una forma misteriosa por el *Volksgeist*.

⁷⁴ KELSEN, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, Op. Cit., p. 322.

De acuerdo con León Duguit y su escuela, el verdadero, es decir, el "derecho objetivo" (*droit objectif*), está implícito en la solidaridad social. Consecuentemente, cualquier acto o hecho del que resulte el derecho positivo -ya se trate de la legislación o de la costumbre- no es verdadera creación jurídica, sino un juicio declarativo.

Lo mismo la teoría alemana del *Volksgeist*, que la francesa de la *solidarité sociale*, son variantes típicas de la doctrina del derecho natural, con su característico dualismo de un derecho "verdadero" detrás del positivo.

Por otro lado, la afirmación de que una norma consuetudinaria sólo se convierte en derecho por reconocimiento de parte del tribunal que la aplica, no es más ni menos correcta que la misma afirmación hecha a un precepto expedido por el legislador. Cada uno de esos preceptos es derecho "antes de recibir el sello del reconocimiento judicial", ya que la costumbre es procedimiento de creación jurídica en el mismo sentido que la legislación. La diferencia real entre el derecho consuetudinario y el legislado reside en que el primero es una creación descentralizada, en tanto que el segundo es una creación centralizada de normas jurídicas. El derecho consuetudinario es creado por los individuos sujetos a las normas establecidas por ellos, mientras que el legislado es creación de órganos especiales instituidos al efecto. Desde este punto de vista, el consuetudinario es semejante al establecido por contrato o tratado, que se caracteriza por la circunstancia de que la norma jurídica es creada por los mismos sujetos a quienes obliga. Sin embargo, mientras que el derecho convencional (contractual) es, por regla general, obligatorio únicamente para las partes, ya que los individuos creadores de la norma son los mismos obligados, la norma jurídica oriunda de la

costumbre no obliga en forma exclusiva a los individuos que por medio de su conducta han constituido la práctica creadora de derecho.⁷⁵

Las normas generales establecidas por la costumbre representan un nivel inmediatamente inferior a la Constitución. Estas normas generales tienen que ser aplicadas por los órganos competentes para ello, especialmente los tribunales, pero también los tribunales administrativos.

Al respecto Kelsen afirma: "Hay, por ende dos especies de normas generales que se encuentran siempre implicadas en la aplicación del derecho por un órgano: 1) las formales que determinan la creación de tal órgano y el procedimiento que el mismo debe seguir, y 2) las materiales que señalan el contenido del acto judicial o administrativo de dicho órgano"⁷⁶

Si los tribunales, como sucede en el terreno del *Common Law* angloamericano, tienen que aplicar principalmente derecho consuetudinario, contando además con el poder de resolver casos con valor de precedente, es fácil que sobre semejante sistema nazca la teoría de que todo derecho es derecho judicial, es decir, derecho creado por los tribunales; de que, antes de la sentencia judicial, no existe derecho alguno; de que una norma jurídica sólo se convierte en norma jurídica, cuando es aplicada por un tribunal.

Al respecto Kelsen afirma que, bajo la impresión de la importancia predominante que el tribunal tiene en un sistema de derecho consuetudinario y de precedentes, esta teoría pasa por alto la diferencia esencial que se da entre las "fuentes" del derecho jurídicamente obligatorias y las que no lo son. Se equivoca

⁷⁵ *Ibidem*, p. 149-151.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 152.

al no reconocer que fuente de derecho, es decir, origen del derecho, sólo puede ser derecho, puesto que es el derecho el que regula su propia producción.⁷⁷

Las doctrinas que sostienen que todo derecho es derecho creado por el juez, para la que no existe el derecho antes de la decisión judicial, sino que todo derecho es creado por los tribunales, y aquella tesis que sostiene que los tribunales simplemente aplican el derecho, son tesis que consideramos falsas, como posteriormente analizaremos a profundidad. Sin embargo, nos limitaremos en este punto al derecho que es creado por el juez a mayor profundidad.

Después de lo dicho, es preciso referirnos a los postulados de la primera doctrina, la cual es sostenida por uno de los teóricos del derecho más importantes de los Estados Unidos, John Chipman Gray.

Ciertamente, dicho autor sostiene que el derecho del Estado o de cualquier grupo organizado de hombres, está compuesto por las reglas que los tribunales, es decir, los órganos jurisdiccionales de este cuerpo, establecen para la determinación de los derechos subjetivos y los deberes jurídicos. Incluso señala que el conjunto de reglas que los tribunales establecen, no es la expresión de un derecho preexistente, sino el derecho a secas. Además advierte, que el hecho de que los tribunales apliquen determinadas reglas es lo que las convierte en derecho, pues no hay una entidad misteriosa llamada 'derecho' además de las mismas reglas, por lo cual los jueces son los creadores, más que los descubridores del derecho.⁷⁸

⁷⁷ *Ibidem*, p. 263.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 178-179.

En igual forma, dicho teórico señala que a menudo se afirma que el derecho está compuesto de dos partes -derecho legislado y derecho jurisprudencial-, pero en realidad todo el derecho es creación del juez; en la medida de que todo tribunal tiene que resolver el caso en alguna forma, y cuando lo resuelve, no puede basarse en una norma anterior, porque sostener que sobre determinada materia había realmente un derecho ya existente, es algo que revela con cuánta fuerza las ficciones jurídicas pueden arraigar en nuestros procesos mentales.

De acuerdo con Kelsen⁷⁹ quien refuta dicha tesis de una manera, precisa, al sostener que no hay decisión judicial sin derecho preexistente, ya que Gray pasa por alto el hecho de que el tribunal puede decir el asunto en dos formas distintas. Rechazando la demanda que se le presenta, fundándose en que no hay ninguna norma de derecho que obligue, es decir, aplicando el derecho existente; la aplicación del derecho puede tener lugar no sólo en un sentido positivo, sino también negativo, o sea, no sólo cuando el órgano aplicador del derecho ordena o ejecuta una sanción, sino cuando se rehúsa a ordenarla o ejecutarla. Por otro lado, el tribunal puede aplicar no solamente las normas generales preexistentes del derecho sustantivo, sino también puede cambiar tal derecho en ciertas circunstancias, en caso de que el tribunal considere insatisfactoria la ausencia de tal norma.

Probablemente cuando Gray afirma que el derecho no existe antes de la decisión judicial, es porque no considera a las normas generales que determinan las decisiones judiciales como derecho, sino únicamente como fuentes del mismo.

⁷⁹ KELSEN, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, p.179-180.

Ya que efectivamente, para este autor, las fuentes del derecho son: las leyes, precedentes judiciales, opiniones de los técnicos, costumbres y, principios de moralidad, es por eso, que se atreve a sostener dicha tesis en comentario que no compartimos en su totalidad, dado que, efectivamente los tribunales crean derecho, pero no es creado exclusivamente por ellos, por las consideraciones que en la presente investigación hacemos; pero dicha tesis significa un primer paso hacia la comprensión más profunda de nuestra investigación, pero no deja de ser, desde nuestro punto de vista una postura extrema.

Es evidente que lo que trata de demostrar Gray, cómo incluso la ley aplicada por el tribunal es en realidad derecho jurisprudencial; ya que la forma en que una ley es impuesta a la comunidad como regla de conducta resulta de la interpretación de tal ley por los tribunales. De ahí que, *a fortiori*, aquel que tiene una absoluta autoridad no sólo para interpretar el derecho, sino para decir qué es derecho, resulta en realidad ser el verdadero legislador.

Diremos de antemano que, no se justifica la afirmación de que no hay normas jurídicas generales que determinen las resoluciones de los tribunales, ni la de que el derecho está únicamente integrado por decisiones judiciales.

Necesitamos, por tanto, resolver el problema de la concordancia o discrepancia entre la decisión judicial y la norma general aplicada en la decisión. Parece, a juzgar por lo que se dice, que en términos generales, se reduce a esto: "la norma superior, la ley o una norma de derecho consuetudinario, determinan, en mayor o menor medida, la creación y el contenido de la norma inferior constituida por la decisión judicial. Esta última norma pertenece, junto con la otra, al

mismo orden jurídico, pero sólo en cuanto la primera corresponde a la segunda.”⁸⁰ Debemos, por tanto, considerar esta hipótesis como relativa, en cuanto a la norma general jurisprudencial. Ya que como sabemos, dicha norma, puede pertenecer simplemente al orden jurídico, o sea, alguna de sus fuentes de derecho obligatorias e incluso aquellas consideradas como no obligatorias que tratamos en otro punto.

Con mucha razón, la teoría surgida en el terreno del *Common Law* angloamericano, de que sólo los tribunales producen derecho, es tan relativa como la teoría surgida en el terreno del derecho legislado continental europeo, de que los tribunales no producen absolutamente ningún derecho, sino que sólo aplican un derecho ya creado. Esta teoría lleva a sostener que sólo hay normas generales; aquella, que sólo hay normas individuales. La verdad se encuentra como afirmaba Aristóteles en el punto medio.

Debemos, por tanto, entender que la sentencia judicial es la continuación, no el comienzo, del proceso de producción de derecho.

De ahí que, se considere que a comienzos de este siglo, John Chipman Gray y, más adelante, Oliver Wendell Holmes publicaron informes escépticos sobre el proceso judicial; en ellos desenmascaraban la doctrina ortodoxa según la cuál los jueces se limitaban a aplicar las normas existentes. Este punto de vista escéptico se convirtió, en las décadas de 1920 y 1930, en el poderoso movimiento intelectual conocido como *realismo jurídico*. Sus líderes (Jerome Frank, Karl Llewelyn, Wesley Sturges y Morris y Felix Cohen, entre otros) sostenían que la

⁸⁰ *Idem.*

teoría tradicional se había equivocado porque había adoptado un enfoque doctrinario de la jurisprudencia, intentando describir lo que hacen los jueces a partir de las normas que ellos mismos mencionan en su decisión. Ello es un error, sostenían los realistas, porque en realidad los jueces deciden los casos de acuerdo con sus propios gustos políticos o morales y después, como racionalización, escogen una regla jurídica apropiada.⁸¹

Es por eso, que para la jurisprudencia norteamericana la línea principal era el llamado realismo, evitando por tanto el enfoque doctrinario de los textos ingleses. Una prueba de ello, fue la clara influencia posterior del realismo, que se reflejaba en la insistencia en los hechos, que Roscoe Pound, de Harvard, llamo jurisprudencia sociológica, que fue dominio de los sociólogos, y que analizamos a continuación y a profundidad en otro punto de ésta investigación.

Roscoe Pound, en su obra intitulada "*El Espíritu del Common Law*" afirma que, la tradición jurídica angloamericana llamada *Common Law* constituye una forma peculiar del pensamiento judicial y jurídico, una manera de tratar problemas jurídicos más bien que un cuerpo definido de reglas determinadas. No obstante, el *Common Law* subsiste en los Estados Unidos a pesar de la gran cantidad de legislación que aparece cada año en nuestras colecciones legislativas, y le proporciona forma y consistencia.⁸²

De ahí que, sostenga que las fórmulas jurídicas son necesarias para mantener la dignidad del tribunal, para acelerar la marcha de sus asuntos, para

⁸¹ DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. Marta Guastavino, Barcelona, España, Ed. Planeta-Agostini, 1993, p. 46.

⁸² POUND, Roscoe, *El espíritu del "Common Law"*, Trad. de José Puig Brutau, s.e., Barcelona, Ed. Bosch, s.a., p. 17.

que la persona revestida de autoridad se mantenga dentro de los límites debidos y para que el juez pueda aprovecharse de la experiencia del pasado. Ante todo, ésta actitud de los tribunales del *Common Law* es lo que se llama doctrina de la supremacía del derecho (*supremacy of law*).

Roscoe Pound señala además que "Junto con la doctrina del precedente judicial y del juicio por jurado, esta doctrina de la supremacía del derecho constituye una de las tres instituciones distintivas y más características del sistema jurídico angloamericano."⁸³

No obstante, a través de su poder de interpretación han conseguido que las leyes se amoldaran a sus ideas jurídicas, a pesar de la indudable voluntad de la legislación en sentido contrario. Aunque por lo general los jueces por educación y tradición, lo subordinan todo a los principios y reglas generales.

Por otro lado Roscoe Pound considera: "De ahí que, durante un siglo, nuestros tribunales dedicaran sus principales esfuerzos al desarrollo de nuestro Derecho del caso y la jerarquía judicial fue organizada en consideración a tal finalidad."⁸⁴

No olvidemos que la llamada interpretación no consiste solamente en la comprobación de la voluntad legislativa. Si fuese así, se trataría de la más fácil y no de la más difícil de las tareas judiciales, y no habría creación gradual del derecho, por lo que el juez se convertiría automáticamente en un autómatas de la aplicación del derecho.

⁸³ POUND, Roscoe, *El espíritu del "Common Law"*, *Op. Cit.*, p. 79.

⁸⁴ *Op. Cit.*, p. 126.

Roscoe Pound, sostiene que existe un elemento común en las dos doctrinas fundamentales del *Common Law*: la doctrina de los precedentes y la de la supremacía del Derecho. El mismo espíritu las anima. La doctrina de los precedentes significa que las causas han de ser juzgadas por medio de principios alcanzados por inducción a base de la experiencia judicial del pasado y no por deducción que se apoya en las normas establecidas arbitrariamente por la voluntad del soberano. En otras palabras: la razón y no la voluntad arbitraria ha de constituir el fundamento decisivo de la sentencia. A la misma idea puede quedar reducida la doctrina de la supremacía del Derecho.⁸⁵ Por lo tanto, la doctrina del *Common Law* consiste en aplicar la razón a la experiencia, utilizando un método angloamericano llamado empirismo judicial siempre que ha sido necesario imprimir un nuevo curso a la corriente del pensamiento jurídico y de la decisión judicial.

Roscoe Pound, sostiene además que: "...los jueces deben crear Derecho tanto como aplicarlo, por lo que resulta probable que se desarrollen algunos centros de información judicial (*judicial referent bureaus*), parecidos a los que señalan la memorable contribución del Dr. McCarthy a la práctica de la creación jurídica de origen legislativo."⁸⁶

Por último, Roscoe Pound sostiene que en la configuración del *Common Law* han contribuido siete factores:

"(1) Un substracto originario de instituciones e ideas jurídicas de procedencia germánica; (2) el Derecho feudal; (3) el puritanismo; (4) los conflictos entre los

⁸⁵ *Ibidem.*, p. 181.

⁸⁶ *Ibidem.*, p. 210.

tribunales y la corona durante el siglo XVII; (5) las ideas políticas del siglo XVIII; (6) las condiciones peculiares de las comunidades colonizadoras o agrícolas de América, en la primera mitad del siglo XIX; y (7) las ideas filosóficas relativas a la justicia, al Derecho y al estado que prevalecieron en el periodo de la formación durante el que nos fue transmitido el *Common Law* inglés por los tribunales americanos."⁸⁷

Consideremos ahora, el pensamiento del norteamericano más destacado de la época contemporánea, me refiero a Ronald Dworkin uno de los autores más importantes de la filosofía jurídica anglosajona. Es actualmente el sucesor de Hart en su cátedra de la Universidad de Oxford, y su filosofía constituye en punto de partida para la crítica de las escuelas positivistas y utilitaristas, basada en la filosofía de Rawls y en los principios del liberalismo individualista, pretende construir una teoría del derecho que no excluya ni el razonamiento moral ni el razonamiento filosófico, propone en este sentido una teoría basada en los derechos individuales, lo que significa que sin el reconocimiento de los derechos individuales no existe derecho alguno.

Es evidente que rechaza el positivismo desde la perspectiva metodológica, única vía que permitía unificar la diversidad de escuelas positivistas. Una concepción del derecho que niegue la separación absoluta entre el derecho y la moral, y que no acuda a principios de justicia material preestablecidos, como hacía el viejo iusnaturalismo es una doctrina peligrosa, porque Dworkin demuestra que en la práctica jurídica de los tribunales, la distinción ente el derecho y la moral

⁸⁷ *Ibidem.*, p. 29.

no es tan clara como sostienen los positivistas. Acudir al derecho que se aplica y obedece para demostrar que la moral interviene en el derecho, es muy peligrosa para la doctrina positivista porque pone de manifiesto la debilidad de su enfoque.

Dworkin toma como punto de referencia la teoría de Hart porque considera que es la versión más acabada del positivismo jurídico, su ataque lo enfoca en una distinción lógica entre normas, directrices y principios. El modelo positivista es estrictamente normativo porque sólo puede identificar normas y deja fuera del análisis las directrices y los principios. El concepto de una norma clave, como la regla de reconocimiento, permite identificar las normas mediante un *test* que él denomina *el test de su pedigree o de su origen*.

Considera que los principios, además, informan las normas jurídicas concretas de tal forma que la liberalidad de la norma puede ser desatendida por el juez cuando viola un principio que en ese caso específico se considera importante. Tal es el caso de la norma fundamental de Kelsen o la de reconocimiento de Hart, que consiste en la práctica social que establece que las normas que satisfacen ciertas condiciones son válidas.

"La reacción positivista no se ha limitado a la mera modificación de la regla de reconocimiento (Carrió o Sartorius) o a la búsqueda de criterios distintos (Raz) para la identificación del derecho. Algunos autores han interpretado la obra de Dworkin como una nueva versión del iusnaturalismo. Richards sostiene que: la interpretación del razonamiento judicial ha sido utilizada por Dworkin para defender una forma de iusnaturalismo en oposición al positivismo de Hart. El razonamiento jurídico, según Dworkin, invoca y utiliza principios que los tribunales desarrollan lentamente mediante un largo proceso de razonamiento y de creación

de precedentes. Estos principios son específicamente morales. En consecuencia, el razonamiento jurídico depende del razonamiento moral, en el sentido de que los principios morales juegan un papel muy importante en razonamiento jurídico, específicamente en los casos difíciles. Y, por tanto, la tesis central del positivismo, la separación entre el derecho y la moral, es falsa; no se puede separar el razonamiento jurídico del razonamiento moral."⁸⁸

Sobre este punto Carrió ha señalado que: "la descripción de Dworkin de las actitudes de los jueces americanos es correcta pero no puede ser invocada como contraejemplo del positivismo... La Constitución americana ha incorporado algunos *standards* morales como criterios de validez jurídica y los jueces americanos aplican estos *standards* como criterios últimos de validez. A causa de esta circunstancia, la conexión existente en aquél país entre el derecho y la moral, aunque sea importante y estrecha, no es una conexión necesaria o conceptual sino fáctica."⁸⁹

Según Dworkin, el positivismo haitiano es incapaz de dar cuenta de la complejidad del derecho. Para poner a prueba las tesis positivistas plantea el problema de la función judicial. En la tradición positivista más desarrollada (el caso de Hart en su obra *The Concept of law*) se mantiene la tesis de la discreción judicial. En caso de que no exista una norma exactamente aplicable el juez debe decidir discrecionalmente. El derecho no puede ofrecer respuesta a todos los casos que se plantean. El positivismo haitiano sostiene que en los casos difíciles no existe respuesta correcta previa a la decisión del juez, que tiene un marcado

⁸⁸ DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, *Op. Cit.*, p. 11.

⁸⁹ *Ibidem.*, p. 12.

carácter discrecional. Dworkin atacará la teoría de la función discrecional de los jueces enunciando la tesis de la respuesta correcta.

En efecto, el argumento de Dworkin será que, aun cuando ninguna norma establecida resuelva el caso, es posible que una de las partes tenga derecho a ganarlo. No deja de ser deber del juez, incluso en los casos difíciles, descubrir cuáles son los derechos de las partes, en vez de inventar retroactivamente derechos nuevos, como lo hace el positivismo.

Sostiene que: "las leyes y normas del derecho consuetudinario suelen ser vagas, y es necesario interpretarlas antes de que se les pueda aplicar a casos nuevos. Además, algunos casos plantean problemas tan nuevos que no es posible resolverlos no siquiera forzando o volviendo a interpretar las normas existentes, de manera que en ocasiones los jueces deben legislar, ya sea encubierta o explícitamente. Pero cuando lo hacen, deben actuar como representantes del legislativo, promulgando el derecho que, en su sentir, promulgaría éste de verse enfrentado con el problema."⁹⁰

Aunque hay que considerar que la postura de Dworkin es muy acertada en el sentido que afirma que los jueces, cuando deciden casos particulares de derecho, establecen normas generales que, de alguna manera, se proponen beneficiar a la comunidad. Citan razones, en forma de precedentes y de principios, para justificar una decisión, pero lo que se entiende que los precedentes y principios han de justificar es la decisión, no el enunciado de una norma legal.

⁹⁰ *Ibidem.*, p. 147.

Dworkin hace notar en su obra *El imperio de la justicia*, que las teorías interpretativas de cada juez se basan en sus propias convicciones sobre el 'sentido' (al propósito justificador, el objetivo o principio) de la práctica legal como un todo, y es inevitable que estas convicciones sean diferentes, por lo menos en detalle, de las de otros jueces. Sin embargo, las influencias más poderosas hacia la convergencia son internas al carácter interpretativo. La práctica del precedente, que ningún juez que haga una interpretación puede ignorar, ejercer una presión para llegar a un acuerdo; las teorías de cada juez acerca de lo que es la práctica se incorporan por referencia a través de cualquier descripción y reestructuración de precedente en la que se apoye, aspectos de otras interpretaciones populares de la época.

Es preciso, pues, aceptar que la fuerza gravitacional del precedente no puede ser captada por ninguna teoría que suponga que el precedente tiene fuerza de ley como la legislación. Pero lo inadecuado de tal enfoque sugiere otra teoría, superior. La fuerza gravitacional de un precedente se puede explicar apelando, no a la prudencia de imponer leyes, sino a la equidad de tratar de manera semejante los casos semejantes.⁹¹

De ahí que, Hércules llegará a la conclusión de que esta teoría de la equidad ofrezca la única justificación adecuada de la práctica del precedente como tal. Con mucha razón, señala que la más importante es que debe limitar la fuerza gravitacional de las decisiones anteriores a la extensión de los argumentos de principio necesarios para justificar aquellas decisiones.

⁹¹ *Ibidem.*, p. 185.

Dworkin, llama Hércules al juez, que debe construir un esquema de principios abstractos y concretos que ofrezca una justificación coherente para todos los precedentes de derecho consuetudinario y, en cuanto también han de estas justificadas por principios, para las estipulaciones constitucionales y legislativas.⁹²

Consideremos ahora lo siguiente, que la jurisprudencia clásica supone, como lo afirma Dworkin, que los jueces deciden los casos en dos etapas: encuentran el límite de lo que exige el derecho explícito, y después ejercitan una discreción independiente para legislar sobre problemas que el derecho no abarca, por lo tanto, deberán de basarse en la norma, las directrices y los principios.

Si tomamos en consideración lo antes expuesto, el modelo de Dworkin de la respuesta correcta, debe de ser tomado en cuenta, en la medida de que sostiene que el juez siempre encuentra respuesta correcta en el derecho preestablecido. El juez carece de discreción y por lo tanto de poder político. La verdadera respuesta corresponde a la teoría que es capaz de justificar del mejor modo los materiales jurídicos vigentes.

Este modelo, evita varios problemas: el primero que el juez no se constituya en legislador, lo cual significa que el poder judicial tiene como función garantizar derechos preestablecidos.

En segundo lugar: la tesis de Dworkin es compatible con el postulado de la separación de poderes puesto que el juez está subordinado a la ley y al derecho, y por lo mismo, no tiene una discrecionalidad absoluta.

⁹² *Ibidem.*, p.190.

En tercer lugar: la tesis de la respuesta correcta rechaza la teoría del silogismo, pero señala que la función del juez es garantizar los derechos individuales y no señalar los objetivos sociales, es decir, es una postura contra el utilitarismo.

En cuarto lugar: en los casos difíciles los jueces deben basar sus decisiones, haciendo una distinción lógica entre normas y principios o directrices, para reconstruir su decisión, o sea, la respuesta correcta, y no en objetivos sociales o directrices políticas.

Puede ser criticada y decirse que la teoría de la función judicial de Dworkin no sea correcta, pero consideramos que debe de tomarse en serio porque no incurre en los errores evidentes de las teorías silogísticas y realistas, que niegan los casos difíciles. Del mismo modo, no incurre en las contradicciones de la teoría de la libre discreción judicial.

Por otro lado, es necesario tratar *grosso modo* la naturaleza y el sistema de fuentes angloamericano para comprender su influencia en la jurisprudencia en México.

Incluso la Suprema Corte de Justicia de la Nación afirma que: "En los Estados Unidos, la función jurisprudencial tiene una extraordinaria importancia, ya que aún cuando la vinculación de un tribunal a sus precedentes no es absoluta como en Inglaterra, lo es siempre con respecto a las decisiones de los tribunales del grado superior. Además, las facultades constitucionales permiten a todos los tribunales un auténtico control de la constitucionalidad de las leyes, al suspender la aplicación de éstas cuando infringen la constitución, hasta el punto de hablarse

de un gobierno de los jueces o, que la constitución americana es lo que quieren los jueces."⁹³

Queda claro entonces que la estructura del Poder Judicial de la Federación, tal como se proyectó en 1824, se nota la influencia del derecho norteamericano con el establecimiento de la Corte Suprema de Justicia, de los tribunales de Circuito y de los juzgados de distrito, que siguieron el modelo establecido en la *Judicature Act* de 1789.

⁹³ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *La jurisprudencia en México*, México, Colaboradores: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Coordinación General de Sistematización de Tesis, Dirección General del Semanario Judicial de la Federación, Unidad de Divulgación de la Cultura Jurídica y los Ministros, 2002, p. 53.

c) Familia jurídica socialista.

Por lo que respecta a esta familia, es importante advertir, que únicamente señalaremos algunos de sus elementos más importantes, sobre todo haciendo referencia a sus principales fuentes del derecho, y particularmente a la institución de la jurisprudencia.

El sistema socialista soviético se implantó en Rusia a raíz de la revolución bolchevique de 1917. Los sistemas jurídicos socialistas soviéticos integraron una nueva tradición o familia jurídica. Con anterioridad a la revolución, el derecho ruso pertenecía a la familia neorromana, y después del término de la guerra fría vuelve nuevamente a incorporarse a él. Sin embargo, la tratamos en esta investigación con la finalidad docente y para analizar las fuentes principales de creación del derecho socialista a manera de introducción.

Según Consuelo Sirvent, ésta familia jurídica fue la de más reciente creación y, también la más efímera, ya que se le aceptó cuestionada acerca de su autonomía hasta 1939. Sin embargo, con el colapso del sistema socialista soviético desaparece asimismo esta familia jurídica, incorporándose de esta

manera algunos países a la tradición neorromanista, otros al sistema religioso musulmán, y a la familia mixta.⁹⁴

Hay, por otra parte que señalar que los principios del sistema socialista soviético están tomados de la filosofía elaborada por Carlos Marx y Federico Engels, y han sido interpretados posteriormente bajo el sistema de pensamiento conocido bajo el nombre de marximo-leninismo-stalinismo.

A diferencia del derecho común que es creado por el juez, éste sistema tiene como fuente principal de la creación del derecho, al legislador cuya obra es considerada como la expresión de la voluntad popular, y por supuesto dirigida por el partido comunista.

La siguiente fuente de este sistema, fue sin duda la costumbre que a jugado un papel importante en la creación del derecho, pero se recurre a ella cuando es autorizada por el legislador.

Asimismo, los principios generales del derecho socialista constituyen otra importante fuente, pero únicamente en el caso de que no exista disposición aplicable al caso concreto la corte deberá recurrir a ellos.

Y por último, la jurisprudencia que como ya dijimos es la principal fuente del derecho común, pero que en éste sistema juega un papel muy restringido, dichos fallos se encuentran controlados por publicaciones oficiales, por lo que no existen publicaciones privadas. Diremos por tanto que, la jurisprudencia en este sistema tiene prácticamente la función reservada a la interpretación de la ley y no a la

⁹⁴ SIRVENT GUTIÉRREZ, Consuelo, *Op. Cit.*, p. 10.

integración y creación de normas generales, como ocurre en otros sistemas jurídicos.

CAPÍTULO III. ESCUELAS Y SISTEMAS DE INTERPRETACIÓN

3.1. Antecedentes (*interpretatio* y glosadores).

La interpretación es un arte y, consecuentemente, posee una técnica especial. Pero como toda técnica supone el correcto empleo de una serie de medios, para la obtención de ciertos fines, resulta indispensable estudiar los métodos interpretativos, ya que el buen éxito de la actividad del intérprete dependerá de la idoneidad de los procedimientos que utilice.

En cuanto a la cuestión metodológica, las discrepancias de los autores no son menos profundas que en lo que atañe al concepto de la interpretación y a la definición del sentido de la ley. Y es que la idea que del sentido de la ley se tenga, así como de las doctrinas que profesan sobre el derecho en general, influirá necesariamente sobre la elección de los métodos interpretativos.

Es por eso, que las escuelas de interpretación inician de concepciones completamente distintas acerca del orden jurídico y del sentido de la labor hermenéutica.

Una vez agotado el tema de la interpretación, y quedando clara esta idea, es propio, pasar al campo referente a los métodos que se emplean en los

diferentes sistemas de interpretación, para poder saber en situaciones concretas cual es necesario utilizar.

Ahora bien, García Garrido comenta que: "En sentido histórico, la misión de la jurisprudencia se sitúa tradicionalmente entre los sistemas cerrados (codificaciones europeas y americana), y los sistemas abiertos entre los que se consideran clásicos o modélicos la jurisprudencia romana y el *Common Law*, que consiste en un complejo de soluciones a problemas jurídicos. En el primero de estos sistemas, se seguirán perfectamente el método axiomático que parte de la deducción de un sistema de normas o axiomas que no necesitan ulterior fundamentación. En cambio en los sistemas abiertos se aplica el método de tópica, complejo de soluciones a problemas prácticos o métodos del pensar problemático".⁹⁵

Asimismo Gerardo Zertuche afirma que: "En la doctrina se conocen distintos sistemas de interpretación entre los que podemos señalar el auténtico, el histórico, el objetivo, el subjetivo, el sociológico, el pragmático, el teleológico, el sistemático, el analógico, el de mayoría de razón, etc".⁹⁶

Entonces, la jurisprudencia se produce o puede producirse por la aplicación de todos los sistemas de interpretación aludidos y, una vez interpretada la ley, dará como resultado una jurisprudencia que tendrá validez general. Como vemos la mayoría de los autores consideran, que se le debe dar la supremacía de un

⁹⁵ GARCÍA GARRIDO, Manuel J., "*Jurisprudencia romana y jurisprudencia actual*". N° 2, Colombia, junio 1985, p. 324.

⁹⁶ Cfr. ZERTUCHE GARCÍA, Héctor, *La jurisprudencia en el sistema jurídico mexicano*. 2ª ed., Editorial Porrúa, México, 1992, p. 16; GONZALEZ OROPEZA, Manuel. "*La interpretación jurídica en México*". Isonomía, revista de Teoría y Filosofía del Derecho, México, 1996, Ed. Fontamara, ITAM, N° 5, p. 14.

sistema sobre los demás, consideramos esto inadecuado, ya que es necesario a nuestro parecer tomar en cuenta, a los demás sistemas lo cual no todas las corrientes están de acuerdo, al considerar supremo un sólo método, con exclusión de los demás.

Como antecedentes, recordaremos también, que la ciencia jurídica desde el tiempo de la *interpretatio prudentium*, a través de las *glossas* y comentarios medievales, consistió fundamentalmente en la explicación del derecho o parte de él, así como su descripción y presentación sistemática.

Otro antecedente lo encontramos en el nacimiento de la ciencia jurídica europea, (lo que se conoce como renacimiento de la jurisprudencia) del siglo XI es resultado de una serie de acontecimientos que conmovieron a occidente, como en el aspecto económico, político y religioso, en el derecho y su enseñanza, el nacimiento de la universidades, el descubrimiento de los antiguos textos de derecho romano, revolución papal, etc.

Incluso "el derecho romano compilado por Justiniano no tenía validez en Europa, particularmente en el tiempo de su redescubrimiento en Italia. Del siglo VI al siglo XI el "derecho romano" conocido en Europa es el derecho prejustiniano".⁹⁷

Un avance significativo del *corpus iuris civilis*, es la utilización del método de las lecturas seguidas por la *glossa* o *glossae*, que realizaba el profesor, las cuales eran copiadas por los estudiantes entre las líneas del texto y, si no por razones de extensión, al margen, en donde se acumulaba la doctrina. Este es el método, por

⁹⁷ TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Op. Cit.* p. 319.

el que se enseñaba el derecho, y que a la vez dio lugar a la reformulación del mismo.

Tamayo y Salmorán señala que: "La lectura y su *glossa* suponía un "análisis" meticuloso de dichos textos, por medio de la dialéctica para construir deducciones, es así, como surge la sistematización del derecho de Europa".⁹⁸

El método dialéctico, tuvo gran importancia, ya que por medio de la división en partes se llegaba al último detalle, y cuyas cuestiones servían para someter a prueba las doctrinas contenidas en las glosas. Tenían por finalidad integrar las lagunas y resolver contradicciones, por la reconciliación de los opuestos.

Y que: "La expresión *quaestiones disputatae*, es un término usado por los glosadores cuyas características son: 1) refiere siempre a problemas de derecho, y 2) el problema siempre es planteado de manera interrogativa expresando una genuina duda. Las *quaestiones* pueden ser llamadas *dialectique*".⁹⁹

Esta era la forma en que se resolvían los problemas o contradicciones, lo que constituye el diálogo (la argumentación), que formaba el núcleo de toda estructura científica en el medioevo, y donde el elemento más relevante era el caso o materia a discutir, que incluso podría estar más allá de la capacidad de los estudiantes, en donde no se les pedía una solución pero sí se les sugería un punto de vista.

Tamayo y Salmorán concluye sosteniendo que: "Cada argumento tenía que basarse en uno o más pasajes del derecho romano; estas son la *allegationes*. Las

⁹⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 320; TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *La ciencia del derecho y la formación del ideal político*, México, UNAM, 1989, p. 68.

⁹⁹ TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *La ciencia del derecho y la formación del ideal político*, Op. Cit., p. 75.

allegationes consisten en transcripciones casi literales de ciertas normas bien conocidas".¹⁰⁰

Los glosadores no sólo se dedicaban al estudio del derecho justiniano, sino también al germánico y canónico; y posterior a ellos surgen los comentaristas, que en mayor grado que los glosadores tienden a separarse del análisis literal, aspirando a una teoría general.

Así es como la *interpretatio prudentium*, con ayuda de los glosadores y la utilización del método dialéctico de los estóicos, llega ser el primer sistema de metalenguaje del derecho del que se tiene conocimiento, y del cual devino el paradigma de la jurisprudencia.

La escuela de los glosadores, tiene su origen como ya señalamos en la época en que surgen las universidades de Bolonia, Pavia, Ravena, etcétera, pero principalmente se le debe el inicio al monje Irnerio que estaba a cargo de la universidad de Bolonia, al empezar la labor tan compleja del estudio, conciliación y sistematización del Digesto.

Además Tamayo y Salmorán señala que: "En la primera mitad del siglo XIII destacó un jurista de la escuela de los glosadores llamado Acursio (1185-1263); el mérito de éste consistió en hacer una selección de las miles de glosas dispersas, que sus numerosos predecesores habían escrito. Su obra se llamó *La Gran Glosa*; fue publicada en 1240 y representa la culminación de la escuela de los glosadores."¹⁰¹

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 77.

¹⁰¹ SIRVENT GUTIÉRREZ, Consuelo, *Op. Cit.*, p. 32.

Incluso, solía decirse a propósito de su autoridad: "lo que La Gran Glosa no reconoce, la Corte tampoco lo reconocerá".

Aparecen también dos escuelas que contribuyeron de alguna manera en el desarrollo y estudio del derecho romano. La primera se llamó escuela de los *Ultramontani*, al rededor del año 1300 la universidad francesa de Orleáns se convirtió en el centro de estudios del derecho romano, en donde dos famosos juristas pertenecientes a ella, es decir, con el nombre de *ultramontani* (los que están más allá de las montañas), utilizaron un método diferente al de los glosadores, en el que se mostraban menos estrictos en la observancia de las glosas y mostraron mayor interés por las cuestiones de práctica legal.

De esta manera propiciaron el terreno de la segunda escuela a decir, la escuela de los comentaristas, ya que como comentamos el método de los glosadores consistía únicamente en la interpretación literal de los textos, dejando a un lado la aplicación práctica del derecho. Por esa razón, a finales del siglo XIII algunos juristas abandonaron ese método y procuraron extraer de los textos principios generales aplicables a las necesidades prácticas. Así fue como se inició la escuela de los comentaristas.¹⁰²

A estos juristas de la escuela de los comentaristas, se les conoció también con el nombre de posglosadores y, por haber hecho comentarios después que los glosadores y sobre todo porque continuaron la labor de éstos apartándose por supuesto del método empleado.

¹⁰² *Ibidem*, p. 33.

De acuerdo con Consuelo Sirvent, la escuela de los comentaristas difiere de la escuela de los glosadores en que los autores de la primera se interesaron más por la ley, fuera del *Corpus iuris civilis* y dedicaron mayor atención a las realidades sociales de su tiempo. Los comentaristas adaptaron la ley a exigencias de su época y formularon doctrina de orientación práctica. Entre los autores representativos de ésta escuela encontramos en primer lugar a Cino de Pistoia (1270-1336) a quien siguieron Bartolo de Sasoferrato (1313-1357) y Baldo de Ubaldis (1327-1400).¹⁰³

Como vemos, el derecho común que estaba constituido por el derecho canónico y civil, era el que se enseñaba en las universidades y el que aprendían los juristas cultos, y que junto con el *Corpus Iuris Canonici* y la inmensa literatura de los glosadores y posglosadores o comentaristas, se convirtió en el derecho común en Europa.

Como sabemos, es evidente que este derecho común, tuvo su decadencia, ésta se debió sin lugar a dudas, a la época de la codificación que comenzó en el siglo XVIII y alcanzó su apogeo en el siglo XIX.

La codificación, trajo como resultado la desaparición de la unidad jurídica europea, y por lo tanto, el desplazamiento del *ius commune* en la medida en que iba surgiendo el derecho nacional, que tomó la forma de la codificación. Aunque, debemos dejar claro que entre los códigos más importantes figura el Código Civil Francés y el alemán, que a pesar de que difieren en forma, estilo y modo, no dejan por ese sólo hecho de tener similitudes importantes, encontrando que

¹⁰³ *Ibidem*, p. 34.

ambos se basaron en gran medida en el derecho común, y por supuesto en sus respectivas leyes nacionales. Se dice también: que estos dos códigos, o sea, el francés y el alemán influyeron decisivamente en la codificación mundial, este fenómeno histórico, es una prueba más para comprobar que efectivamente el derecho romano tiene gran importancia en la formación del derecho también mundial.

En síntesis, podemos decir, que los grandes jurisconsultos romanos del XIX han confirmado la regla de que el análisis gramatical del texto legal viene en primer término, y, sólo en caso de duda, debemos continuar con otros métodos. Y en cuanto al papel de la analogía en la tarea interpretativa, debemos señalar las citas D. 1. 3. 12. Y 13, cuya idea medular fue condensada después en el refrán *ubi eadem ratio, ibi idem ius* (donde existe la misma razón, debe aplicarse la misma norma). Sin embargo, este consejo de Juliano-Pedio-Ulpiano tiene también sus restricciones, que comentaremos en su oportunidad.

Incluso, los argumentos *a fortiori* y *a contrario sensu* tienen importancia para la interpretación del derecho, aunque este último fácilmente se presta a abusos.¹⁰⁴

¹⁰⁴ FLORIS MARGADANT, Guillermo, *Op. Cit.*, p.108.

3.2. Escuela de la Exégesis.

Ahora pasemos a considerar lo que es la exégesis, como uno de los principales métodos hermenéuticos tradicionales. Por lo tanto, tendremos que analizar las doctrinas de la escuela de la exégesis.

Según García Máynez, el pensamiento inspirador de la citada escuela fue por primera vez formulado en la memoria *L' autorité de la loi*, leída por el jurista francés Blondeau en el año de 1841, ante la Academia de Ciencias Morales y Políticas. Según Blondeau, las decisiones judiciales deben fundarse exclusivamente en la ley. El mencionado jurisconsulto admite la interpretación, pero sólo en el sentido de exégesis de los textos. Consecuentemente con su punto de partida, rechaza "las falsas fuentes de decisión, con las cuales se pretende sustituir la voluntad del legislador": precedentes, usos no reconocidos legalmente, consideraciones de utilidad general, equidad, adagios, doctrinas, etcétera. Y llega al extremo de sostener que si el juez se encuentra ante leyes contradictorias, que haga imposible describir la voluntad del legislador, debe abstenerse de juzgar, considerar tales preceptos como no existentes y rechazar la demanda.¹⁰⁵

¹⁰⁵ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, Op. Cit., p. 333.

La idea de que toda interpretación es siempre exégesis de los textos, domina y dirige las enseñanzas de los más ilustres juristas franceses de la segunda mitad del siglo pasado: Demante, Marcadé, Demolombe, Aubry et Rau, Laurent y Baudry-lacantinerie.

Uno de los principales postulados que sostiene esta escuela, es precisamente, la riqueza de la legislación, a partir de las grandes codificaciones y, sobre todo de la promulgación del Código de Napoleón, sostienen en este sentido que es casi imposible la existencia de casos no previstos; y en caso que los haya, como la ley es la voluntad del legislador, la interpretación tenderá siempre en la búsqueda de ésta. Esta tarea, cuyo fin último consiste en descubrir la intención del legislador, es precisamente lo que se llama exégesis.

La interpretación es, pues, desde este punto de vista, aclaración de los textos, y búsqueda del pensamiento del legislador.

De acuerdo con García Máynez, algunas veces, sin embargo, la expresión es oscura o incompleta, entonces no basta el examen gramatical, y es necesario la llamada interpretación lógica. Su fin estriba en descubrir el espíritu de la ley, que según Jhering sirve "para controlar, completar, restringir o extender su letra".

Además, si los medios auxiliares de que el intérprete se vale como es el caso del examen de trabajos preparatorios, exposiciones de motivos y discusiones parlamentarias, así como de la tradición histórica y de la costumbre. Si estos medios resultan infructuosos, habrá que valerse de procedimientos indirectos, entre los cuales se encuentra la analogía, la equidad y los principios generales del derecho, pero no como fuente inmediata y directa, sino únicamente como criterio

de inspiración que el legislador debió tener presente, y así por estos medios, poder completar la expresión de su pensamiento.¹⁰⁶

De igual forma, al no poder estos medios proporcionar el sentido de la ley, es necesario recurrir a los principios de la lógica formal, entre los cuales se encuentran:

1. *Argumento a contrario*.- "Cuando un texto legal encierra una solución restrictiva, en relación con el caso a que se refiere, puede inferirse que los no comprendidos en ella deben ser objeto de una solución contraria."¹⁰⁷
2. *Argumento a pari, a majori ad minus, a minori ad majus*.- "Estos argumentos constituyen, en su conjunto y combinación, lo que se llama *razonamiento de analogía*. Los argumentos de esta índole se basan en la idea de que en todos aquellos casos en que existe una misma razón jurídica, la disposición debe ser la misma."¹⁰⁸

Sin embargo, Máynez sostiene que no basta la simple semejanza de dos situaciones de hecho, sino la identidad jurídica substancial. La aplicación se realiza bien porque existe igualdad o paridad de motivos (*argumento a pari*), bien porque hay una mayor razón (*argumento a minori ad majus*), bien porque lo que ocurre es precisamente lo contrario (*argumento a majori ad minus*).

Después de lo dicho, concluimos que estos procedimientos aunque se aplican de diferente manera, pertenecen al mismo procedimiento científico.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 335.

¹⁰⁷ *Idem*.

¹⁰⁸ *Idem*.

La formulación más precisa de esta tesis se encuentra se encuentra en una página del *Tratado de Derecho Romano*, de Savigny, dice así el famoso jurista: "Si las fuentes resultan insuficientes para resolver una cuestión jurídica, debemos colmar la laguna, pues la universalidad es una condición tan esencial al derecho como su unidad. Por lo que debemos de proceder, tomando en cuenta que el derecho positivo se completa a sí propio, en virtud de su fuerza orgánica. De acuerdo con la definición que del derecho positivo he dado, debo admitir, la verdad de está tesis; precisamente me he servido de ella para suprimir las contradicciones y restablecer la unidad del derecho. El resultado de este procedimiento en relación con el derecho positivo se llama analogía; las lagunas se llenan pues analógicamente."¹⁰⁹ Esto es precisamente, lo que se le conoce con el nombre de plenitud hermética del orden jurídico.

Cuando se habla de plenitud hermética del orden jurídico quiere expresarse que no hay situación alguna que no pueda ser resulta jurídicamente, esto es, de acuerdo con los principios de derecho. Se ha sostenido que en todos aquellos casos en que no exista una ley que prevea la situación, puede ésta ser resulta de acuerdo con la regla de que todo aquello que no está prohibido u ordenado, esta permitido. La escuela de la exégesis, al basarse en tal principio conduce necesariamente a la negación de las lagunas.

Zitelmann señala que cuando de lagunas se habla, hay que distinguir dos casos: el primero está constituido por la substitución de una regla legal por un principio de decisión que se considera más justo; el segundo se presenta cuando

¹⁰⁹ Citado por GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Op. Cit.*, p. 348.

la regla es más o menos indeterminada. En el primer caso se trata de corregir la ley; en el segundo, de complementarla.¹¹⁰

Es indispensable, a nuestro parecer, examinar ahora, lo que niegan los juristas de la escuela de la exégesis, una vez, analizados a grandes rasgos los postulados que sostienen.

Es evidente, al hacer uso del *argumento a contrario*, que niegan que la costumbre sea verdadera fuente de derecho, en la medida en que la mayoría como ya lo mencionamos, sostienen que la formulación del derecho es exclusiva del legislador. Sólo será lícito recurrir a la costumbre cuando la ley así lo disponga, o cuando haya duda, y el examen de aquélla permita descubrir el pensamiento del legislador. Pero esta postura, no es sostenida por todos los juristas franceses del siglo XIX (Demante, A. Boistel y Ch. Beudant).

Incluso cuando hay silencio, oscuridad o insuficiencia de los textos legales, ningún juez debe abstenerse de juzgar, según el Código Civil francés, por tal razón, casi todos los exégetas se apartan en este punto de la opinión de Blondeau, y estiman que los jueces deben llenar las lagunas de la ley de acuerdo con los principios de justicia y equidad que se supone inspiran en todo caso la obra del legislador.¹¹¹

Por esta circunstancia, es necesario hacer una crítica constructiva y considerar lo siguiente, que las conclusiones a que llegan los partidarios de la

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 361.

¹¹¹ *Ubidem*, p. 337.

escuela de la exégesis derivan de una falsa idea sobre la plenitud de la legislación y las codificaciones.

Señala al respecto García Máñez¹¹² que no es posible dejar de admitir dos limitaciones: Primero que la ley como obra humana, es forzosamente incompleta, por grande que sea la perspicacia de sus redactores; y la segunda, que se manifiesta siempre a través de ciertas fórmulas, que suelen ser interpretadas por otras personas, las cuáles no podrán llegar directamente al conocimiento de la voluntad del legislador, sino que tendrán que dirigir su atención hacia la fórmula legal.

Examinemos ahora la postura de Gény, respecto a la interpretación e integración de la ley.

Gény parte del principio de que la finalidad de la interpretación de la ley estriba en descubrir el pensamiento del legislador. En este punto coincide totalmente con la tesis de la escuela de la exégesis. Más no acepta que la legislación sea la única fuente del derecho, ni que pueda prever todas las situaciones jurídicas posibles. Se opone igualmente, a la doctrina de la escuela histórica, según la cual, la ley, una vez formulada, independizase de sus autores y empieza una vida propia, sujeta a la influencia de todos los cambios que traen consigo la evolución social y el progreso de las ideas. Afirma que "Interpretar la ley equivale simplemente a investigar el contenido de la voluntad legislativa, con el auxilio de la fórmula que la expresa."¹¹³

¹¹² *Ibidem*, p. 338.

¹¹³ Citado por GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, Op. Cit., p. 339.

Establecido el anterior principio, critica Gény la distinción entre interpretación gramatical e interpretación lógica. Una y otra se complementan necesariamente, pues la gramatical debe ser lógica, y la lógica debe partir del estudio de los textos. En primer lugar, conviene examinar la finalidad perseguida por el legislador, es decir, las circunstancias sociales, económicas, técnicas, etcétera, para los cuales la ley fue elaborada, así como los problemas que su autor pretendió resolver. "Según Gény, aparecerá así el fin propio de la ley (*ratio legis*) que, sin revelar por sí mismo y exclusivamente los medios empleados por el legislador para realizarlo, permite, al menos, comprender mejor y desenvolver los detalles".¹¹⁴

La interpretación no puede consistir en un análisis de lo que el legislador habría querido decir, en la hipótesis de que su atención se hubiera dirigido hacia tal o cual problema concreto.

Muy bien, procuremos llegar en este punto a alguna conclusión digna de tan largo discurso. En efecto, la escuela de la exégesis no toma en cuenta que, el sentido de la ley no es únicamente la voluntad del legislador, es decir, la función de los legisladores no descansa en dar expresión a lo que ellos quieren, sino también a lo que jurídicamente debe ser, de conformidad con todo el orden jurídico.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 341.

3.3. Escuela Histórica Alemana.

Como sabemos, la escuela histórica se desarrollo y floreció en Alemania y fue iniciada por Hugo (1779-1846) y encuentra su más genial representante en F. Von Savigny (1779-1861), otro representante sucesor de éste es F. Von Puchta (1798-1846).

Veamos, pues algunos de los postulados más importantes en cuanto a las ideas de interpretación del derecho, y su tendencia doctrinal en la que esta inmersa ésta escuela, sostenidos por los autores antes señalados, y principalmente por Savigny.

De acuerdo con Rolando Tamayo, en la escuela histórica alemana, el derecho como el lenguaje son creados de forma espontánea, constante e imperceptible en un determinado pueblo. Savigny sostiene que el derecho no es producto de una razón humana abstracta sino es el resultado del *Volkgeis* (del espíritu del pueblo), dicho razonamiento, sin duda, se inspira en el historicismo filosófico de Hegel, y de Schelling, adoptando el concepto de *Volkgeis* que refleja en la moral, en el derecho, en el arte y en el lenguaje.¹¹⁵

¹¹⁵ TAMAYO Y SALMORAN, Rolando, *Elementos para una teoría general del derecho*, Op. Cit., p. 368.

Como se advierte, según Savigny el derecho se forma en el tiempo, mediante sentimientos y juicios humanos, sobre lo justo y lo injusto en los actos de relación de la vida jurídica, y es así, como ese derecho formado refleja el espíritu nacional, prescindiendo de la mente legislativa. Es por eso, que el jurista debe conocer la historia del derecho o en su caso la formación histórica de las instituciones.

Hemos dicho anteriormente que dicha escuela, sostiene también, que hay que desechar la legislación y señala que la manera en que deben tomarse las decisiones es más fácil introducirlas de las aplicaciones que lograron su fin (o de las que no lo consiguieron) que determinarlo, por medio de reglas generales.

Siguiendo las ideas de Rolando Tamayo y Salmoran¹¹⁶, quien de una manera muy precisa señala las principales características de ésta escuela, como es sin duda, la inclusión del espíritu histórico en el análisis de las instituciones: única garantía del racionalismo; otra característica importante, es que ante el arbitrio del legislador y de la reducción del derecho a la ley es necesario recurrir al riguroso método histórico aplicado a la jurisprudencia.

De ahí que la característica del método histórico de interpretación del derecho, es encontrar hasta en su raíz toda la doctrina del pasado y descubrir su principio orgánico, incluso el estudio del derecho debe pertenecer tanto a juristas teóricos como prácticos, porque en la jurisprudencia, es necesario que la teoría tenga mucho de práctica y que dicha práctica sea siempre científica, esta idea, es sacada del modelo de la jurisprudencia romana clásica.

¹¹⁶ *Idem.*

En cuanto a la interpretación de la ley, Rolando Tamayo comenta que "Savigny estima que para interpretar y conocer el derecho es necesario poseer un conjunto de principios que se manifiesten en virtud de un hábito prolongado y fundado en sólidas bases que permitan argumentar jurídicamente."¹¹⁷

Según Savigny, así nació en los jurisconsultos romanos una seguridad en todo su procedimiento, procedimiento que considera que se parece al de las matemáticas, puede decirse que calculan con sus ideas. En efecto, puesto que como sabemos los romanos tomaron de los griegos el modelo de ciencia, es decir, aplicaron el *modus geometricus* de los griegos para hacer ciencia y, en este caso, ciencia del derecho (o jurisprudencia al modo de los lógicos, geómetras o matemáticos griegos).

La escuela histórica alemana al igual que para los jurisconsultos romanos, no existe una distinción clara entre la teoría y la práctica: la teoría se lleva hasta la más inmediata aplicación y la práctica se ve siempre elevada a la altura del proceso científico. En cada teorema fundamental, se ve a un mismo tiempo un caso de aplicación, así, como en todo caso práctico se descubre la regla que lo informa.

El método de la jurisprudencia, consiste precisamente, en que si surge una nueva forma de derecho, es siempre en estricta conexión con otra antecedente y tiende a la determinación y al perfeccionamiento de la misma. Es por eso, que se

¹¹⁷ Citado por TAMAYO Y SALMORAN, Rolando, *Op. Cit.*, p. 369.

debe interpretar la legislación como disposiciones provisionales o meras instrucciones dirigidas a los tribunales.¹¹⁸

Así, pues, Savigny afirma que la legislación debe ser atendida como indicaciones que reflejan las tendencias del derecho consuetudinario para que la legislación realice una dirección semejante a la que en Roma ejercía el edicto del Pretor. En este sentido, se ha dicho por la doctrina que los postulados del método histórico, pueden ser reducidos a tres: empirismo, relativismo y antirracionalismo. Además, Germán Cisneros Farías¹¹⁹, señala también como principios generales del método histórico: al empirismo, causalidad y determinismo, irracionalismo y relativismo y por último la lógica jurídica.

En cuanto al empirismo afirma que, el derecho se presenta como algo externo, real, objetivo, y por lo mismo no existen principios jurídicos independientes de la realidad, es decir, *a priori*.

Por lo que se refiere a la causalidad y determinismo, sostiene que todo fenómeno tiene una causa. Los actos humanos están ligados de tal forma que lo posterior está determinado por lo anterior. De ahí que el derecho no se crea libremente, sino en virtud de una necesidad, siendo indispensable estudiar las causas que dieron origen a una respuesta legal a los problemas suscitados. Asimismo, el irracionalismo y relativismo, se refleja en que el derecho es un cuerpo orgánico, natural. Así surge y vive en un constante producirse, hacerse y rehacerse, sometido a mutaciones que nada respetan, con el fin de hallar las

¹¹⁸ *Idem*.

¹¹⁹ CISNEROS FARÍAS, Germán, *La interpretación de la ley*, 3ª. ed., México, Ed. Trillas, 2001, p. 94.

verdades históricas, conseguidas por el camino del más correcto raciocinio (lógica jurídica).

La formulación más precisa de esta tesis se encuentra en una página del *Tratado de Derecho Romano*, de Savigny, dice así el famoso jurista: "Si las fuentes resultan insuficientes para resolver una cuestión jurídica, debemos colmar la laguna, pues la universalidad es una condición tan esencial al derecho como su unidad. Por lo que debemos de proceder, tomando en cuenta que el derecho positivo se completa a sí propio, en virtud de su fuerza orgánica. De acuerdo con la definición que del derecho positivo he dado, debo admitir, la verdad de esta tesis; precisamente me he servido de ella para suprimir las contradicciones y restablecer la unidad del derecho. El resultado de este procedimiento en relación con el derecho positivo se llama analogía; las lagunas se llenan pues analógicamente." Esto es precisamente, lo que se le conoce con el nombre de plenitud hermética del orden jurídico.

Así tenemos que la escuela alemana relativa a la interpretación del derecho utilizó los siguientes métodos:

- a) El positivismo. Que circunscribía al juez a la lógica de subsunción de la ley, es decir, la presentación de la decisión judicial atendiendo a un silogismo jurídico, en donde la premisa mayor la constituye la norma o la ley aplicada al caso; la premisa menor, al hecho o conducta sujeta a controversia, y la conclusión, que es la sentencia. Aquí la ley juega un papel imprescindible.
- b) El método histórico. El cual fue iniciado en Francia por Saleilles, y continuado por Savigny, tuvo también en los civilistas italianos sus mejores exponentes Ferrara y Cogliolo quienes sostienen la ley debe ser respetada cuando su

sentido no tiene duda, y en caso de no ser claro o insuficiente y se trate de llenar las lagunas, el intérprete, más bien que en los elementos internos de la ley, debe inspirarse en los factores sociales que circunda la vida del derecho en todas sus manifestaciones.¹²⁰

De este modo, en el método histórico existen medios o elementos esenciales en la interpretación de los cuales se vale, como son el medio gramatical, el lógico, como esencial el histórico desde luego, y el sistemático.

El elemento histórico y sistemático constituyen para la escuela histórica los de mayor peso, dado que los anteriores eran ya del dominio tradicional, dentro de la interpretación. Estos dos elementos son según la escuela en comento no pueden darse de manera aislada sino que en su conjunto constituyen una unidad de interpretación, es decir, todos los elementos constituyen el método de interpretación de la escuela histórica.

Fue Savigny, antes que Françoise Geny y su escuela científica, quien introdujo los conceptos construcción y reconstrucción del derecho por medios lógicos sistemáticos. Savigny afirmaba que en virtud del elemento sistemático se hace una obra constructiva; que establece un lazo que une a las instituciones y a las reglas jurídicas dentro de un sistema o unidad.¹²¹

Es indispensable, a nuestro parecer, señalar los pasos del método histórico, que describe de una manera detallada Germán Cisneros Frías:

- "a) Se elige una institución jurídica.
- b) Se determina su origen más remoto.

¹²⁰ Citado por CISNEROS FARÍAS, Germán, *La interpretación de la ley*, Op. Cit., p. 68-69.

¹²¹ *Ibidem*, p. 97-98.

- c) Se sigue paso a paso el curso de su evolución, procurando fijar sus perfiles y mutaciones, así como la pureza de las fuentes que nos la revelan.
- d) Se deslindan el elemento romano del derecho y el elemento germánico.
- e) Se agotan las opiniones de la doctrina, criticándolas, señalando sus errores y sus aciertos, poniendo de relieve la opinión dominante, y acaso se elige una opinión como verdadera.
- f) El concepto tradicional del que partió o la idea se transforma en concepto definitivo, éste se encierra en una definición precisa.
- g) La definición o institución ya seleccionada se integra en un todo orgánico, en un sistema. Esta definición o institución es sólo una pieza o átomo dentro del gran conjunto, pues no es una parte aislada del sistema.
- h) Es necesario entonces señalar el engarce de la definición o institución; punto de contacto con aquél, el lugar que ocupa y a través de qué principio o concepto más general se pone en relación con el sistema."¹²²

Con mucha razón, Tamayo señala las siguientes consecuencias y efectos de la escuela histórica alemana: "Incorpora el análisis histórico a la jurisprudencia. Con Savigny la jurisprudencia adquiere un carácter sistemático. La escuela inicia, en cierta medida, la lógica jurídica, tomando como modelo a la jurisprudencia romana y, la dogmática jurídica y la más sólida construcción doctrinal."¹²³

Examinemos ahora las principales críticas que se le hacen a dicha escuela. Primeramente se señala que el método de esta escuela, evita un planteamiento

¹²² *Idem.*

¹²³ TAMAYO Y SALMORAN, Rolando, *Elementos para una teoría general del derecho*, Op. Cit., p. 370.

axiológico; el derecho al aparecer como un proceso pacífico, paulatino e imperceptible, se olvida que en muchos casos el derecho se desenvuelve y perfecciona a través de la lucha de clases, a través de una legislación de objetivos conscientes inspirada por ideas jurídicas de oportunidad y progreso. La crítica más contundente se refiere a la idea de la realidad de una alma nacional, diciendo, que es una tendencia mística más que una observación de los hechos.¹²⁴

¹²⁴ *Idem.*

3.4. La Jurisprudencia Dogmática.

Ahora debemos hablar de algunos puntos importantes, referentes a la escuela de la jurisprudencia dogmática, como su contexto e ideología, características, forma de interpretación de la ley, consecuencias y efectos, y críticas que se le hacen.

Diremos que, de acuerdo con Cisneros Germán, la escuela de la jurisprudencia dogmática tiene a su más ilustre representante, especialmente a lo que a métodos de interpretación se refiere, a Rudolf von Ihering (1818-1892). El auge de la ciencia empíricas, empieza a manifestarse en las humanidades. La jurisprudencia necesita dejar de ser un conjunto de glosas y recetas prácticas para convertirla en ciencia, en el riguroso sentido de la palabra.¹²⁵

La jurisprudencia se ocupa como ya lo establecimos en la anterior escuela en donde señalamos la base de un derecho positivo para construir, a partir de él, un sistema unitario y coherente. El medio para construir este sistema es la lógica jurídica.

Por esta circunstancia, deducimos que una de las características básicas de la escuela de la jurisprudencia dogmática, es el positivismo. La misión de la ciencia jurídica es investigar los materiales concretos suministrados por el derecho

¹²⁵ *Idem.*

positivo, elaborarlo y formar una unidad sistemática mediante procedimientos lógicos.

La jurisprudencia dogmática, tiene que construir un sistema coherente y unitario a partir de cualquier derecho positivo. El sistema jurídico -construido por la jurisprudencia- es un conjunto de normas, reglas y principios jurídicos, que permite regular cualquier caso posible de la vida social. De ahí que no existan lagunas. Las incongruencias e incertidumbres de la ley son siempre satisfechas mediante la creación de normas derivadas de los principios generales del sistema. En este sentido, Tamayo¹²⁶ señala que: "el sistema jurídico se construye primero inductivamente partiendo del derecho positivo, en cierta forma de la legislación. Se busca lo general hasta llegar a los principios o dogmas generales en los cuales todas las disposiciones unitarias orgánicamente convergen. Todas las consecuencias lógicas de tales principios o dogmas son también reglas que van a completar el sistema. Es importante señalar el carácter normativo que tiene el sistema." Los principios generales de otras ciencias tienen sólo un valor cognoscitivo.

A esto es preciso añadir que los dogmas establecidos por la ciencia jurídica dogmática, son lo que prácticamente constituyen el presupuesto básico de ésta teoría, en la medida en que llegara a tener fuerza y potestad vinculatoria.

Para la jurisprudencia dogmática la interpretación de la ley, se convierte en una parte únicamente del problema general de la determinación, formulación y

¹²⁶ *Ibidem*, p. 371.

aplicación del derecho en general, y por tanto un problema exclusivamente de determinación del derecho positivo.

Para Ihering la interpretación de la ley es parte de la construcción del sistema jurídico.

La ciencia jurídica es concebida por Ihering como aquel procedimiento que nos lleva a la construcción de un orden sistemático del derecho. Sostiene que el jurista romano para crear un orden sistemático, recurre a dos medios básicos que son: a) La simplificación cuantitativa, y b) La simplificación cualitativa. La primera se refiere a la selección del material jurídico y se reduce al primado de hacer todo lo posible con el menor número de elementos, y cuenta con las siguientes operaciones: análisis de la materia, concentración lógica, orden sistemático, terminología apropiada y empleo correcto de aquello que existe. En las simplificaciones cualitativas toda la idea es la construcción jurídica.¹²⁷

En efecto, la interpretación es indudablemente el primer paso que realiza el jurista para la construcción jurídica. Y trae como resultado, la explicación de la materia jurídica (resuelve contradicciones, establece el sentido oscuro de la ley y el de la voluntad del legislador, entre otros), con el objeto de establecer los principios fundamentales en que se basa y determinar sus efectos y consecuencias. Sin embargo, Tamayo señala que no basta con esto sino que, "es necesario pasar a la jurisprudencia superior, que consiste justamente en la conclusión sistemática del orden jurídico. La característica de los sistemas jurídicos es su completitud. De ahí que todo caso concreto supone una regla

¹²⁷ Citado por *Ibidem*, p. 372.

abstracta aplicable aunque haya sido creada por medio de una inferencia o argumentación jurídica."¹²⁸

Es evidente, que Ihering establece ciertas reglas para llevar a cabo la construcción jurídica, entre las cuales señala: la aplicación exacta del derecho positivo, en este sentido el legislador no construye sino que únicamente es parte al presentar el derecho, del cual parte la ciencia jurídica para dicha construcción, la construcción respeta el contenido del derecho dado, pero tiene completa libertad en la construcción del orden sistemático del derecho; ausencia de contradicción, partiendo de que las construcciones doctrinales que realiza la ciencia jurídica no pueden ser inconsistentes ni contradictorias; y por último la belleza jurídica, que no constituye una regla esencial pero que sin duda se requiere de un verdadero estilo artístico entendiendo aquí por belleza la sencillez, la claridad, la transparencia, la precisión, concreto, *inter alia*.

Por consiguiente el sistema jurídico, producto de este procedimiento antes descrito, es el que servirá de base al juez o al jurista, en la medida de que la regla abstracta tendrá por objeto solucionar todos los casos que la variedad de situaciones de la vida social les presente. Este es el procedimiento de interpretación del derecho positivo. Todas las incertidumbres, incongruencias y lagunas de la ley, serán resueltas, deduciendo, de los principios (dogmas) del sistema, normas aplicables al caso concreto.¹²⁹

¹²⁸ *Idem*.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 373.

El sistema de la construcción jurídica, se basa en la lógica para así conocer y sistematizar el derecho, y al mismo tiempo es fuente de nuevas reglas jurídicas encontradas mediante la labor interpretativa.

Tanto la escuela histórica alemana como la escuela de la jurisprudencia dogmática del derecho, produjeron los más grandes adelantos de la ciencia jurídica alemana, influencia que fue decisiva en la producción doctrinal de la escuela alemana de derecho privado. Influencia que se traduce también en el código civil alemán, el cual sirvió de base al igual que el código de Napoleón, para la codificación universal.

Si tomamos en consideración lo antes expuesto, llegamos a la conclusión de que la escuela de la jurisprudencia dogmática es formalista ya que parte del positivismo jurídico, y por lo mismo ignora la axiología jurídica, esto es precisamente lo que se le crítica a dicha escuela. De igual forma, se le crítica que nada nos garantiza que la construcción llevada a cabo por la ciencia jurídica sea una construcción correcta y por lo tanto nada nos garantiza que las deducciones de reglas particulares de los principios bases del sistema sean correctas. Debida su atención, casi exclusivamente, a la sistematización del material jurídico dado, olvidando los procesos sociales.

A esto es preciso añadir, que efectivamente resulta necesario el análisis de las características axiológicas que se encuentran en el contenido de las normas que son precisamente las que llevaron al legislador a crear el derecho dado.

3.5. La Jurisprudencia de Conceptos.

Es importante precisar, que esta escuela surge como una reacción científica de los juristas alemanes, en franca oposición al método exegético y teniendo como fundamento académico el derecho romano y la lógica jurídica, también llamada dogmática jurídica, se considera que estos dos elementos, fueron los lazos unificadores entre los representantes de la escuela histórica alemana y los creadores de la jurisprudencia conceptual.

Una de las características más importantes es que: "la escuela de Leipzig tiene como punto de partida el derecho positivo (cuya fuente principal, sobre todo para la elaboración y análisis de conceptos, es el derecho legislado). El representante más ilustre de esta escuela, Bernard Windscheid quien trató los conceptos jurídicos con un método normativo riguroso, con exactitud matemática y filológica, teniendo como fin la libertad de discusión sistemática para la realización de la máxima garantía jurídica."¹³⁰

Diremos que, tanto para la jurisprudencia de conceptos como para la jurisprudencia dogmática, el problema de la interpretación de la ley, es decir, el derecho legislado es parte de su metodología. La interpretación de la ley se

¹³⁰ *Ibidem*, p. 374.

encuentra subsumida dentro del problema, más general, de la interpretación del derecho (si bien hay que recordar que para la jurisprudencia de conceptos como para la jurisprudencia dogmática el derecho legislado constituye la mayor parte del derecho positivo). Es por eso que Windscheid considera que la interpretación es aquel procedimiento analítico que permite superar la incertidumbre y adscribir a los términos de la legislación un significado apropiado; y sólo la interpretación puede determinar los conceptos contenidos en las normas, para luego, reducirlos en sus partes constitutivas.¹³¹

Ahora bien, 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. Incluso, se practicaba la complementación dependiente de la misma, bajo la forma de analogía legal o jurídica. En esta forma se maneja también en gran medida la complementación valorativa.

Además, Philipp Heck señala que: "Junto a ella y por encima de ella estaba como procedimiento especial la complementación de lagunas legales mediante la construcción de conceptos jurídicos, llamada también *jurisprudencia técnica de conceptos y método de inversión*."¹³²

En general, el 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, es decir, se encargaban de

¹³¹ *Idem*.

¹³² HECK, Philipp, *El problema de la creación del derecho*, Trad. Manuel Entenza, Granada, España, Ed. Comares, Colección Crítica del Derecho, 1999, p. 36.

buscar los elementos comunes que se comprenden bajo conceptos cada vez más generales, obviamente definiéndolos con exactitud, y utilizándolos para suplir las lagunas, deduciendo de la definición la decisión del nuevo caso. Por eso se puede también llamar a este procedimiento *método de inversión*, porque precisamente se encarga de invertir la relación de lo particular a lo general. *Verbi gratia*, un negocio jurídico o un contrato no específicamente regulado por la ley se reconocía, como eficaz cuando respondía a la definición general de negocio jurídico o contrato, y no en otro caso.

Heck afirma que de este modo, podía tener lugar un desarrollo del derecho mediante operaciones puramente lógicas y sin ninguna consideración de necesidades o fines. De ahí que, la complementación de las lagunas legales mediante la construcción conceptual es en el fondo político de consignas sublimada en método científico.¹³³

En efecto, Philipp Heck señala que es muy característico del dominio de éste método en nuestra ciencia jurídica el que el propio 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.

Por lo que hace a la jurisprudencia, Ihering distingue dos formas, una inferior y otra superior. Sostiene que la jurisprudencia inferior se ocupa de la interpretación de la norma jurídica, de la aclaración de su contenido, de la supresión de obscuridades e imprecisiones, de la explicación de principios, la

¹³³ HECK, Philipp, *El problema de la creación del derecho*, *Op. Cit.*, p. 37.

derivación de las consecuencias y la sistematización de la materia mediante conceptos ordenados. En cuanto a la jurisprudencia superior, afirma que, es la verdadera característica del pensamiento jurídico, empieza según Ihering con la independización de los conceptos jurídicos, con su tratamiento como cuerpos jurídicos, después de esto la siguiente tarea de la jurisprudencia superior consiste 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.¹³⁴

Sin embargo, el propio Ihering subraya que un procedimiento de esta naturaleza no puede justificarse desde el punto de vista de la jurisprudencia inferior, pero sí desde el punto de vista de la jurisprudencia superior que señala que es en cambio consecuencia necesaria. Si se toma en serio la independencia del concepto, la naturaleza y la dialéctica interna del concepto suministran sin más el material necesario para cubrir las lagunas, es decir, se convierten en fuente inagotable las construcciones conceptuales del sistema.

La importancia de Windscheid en la ciencia del derecho y, en general, de la escuela de Leipzig es inestimable. A partir de entonces la interpretación ya no es aspecto metodológico de la ciencia del derecho, sino un elemento del procedimiento de creación del derecho. Así como la interpretación jurídica para la jurisprudencia dogmática es una actividad tendiente a reformular el derecho positivo.¹³⁵

¹³⁴ *Ibidem*, pp. 38 y 39.

¹³⁵ TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Elementos para una teoría general del derecho*, Op. Cit., p. 376.

La crítica que hace Philipp Heck a esta escuela es muy profunda, ya que, sostiene que la jurisprudencia conceptual se basa en un proceso conscientemente creador, un método de creación jurídica, de decisión judicial y de preparación científica de ésta. Afirma que no es un método verdadero, ya que el método no responde a esas exigencias, no responde al postulado de adecuación, pues ninguna de sus dos operaciones tiene en cuenta las necesidades vitales decisivas en el proceso de complementación de la laguna de la norma.

Tampoco corresponde el método al postulado de la seguridad jurídica, ya que la experiencia muestra que son posibles construcciones muy diversas, y en la investigación detallada de la construcción conceptual jurídica, la libre estimación desempeña un papel de suma importancia.

"Por último, la jurisprudencia superior de Ihering ha disfrutado efectivamente de amplia aplicación durante todo el siglo XIX. No ha sido, sin embargo, un dominio absoluto y único. Junto a ella ha subsistido siempre una robusta tendencia a tener en cuenta permanentemente los resultados prácticos y el valor vital de esos resultados. Un instrumento de esa tendencia era la analogía, la aplicación de una proposición legal a casos análogos al descrito."¹³⁶

De este modo, la jurisprudencia técnica de conceptos ha ejercido también una perceptible y nociva influencia en el método de la dogmática jurídica científica.

¹³⁶ HECK, Philipp, *El problema de la creación del derecho*, Op. Cit., p. 45-46.

En la exposición del derecho vigente se ha concedido atención excesiva a la consideración y exposición del contenido de la norma; y en cambio la investigación de los fines de la ley, de la acción del derecho ante todo, ha sido muy descuidada hasta Ihering. Por otro lado, la injustificada importancia atribuida por la jurisprudencia superior 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 de la determinación de conceptos.¹³⁷

¹³⁷ *Ibidem*, p. 48.

3.6. La Jurisprudencia de Intereses.

Esta escuela surge como una reacción directa en contra de la escuela histórica alemana y la jurisprudencia conceptual, y es probablemente la dirección metódica que ha logrado una mayor popularidad, en razón de que se aplica en considerable medida.

La jurisprudencia de intereses, es también a su vez una forma ya antigua de la jurisprudencia teleológica. Esta representada teoréticamente en el terreno del derecho privado por los que se consideran sus máximos exponentes M. Rümelin, por Stampe y por Philipp Heck.

Philipp Heck señala que como 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. Se utilizan estos conceptos en el análisis de los problemas normativos y en la estructuración de la reflexión de esos conceptos auxiliares es además imprescindible para una más profunda penetración.¹³⁸

¹³⁸ *Ibidem*, p. 61.

En cierto sentido se utiliza la palabra interés para designar cualquier disposición reivindicativa en un ámbito de cultura y sin tener en cuenta la naturaleza especial del objeto deseado: hablamos hoy no sólo de intereses materiales, sino también de intereses ideales, religiosos, nacionales, éticos. La objetiva especificidad de la jurisprudencia de intereses consiste en el esfuerzo de principio por reducir las nociones normativas que constituyen el derecho a la imbricación de esas disposiciones reivindicativas, y por colmar las lagunas de la ley teniendo en consideración todas las disposiciones reivindicativas afectadas en cada caso.

Diremos que, la jurisprudencia de intereses según Heck, aspira a satisfacer los deseos que se presentan en la vida, por eso es característico de esta tendencia el uso de la palabra *interés* y de sus derivaciones.¹³⁹

Es preciso destacar, que dicho movimiento sostiene que toda decisión debe ser interpretada como una delimitación de intereses contrapuestos y como una estimación de esos intereses, conseguida mediante juicios e ideas de valor. Esta regla vale tanto para el juicio del lego y para la libre creación jurídica cuanto para la aplicación de la ley y la complementación dependiente de las lagunas de la norma mediante la estimación de intereses se realiza con la garantía lógica de un razonamiento de subsunción.

Rolando Tamayo y Salmoran, señala que las principales características de la jurisprudencia de intereses son las siguientes: i) Funda en la experiencia toda decisión que no sea deducida directamente de la ley. ii) Es la importancia que concede al concepto de interés, la vida es un complejo de intereses que se

¹³⁹ *Op. Cit.*, p. 62.

mueven en distintas direcciones produciendo incesantes conflictos. Estos conflictos de intereses reclaman normas capaces de superarlos. *iii)* En contrapartida con las otras escuelas jurídicas en que la determinación del derecho aplicable no es sino uno de los momentos de la determinación del fenómeno jurídico, la determinación de la norma aplicable es todo el método de la jurisprudencia de intereses.¹⁴⁰

La jurisprudencia de intereses parte de las posturas principalmente de Stampe, Kantorowicz y Philipp Heck, introduciendo en el estudio del derecho en el terreno de la práctica, en la búsqueda del derecho aplicable la idea de finalidad, por una parte; y por otra, incluyendo la idea de intereses que como analizamos anteriormente ya aparecía en la dirección de Ihering.

En resumen, el juez no es el creador del derecho, sino simplemente colaborador, dentro del orden jurídico positivo; el juez debe desarrollar criterios axiológicos, conjugándolos con los intereses sociales.

La crítica que se le hace a esta escuela, es precisamente, que el método de la jurisprudencia de intereses carece de aplicación ordinaria; dedica poca importancia a la teoría del derecho; el interés no puede erigirse en el único criterio metódico, el derecho no es simplemente el resultado o la superestructura de los intereses o el reflejo de los intereses. Las normas jurídicas ordenan intereses. La sentencia judicial decide sobre los intereses, compone conflictos de intereses. Pero no simplemente se adhiere al interés preponderante; y por último existe gran

¹⁴⁰ TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Elementos para una teoría general del derecho*, Op. Cit., p. 376.

cantidad de actividades humanas que no son jurídicamente consideradas en base a conflictos de interés.¹⁴¹

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 377.

3.7. La Escuela Científica Francesa.

Rolando Tamayo y Salmorán señala que la Escuela Científica Francesa representa una crítica definitiva a los métodos tradicionales siendo a su vez, una nueva concepción metodológica. Rechaza el fetichismo legalista así como el riguroso conceptualismo. Sin duda Francois Geny es el autor más distinguido de esta escuela. Geny emprende una crítica al método tradicional de interpretación del derecho, primeramente ataca la identificación de la ley escrita con el derecho; posición positiva de arias escuelas, particularmente de la escuela de la exégesis.¹⁴²

De ahí que, sea principalmente una reacción en contra de los procedimientos mecánicos de interpretación y aplicación del derecho de la escuela de la exégesis. Geny afirma que a las conclusiones a que llega la escuela de la exégesis derivan de una falsa idea sobre la importancia y el sentido de la legislación y las codificaciones.

Pero sobre todo la principal crítica que hace al método tradicional, va dirigida a sostener que no es posible dejar de admitir dos limitaciones:

¹⁴² *Ibidem*, p. 378.

En primer lugar, deberá reconocerse que la ley, como obra humana, es forzosamente incompleta, por grande que sea la perspicacia de sus redactores. Habrá que tener en cuenta, en segundo lugar, que se manifiesta siempre a través de ciertas fórmulas, que suelen ser interpretadas por otras personas. Estas no podrán llegar directamente al conocimiento de la voluntad del legislador, sino que tendrán que dirigir su atención hacia la fórmula legal.¹⁴³

"El punto de partida de la obra de Geny es la distinción entre ciencia y técnica la cual tiene como base la distinción entre dato (*donné*) y lo construido (*construit*). El dato formula la regla de derecho tal como resulta de la naturaleza de las cosas. Lo construido hace referencia al trabajo artificial que tiende a establecer la regla jurídica en precepto susceptible de influir en la vida. Esto es, la ciencia tiene por objeto constatar los datos de la naturaleza y de los hechos, el contenido de la técnica es la constitución jurídica."¹⁴⁴

Puede decirse que Geny parte del principio de que la finalidad de la interpretación de la ley estriba en descubrir el pensamiento del legislador. En este punto coincide totalmente con la tesis de la escuela de la exégesis. Más no acepta que la legislación sea la única fuente del derecho, ni de que ésta sea plena, es decir, que no puede prever todas las situaciones jurídicas posibles. Por esta circunstancia consideramos que se opone, igualmente, a la doctrina de la escuela histórica alemana, según la cual, la ley, una vez formulada, se independiza de sus autores y empieza una vida propia, sujeta a la influencia de todos los cambios que

¹⁴³ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, Op. Cit., p. 338.

¹⁴⁴ TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Elementos para una teoría general del derecho*, Op. Cit., p. 378.

traen consigo la evolución social. Cuando se hace intervenir a la historia para aclarar el texto de la ley no es, no debe ser, la verdad histórica lo que se ha de buscar, sino solamente el ambiente histórico del legislador.

Es por eso, que Rolando Tamayo citando a Geny, considera también que su tesis parte de que la ley no es la única fuente del derecho ciertamente la ley es la fuente más importante del derecho moderno. La ley no puede ser un mero producto racional, en su elaboración intervienen elementos irracionales, fácticos, psicológicos, biológicos, económicos, etc. Es pues evidente que Geny considera un error oponer la interpretación gramatical a la interpretación lógica: ya que ambas se complementan. Tampoco se puede plantear una opción entre el texto y el espíritu de la ley.¹⁴⁵

Con mucha razón, la interpretación de la ley para Geny equivale simplemente en investigar el contenido de la voluntad legislativa, con el auxilio de la fórmula que la expresa. Dicho de otra forma, es la fórmula del texto, a la que hay que preguntar por la voluntad del legislador o el espíritu de la ley.

Sin embargo, la interpretación de la ley tiene un límite y este es precisamente cuando se encuentra no sólo ante obscuridades e incertidumbres sino ante lagunas. Es evidente que en estos casos no es posible encontrar la voluntad o espíritu del legislador por ningún lado. Es aquí donde la libre investigación que consiste en la elaboración de las reglas jurídicas con independencia de la ley escrita juega un papel decisivo.

¹⁴⁵ *Op. Cit.*, p. 379.

La principal crítica que se le hace a esta escuela, es la separación que hace entre ciencia y técnica. Donati y Bonnecase, señalan que dicha separación es imposible, ya que la ciencia y la técnica constituyen una unidad conceptual. Otra crítica señala que en el dominio de la interpretación de la ley el método de Geny no se diferencia del método dominante; que reposa sobre el mismo postulado fundamental de la inmovilidad de las reglas jurídicas. Sólo en el dominio asignado a la libre investigación científica (específicamente en el de la integración) es donde el método de Geny se separa de los métodos dominantes.¹⁴⁶

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 381.

3.8. Sociologismo y Escuela de Derecho Libre.

El sociologismo es una doctrina que consiste en describir lo que la gente realmente hace y no lo que debe hacer, es decir, a través de la observación de la realidad de la vida social se puede y se debe obtener un sistema de reglas que describan el comportamiento humano real que presenta el fenómeno del derecho.

Kelsen señala que se requiere de una sociología jurídica que describa al derecho como conjunto de "reglas generales", no como una serie de reglas sobre lo que debe ser, o "reglas escritas sobre el papel". Se habla también de dicha teoría como de una "jurisprudencia realista".¹⁴⁷

La teoría sociológica o realista del derecho de ser posible, no sería la única "ciencia jurídica", como muchos de sus fundadores parecen creerlo, principalmente uno de los más distinguidos representantes, nos referimos a Karl N. Llewellyn.

Siguiendo el pensamiento de Kelsen, parece que la vida social tiene que hallarse también sujeta a leyes meramente probables. Sin embargo, aun cuando fuese posible describir el fenómeno del derecho por medio de tales leyes, es igualmente posible e indispensable la existencia de una jurisprudencia normativa,

¹⁴⁷ KELSEN, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, Op. Cit., p.193.

orientada hacia el análisis estructural del derecho como sistema de normas válidas.

Evidentemente que el criterio jurisprudencial (deber ser), debe tener como finalidad la creación de normas individuales y generales que reflejen la realidad, o sea, (el ser); dicha jurisprudencia realista debe contar con un fundamento de validez.

Además, Kelsen sostiene que también es falso caracterizar a la jurisprudencia sociológica como una disciplina "empírica" o "descriptiva", en oposición a la jurisprudencia normativa, considerada como disciplina no "empírica" o "prescriptiva". La jurisprudencia normativa describe su objeto particular como cualquiera otra ciencia empírica: pero su objeto está constituido por normas y no por tipos de comportamiento real.¹⁴⁸

Los juicios con los cuales la jurisprudencia normativa describe el derecho, son diferentes de los enunciados con que la sociología jurídica describe su objeto. Los primeros son juicios acerca de lo que debe ser, los últimos se refieren al ser y son del mismo tipo que las leyes de la naturaleza.

Crítica a Bingham y otros representativos de la jurisprudencia sociológica piensan que el derecho puede ser únicamente descrito "desde un punto de vista externo" por medio de reglas que tengan el mismo carácter que las leyes de la naturaleza. Esto es un error. La jurisprudencia normativa describe el derecho desde un punto de vista externo, a pesar de que sus enunciados son juicios sobre lo que debe ser.¹⁴⁹

¹⁴⁸ *Ibidem*, p.194.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p.195-196.

Los abogados de la jurisprudencia sociológica sostienen que el jurista tiene la misión de predecir la conducta de los miembros de la sociedad de acuerdo con reglas "reales", así como el físico predice, de acuerdo con una ley natural, los movimientos futuros de un cuerpo. T. H. Huxley pensaba que las normas jurídicas son análogas a las leyes de la naturaleza.

Huxley confunde el derecho, como norma jurídica, y la regla de derecho, usando el término en sentido descriptivo.

El magistrado Oliver Wendell Holmes considera también que la jurisprudencia tiene como misión predecir lo que los órganos de la sociedad, especialmente los tribunales, harán en lo futuro. El famoso artículo *The path of the law* (La senda del derecho), dice lo siguiente: "Los individuos desean saber en qué circunstancias y hasta qué punto correrán el riesgo de ir en contra de lo que es mucho más fuerte que ellos, por lo que se proponen la tarea de discurrir cuándo tal peligro ha de ser temido. El objeto de nuestro estudio es entonces la predicción de la interferencia de las fuerzas públicas a través del instrumento de los tribunales."¹⁵⁰ Sin embargo, debemos entender por derecho las profecías acerca de lo que los tribunales harán realmente, y nada más.

El magistrado B. N. Cardozo defiende la misma opinión. Dice en su obra *The growth of the law* así: "Lo que nos permite declarar que determinados principios son derecho, es la fuerza o valor persuasivo de la predicción de que habrán de ser aplicados." Debemos unificarnos en considerar el derecho como el

¹⁵⁰ Cfr. KELSEN, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, p.197-198; y ____ *Teoría pura del derecho*, p.101.

conjunto de principios y dogmas que en una medida razonable de probabilidad podemos predecir como la base de la resolución de controversias pendientes o futuras. De ahí que, el derecho sea considerado como una ciencia de predicción por excelencia. Como se advierte, Cardozo considera la norma de derecho como una especie de ley natural, al igual que Huxley.

La jurisprudencia sociológica a fin de predecir lo que los tribunales habrán de hacer, tendría que estudiar la conducta real de éstos con la mira de obtener las reglas "reales" que efectivamente determinen su comportamiento. No obstante las reglas generales abstraídas por la sociología de la conducta real de los tribunales, serán indudablemente muy diferentes de las normas generales creadas por la legislación y la costumbre y expresadas por la jurisprudencia normativa por medio de enunciados sobre lo que debe ser.

Kelsen dice que las reglas por medio de las cuales la jurisprudencia sociológica describe el derecho, los juicios enunciativos que predicen lo que los tribunales realmente harán en ciertas circunstancias, difieren, por consiguiente, de los enunciados sobre lo que debe ser, de las reglas jurídicas con las cuales la jurisprudencia normativa describe el derecho, sólo en el sentido de la conexión entre condiciones y consecuencias. En las condiciones en que, de acuerdo con la jurisprudencia sociológica, los tribunales realmente se conducen de cierta manera y habrán de conducirse probablemente en lo futuro, deben los mismos conducirse de igual modo de acuerdo con la jurisprudencia normativa.¹⁵¹

¹⁵¹ KELSEN, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, Op. Cit., p. 202.

Ahora debemos, analizar los elementos sociológicos en la jurisprudencia analítica de Austin. "El jurista inglés define el deber jurídico como la "probabilidad" de sufrir el daño implicado en la sanción. El mismo autor hace la explicación siguiente: "Mientras más grande es eventualmente el daño, y mayor la probabilidad de sufrirlo, mayor es la eficacia del mandato y más grande la fuerza de la obligación; o mayor la probabilidad de que el mandato sea obedecido y de que el deber no sea violado..."¹⁵²

En el autor que quizás ha realizado el intento más importante de fundamentación de la sociología del derecho, y que es por todos conocido refiriéndonos a Max Weber, encontramos de hecho definiciones que concuerdan con las de Austin, hasta en la elección de los términos.

No olvidemos que lo que la jurisprudencia sociológica predice acerca de lo que los tribunales decidirán en lo futuro, la jurisprudencia normativa lo presenta como lo que los mismos tribunales tienen el deber de decidir. Si no hay una norma preexistente, el tribunal esta facultado, de acuerdo con la jurisprudencia normativa, para crear nuevo derecho, en este caso la predicción es tan poco posible como la predicción de las normas generales que producirá el órgano legislativo, por medio de enunciados deónticos.

Según Kelsen¹⁵³ el concepto de derecho consuetudinario es únicamente la traducción normativa de una regla que describe en qué forma los individuos y, especialmente, los tribunales, se conducen realmente.

¹⁵² *Ibidem*, p. 203-204.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 205.

Lo que fundamentalmente la jurisprudencia sociológica es capaz de predecir es sólo la eficacia o no eficacia del orden jurídico. El hecho de que el orden jurídico sea ineficaz constituye la única base de posibles predicciones. Queda claro entonces que la jurisprudencia sociológica sólo puede considerar como probables las decisiones que la jurisprudencia normativa declara conformes al orden jurídico.

Debemos, por tanto, establecer que los motivos de los individuos que crean, aplican y obedecen el derecho, encontramos en su espíritu ciertas ideologías, entre las que desempeña un papel esencial la idea de la justicia, que constituye un tema propio de la jurisprudencia sociológica, quizá su tema específico.

Por otra parte, Max Weber señala que la jurisprudencia se refiere a normas jurídicas idealmente validas. Es decir, investiga la significación normativa que deba atribuirse a un enunciado que pretende representar una norma. La sociología investiga lo que realmente acontece en la sociedad, por cuanto existe cierta probabilidad de que sus miembros crean en la validez de un determinado orden y orienten su conducta hacia ese orden.¹⁵⁴

La definición que da Max Weber del objeto de la jurisprudencia sociológica: conducta humana orientada por el individuo actuante hacia un orden que considera como válido, no es satisfactoria. Por lo que revela claramente que la jurisprudencia sociológica presupone el concepto jurídico del derecho, es decir, el concepto del derecho definido por la jurisprudencia normativa.

Veamos ahora, otra de las que han tenido también una importante influencia, nos referimos a la escuela de derecho libre.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 209.

La expresión *libre creación de derecho* se debe al austriaco Eugen Ehrlich, que la acuñó para nombrar las decisiones no dirigidas por la ley. Los autores posteriores han transferido el concepto, y la denominación *método de derecho libre*.

Ante todo, el movimiento del derecho libre se caracteriza por la tendencia a desplazar la tradicional influencia de la ley *de lege ferenda* o *de lege lata* a favor de la estimación judicial, ya de un modo general, ya bajo ciertas condiciones.

Así pues, la investigación de Ehrlich constituye el punto de partida del movimiento. Ehrlich parte de la concepción básica de que *el caso particular se decide del mejor modo cuando el juez, libre de la atadura de preceptos generales, lo aprecia exclusivamente en sus características*. A esta original forma de jurisprudencia reserva el nombre de *creación libre del derecho*.¹⁵⁵

La teoría de la jurisprudencia libre o del derecho libre, sostiene que el juzgador en las demás escuelas se encuentra limitado por la norma jurídica y por el hecho, motivo o controversia. En esta escuela, el juzgador salta por encima del binomio ley-hecho, en tanto lo libera del vínculo rígido de una norma jurídica y lo ubica frente al hecho o conducta humana, y a partir de esa circunstancia predominante elabora de manera libre su decisión judicial.

La escuela de derecho libre, es un movimiento doctrinal, en el que necesariamente tendremos que seguir los principios de sus máximos exponentes y, las ideas de Gény y Reichel, contenidas, respectivamente, en los libros *Métodos y Fuentes del derecho privado positivo y la senda y la sentencia*.

¹⁵⁵ HECK, Philipp, *El problema de la creación del derecho*, Op. Cit., p. 55.

La llamada escuela de derecho libre no es, propiamente hablando, un conjunto orgánico y sistematizado de doctrinas. Trátese más bien de una tendencia específica que se manifiesta reiteradamente a través de una larga serie de autores y obras.

Ciertamente, que como líderes de esta corriente jurídica en primer término tenemos a: Eugenio Ehrlich y Hearman Kantorowicz, quienes sometieron a una crítica profunda el dogma de la suficiencia total de la ley, manifestando que en los casos de las llamadas lagunas de la ley, o sea, en los casos no previstos por el legislador, el intérprete es libre de buscar la parte sustancial de la justicia y que es lícito entonces para el juzgador alejarse de las leyes vigentes e ir en contra de ellas.

Diremos que, para esta escuela no existe un derecho previamente dado, su derecho es el derecho de la situación, es decir, el derecho que exigen las circunstancias.

Es a partir de sus circunstancias como se elige el método que mejor se adapte a ellas; cada uno de los métodos existentes, concurrentes, es un método posible de aplicación, así, el juzgador esta en libertad de escogerlo, según el caso por resolver. Es decir, la codificación, el sistema jurídico, el orden normativo son innecesarios para esta escuela.¹⁵⁶

Como se advierte, los líderes de esta escuela sostienen, lo que se predica no es la libertad frente a la ley, sino frente al legalismo. No se estimula la decisión judicial *contra legem*, sino contra los excesos de interpretación de la ley, mediante

¹⁵⁶ CISNEROS FARÍAS, Germán, *La interpretación de la ley*, Op. Cit., p. 107-108.

conceptos lógicos, mediante aforismos legales que, según la escuela nadie acepta su estabilidad, sino que se mueven de acuerdo con la lógica de cada juzgador.

Consideremos ahora los postulados de la escuela del derecho libre:

"Primero. El juez puede y debe prescindir del texto, cuando la ley no parezca ofrecerle una decisión libre de dudas.

Segundo. Cuando no resulte verosímil según su convicción libre y concienzudamente formada, que el poder estatal existente en el momento de resolver hubiera decidido tal como lo exige la ley.

Tercero. El juez debe resolver de la manera como, según su convicción, el actual poder del Estado hubiera decidido si el caso concreto se hubiera encontrado pendiente de resolución ante él. Si no puede formarse convicción al respecto, el juez debe decidir de acuerdo con el derecho libre.

Cuarto. En casos desesperados, enmarañados, que son dudosos sólo desde el punto de vista cuantitativo, como la indemnización por daño moral, el juez puede - y debe-, decidir a su arbitrio."¹⁵⁷

Ahora bien, en opinión de Castán Tobeñas, veamos algunos de los defectos que se le atribuyen a la escuela del derecho libre:

"Primero. Que el método de la libre jurisprudencia, al pretender sustituir a la firmeza de los mandamientos legales mediante el subjetivismo de los jueces, habría de crear un Estado peligroso de anarquía e inseguridad jurídica, de tal modo, que si bien este método podría conducir, en algunos casos, a resoluciones atinadas, pondría en peligro algo muy importante: el interés general en la uniformidad y seguridad de los fallos judiciales.

¹⁵⁷ *Idem.*

Segundo. Que la escuela de que se trata descansa sobre una base filosófica positivista, a la vez que individualista, entregando a la convicción del juez la solución de los casos, con olvido de los principios morales, políticos y sociales sobre los que ha de estar cimentada la vida jurídica.

Tercero. Que dicho método, al conceder al juez una cooperación en la creación del derecho -que *a priori* puede ser admisible y que históricamente cuenta con ejemplos como el del pretor romano o las cortes de equidad inglesas, sin contar con el que marcan aquellos códigos modernos, que como el Suizo, admiten la figura del juez legislador en caso de lagunas legales-, desconoce las bases sobre las que la organización y la función judicial descansa en aquellos regímenes jurídicos, inscritos en un orden positivista, en donde las facultades de los tribunales están limitadas, en principio, a la aplicación de las leyes."¹⁵⁸

Hemos dicho anteriormente que, lo que permite agruparlas bajo una denominación común no es su lado positivo, sino el negativo o crítico. La citada escuela representa una reacción, a veces muy violenta, contra la tesis de la *plenitud hermética* y la sumisión incondicional del juez a los textos legales.

"Los puntos en que sus partidario coinciden son, de acuerdo con Reichel, los siguientes:

- a) Repudiación de la doctrina de la suficiencia absoluta de la ley;
- b) Afirmación de que el juez debe realizar, precisamente por la insuficiencia de los textos, una labor personal y creadora.
- c) Tesis de que la función del juzgador ha de aproximarse cada vez más a la actividad legislativa."¹⁵⁹

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 108-109.

¹⁵⁹ Citado por GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, Op. Cit., p. 347.

En la corriente doctrinal a que hacemos mención es conveniente distinguir, según Gény, tres diversa etapas. La primera (1840-1900) puede ser considerada como el preludio del movimiento. Ha ella pertenecen las obras de los denominados precursores. La segunda, de organización de las ideas, como dice el maestro francés, iniciase con el siglo y concluye en 1906, año de publicación del célebre opúsculo de Gnaeus Flavius titulada *La lucha por la ciencia del derecho*. El tercer período, en el cual se tiende a fijar las ideas y hacer un balance de las conclusiones, comienza en 1906 y abarca, en el estudio de Gény hasta el año de 1914.

Como sabemos, es indispensable comprender los postulados de la escuela de la exégesis, es decir, de la plenitud hermética (Savigny), que con mucha razón ya comentamos en puntos anteriores, para así, poder comprender claramente los postulados de la escuela del derecho libre, ya que contra ésta dirige su ataque.

Contra dicha tesis de Savigny, se elevaron Stobbe y Dernburg, quienes sostuvieron que en aquellos casos en que las fuentes formales son impotentes para ofrecer la solución buscada, el intérprete tiene el derecho y el deber de consultar la naturaleza de las cosas, es decir, no aluden al derecho natural, sino al análisis de las relaciones de hecho que la vida presenta.

Además Adickes, defiende también la idea de que la fuente verdadera y fundamental del derecho positivo es la razón (*razón subjetiva*), es decir, es necesario recurrir a la apreciación personal del juez, basada sobre las relaciones de hecho sometidas a su conocimiento.

Incluso O. Bülow sostiene que las fuentes formales son insuficientes para resolver toda controversia, por lo que es necesario admitir, a favor del juez, el derecho a

una actividad independiente, que ha de basarse en el estudio de los hechos y hallarse dirigida por las exigencias de la lógica; estas ideas encuentran un continuador en el austriaco Ehrlich, quien en su estudio sobre las lagunas de la ley, subraya la gran importancia de la tarea del juez, cuando las fuentes formales resultan insuficientes, y explica cómo los conceptos jurídicos generales permiten al intérprete ejercer una actividad creadora.¹⁶⁰

García Máynez, señala que además de los autores en comento existen otros de la segunda etapa que pertenecen también a dicha escuela como: Zitelman, M. E. Mayer, G. Radbruch, K. G. Wurzel, Teodoro Stenberg y R. Müller-Erbach, que se orientan principalmente hacia la demostración de la insuficiencia del método tradicional y acentúan la necesidad de conocer al juez un papel creador, no sólo en la labor interpretativa, sino, sobre todo, en aquellos casos en que la ley presenta vacíos.

Sin embargo, el libro más conocido y característico de la escuela del derecho libre, es sin duda, *La lucha por la ciencia del derecho*, cuyo autor es Kantorowicz, quien afirma que el derecho libre no es sino una especie de "derecho natural rejuvenecido". La ciencia jurídica debe desempeñar un papel creador, en vez de limitarse a ser simplemente un medio de conocimiento. Sostiene, que el juez no solamente está llamado a descubrir el derecho, sino incluso a crearlo con miras siempre en la realización de la justicia. "La verdadera ciencia jurídica es antirracionalista y antidogmática. Le repugna la analogía, la interpretación extensiva, las ficciones, los pretendidos razonamientos basados en el espíritu de

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 348-349.

la ley, los sistemas generales que sólo valen por la individualidad de su autor, y la deducción, que rechaza, en el ámbito de la ciencia del derecho, las correcciones que acepta en el de la ciencia natural."

Gustavo Radbruch, inspirándose en algunas de las ideas defendidas por la escuela histórica y relacionándolas con sus ideas sobre la esencia de la cultura, sostiene una doctrina que bien podría considerarse como la antítesis del método tradicional. Sostiene que, el sentido de la ley no puede residir en la voluntad de los legisladores, porque aquélla no vale como expresión de un querer subjetivo, sino como voluntad del Estado; siempre es posible la separación del querer subjetivo del legislador y el sentido objetivo de la norma.

El intérprete puede entender la ley mejor de lo que la entendieron sus creadores y la ley puede ser mucho más inteligible que su autor, es más, tiene que ser más inteligente que su autor.¹⁶¹

Entre las teorías más importantes de la interpretación de la ley, una de las más originales es, sin duda, la de Kelsen. Dicha teoría se encuentra estrechamente ligada a la del orden jerárquico normativo, expuesta en otro punto de nuestra investigación, en donde se dejó claro que toda norma de grado superior determina, en cierto modo, a la de rango inferior. Ya que, en la aplicación de una norma cualquiera interviene siempre, en mayor o menor grado, la iniciativa del órgano que la aplica, porque no es posible que aquélla reglamente en todos sus pormenores el acto de aplicación.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 351.

Es indispensable, a mi parecer, examinar ahora, si la postura Kelseniana es correcta o no, por lo que respecta a la idea de que todo orden jurídico tiene una unidad y jerarquía estamos totalmente de acuerdo con Kelsen. Sin embargo, el desacuerdo consiste precisamente en que sostiene que toda creación jurídica va siempre de una grada superior a una inferior, nosotros consideramos que casi siempre es así, pero que en ciertos casos hay excepciones. Pensemos, por ejemplo, en una sentencia judicial, que por lo general es producto de la interpretación y aplicación de una norma superior, pero que en ocasiones la sentencia que es la última creación jurídica hablando jerárquicamente, no sea producto de la interpretación de una norma de grada superior, sino resultado de una sentencia judicial, es decir, de la misma grada, como sucede con las jurisprudencias, que no son resultado de ninguna interpretación sino por el contrario producto de la integración y que sirven para resolver casos futuros análogos.

Volviendo nuevamente al tema, la crítica que se le hace a esta escuela, es que Ehrlich valora demasiado el valor vital de la creación libre de derecho, y demasiado poco el de la regulación legal. Es verdad que la ley, como todo orden, puede dar lugar a durezas y rigideces, y también admiro que un juez ideal colocado en situación de plena libertad podría hallar en muchos casos una decisión más adecuada que la de la ley, pero la aplicación coherente y complementaria de la ley debe dar lugar a resultados más adecuados que la creación totalmente libre del derecho.¹⁶²

¹⁶² HECK, Philipp, *El problema de la creación del derecho*, *Op. Cit.*, p. 56.

Sostiene Philipp Heck que lo que quiere Ehrlich es hacer lugar a la creación libre del derecho en la medida en que no se esté en presencia de una clara decisión de la ley. A esto corresponde la fórmula, defendida en otro lugar, de que el juez está vinculado por el texto determinado, pero disfruta de libre estimación más allá del alcance de aquél como lo afirma Smelin. Kantorowicz y Stampe han sido interpretados en otro sentido: ambos atribuirían al juez la facultad de modificar la ley. Kantorowicz ha calificado de incorrecta esa interpretación, mientras que Stampe sigue defendiendo esa exigencia.¹⁶³

¹⁶³ *Ibidem*, p. 57.

CAPÍTULO IV. LA JURISPRUDENCIA EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO

4.1. El fundamento de validez de la jurisprudencia.

Ante todo, debemos dar por entendido que la Constitución es el fundamento de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden jurídico, ya que constituye la unidad dentro de la multiplicidad de esas normas. De esto, deducimos que la jurisprudencia al ser una norma individual y general en ciertos casos, encuentra su fundamento en ésta. Ya que efectivamente, las normas no son ni verdaderas ni falsas, sino válidas o inválidas.

La ley fundamental es válida, porque se supone que es válida; y tal suposición se hace porque sin ella, ningún acto humano podría ser interpretado como acto creador de normas jurídicas.

Kelsen entiende por "validez" la existencia específica de las normas. Decir que una norma es válida equivale a declarar su existencia o -lo que es lo mismo- a reconocer que tiene "fuerza obligatoria" frente a aquellos cuya conducta regula."¹⁶⁴ En este sentido, puede decirse que la validez es una cualidad del derecho.

¹⁶⁴ KELSEN, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, p. 35; y *Teoría pura del derecho*, *Op. Cit.*, p. 23.

Por consiguiente, una norma es considerada como válida sólo bajo la condición de que pertenezca a un sistema normativo, a un orden que, considerado en su totalidad, es eficaz. Así pues, la eficacia es condición de la validez, pero no la razón de la misma. Una norma no es válida porque es eficaz; es válida si el orden al cual pertenece tiene, en general, eficacia.

De acuerdo con Kelsen, la razón o fundamento de validez de una norma está siempre en otra norma, nunca en un hecho. La búsqueda del fundamento de validez de una norma no nos conduce a una realidad, sino a otra norma de la cual la primera procede, en el sentido que habremos de investigar posteriormente, es decir, la norma cuya validez no puede derivar de otra superior, la llamamos "fundamental". Esta norma fundamental representa, como fuente común, el vínculo entre todas las diversas normas que integran un determinado orden.¹⁶⁵

La expresión "fuente" del derecho es una expresión figurada. Se le emplea no solamente para designar los métodos de creación jurídica, a saber la costumbre y la legislación (entendido el último término en su sentido más amplio, que como ya vimos comprende también la creación del derecho a través de actos judiciales y administrativos y de transacciones jurídicas), sino también para caracterizar el fundamento de validez del derecho y, especialmente, la razón última de dicha validez. La norma básica aparece entonces como la "fuente del derecho". Además, es usada en un sentido no jurídico, que se aplica a todas aquellas ideas que en realidad ejercen influencia sobre los órganos de creación

¹⁶⁵ KELSEN, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, p.130-131.

jurídica, *verbi gratia*, normas morales, postulados políticos, teorías jurídicas, opiniones de expertos, que no tienen ninguna fuerza obligatoria.¹⁶⁶

En cuanto a la teoría pura del derecho de Hans Kelsen, con referencia a lo que hemos dicho con anterioridad, referente a las fuentes del derecho obligatorias y no obligatorias, demuestra que nuestra opinión al respecto de que no existe una teoría pura del derecho, en razón, de que el derecho, como sistema de normas jurídicas, no se puede concebir de forma aislada, sino que necesariamente tiene contenido de varios sistemas normativos. Y que evidentemente es resultado también de fuentes no obligatorias, pero que de alguna forma llegan a constituir el sistema normativo de carácter jurídico, perteneciente a un orden jurídico nacional.

Consideremos ahora lo siguiente, existen dos tipos de sistemas normativos: los estáticos y los dinámicos, por lo tanto, los primeros consisten en que la fuerza obligatoria de la fundamental es evidente por sí misma o, al menos se supone que tiene tal carácter. En cambio, por lo que hace a los segundos, la norma básica es la regla fundamental de acuerdo con la cual han de ser creadas y aplicadas las demás normas del sistema, es decir, una norma forma parte de un sistema dinámico, si ha sido creada en forma establecida en último término por la norma fundamental, *verbi gratia*, la jurisprudencia, como parte del derecho en movimiento.

El principio estático y el dinámico se unifican en uno y el mismo sistema normativo cuando la norma fundante presupuesta, conforme al principio dinámico, se reduce a facultar a una autoridad normadora, y cuando esta autoridad, o una

¹⁶⁶ *Ibidem*, p.155-156; y p. 242-243.

autoridad establecida por la primera, no sólo implanta normas mediante la cual se delega esa facultad en otras autoridades normadoras, sino también dicta normas en que se ordena determinada conducta por parte de los sujetos sometidos a la norma, a partir de las cuales -como lo particular de lo universal- pueden deducirse más normas mediante una operación lógica.¹⁶⁷

De acuerdo con Kelsen, una norma jurídica es válida en cuanto ha sido creada de acuerdo con determinada regla, y sólo por ello. La norma fundamental de un orden jurídico es la regla suprema de acuerdo con la cual los preceptos de tal orden son establecidos y anulados, es decir, adquieren y pierden su validez.¹⁶⁸

Diremos que, la función esencial de la Constitución, en el sentido material de la palabra, consiste en determinar la creación de normas jurídicas generales, esto es, en determinar a los órganos y el procedimiento de la legislación, así como, hasta cierto grado, el contenido de las leyes futuras, tema que tratamos a profundidad en los puntos ulteriores.

Por lo pronto, la Constitución, norma básica, ley constitucional, ley fundamental o carta magna, son los nombres con los que comúnmente se le conoce al documento que es definido por la doctrina, como aquel que establece la organización política y jurídica de una Nación o Estado, que puede ser federal o estatal, según regula a toda la nación organizada como federación o a cada uno de los estados que la constituyen.

¹⁶⁷ KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, Op. Cit., p. 205.

¹⁶⁸ KELSEN, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, p.133; _____, *Teoría pura del derecho*, p. 201.

Del mismo modo, siguiendo el pensamiento de Kelsen, el cual da una definición clara y precisa de Constitución y a la vez, establece la diferencia entre Constitución en sentido material y formal, al señalar que: "La Constitución, en sentido formal, es cierto documento solemne, un conjunto de normas jurídicas que sólo pueden ser modificadas mediante la observación de prescripciones especiales, cuyo objeto es dificultar la modificación de tales normas. La Constitución en sentido material está constituida por los preceptos que regulan la creación de normas jurídicas generales y, especialmente, la creación de leyes."¹⁶⁹

De acuerdo con Kelsen, la Constitución, en sentido material, puede determinar no solamente los órganos del proceso legislativo, sino también, hasta cierto grado, el contenido de leyes futuras. Dicha determinación puede ser negativa, o sea, que las leyes no deben tener cierto contenido. En este sentido negativo, no solamente el contenido de las leyes, sino el de todos los demás preceptos de un orden jurídico, así como las decisiones judiciales y administrativas, puede hallarse determinados por la Constitución. Sin embargo, ésta puede también prescribir, en forma positiva, un cierto contenido para leyes futuras.¹⁷⁰

He aquí lo que es preciso que demuestre ahora, si el orden jurídico es un sistema de normas, y la norma es válida por pertenecer a éste, es evidente, que la norma jurisprudencial (individual y general) tiene por tanto, fundamento o razón de validez en la norma fundamental.

¹⁶⁹ KELSEN, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, p.147.

¹⁷⁰ *Op. Cit.*, p.148.

De ahí que, la jurisprudencia que emana de los tribunales del Poder Judicial de la Federación, sea válida por tener su fundamento de validez en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que establece principalmente en su artículo 94 su obligatoriedad, pues establece en el octavo párrafo que: "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."

Sin embargo el antecedente inmediato del artículo 94 de la Constitución federal vigente se encuentra en los artículos 90 a 93 de la Constitución del 5 de febrero de 1857,¹⁷¹ que establecen la composición del Poder Judicial, señala el artículo 90 que se deposita el ejercicio del Poder Judicial de la Federación en una Corte Suprema de Justicia y en los tribunales de distrito y de circuito. El artículo 92 estipula que la Corte Suprema se componía de once ministros propietarios, cuatro supernumerarios, un fiscal y un procurador general y, el artículo 93 por su parte establece un requisito indispensable para ser ministro de la Suprema Corte de Justicia, a decir, estar instruido en la ciencia del derecho, aunque esto era a juicio de los electores.

Una reforma que consideramos de trascendencia para esta investigación, es sin duda, la del 15 de diciembre de 1950, que entra en vigor en mayo de 1951,

¹⁷¹ Vid. TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes fundamentales de México 1808-1995*, Decimonovena edición, México, Ed. Porrúa, 1995, p. 626, 627.

que es precisamente la que incorpora a los cinco ministros supernumerarios y crea los tribunales colegiados de circuito en materia de amparo.

Ahora bien, debemos referirnos a las características de la jurisprudencia obligatoria. De acuerdo con Fix-Zamudio,¹⁷² el establecimiento de esta institución se debe al pensamiento del ilustre jurista mexicano y magistrado de la Suprema Corte Ignacio Luis Vallarta, quien propuso en su proyecto de la Ley de Amparo, esencialmente aprobado en 1882, que el criterio expresado por la Corte en cinco resoluciones pronunciadas en el mismo sentido, tuviese carácter imperativo para los tribunales federales y así se consagró expresamente en el Código Federal de Procedimientos Civiles de 1908. Pero es evidente, una vez analizado el archivo inédito de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que no fue propuesta exclusiva de L. Vallarta, sino que fue propuesta de todos los ministros, al pedirse por acuerdo del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se regulara la jurisprudencia, se le atribuye a él por ser el actual Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por eso consideramos apropiado hacer esta aclaración.

El texto primitivo del artículo 107 de la Constitución federal de 1917 no regulaba la citada jurisprudencia, pero sí lo hicieron las leyes de amparo de 1919 y 1935, exclusivamente por lo que se refería a los juicios de amparo y en relación con la interpretación de la propia Constitución, leyes federales y tratados internacionales, analizaremos brevemente en puntos ulteriores.

¹⁷² *CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS COMENTADA*. Instituto de Investigaciones Jurídicas; Tomo II, Ed. Porrúa, 14ª. ed., México, UNAM, 1999, p. 936.

Burgoa sostiene que 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 esenciales de la ley, como son, la generalidad, la impersonalidad y la abstracción.¹⁷³

Además, en la reforma mencionada de 1951 se consignó esta institución en la fracción XIII del propio artículo 107 constitucional, pero sólo respecto al juicio de amparo, y por ello, fue reglamentada por los artículos 192 y siguientes e la Ley de Amparo. Y en las reformas de 1967¹⁷⁴ a la propia ley fundamental, se le otorgó mayor amplitud a la jurisprudencia obligatoria, puesto que se le desvinculó del artículo 107 mencionado, y se le incorporó en el quinto párrafo del artículo 94, con objeto de darle mayor amplitud desde dos ángulos: en primer lugar, al extender la jurisprudencia obligatoria a todos los asuntos de competencia de los tribunales federales y no exclusivamente al juicio de amparo; en segundo término, respecto de la ampliación de la interpretación obligatoria a las leyes y reglamentos locales.

Con respecto al artículo 107 constitucional, que dispone también los procedimientos y formas para crear jurisprudencia de acuerdo con el orden jurídico que determine la ley, de acuerdo a las bases siguientes:

"XIII. Cuando los tribunales colegiados de circuito sustenten tesis contradictorias en los juicios de amparo de su competencia, los ministros de la

¹⁷³ BURGOA O., Ignacio, *Diccionario de derecho constitucional, garantías y amparo*, Op. Cit., p. 261.

¹⁷⁴ Nota: Véase al respecto las reformas y adiciones a la Constitución de 1917, publicada el 24 de octubre de 1967, relativa al artículo 94.

Suprema Corte de Justicia, el Procurador General de la República, los mencionados tribunales o las partes que intervinieron en los juicios en que dichas tesis fueron sustentadas, podrán denunciar la contradicción ante la Suprema Corte de Justicia, a fin de que el pleno o la sala respectiva, según corresponda, decidan la tesis que debe prevalecer como jurisprudencia.

Cuando las salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sustenten tesis contradictorias en los juicios de amparo materia de su competencia, cualquiera de esas salas, el procurador general de la república o las partes que intervinieron en los juicios en que tales tesis hubieran sido sustentadas, podrán denunciar la contradicción ante la Suprema Corte de Justicia, que funcionando en pleno decidirá cuál tesis debe prevalecer.

La resolución que pronuncien las salas o el pleno de la Suprema Corte en los casos a que se refieren los párrafos anteriores, sólo tendrá el efecto de fijar la jurisprudencia y no afectará las situaciones jurídicas concretas derivadas de las sentencias dictadas en los juicios en que hubiese ocurrido la contradicción."

En efecto, en la fracción en comento del artículo 107 de la Constitución federal se introdujo en las reformas de 1951, al establecer los tribunales colegiados de circuito, también se estableció un procedimiento unificador de las tesis de dichos tribunales colegiados por parte de las resoluciones de las salas, y asimismo, el procedimiento unificador de las tesis de las salas por medio de las resoluciones del pleno. En ambos casos se establecen los lineamientos para la denuncia de dichas contradicciones de tesis, las partes que pueden denunciar y la obligatoriedad de la resolución que al respecto de dicte.

Además, en el párrafo tercero y cuarto del artículo 14 constitucional encontramos algunas de las reglas fundamentales de interpretación e integración. En efecto, el párrafo tercero que se refiere específicamente a la materia penal establece: "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."

De dicha trascipción, por lógica, resulta obvio la aplicación de uno de los principales principios generales del derecho romano a saber se trata del famoso principio: *nullum crimen, nulla poena sine lege*, y que como bien indica la doctrina también abarca el de *nulla poena sin iudicium*.

De este modo, la Constitución establece que la ley penal debe aplicarse exactamente, pero ello no quiere decir, que no sea posible interpretarla; puede decirse entonces que lo que el artículo 14 prohíbe no es la interpretación, sino la interpretación retroactiva de las leyes en perjuicio de persona alguna y la integración de la ley penal, ya que ésta, por definición, y mandato constitucional carece de lagunas.

Es claro pues, que en dicha disposición el legislador, obliga al juzgador a recurrir necesariamente a la aplicación del método de interpretación gramatical o literal de la ley.

En cuanto a la materia civil, esta contemplada en el cuarto párrafo del mencionado artículo que a la letra dice: "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."

Mientras que en la ley penal se admite únicamente la interpretación literal de la ley; por el contrario en materia civil, además de recurrir a la exacta interpretación de la ley, se admite de forma expresa la integración de la ley civil, a falta de la letra de ésta y de su interpretación. Dicha integración, se fundará en los principios generales del derecho; y si se acepta que la analogía y la equidad forman parte de éstos, tendrá también que admitirse, que desempeñan un papel supletorio en materia civil, pero es necesario señalar que no existe obligación de recurrir en ese orden primero a ellos, en la medida de que se puede recurrir primero a otros principios generales que no sean precisamente éstos.

Existen en las leyes civiles, el método en que debe de interpretarse la ley, y de igual forma, hay varias disposiciones que de manera expresa o tácita, directa o indirecta hacen referencia también a los procedimientos de integración.

Hay, por otra parte algunos antecedentes legales respecto a la institución de la jurisprudencia, que haremos referencia de manera general, por la importancia que tienen. Me limitaré a resaltar únicamente que la primera Ley de Amparo de 1861, no señaló de forma expresa la existencia de la jurisprudencia y menos aún de su función como fuente de derecho, pero se deduce, que al fijar la interpretación adecuada de la Constitución y demás leyes, se permitió que los criterios jurídicos unificaran el derecho público mediante la solución de casos concretos, por lo que se observa del análisis de los artículos 1- 11., 31 y 32 de esta primera Ley de Amparo, in olvidar que fue una ley que tenía múltiples deficiencias e irregularidades al aplicarse, lo cual motivo su corta vigencia.

Por lo que se refiere a la segunda Ley de Amparo de 1869, propuesta por Ignacio Mariscal, se menciona que los principales motivos por los cuales se

procedió a la elaboración de un nuevo proyecto de Ley de Amparo fueron, entre otros, según el maestro Acosta Romero: La purgar los muchos vicios de que adolecía la anterior de 1861, la imperfecta normatividad adjetiva, la urgente necesidad de unificar los criterios en la interpretación de las normas constitucionales y fijar los alcances del nuevo juicio.¹⁷⁵

"Por lo que respecta a la jurisprudencia, este ordenamiento legal conservó el principio de la Ley de Amparo de 1861, cuando en su artículo 28 se estableció que los tribunales, para fijar el derecho público, debían ajustarse a lo dispuesto por la Constitución, las leyes federales emanadas de ésta y los tratados internacionales de la República con naciones extranjeras. Aun cuando no era jurisprudencia en sentido estricto, las decisiones de los tribunales federales daban luz en los casos en que la ley fuera omisa o de dudosa aplicación al caso concreto; sin embargo, para su integración no existían reglas y muchas veces los criterios variaban notablemente de un tribunal a otro."¹⁷⁶

Por otro lado, el proyecto para establecer la obligatoriedad de la jurisprudencia de 4 de octubre de 1881, que fue realmente un proyecto para una nueva Ley de Amparo, que tenía la finalidad de puntualizar diversos aspectos de la ley de 1869 y lograr una verdadera protección de las garantías individuales, y por lo mismo despolitizar a la Suprema Corte de Justicia de la Nación a raíz del incidente de José María Iglesias, del desconocimiento de la legalidad de la reelección de Lerdo de Tejada a la Presidencia de la República. Además, dentro

¹⁷⁵ ACOSTA ROMERO, Miguel y Alfonso Pérez Fonseca. *Derecho jurisprudencial mexicano*, México, Ed. Porrúa, 1998, 27.

¹⁷⁶ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *La jurisprudencia en México*, Op. Cit., p.112.

de ese proyecto se contempló tácitamente la obligatoriedad de la jurisprudencia.¹⁷⁷

Incluso como señala Acosta romero el reto que enfrentaron los legisladores, fue conciliar la doble problemática que motivaban las iniciativas: por una parte, despolitizar a la Suprema Corte creando Salas y suprimiendo al Pleno, de modo que ésta perdiera el poder político; por otra, conservar la unidad e integridad de ese cuerpo colegiado evitando la diversidad caótica de criterios en la interpretación de preceptos constitucionales, lo cuál no se corregiría del todo, precisamente por la división de la Corte en Salas.¹⁷⁸

Sin embargo, el cinco de octubre de 1881 el Ministro de Justicia Ezequiel Montes, presentó una nueva iniciativa ante el Senado "Era última, inspirada directamente por el pensamiento de Vallarta e indirectamente por el de Mariscal, fue la que se aprobó finalmente. La aportación de Vallarta y Mariscal al proyecto de ley fue decisiva para el nacimiento de la institución de la jurisprudencia; Mariscal introdujo el concepto de que las sentencias de amparo debían tener una doble finalidad: "el inmediato o directo, que es resolver el caso que se presenta y el indirecto o mediato, que consiste en fijar o interpretar el derecho público y el constitucional..." Con ello, afirma Cabrera, Mariscal "sienta las bases de la jurisprudencia".¹⁷⁹

Vallarta, por su parte, recogió las influencias de Mariscal y principalmente ideó el sistema de formación de la jurisprudencia a través de cinco precedentes,

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 116.

¹⁷⁸ ACOSTA ROMERO, Miguel y Alfonso Pérez Fonseca. *Derecho jurisprudencial mexicano*, Op. Cit., p. 31, 32.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 33.

en vez de uno, como lo proponía Mariscal. Los preceptos forjados por Mariscal y Vallarta cristalizaron en diversos artículos de la nueva Ley de Amparo de 1882, dando como fruto la aparición de la jurisprudencia en el ámbito del derecho positivo, es decir, la jurisprudencia por reiteración de criterios sustentado en cinco ejecutorias, sin ninguna en contrario, que ha perdurado hasta nuestros tiempos. Fue así que a partir del 14 de diciembre de 1882, la Ley Orgánica de los Artículos 101 y 102 de la Constitución o también conocida como Ley de Amparo se promulgo.

A esto es preciso añadir un aspecto sumamente importante, que no sólo se incluyó la obligatoriedad de la aplicación de la jurisprudencia sino, también la posibilidad de sancionar a las autoridades jurisdiccionales que la contravinieran o que lo hiciesen respecto de la norma suprema.

Puede hablarse también de una supresión de la jurisprudencia en el Código de Procedimientos Federales de 6 de octubre de 1897. Además, es importante señalar que desde esta fecha quedó inmersa en él la regulación del juicio de amparo.

Resulta, por tanto que en los inicios del régimen porfirista la obligatoriedad de la jurisprudencia para los tribunales federales estaba completamente en el artículo 47 de la Ley Orgánica de los Artículos 101 y 102 de la Constitución Federal, vigente a partir del 14 de diciembre de 1882, a pesar de que no existía para su modificación o interrupción disposición expresa o criterios claros, es decir,

la corte podía válidamente, a través de una resolución, tomar libremente la decisión de cambiar los criterios anteriores.¹⁸⁰

Respecto a la institución de la jurisprudencia y a los avances logrados hasta entonces, en la última década del siglo XIX en México estuvo caracterizada por la influencia jurídica francesa, que desacreditó al derecho estadounidense, que en un principio como vimos tuvo gran influjo sobre la jurisprudencia, a través del sistema jurídico del *Common Law*. Esto constituyó una de las razones por las cuales desapareció la regulación de la jurisprudencia en nuestra legislación, aunado a razones de índole política, que propició que se derogara la ley en comento por el artículo sexto transitorio del Código de Procedimientos Federales de 1897.

A esto es preciso añadir la opinión de Héctor Gerardo Zertuche, quien considera que la supresión de la jurisprudencia en este código obedeció entre otras cuestiones a un estricto apego de las ideas filosóficas jurídicas imperantes en esa época y que fundamentalmente se debía a la llamada escuela francesa de la exégesis que dio lugar a la interpretación literal de la ley.¹⁸¹

Por último, se puede concluir que el Código de Procedimientos Federales, suprimió el sistema de creación jurisprudencial, y debido específicamente a que predominó el principio de que sólo el legislador puede interpretar, aclarar, modificar o derogar la ley, y que a los tribunales corresponde únicamente aplicarla. Además, que tampoco se vinculó, a ninguna autoridad a su observancia,

¹⁸⁰ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *La jurisprudencia en México, Op. Cit.*, p. 130.

¹⁸¹ ZERTUCHE GARCÍA, Héctor Gerardo. *La jurisprudencia en el sistema jurídico mexicano*. 2ª ed., México, Ed. Porrúa, 1992, p. 71.

y sobre todo no existió regulación alguna de generación de jurisprudencia obligatoria en aquella época.

Diremos que, el reconocimiento expreso de la jurisprudencia, se hizo en el Código Federal de Procedimientos Civiles del 26 de diciembre de 1908, promulgado por Porfirio Díaz, y que entro en vigencia hasta el 5 de febrero de 1909.

Entonces, en éste código nuevamente se reguló la jurisprudencia y, con ello, inició su consolidación en nuestro país, ya que desde entonces ha permanecido como parte integrante de nuestro sistema jurídico.

El Código Federal de Procedimientos Civiles de 1908 contemplaba una sección especial para la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en cuyos artículos 785 al 787, se regulaba la obligatoriedad de la jurisprudencia, y se establecía que:

"Artículo 785. La jurisprudencia que se establezca por la Suprema Corte de Justicia en sus ejecutorias de amparo, sólo podrá referirse a la Constitución y demás leyes federales.

Artículo 786. Las ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia votadas por mayoría de nueve o más de sus miembros, constituyen jurisprudencia. Siempre que lo resultado se encuentre en cinco ejecutorias no interrumpidas por otra en contrario.

Artículo 787. La jurisprudencia de la Corte en juicios de amparo es obligatoria para Jueces de Distrito. La misma Suprema Corte de Justicia respetará sus propias ejecutorias. Podrá sin embargo, contrariar la jurisprudencia

establecida; pero expresando siempre en este caso, las razones para resolverlo así."

De acuerdo, con los artículos transcritos, podemos señalar que la jurisprudencia se integraba por medio de las ejecutorias de amparo dictadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al interpretar únicamente la Constitución y demás leyes federales, y un efecto que me llamo la atención es que eran obligatorias para los Jueces de Distrito, pero también obligaba a la Corte a respetarla, efecto que es necesario que tengamos en la regulación actual. Además, se estaba en la posibilidad de contrariarla, expresando obviamente las razones.

Y bien: "respecto al texto original, el Constituyente reunido por convocatoria de Venustiano Carranza en la ciudad de Querétaro a finales de 1916, fue omiso respecto a la jurisprudencia, debido a que no se contempló en los proyectos sometidos a discusión."¹⁸²

Asimismo, se tiene noticia respecto a la jurisprudencia en la discusión y análisis del texto del artículo 107 constitucional, durante la sesión del 22 de enero de 1917, en la participación, mediante voto particular, del diputado José María Truchuelo, representante del Estado de Querétaro. A pesar de que se señala que en el texto original de la Ley Suprema de 1917, no se consideraba a la jurisprudencia, dos de sus artículos mediaron de manera implícita sobre la creación y vigencia de ésta, el artículo 94 y el 8º. Transitorio.¹⁸³

¹⁸² SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *La jurisprudencia en México, Op. Cit.*, p. 139.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 141.

En nuestros días y después de todas las reformas que hemos señalado, la Constitución regula a la jurisprudencia en sus artículos 94, 99 y 107.

Se dice también: que la Ley de Amparo de 1919 sustituyó al Código Federal de Procedimientos Civiles de 1908, en cuanto a la reglamentación del juicio de amparo, y fue aprobada el 18 de octubre de 1919 y entro en vigor el 22 de octubre de 1919.

La institución de la jurisprudencia, estaba regulada en los artículos 147 a 150, y tenemos en esta legislación algunas características importantes, entre las cuales podemos señalar, que el número de votos necesario para emitirla se redujo de nueve a siete. Además, no olvidemos, que por reforma constitucional del artículo 94, en agosto de 1928, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se integraba ya por dieciséis ministros y se crearon tres salas, funcionando desde entonces como tribunal en Pleno y en Salas que conocían respectivamente de las materias penal, administrativa y civil, integradas por cinco ministros cada una.

Por consiguiente, se consideró obligatoria la jurisprudencia también para autoridades jurisdiccionales de las entidades federativas, del Distrito y territorios federales, como lo contemplaba el artículo 149. Incluso sólo era posible sentar jurisprudencia por medio de ejecutorias de juicios de amparo o por medio del recurso de súplica.

Por lo que se refiere a la Ley de Amparo de 1936, conocida también como Ley Orgánica de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, aprobada el 30 de diciembre de 1935 y vigente a partir del 10

de enero de 1936 y hasta nuestros días, derogó la Ley Reglamentaria de los Artículos 103 y 104 de la Constitución Federal, del 18 de octubre de 1919.¹⁸⁴

Regulaba la institución de la jurisprudencia en los artículos 192 a 197. El artículo 192 señalaba que la jurisprudencia establecida por la Corte, sólo podía referirse a la Constitución y demás leyes federales; el 193 remitía a la jurisprudencia de las Salas; en cuanto al artículo 194, es importante destacar que se refería principalmente a la obligatoriedad de la jurisprudencia, que incluso la hizo extensiva a Juntas de Conciliación y Arbitraje; en el artículo 195 se regulaba la facultad de la Corte para contrariar su propia jurisprudencia; el artículo 196 ordenaba a las partes, que la invocaran por escrito; y por último el artículo 197 hacía referencia al medio de difusión de la jurisprudencia emitida por la Corte. Además, es importante resaltar un acierto, que en el artículo 7º. transitorio se establecía la obligatoriedad para la misma Corte.

De 1917 a inicios de 1951, el texto constitucional no hacía mención alguna de la jurisprudencia, sin embargo, el 19 de febrero de 1951, durante el gobierno de Miguel Alemán Valdés, varios artículos constitucionales fueron reformados, entre ellos, el 107, donde por primera vez en el orden constitucional, se incluyó la jurisprudencia, de ahí que diversas disposiciones fueron incluidas en la Ley de Amparo.¹⁸⁵

Es importante resaltar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación y sus Salas eran en esa época las únicas competentes para emitir jurisprudencia, por lo

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 149.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 153.

que no existían contradicciones de tesis jurisprudenciales entre los tribunales colegiados de circuito.

Resulta, por tanto que por el rezago que existía, fue necesaria una reforma en 1967, para otorgar facultad a otros órganos judiciales para crear jurisprudencia. De este modo, el 25 de octubre de 1967, se reformaron los artículos 94 y 107 constitucionales.

De ahí que, la creación e la jurisprudencia fuera compartida con los tribunales colegiados de circuito, y a partir de esa reforma, se permitió por primera vez la interpretación por medio de la jurisprudencia de leyes y reglamentos locales, tanto por la Corte como por los mencionados tribunales.

Es evidente, que surge también por vez primera el problema de la contradicción de tesis de acuerdo al nuevo sistema competencial, que fue regulada en la fracción XII del artículo 107 constitucional. Y a partir de esto, el nombre de la ley se modificó para denominarse Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como se conoce en la actualidad.

En 1987 se reforma el sistema de competencias, y por lo tanto se modifican los artículos 73, 94, 97, 104 y 107 de la Constitución; de ellos, únicamente el 94 incidió en el sistema competencial relativo a la normatividad de la jurisprudencia. Es a partir de esto, que los tribunales colegiados de circuito se encargaron de la creación de jurisprudencia sobre legalidad¹⁸⁶

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 161.

Aunque en realidad, fue una reforma defectuosa, ya que la jurisprudencia sobre legalidad no se sustrajo totalmente del control de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, dado que seguía teniendo competencia y resolviendo las contradicciones de tesis sustentadas por los tribunales colegiados de circuito. Competencia que consideramos corresponde a un tribunal de legalidad y no a una Suprema Corte de Justicia que debe de funcionar como un verdadero tribunal constitucional, es decir, conocer exclusivamente de control constitucional.

En otro sentido, el 15 de enero de 1988 fueron aprobadas nuevas reformas a la Ley de Amparo, con la finalidad de lograr congruencia con las nuevas modificaciones introducidas a la Constitución Federal en el año de 1987. El hecho de que los tribunales colegiados de circuito pudieran interrumpir o modificar la jurisprudencia de la propia Corte, siempre que se refiriera a asuntos de la competencia de estos, parecía ser prueba suficiente de que el Máximo Tribunal no volvería a conocer de negocios de legalidad. Sin embargo, esto no sucedió debido a lo que comentábamos en párrafos anteriores.¹⁸⁷

¹⁸⁷ *Ibidem*, pp. 163-165.

También el 31 de diciembre de 1994, la Constitución sufrió importantes reformas en cuanto al ámbito competencial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, llamada "reforma judicial", ya que se refería principalmente al Poder Judicial de la Federación, que careció sobre todo de técnica legislativa y jurídica, y que tiene una infinidad de deficiencias y defectos que tratamos a fondo en otras investigaciones.¹⁸⁸

Dentro de las más importantes, esta la creación del Consejo de la Judicatura Federal, cuyo fin es velar por la administración, vigilancia y disciplina del Poder Judicial de la Federación, con excepción de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Por lo que se refiere al Máximo Tribunal, se modificó su integración y funcionamiento, ya que ahora tendría once Ministros, antes veintiuno, y dos salas, anteriormente cuatro; además, conocería en forma exclusiva de los procesos denominados controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad, intentando dar a la Corte facultades propias de un tribunal constitucional.

Del mismo modo, se le agrego al cúmulo de competencia con que cuenta la Suprema Corte de Justicia la facultad que en los Estados Unidos de América se conoce como *writ of certiorari*, que consiste en dejar en manos del Máximo Tribunal la resolución de asuntos que, por suponer la fijación de un criterio de importancia y trascendencia; debe ser resuelto por el órgano terminal de control

¹⁸⁸ Cfr. DÁVILA ESCAREÑO, Ángel, *La competencia jurídico-política de la Corte en las controversias constitucionales*, México, UNAM, Tesis de Maestría en Derecho, 2002, pp. 92-124; _____, "Controversia constitucional", México, Universidad Autónoma de Zacatecas, REVISTA VÍNCULO JURÍDICO, Núm. 52 Octubre-Diciembre, 2002, pp. 21-32; _____, "La defensa constitucional, principios y formas de control", México, Universidad Autónoma de Campeche, REVISTA REALIDAD JURÍDICA, No. 1 Enero-Marzo, 2004, pp. 6-11.

constitucional. Fue así como la Corte comenzó a determinar y remitir a los tribunales colegiados de circuito, mediante acuerdos generales (en su mayoría inconstitucionales), aquellos asuntos en que ya hubiera emitido jurisprudencia o que no entrañaran la fijación de un criterio de importancia y trascendencia.¹⁸⁹

Por último, el 9 de junio de 2000 se reformó la Ley de Amparo, en sus artículos 192 y 194, relativo a los requisitos necesarios tanto para establecer jurisprudencia, en el caso del primero, como para determinar su interrupción y dejar de tener carácter obligatorio en el caso del segundo. Sin embargo, la modificación sólo opera cuando se trate de jurisprudencia establecida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y así, la votación pasó de 14 a 8 votos de los Ministros si se trata de la jurisprudencia del Pleno o por cuatro Ministros, en los casos de la jurisprudencia de las Salas.¹⁹⁰

Asimismo, la Ley de Amparo vigente regula dicha institución, principalmente en sus artículos 192 a 197-B, en relación con el artículo 177 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, establecen los requisitos para la formación de la citada jurisprudencia, así como para interrumpirla y modificarla. En tanto se corrige el correspondiente defecto de técnica legislativa de la Ley de Amparo, el artículo 15 transitorio de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación de 1995 establece que las resoluciones del Pleno de la Suprema Corte "constituyen jurisprudencia, siempre que lo resuelto en ellas se sustente en cinco sentencias

¹⁸⁹ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *La jurisprudencia en México, Op. Cit.*, p. 168.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 169.

no interrumpidas por otra en contrario, y que hayan sido aprobadas por lo menos por ocho ministros.

Procedamos al establecimiento del contenido del artículo 192 de la Ley de Amparo, que a la letra dice: "La jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia, funcionando en pleno o en salas, es obligatoria para éstas en tratándose de la que decreta el pleno, y además para los tribunales unitarios y colegiados de circuito, los juzgados de distrito, los tribunales militares y judiciales del orden común de los estados y Distrito Federal, y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales."

Asimismo, el artículo 193 de la citada ley ordena: "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 orden común de los estados y del Distrito Federal, y los tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales."

En estos artículos principalmente, se establece la forma de constituir jurisprudencia obligatoria, por la Suprema Corte y los tribunales colegiados de circuito, por medio del procedimiento de reiteración de criterios, es decir, establecen el número de cinco tesis no interrumpidas por otra en contrario y la aprobación de ocho ministros en tratándose de la que emite el pleno y cuatro por lo que se refiere a las salas, y por unanimidad para el caso de los tribunales colegiados. Con relación a los artículos siguientes, se precisan otros procedimientos de creación de la jurisprudencia como el de contradicción de tesis; así como las reglas de modificación e interrupción; también no olvidemos que los votos particulares de los ministros y magistrados llegan a constituir la

jurisprudencia, siempre que se trate de las necesarias para constituirla o contrariarla; señala la forma en que ha de publicarse en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; obligaciones de las partes para invocarlas en los juicios, efectos de la jurisprudencia, etcétera.

Diremos que, la jurisprudencia obligatoria se crea principalmente de tres formas: mediante reiteración de criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, funcionando en pleno o salas, y de los tribunales colegiados de circuito; por contradicción de tesis, es decir, por resoluciones que emite el pleno cuando se trata de contradicciones provenientes de las salas, y por éstas al resolver la contradicción de tesis que surgen entre los tribunales colegiados de circuito; y por último mediante las sentencias que pronuncie la Suprema Corte de Justicia de la Nación en su carácter de tribunal constitucional, respecto a las controversias constitucionales previstas constitucionalmente en el artículo 105 y las mal llamadas "acciones de inconstitucionalidad".

En el capítulo VII de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, encontramos las disposiciones que hacen referencia a la institución de la jurisprudencia.

Efectivamente el artículo 177 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación prescribe que la jurisprudencia que deban establecer la Suprema Corte de Justicia de la Nación funcionando en pleno o salas y los tribunales colegiados de circuito en las ejecutorias que pronuncien en los asuntos de su competencia distintos del juicio de amparo se regirán por las disposiciones de la Ley de Amparo, salvo en los casos en que la ley de la materia contuviera disposición expresa en otro sentido.

En el artículo 178, encontramos lo que es la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, es decir, el órgano encargado de la compilación, sistematización y publicación de las tesis y jurisprudencias emitidas por los órganos competentes del Poder Judicial de la Federación.

Por lo que respecta a la publicación del Semanario Judicial de la Federación, esta prevista en el artículo 179 de la ley orgánica en comento.

A esto es preciso añadir que el artículo 42 y 43 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; establece otra forma de creación jurisprudencial, por medio de los medios o formas de control constitucional denominados controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad, deberán ser resoluciones aprobadas por una mayoría de por lo menos ocho votos.

Asimismo, la jurisprudencia es resultado de la interpretación que realizan diversos órganos jurisdiccionales y no jurisdiccionales que analizaremos brevemente en este apartado.

La jurisprudencia del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, se encuentra fundada en la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación en sus artículos 232 al 235.

"El artículo 232 establece que la jurisprudencia del Tribunal Electoral será establecida en los casos y de conformidad con las reglas siguientes:

- I. Cuando la Sala Superior, en tres sentencias no interempidas por otra en contrario, sostenga el mismo criterio de aplicación, interpretación o integración de una norma;

- II. Cuando las Salas Regionales, en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, sostengan el mismo criterio de aplicación, interpretación o integración de una norma y la Sala Superior lo ratifique, y;
- III. Cuando la Sala Superior resuelva en contradicción de criterios sostenidos entre dos o más Salas Regionales o entre éstas y las propia Sala Superior."

Respecto a la fracción I, es necesario comentar que se refiere a los requisitos de la jurisprudencia que fije la Sala Superior, señalando que únicamente se requieren tres sentencias ininterrumpidas por otra en contrario, en las que se sostenga el mismo criterio de aplicación, interpretación o integración de una norma, no cambiando de fondo la forma de creación tradicional (reiteración), ya que la diferencia esta en el número de tesis. Y por lo que se refiere a la fracción II, difiere de la primera en el número de cinco tesis únicamente y establece un requisito adicional que consiste en que tendrá validez si es ratificada por la Sala superior.

Por último la fracción III, señala la competencia de la Sala Superior para la resolución de contradicciones de criterios que se presenten entre dos o más Salas Regionales o entre éstas y la propia Sala Superior.

El principio de obligatoriedad de la jurisprudencia electoral que establezca la Sala Superior lo encontramos en el artículo 233, y obliga a las Salas Regionales, al Instituto Federal Electoral, autoridades electorales en tratándose de asuntos relativos a derechos político-electorales de los ciudadanos o bien en los asuntos en que se hayan impugnado actos o resoluciones de autoridades

electorales de competencia local, lo será también para las autoridades electorales locales.

Ahora bien, la interrupción de la jurisprudencia electoral, la encontramos prevista en el artículo 234 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la federación, dejando de ser obligatoria cuando haya un pronunciamiento en contrario por parte de la Sala Superior, con un mínimo de cinco votos, mencionando cuales fueron los motivos del cambio de criterio.

Por último, el artículo 235 dispone que la jurisprudencia del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación será obligatoria para el Tribunal Electoral, cuando se refiera a la interpretación directa de un precepto constitucional y en los casos que resulte exactamente aplicable.

Respecto a la jurisprudencia en materia electoral, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, no contempla la posibilidad de modificarla, debido a que sólo establece los procedimientos de creación e interrupción.

Además, es importante señalar que existe también, la regulación de la jurisprudencia de los tribunales jurisdiccionales no pertenecientes al Poder Judicial de la Federación, que analizaremos *grosso modo*, en las siguientes líneas.

En efecto, el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa es un tribunal de carácter administrativo, dotado de plena autonomía para dictar sus fallos, como claramente lo establece su Ley Orgánica.¹⁹¹

Dicho tribunal está integrado, por una Sala Superior con once magistrados, y uno de ellos es el presidente, y actúa en Pleno o en dos Secciones, y cada

¹⁹¹ Vid. *Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa*, publicada en la segunda sección del Diario Oficial de la Federación, el viernes 15 de diciembre de 1995.

Sección está integrada por cinco magistrados, de entre los cuales se elige al presidente de la Sección.

Por lo que se refiere a la Sala Superior y a sus Secciones, éstas cuentan con atribuciones para fijar jurisprudencia o suspenderla, así como para ordenar su publicación, de acuerdo con los artículos 16, fracción IV y 20, fracción IV de la Ley Orgánica y, en los artículos 259 al 263 del Código Fiscal de la Federación.

El artículo 260 del Código Fiscal de la Federación dispone que el Pleno de la Sala Superior del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa puede fijar jurisprudencia en dos hipótesis:

"Cuando aprueba tres precedentes dictados en el mismo sentido, no interrumpidos por otro en contrario. En este caso estamos frente a una jurisprudencia por reiteración de criterios, y;

Cuando dilucida las contradicciones de tesis sustentadas en las sentencias emitidas por las Secciones de la Sala Superior o por las Salas Regionales del Tribunal, siempre y cuando la resolución respectiva haya sido aprobada por lo menos por siete magistrados. Este supuesto, corresponde a la jurisprudencia por contradicción".

Las Secciones de la Sala Superior podrán fijar jurisprudencia por reiteración, siempre que aprueben cinco precedentes no interrumpidos por otro en contrario

Respecto a la suspensión de la jurisprudencia, se trata de una facultad exclusiva de la Sala Superior y de las Secciones de ésta. Y termina cuando se reitere el criterio en tres precedentes de Pleno o cinco de Sección, salvo que el

origen de la suspensión sea jurisprudencia en contrario del Poder Judicial de la Federación y éste la cambie.

Por otro lado, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal es un tribunal administrativo, dotado de plena jurisdicción y autonomía para dictar sus fallos, en términos de lo que establece el artículo 1º. de la Ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el martes 19 de diciembre de 1995.

Este tribunal se compone de una Sala Superior, integrada por siete magistrados; y por tres Salas Ordinarias, integradas cada una con tres magistrados.

La Sala Superior emite jurisprudencia, por medio de sentencias que se sustenten en cinco ejecutorias no interrumpidas por otra en contrario y que hayan sido aprobadas por el voto de cinco magistrados en el mismo sentido.

En cuanto a la obligatoriedad de esta jurisprudencia, esta establecida en el artículo 89 de la Ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, que establece que es obligatoria tanto para la Sala Superior que la emite y para las demás Salas del Tribunal. Consideramos necesario que esto mismo este establecido en los demás órganos para emitir jurisprudencia, ya que es un importante ejemplo a seguir, el que la obligatoriedad sea para todos los órganos que la emiten, y no nada más para los inferiores jerárquicos.

En el artículo 90 de la mencionada ley, se regula la modificación e interrupción de la jurisprudencia que establece la Sala Superior. La resolución que interrumpe requiere del voto en el mismo sentido de cinco magistrados; mientras que, para modificarla, deberán observarse las condiciones señaladas para su formación, es decir, que existan cinco ejecutorias dictadas en un mismo sentido

no interrumpidas por otra en contrario y aprobadas por el voto de cinco magistrados.

No olvidemos que la Constitución, en su artículo 27 fracción XIX, ha instituido Tribunales Agrarios para que administren justicia es esa materia, los cuales son órganos federales dotados de plena jurisdicción y autonomía para dictar sus fallos, conforme a su ley orgánica.

Los tribunales agrarios se componen de un Tribunal Superior y de Tribunales Unitarios Agrarios. El artículo 3º. de la Ley Orgánica de los Tribunales Agrarios establece que el Tribunal Superior Agrario se integra por cinco magistrados numerarios, uno de los cuales lo presidirá. Por su parte, los Tribunales Unitarios Agrarios estarán a cargo de un magistrado numerario.

Respecto a la competencia del Tribunal Superior Agrario para emitir jurisprudencia, la encontramos en el artículo 9º. fracción V, de la Ley Orgánica mencionada.

Se fija jurisprudencia con cinco sentencias dictadas en el mismo sentido no interrumpidas por otra en contrario, aprobadas por lo menos por cuatro magistrados. También constituirá jurisprudencia la resolución del Tribunal Superior Agrario que resuelva la contradicción de criterios entre los sustentados por los diversos tribunales unitarios agrarios en sus sentencias. Y será obligatoria para los tribunales unitarios a partir de su publicación en el Boletín Judicial Agrario.

El Tribunal Superior Agrario, también pueden interrumpir la jurisprudencia, con el voto favorable de cuatro magistrados, además de la expresión de las razones en que se funde la interrupción.

Por último, es preciso señalar que los tribunales superiores de justicia de algunas entidades federativas, en sus preceptos constitucionales establecen, sus sistemas de integración jurisprudencial, su obligatoriedad, la forma en que debe modificación e interrupción y los órganos de publicación y difusión.

4.2. Funciones del Estado

Cuando, hablamos en este apartado de los tres poderes del Estado, nos referimos a la división del poder, entendido en el sentido de una función del Estado, y entonces admitimos la existencia de funciones estatales distintas.

Los órganos del Estado, como el Poder Legislativo, Ejecutivo y Judicial, son, por lo general, los dos primeros instituidos para la creación de normas abstractas. Por el contrario el Poder Judicial como órgano perteneciente a éste, es por lo general, instituido para la aplicación de las normas abstractas a los casos concretos controvertidos, creando normas individuales como producto de dicha aplicación e interpretación, pero excepcionalmente al realizar su función interpretativa, también llega a crear normas abstractas, dicha afirmación será verificada en los puntos siguientes.

Acabamos de decir que el Poder Legislativo es "competente" para expedir una norma. Pero esta forma de expresión en realidad no implica sino el hecho de que determinada conducta de los individuos que forman dicho órgano, tienen, de acuerdo con el orden jurídico, el carácter de función legislativa, por lo cuál tales individuos son capaces de hacer leyes.

Siguiendo el pensamiento de Kelsen, quien sostiene que por poder legislativo, o legislación, no debemos entender la función total de creación del

derecho, sino un aspecto especial de dicha función, la creación de normas generales. Considera que una "ley" producto del proceso legislativo es esencialmente una norma general o un complejo de tales normas. Por el contrario "Derecho" es el término usado como designación de la totalidad de las normas jurídicas, sólo en cuanto identificamos el derecho con la forma general de la ley e ignoramos la existencia de las normas jurídicas individuales.

Por esta circunstancia Kelsen entiende por legislación, no la creación de todas las normas generales, sino sólo la de normas generales por órganos específicos, a saber: los llamados cuerpos legislativos, terminología que tiene orígenes históricos y políticos.¹⁹²

Sin embargo, la creación de normas generales, es decir todas las leyes pertenece en principio al Poder Legislativo, pero existen ciertas excepciones que veremos a detalle.

En efecto, "la creación de normas generales por órganos distintos al legislativo, es decir, por órganos del poder ejecutivo o del poder judicial, es concebida usualmente como función ejecutiva o judicial."¹⁹³

Desde el punto de vista funcional, no hay diferencia entre normas y leyes o estatutos, toda vez que las generales creadas por el poder legislativo son llamadas leyes, para distinguirlas de esas otras normas generales que, como ya dijimos son creadas por vía de excepción por órganos ejecutivos o judiciales. *Verbi gratia*, las leyes generales expedidas por el ejecutivo, y que la doctrina las

¹⁹² KELSEN, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, Op. Cit., p. 304.

¹⁹³ *Idem*.

ha denominado ordenanzas o decretos. En general, la función del Estado es exactamente igual.

En igual forma, el Poder Ejecutivo por medio de su función administrativa, puede crear normas generales. En efecto, puesto que la Constitución otorga a determinadas autoridades administrativas, *verbi gratia*, al presidente de la República o a los miembros de su gabinete, el poder de expedir normas generales de acuerdo con las cuales son elaboradas determinadas prescripciones de una ley. Estas normas generales, que no son creadas por el Poder Legislativo, sino por otro órgano, sobre la base de normas generales que el legislador ha expedido, se llama, como lo establecimos anteriormente reglamento u ordenanzas.¹⁹⁴

La administración es pues, una de las tres funciones que la teoría tradicional considera como las funciones esenciales del Estado.

Según Kelsen, "La Constitución puede facultar a ciertos órganos administrativos, en especial, al gobierno, para dictar normas jurídicas generales, en cierta circunstancia bien determinada, bajo forma de ordenanzas, que no sirven para reglamentar con mayor detalle leyes ya existentes, sino que regulan ciertos objetos en lugar de las leyes."¹⁹⁵

La actividad denominada administración estatal es, en buena parte, del mismo tipo que la legislación y la actividad judicial, es decir, una función jurídica en sentido estricto de producción y aplicación de normas jurídicas. La función del órgano administrativo superior, el gobierno, reside en la participación que la constitución le delega en la legislación; en el ejercicio de las facultades otorgadas

¹⁹⁴ *Ibidem*, p.154.

¹⁹⁵ KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, Op. Cit., p. 281.

por la constitución de celebrar tratados con otros estados; en la promulgación, conforme a la constitución, de ordenanzas y resoluciones administrativas dirigidas a los órganos administrativos inferiores y a los súbditos -es decir, en la producción y aplicación de normas generales e individuales.¹⁹⁶

El presidente de la República, que preside el poder ejecutivo ejerce una función legislativa cuando tiene el derecho de evitar, por medio del veto, que normas aprobadas por el órgano legislativo se conviertan en leyes, o cuando tales normas no pueden convertirse en procesos legales sin la sanción del mismo ejecutivo, el ejecutivo de hecho cumple una función legislativa, en el sentido de que puede tener el derecho de tomar la iniciativa en el proceso legislativo, sometiendo un proyecto de ley al órgano encargado de legislar.¹⁹⁷

Para distinguir, desde el punto de vista material, las funciones del Estado, es correcto acudir a los conceptos de motivo y fin de los actos jurídicos que realiza. Si lo que el Estado persigue es la implantación del derecho mediante el establecimiento de situaciones jurídicas generales y abstractas, estará ejerciendo la función legislativa; si lo que pretende es el establecimiento de situaciones jurídicas particulares y concretas, según el caso, las funciones administrativa o jurisdiccional.¹⁹⁸

Diremos que, cuando la actividad del Estado produce situaciones jurídicas generales, esta realizando su función legislativa, y cuando establece situaciones

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 270.

¹⁹⁷ KELSEN, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, Op. Cit., p. 322.

¹⁹⁸ SILVA, Carlos de, Op. Cit., p. 139.

jurídicas particulares, según el caso, realiza las funciones administrativa o jurisdiccional.

Se afirma que el juez es competente para dictar sentencias. Esto significa que cierta conducta de determinado individuo es considerada por el orden jurídico como función judicial y que, por ello mismo, ese individuo es capaz de resolver las controversias sometidas a su conocimiento. El concepto de jurisdicción, tal como se usa en la terminología jurídica inglesa, no es sino el concepto general de competencia aplicada a un caso especial. La jurisdicción, propiamente dicha, es la competencia de los tribunales. Sin embargo, las autoridades administrativas y, en general, todos los órganos del Estado tienen su jurisdicción, es decir, la capacidad de ejecutar actos que el orden jurídico considera como de su órgano determinado y no de otro.¹⁹⁹

Creemos, que no hay ningún orden legal de un Estado moderno en el cual los tribunales y autoridades administrativas queden excluidos de la creación de normas jurídicas generales, esto es, de la actividad de legislar, y de legislar no solamente sobre la base de leyes y preceptos de derecho consuetudinario, sino también directamente sobre la base de la Constitución.²⁰⁰

Los tribunales ejercen una función legislativa, cuando su decisión, en un caso concreto, se convierte en precedente para la resolución de otros similares, creando así una norma general que se encuentra en el mismo nivel de las leyes que proceden del llamado órgano legislativo y, también cuando están autorizados para nulificar leyes inconstitucionales o reglamentarias.

¹⁹⁹ KELSEN, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, Op. Cit., p.107.

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 320.

La anulación de una ley es una función legislativa o, por decirlo así, un acto de legislación negativa. Un tribunal facultado para anular leyes en forma individual o de manera general como lo pretendemos, funciona como legislador en sentido negativo, pero por medio de la centralización de la revisión judicial, del más alto tribunal la Suprema Corte de Justicia de la Nación.²⁰¹

Ahora bien, ante tal situación del legislador negativo resulta inevitable un conflicto competencial, difícil de resolver.

Debemos, por tanto, entender que la función del Estado en la producción de las situaciones jurídicas abstractas y concretas, se realiza por medio de la utilización de dos métodos, que tienden a la búsqueda necesaria de la unidad y coherencia del orden jurídico existente, esto significa que lo abstracto o general en el pensamiento, no es otra cosa distinta más que lo concreto o particular de la realidad. Se trata pues de dos procedimientos que conducen al mismo resultado, la creación del derecho por medio de la diversidad de funciones que realiza el Estado, que hemos explicado brevemente.

En efecto, tanto la legislación como la jurisdicción producen normas jurídicas y que no son más que etapas distintas del proceso de la creación del derecho que no pueden entenderse la una sin la otra, por lo tanto, no podemos, aislar las características propias de la función administrativa por completo y negar las relaciones con las otras dos funciones legislativa y jurisdiccional del Estado.

²⁰¹ *Ibidem*, p. 318.

Así pues, la función judicial, lo mismo que la legislativa, es, al propio tiempo, creación y aplicación del derecho. La función judicial se encuentra ordinariamente determinada por normas generales, tanto en lo que respecta al procedimiento como en lo que atañe al contenido de la norma que debe crearse, mientras que la legislación usualmente sólo se halla determinada por la constitución en el primero de los dos aspectos. Esta diferencia, sin embargo, es sólo de grado.²⁰²

Desde un punto dinámico, la norma individual creada por la decisión judicial es una etapa de un proceso que principia con el establecimiento de la primera Constitución, continua con la legislación y la costumbre, y culmina en las decisiones judiciales.

El proceso a través del cual el derecho constantemente se crea a sí mismo, va de lo general y abstracto a lo individual y concreto. Es un proceso de individualización y concreción siempre crecientes.

Tal función no tienen en modo alguno, como a veces se piensa, carácter puramente declarativo, sino que también cuenta con un carácter constitutivo.

El tribunal no tiene que descubrir y reformular un derecho ya concluido como creación y fijo, cerrado ya el proceso de su producción. La función del tribunal no es mero descubrimiento y formulación del derecho, y en este sentido, declaratoria. El descubrir el derecho se da solamente en la determinación de la norma general aplicable al caso concreto. Y también esta determinación tiene un carácter, no puramente declarativo, sino constitutivo también.²⁰³

²⁰² *Ibidem*, p. 159.

²⁰³ KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, *Op. Cit.*, p. 247.

No se requiere una fundamentación más próxima de la tesis de que la orden que impone la sanción concreta tiene un carácter constitutivo. El prejuicio de que el derecho sólo está constituido por normas generales; el ignorar las normas jurídicas individuales, ha oscurecido el hecho de que la sentencia judicial sólo es la continuación del proceso de producción de derecho, y llevado al error de ver en ella sólo una función declarativa.

Sin embargo, es cierto que la norma jurídica positiva general no puede predeterminar todos los momentos que justamente aparecerán con las peculiaridades del caso concreto.

La norma jurídica general es siempre un marco dentro del cual tiene que producirse la norma jurídica individual. Pero ese marco puede ser más o menos estrecho o amplio. Es amplísimo cuando la norma jurídica positiva general sólo contiene la autorización para la producción de normas jurídicas individuales, sin predeterminar su contenido.²⁰⁴

Es preciso, establecer la diferencia entre forma jurídica y forma de Estado, ya que ésta constituye un caso especial de la forma del derecho en general. Se trata de la forma del derecho, es decir, del método de producción de derecho en la grada superior del orden jurídico, en el terreno de la Constitución.

El Estado tiene por misión histórica, se enseña, en tanto crea el derecho, su derecho, para luego someterse al mismo, es decir, para obligarse y facultarse con su propio derecho. Y a su vez, el derecho sólo puede justificar al Estado cuando

²⁰⁴ *Ibidem*, p. 254.

es presupuesto como un orden esencialmente diferente del Estado, contrapuesto a la naturaleza originaria de éste, constituyendo así un Estado e derecho.²⁰⁵

De tal manera, si se reconoce en el Estado un orden jurídico, todo Estado es un Estado de derecho, dado que esta expresión es reiterativa.

La circunstancia de que la actividad del Estado se manifieste materialmente en las distintas formas señaladas, no implica el rompimiento de la idea de la unidad de ese poder que simplemente se exterioriza de manera diferente en distintas situaciones.

Al respecto, Kelsen afirma que las funciones del Estado resultan ser idénticas a las funciones esenciales del derecho. Lo que se expresa en la distinción entre los tres poderes del Estado, es la diferencia entre creación y aplicación del derecho.²⁰⁶

Después de lo dicho, resulta imposible asignar en forma tan exclusiva la creación del derecho a un órgano y la aplicación (ejecución) del mismo a otro, que es prácticamente lo que constituye las funciones fundamentales del Estado.

Corresponde advertir que, en este sentido dinámico, no sólo puede ser centralizada o descentralizada la producción de normas jurídicas, sino también su aplicación. Más aún: pueden serlo todas las funciones estatuidas por un orden jurídico, es decir, que puedan ser desempeñadas por un órgano único, o por una multiplicidad de órganos.²⁰⁷

²⁰⁵ *Ibidem*, p. 290.

²⁰⁶ KELSEN, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, Op. Cit., p. 304.

²⁰⁷ KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, Op. Cit., p. 319.

Entonces cabe concebir al Estado como ni más ni menos jurídico que el derecho mismo, es decir, siempre existirá una identidad del Estado y el derecho.

Muy bien; procuremos llegar en este punto a alguna conclusión digna de tan largo discurso. Los tres poderes del Estado, solamente representan diferentes etapas del proceso por el cual el orden jurídico nacional es de acuerdo con sus propias prescripciones creado y aplicado.

Queda claro entonces que la doctrina de los tres poderes del Estado es desde el punto de vista jurídico, la doctrina de las diferentes etapas de creación y aplicación del orden jurídico nacional. Del mismo modo, sólo la producción y la aplicación del derecho son designadas funciones jurídicas, en un sentido más estricto y específico.

4.3. La jurisprudencia, interpretación e integración del derecho.

El vocablo "jurisprudencia" tiene diversas acepciones, como lo hemos dicho anteriormente. De momento, debemos atender al concepto según el cual ésta consiste en el criterio contenido en las decisiones jurisdiccionales que adquiere la calidad de norma jurídica general.

Para la comprensión de la jurisprudencia como fuente formal de derecho, resulta conveniente el estudio previo de la decisión jurisdiccional como norma individualizada de conducta, ya que es ésta la causa del establecimiento de la norma general jurisprudencial.

Carlos de Silva sostiene que: "No es posible concebir a la jurisprudencia, en tanto norma general, como un fenómeno aislado, sin atender al cúmulo de sus relaciones en el ámbito de lo jurídico. Es importante entenderla como actividad del Estado consistente, en suma, en la interpretación e integración de otras normas jurídicas independientemente del órgano que las haya producido".²⁰⁸

Es producto de la función jurisdiccional, pero comparte la naturaleza de las normas generales. Supone, en esencia, el ejercicio de facultades materialmente legislativas, aún cuando por circunstancias meramente accidentales se le puede

²⁰⁸ SILVA, Carlos de, *La jurisprudencia, interpretación y creación del derecho*, Op. Cit., p. 137.

distinguir de la legislación que proviene del Poder Legislativo y de las normas generales que emite el Ejecutivo.

Es indispensable, a mi parecer, examinar ahora, otros puntos de vista, respecto a si la jurisprudencia llega a constituirse como una norma general, o no. Si tomamos en consideración el punto de vista de Don Raúl Cuevas Mantecón quien fue ministro de la Suprema Corte de la Justicia de la Nación, considera que: "La jurisprudencia sí es una fuente de derecho. Aunque esta afirmación no la comparte algún doctrinario, la ley y la práctica judicial demuestran la veracidad de aquella aseveración".²⁰⁹

Al referirse a la función creadora de la jurisprudencia, no considera que esta constituya una norma formalmente legal, pues la formalidad señala se refiere al origen de las disposiciones normativas, porque formalmente se reconocen como legales dentro de la doctrina, a aquellas que emanan del Poder Legislativo o sea del Congreso de la Unión independientemente de las facultades otorgadas por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos al Ejecutivo Federal en su artículo 89, fracción I (facultad reglamentaria) y de aquellas derivadas de su precepto número 29 (leyes de emergencia).

También el ministro Genaro Góngora Pimentel, acepta que, existen dos tipos de disposiciones generales, abstractas, impersonales y obligatorias: Las emanadas de los otros poderes, como lo son los reglamentos expedidos por el Poder Ejecutivo Federal y la jurisprudencia establecida por el Poder Judicial de la

²⁰⁹ Cit. Por, GÓNGORA PIMENTEL, Genaro, *Introducción al estudio del juicio de amparo*, 7ª. ed., México, Ed. Porrúa, 1999, p. 610.

Federación, conocidas como normas legales en su aspecto "material", al citar a Adolfo Muñoz Delgado.

Incluso llega a sostener también, que: "...la jurisprudencia sí es una fuente material del derecho en México, tanto por llenar las particularidades técnicas que caracterizan a dichas fuentes, como por contar con los atributos de generalidad, imparcialidad, abstracción y obligatoriedad antes mencionados, en su aspecto de interpretación de la ley."²¹⁰ Por lo tanto señala que si la jurisprudencia es fuente del derecho, equiparándose a la misma ley en su fuerza obligatoria, sin llegar a constituir formalmente una norma jurídica, pero sí con los atributos esenciales de la ley, como son, la generalidad, la imparcialidad 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.

Queda claro entonces que la jurisprudencia si constituye una ley en sentido material, y resulta lógico pensar que cuando hay dos normas contradictorias de igual categoría, y del mismo ámbito espacial y temporal de validez, la jurisprudencia opta por una de ellas, el efecto es análogo al que produciría un acto legislativo que deroga la norma preterida. Cuando la jurisprudencia llena de contenido una ley vaga o imprecisa, casi equivale a una nueva ley que sustituye a la antigua.²¹¹

Aunque hay, evidentemente una contradicción en el punto de vista del ministro Góngora Pimentel, debido a que afirma al mismo tiempo que el juez no

²¹⁰ *Ibidem*, p. 611.

²¹¹ *Ibidem*, p. 623.

legisla y que la jurisprudencia si llega a ser una ley materialmente. Afirma que la jurisprudencia cuenta con los atributos esenciales de la ley, y que en ocasiones llena de contenido una ley vaga o imprecisa, la cual casi equivale dice a una nueva ley. De ahí que consideremos contradictorio el punto de vista del ministro en el sentido de que la jurisprudencia, de acuerdo, con lo que nos señalaba él mismo, en anteriores párrafos, si es fuente creadora de derecho y llega a ser una ley en sentido material, es por eso que a veces, el juez si legisla para el caso particular y cuando integra la norma constituye una nueva norma jurisprudencial.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, por su parte ha caído en constantes contradicciones, ya que efectivamente en las resoluciones que emite sostiene que la jurisprudencia no es una norma, ni reúne las características de una ley; sin embargo, su criterio es inconsistente, ya que en su obra denominada *La jurisprudencia en México*, cambia totalmente de criterio al sostener que: "Existe labor creadora por parte del juez cuando, al momento de resolver, interpreta las normas generales y abstractas y las aplica a los casos concretos que le son presentados. Por tanto, si la jurisprudencia es la interpretación jurídica y ésta implica creación, entonces la jurisprudencia es fuente del derecho."²¹²

Por consiguiente, podemos decir que dicha obra de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a la que hemos hecho mención, maneja una exagerada cantidad de doctrinas contradictorias entre sí, y sostiene en resumen que la jurisprudencia si constituye legislación nueva, aunque en algunos puntos señala también lo contrario. Sin embargo, consideramos que constituye una gran

²¹² SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *La jurisprudencia en México*, Op. Cit., p. 300.

aportación únicamente respecto a la cantidad de autores y doctrinas que maneja, lo cuál es materia de análisis.

Además, como sostiene Villoro Toranzo, si bien la interpretación se efectúa a través de la jurisprudencia es creadora de derecho, con mayor razón lo es su función integradora.

Queda clara entonces que la labor creadora de la jurisprudencia se encuentra tanto en la interpretación como en la integración que hacen los órganos jurisdiccionales.

"Por su parte, Alfonso Noriega estima que es evidente que la reforma de 1950 fue decisiva en la apreciación de la jurisprudencia como fuente del derecho ya que, a partir de ese momento, se le dio el carácter de fuente formal, material, directa e interpretativa del derecho, y se estimó que cumplía con las características de generalidad, imparcialidad, abstracción y obligatoriedad, hasta entonces exclusivas de la ley, y que la jurisprudencia reproduce dentro de la esfera y los límites que le son propios."²¹³

Por consiguiente, el órgano jurisdiccional puede crear nuevo derecho sustantivo; o bien, de acuerdo con el mismo, haber aplicado el derecho preexistente. Pues únicamente el tribunal de última instancia debe de tener competencia par interpretar de manera definitiva y auténtica las normas generales que han de aplicarse al caso singular. Desde un punto de vista jurídico no puede

²¹³ *Ibidem*, p. 313.

haber ninguna contradicción entre una decisión judicial con fuerza de ley, y el derecho legislado o consuetudinario que debe aplicar.²¹⁴

La decisión judicial crea una norma individual y en ocasiones de carácter general que debe ser considerada como válida y, por consiguiente, como legalmente obligatoria, es decir, con fuerza de ley, mientras no sea anulada en la forma que prescribe la ley mediante la declaración de un órgano competente, por medio de la forma extraordinaria que llaman revisión judicial. Por tanto, una norma general, creada por decisión judicial, es siempre válida, es decir, no puede ser nula, pero en cambio puede ser anulada.

En cuanto a la sentencia judicial que ha de dictarse fundándose en leyes, no sólo se encuentra determinado el órgano y el procedimiento, sino también el contenido de la sentencia correspondiente, aparece no sólo una aplicación de derecho, sino también una producción de derecho.

Sin embargo, es indispensable la comprensión de las facultades legislativa y jurisdiccional en sus aspectos material y formal, y el papel que juegan en la creación del derecho; la naturaleza jurídica del acto jurisdiccional, sus causas y consecuencias. No olvidemos las ideas de Kelsen en cuanto concibe al Estado como orden jurídico, y sostiene que: "El Estado es la comunidad creada por el orden jurídico nacional...;...no es posible comprender la esencia de un orden jurídico nacional, su *principium individuationis*, a menos de presuponer la existencia del Estado como realidad social subyacente"²¹⁵, es decir, habla de la unidad de Estado y derecho. Examinemos la cuestión de esta manera: "El

²¹⁴ KELSEN, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, Op. Cit., p. 184.

²¹⁵ *Ibidem*, pp. 215,216.

derecho queda comprendido en la categoría de norma; es un sistema de normas, un orden normativo. El Estado, como comunidad jurídica, no es algo separado de su orden jurídico, dicho dualismo es en realidad una de las piedras angulares de la ciencia política y la jurisprudencia modernas."²¹⁶ Lo anterior como señala Carlos de Silva como punto de partida para entender a la jurisdicción como creación del derecho y no sólo como aplicación de normas jurídicas abstractas, generales a casos concretos particulares.

Para una buena administración de justicia es deseable que entre los diversos órganos jurisdiccionales existan criterios uniformes que, dentro de lo posible, generen seguridad jurídica; ello es lo que justifica el otorgamiento, a órganos judiciales, de facultades materialmente legislativas que se ejercen mediante el establecimiento de la jurisprudencia obligatoria. Surge el problema de si la jurisdicción implica una mera aplicación de normas jurídicas generales a casos concretos o si, por el contrario, constituye un verdadero proceso de creación de derecho.²¹⁷ A este respecto, Kelsen considera que no hay que identificar el concepto de creación del derecho expresado en el concepto de legislación, *legis latio*, con la actividad de ciertos órganos históricamente individualizados, que realizan una tarea especializada, confundiendo de ese modo el concepto de derecho con el de 'ley'. Además, existe la apariencia de semejante separación porque únicamente se da el nombre de "leyes" (*leges*) a las normas generales creadas por el órgano "legislativo".

²¹⁶ *Ibidem*, p. 217.

²¹⁷ SILVA, Carlos de, *Op. Cit.*, p.140.

Advierte que la antítesis de legislación y jurisdicción, esto es, de creación y aplicación del derecho, no es absoluta sino relativa. Por tanto, la distinción fundamental entre *legis latio* y *legis executio*, es que la última es subdividida en las funciones judicial y ejecutiva en sentido estricto.

"Jellinek agrega que para que una norma general alcance un sentido concreto, necesita de la individualización. "Precisa establecer si es dado *in concreto* el hecho que la norma general ha determinado *in abstracto*; y si el hecho existe, precisa establecer un acto concreto de coacción (esto es, un acto previamente dispuesto y, después, realizado), el cual se halla igualmente prescrito *in abstracto* en la norma general. La sentencia, el acto en que se traduce exteriormente la función judicial, recibe el nombre de 'jurisdicción', que significa 'declaración del derecho', como se limitase a hacer una declaración de lo que ya es derecho en la norma general. Pero esta terminología no sirve sino para oscurecer el verdadero significado de la función jurisdiccional y de la misión del juez; y de seguro que andan de por medio intenciones políticas más o menos ocultas, pues la sentencia judicial crea por completo una nueva relación determinada que existe un hecho concreto, señala la consecuencia jurídica que debe alcanzarse a él, y verifica en concreto dicho enlace. Así como los dos hechos -condición y consecuencia- van unidos por la ley en el dominio de lo general, tienen que ir enlazados en el ámbito de lo individual por las sentencias dictadas por el Poder Judicial. El enlace de los mismos no hace inútil la nueva unión verificada en la sentencia."

Evidentemente la situación jurídica particular y concreta que determina la sentencia no es la misma que hipotéticamente establece la ley de manera general

y abstracta. La sentencia establece normas de conducta cuyo cumplimiento puede lograrse coercitivamente. Ciertamente se trata de normas jurídicas individualizadas, no generales, que son producto de un procedimiento de concreción del derecho.

De acuerdo con Kelsen, puede válidamente concluirse en que la legislación y la jurisdicción no son sino etapas diferentes del proceso de creación jurídica, sin que ello implique que son los dos únicos medios de esa creación, pues obviamente existen otros procedimientos de concreción como es el de la realización de actos jurídicos por los órganos de la administración pública o el de la celebración de actos jurídicos por los particulares.

Siguiendo el pensamiento de Carlos de Silva, que sostiene que la diferencia entre los diversos sistemas o procedimientos de concreción del derecho no es esencial sino de grado, pues todos ellos suponen el paso de lo abstracto a lo concreto creando, así, situaciones jurídicas individualizadas o particularizadas distintas de las generales de la norma abstracta.²¹⁸

En los estados modernos se acepta la existencia de una etapa inicial de creación que consiste en el establecimiento de una norma positiva general que determina las restantes formas de creación del derecho. Esta norma básica o fundamental es la Constitución. Y bien: "El orden jurídico es un sistema de normas generales e individuales enlazadas entre sí de acuerdo con el principio de que el derecho regula su propia creación."²¹⁹

Queda claro entonces que la norma que regula la creación de otra es aplicada en el acto de creación. La creación del derecho es siempre aplicación del

²¹⁸ *Op. Cit.*, p. 142.

²¹⁹ KELSEN, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, p.156.

mismo. Diremos que, por regla general la creación de una norma jurídica es aplicación de un precepto de grado más alto, que regula su creación; y la aplicación de una norma superior, normalmente es creación de otra inferior determinada por aquélla, como es el caso de la jurisprudencia, como norma individualizada.

Resulta, por tanto que la actividad creadora de la jurisprudencia como norma general, tiene que hallarse determinado por el orden jurídico, es decir, por las "fuentes del derecho" obligatorias y las de carácter no obligatorio, pero que en la mayoría de los casos influye y determina el contenido de la sentencia judicial.

Recaséns Siches distingue entre el modo originario y el derivativo de la creación del derecho. La producción originaria "es aquella en que se crea la norma fundamental de un sistema u orden, y da nacimiento al mismo, sin apoyo en ninguna norma jurídica positiva previa." La producción derivativa "tiene lugar cuando se producen normas, a tenor de lo dispuesto en el sistema jurídico ya constituido, por las competencias y según los procedimientos establecidos en éste; *verbi gratia*: las leyes ordinarias dictadas por el Poder Legislativo que ésta consagrado por la Constitución; los reglamentos decretados por las autoridades competentes para ello; las sentencias dictadas por los tribunales competentes, según lo previsto en las leyes aplicables, los contratos concertados por los particulares, que sean capaces, según la ley, dentro del campo por ésta admitido, etc.

La decisión judicial puede también crear una norma general. La resolución del juez puede tener fuerza obligatoria no sólo para el caso sometido a su conocimiento, sino para otros análogos que los tribunales pueden ser obligados a

resolver. Una decisión judicial puede tener el carácter de un precedente, es decir, de decisión obligatoria en relación con la solución futura de todos los casos semejantes, cuando no representa la aplicación de una norma preexistente, sino cuando legisla.

Lo que constituye la esencia del llamado precedente es la fuerza obligatoria de la norma general así obtenida. Sólo sobre la base de esta norma general, es posible establecer que otros casos son "análogos" al primero, cuya decisión es considerada como "precedente", y que, en consecuencia, esos otros casos tienen que ser resueltos del mismo modo. La norma general puede ser formulada por el mismo tribunal que ha sentado el precedente. O bien puede dejarse a los tribunales a quienes el precedente obliga, la tarea de derivar de él la norma general cada vez que se presente el propio caso.²²⁰

Además, estas normas generales que tienen su origen en una decisión aislada de un tribunal, deben ser claramente distinguidas de la creación de normas generales a través de la práctica permanente de los tribunales, es decir, a través de la costumbre, tema que hemos dado por concluido anteriormente.

De acuerdo con Carlos de Silva, la decisión jurisdiccional no constituye una simple aplicación mecánica del derecho, pues no consiste solamente en la constatación de éste, de tal forma que nada agregue al orden jurídico ni en el campo de las ideas ni en la realidad fáctica. Aceptar lo contrario llevaría al absurdo lógico de confundir lo abstracto con lo concreto y desconocer el movimiento dialéctico que opera por el fenómeno de la concreción de las normas.

²²⁰ *Ibidem*, p.177-178.

Si la tesis (norma abstracta), produjera una antítesis (norma concreta) y la síntesis no fuera otra cosa que el regreso a la tesis original, carecería de significación jurídica el calificar a la jurisprudencia como una de las funciones materiales del Estado, en tanto que nada estaría aportando ni en lo abstracto ni en lo concreto. Lo cierto es que al pasar de la antítesis a la síntesis se produce una nueva situación jurídica, diferente de la inicial, pues la sentencia no es idéntica a la norma en que se funda, pues la interpreta y, en ocasiones, la integra. Por otra parte, para el cumplimiento o ejecución de la sentencia, ésta debe ser interpretada como cualquier norma jurídica. Este fenómeno puede apreciarse con mayor claridad si se atiende a la figura de la jurisprudencia. "La norma general (tesis), se hace concreta mediante la decisión jurisdiccional (antítesis), y, en determinadas condiciones, produce una nueva norma general que es la jurisprudencia (síntesis), cuyo contenido no es idéntico al de la norma inicial; de lo contrario, resultaría innecesaria la jurisprudencia si sólo fuera la reiteración de una norma preexistente."²²¹

Jellinek hace notar: "Si la decisión judicial sólo fuera la aplicación mecánica del derecho, se podría predecir con toda certeza cuál habría de ser la solución de toda contienda jurídica, y no se podría concebir una contradicción en las decisiones judiciales. Más existe en la decisión judicial un elemento creador que no se puede determinar por reglas, pues un principio de derecho sólo puede ser plenamente desenvuelto mediante las decisiones judiciales, y sólo mediante ellas puede ser conocido todo el alcance de su significación."

²²¹ SILVA, Carlos de, *Op. Cit.*, p.143.

La corriente doctrinaria actual ha dejado atrás a teorías que se habían venido sosteniendo tradicionalmente, como aquéllas que consideran a la sentencia como un silogismo cuya premisa mayor es la ley, la menor el o los hechos constatados y, la conclusión, la decisión. A este respecto, Recaséns Siches hace notar que el proceso lógico del silogismo no es el que opera en la mente del juzgador para llevarlo a una decisión.

La determinación de la norma y la constatación del hecho o de los hechos, con su calificación jurídica, no son dos momentos diferentes y sucesivos en el proceso jurisdiccional sino que son algo así como el anverso y reverso de una misma operación.²²²

Además, Capelletti indica "...parto de la premisa del carácter *político*, en sentido lato, de la actividad judicial genéricamente entendida, incluyendo, por tanto, a la justicia ordinaria. Y ello al haber perdido toda credibilidad las anticuadas tesis que defendían la naturaleza mecánica, pasiva, 'cognoscitiva' y no creativa de la actividad judicial. Puede que hoy el problema quede reducido a una mera graduación cuantitativa del grado de creatividad. Ésta será, en efecto, más acentuada en la actividad legislativa que en la judicial y más amplia en la justicia constitucional -donde el interprete tiene inevitablemente una discrecionalidad mayor-, al ser más frecuentes e indefinidas en este campo las normas principio que se deben aplicar, que en la justicia ordinaria."²²³

²²² *Ibidem*, p.144.

²²³ CAPELLETTI, Mauro, *La justicia constitucional. (Estudios de derecho comparado)*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1987, p.287.

Naturalmente que para aplicar una norma resulta indispensable su interpretación, pues no es posible hacerlo sin desentrañar previamente el significado de los signos en los que exteriormente se manifiesta. No es posible atender exclusivamente a los signos de manifestación externa que, según se expreso, pueden o no ser realmente indicativos o significativos del sentido, del deber ser, en que la norma consiste.

Con mucha razón, Carlos de Silva señala que es cierto que a lo largo de la historia se han acuñado conceptos como los de "espíritu del legislador", "razón de la ley", "intención del legislador", "propósito de la norma", etc. Pero también lo es que el aplicador del derecho interpreta la norma y descubre esos conceptos imprimiendo a su decisión sus propias características psicológicas e ideológicas, mediante sus propios procedimientos lógicos. La experiencia judicial hace patente que muchas decisiones producidas en casos particulares han interpretado de manera diferente y aun contradictoria, términos legales tales como "interés social" y "orden público", lo que en gran medida se explica por la diferente personalidad, experiencia e ideología de los diferentes jueces que han pronunciado las resoluciones correspondientes.²²⁴

No obstante no puede negarse eficacia normativa, para cada uno de los casos particulares en que se produjeron, a esas decisiones judiciales.

En suma, puede concluirse que la eficacia de las normas jurídicas generales, en la realidad, no podrían producirse si no opera el proceso de concreción. En otros términos, como señala Carlos de Silva, la ley carecería de

²²⁴ SILVA, Carlos de, *Op. Cit.*, p.145.

sentido si no existiera la posibilidad de la creación de derecho mediante el establecimiento, entre otras, de normas individualizadas por órganos del Estado, y en ello radica la importancia y trascendencia de la función jurisdiccional tanto desde el punto de vista material como formal. Aquí, es indispensable aludir al concepto material de la función, porque es posible el ejercicio de ésta por autoridades administrativas, e incluso por tribunales no judiciales legalmente facultados para establecer jurisprudencia, como acontece en nuestro país.

Después del estudio de temas tan complejos como los que la interpretación jurídica supone, queda la impresión de que en la actualidad las teorías predominantes tienden a dar al aplicador del derecho una considerable libertad, más que a encasillarlo mediante normas metodológicas o de argumentación demasiado rígidas. Pero lo cierto es que el tema de los "jueces legisladores" no puede estimarse agotado, pues aunque la doctrina quizá actualmente sea unánime en considerar a la jurisdicción en principio, como creadora del derecho, no acontece lo mismo respecto de la delimitación o de los alcances de esa función creadora, ni del papel que en ella juega la interpretación, en tanto que no existe plena uniformidad en lo relativo a la posición que el juzgador debe adoptar al aplicar normas generales a casos especiales.

Sentado esto, es preciso aclarar que las diversas teorías o corrientes manejan cuestiones de justicia, de equidad, de seguridad jurídica, de política, de moralidad, de utilitarismo, de intereses, ideología, etc., siendo éstas las que influyen y determinan el nuevo significado, ante todo, dependiendo a que corriente pertenezca el juzgador y que métodos de interpretación utilice al interpretar tanto

las normas de carácter general, como las normas particulares o concretas, trayendo como resultado la emisión de la jurisprudencia.

Sin embargo, lo que pretendemos es sin duda buscar y conseguir la unidad en los diversos sistemas en cuanto a su fin, es decir, la conciencia prejurídica del juzgador, que esta ya previamente configurada en el intérprete, y que forma un elemento imprescindible en la interpretación jurídica, en cuanto a la función creadora del derecho.

De acuerdo con Carlos de Silva, debe existir un sistema integral que consista en un conjunto de normas expresas o tácitas, de principios y proposiciones jurídicas, de tal forma interrelacionados entre sí, que se presentan como una unidad indisoluble y armónica que no permite o no debe permitir la existencia de contradicciones entre normas generales, entre generales y particulares, o entre particulares, y que tales contradicciones, de producirse, serían sólo aparentes, pues el propio sistema proporciona las bases necesarias para resolver adecuadamente cualquier conflicto; al existir normas de la misma jerarquía que se contradigan entre sí, una de ellas estará fuera del sistema y, por ello, no deberá ser aplicada, si la contradicción se produce entre normas de diversa jerarquía, el propio sistema señalará cuál de ellas y en qué condiciones o circunstancias debe prevalecer.

"También se ha recurrido a ideas como la del "legislador racional", distinguiéndolo de las personas que materialmente integran los órganos legislativos. Es decir, se trata de un concepto teórico que supone que el legislador imprime a las normas que expide una razón que debe orientar al intérprete o

aplicador, proporcionándole, así, las bases para lograr la uniformidad y armonía en la aplicación del derecho.²²⁵

Al respecto, Carlos de Silva afirma, que en México se han suscitado críticas al sistema competencial del Poder Judicial de la Federación que permite que diversos órganos jurisdiccionales estén facultados para establecer jurisprudencia, aduciéndose que son frecuentes las contradicciones en que se incurre en detrimento de la seguridad jurídica, no obstante que se encuentran previstos procedimientos tendientes a resolver esas contradicciones, mediante las cuales la Suprema Corte de Justicia de la Nación puede determinar cuál es la tesis jurisprudencial que obligatoriamente debe prevalecer. Esas críticas podrán estimarse injustificadas o exageradas, pero dan una idea de los problemas que en la práctica se producen en la interpretación y aplicación del derecho.

La aceptación de la creación de derecho por la vía del ejercicio de la función jurisdiccional no debe llevar, pues, al extremo de negar la existencia de un sistema de la razón que orienta a la legislación, ni justificar una total anarquía dentro del orden jurídico. La resolución judicial no necesariamente debe ser arbitraria en el sentido de contrariar deliberadamente la racionalidad de un sistema jurídico.

Es del conocimiento general, que el juzgador no puede dejar de resolver algún caso por la sola circunstancia de no encontrarse previsto en alguna norma general; está obligado a integrar las normas existentes y así encontrar una solución acorde con el sistema jurídico que lo rige.

²²⁵ *Ibidem*, p. 148.

Algunas veces, los tribunales producen normas jurídicas generales, ya sea que el tribunal de última instancia como anteriormente lo establecimos este facultado, no sólo para producir con sus sentencias normas obligatorias individuales, válidas para el caso presente, sino también normas generales. Así pasa cuando la sentencia judicial crea un llamado precedente. Es decir, cuando la solución judicial de un caso concreto se convierte en obligatoria para la resolución de casos iguales.

Según Kelsen, ese carácter de precedente puede atribuirse a una sentencia judicial, cuando la norma individual establecida con la sentencia no tiene predeterminado su contenido por una norma general producida por legislación o costumbre, o no lo tiene determinado unívocamente, admitiendo así diferentes posibilidades de interpretación. En el primer caso, el tribunal produce con su sentencia con valor de precedente un nuevo derecho de fondo; en el segundo caso, la interpretación que adopta la sentencia adquiere el carácter de una norma general. En ambos casos funciona el tribunal, que crea el caso con valor de precedente, en forma idéntica al legislador, igual al órgano facultado por la Constitución para legislar. La decisión judicial en un caso concreto se convierte así en obligatoria para la resolución de casos iguales, en tanto la norma individual que expone, es generalizada. Esta generalización, es decir, la formulación de la norma general, puede ser efectuada por el tribunal mismo que crea el caso con valor de precedente, pero puede ser realizada también por otros tribunales que están obligados por la sentencia con valor de precedente. Pero que no está excluido que los tribunales diferentes generalicen la sentencia que funciona como

precedente de maneras distintas, lo que no sería recomendable atento la finalidad de la institución: alcanzar un poder judicial uniforme.²²⁶

De modo que el tribunal de última instancia está facultado para producir o bien una norma jurídica individual, cuyo contenido se encuentra predeterminado por una norma general producida por vía legislativa o consuetudinaria, o bien, una norma jurídica general cuyo contenido no está así predeterminado, si no que tiene que ser determinado por el tribunal mismo de última instancia.

Sin embargo, la función productora de derecho de los tribunales, presente bajo toda circunstancia, aparece en forma clara cuando el tribunal está facultado, a través de sentencias con valor de precedente, también a producir normas generales, es decir, una autorización por medio de las tesis aisladas y sobre todo por la jurisprudencia que él mismo emite, tema que analizamos con anterioridad. Necesitamos, por lo tanto, precisar que en lo tocante a la relación entre el órgano legislativo y los tribunales, existen dos tipos técnicamente diferentes de sistemas jurídicos.

El primero, consiste en que la producción de normas generales se encuentran plenamente centralizadas, es decir, reservada a un único órgano legislativo central, limitándose los tribunales a aplicar las normas generales producidas por el órgano legislativo a los casos concretos mediante las normas individuales que ellos produzcan. Es evidente, que este sistema jurídico tiene el inconveniente de una falta de flexibilidad, pero en efecto, tiene la ventaja de la seguridad jurídica, consistente en que las decisiones de los tribunales son

²²⁶ KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, Op. Cit., p. 259.

previsibles hasta cierto grado, y por ende, calculables, de suerte que los justiciables pueden orientarse en su comportamiento según las decisiones judiciales previsibles, imperando el estado de derecho que, en esencia, es el principio de seguridad jurídica.

Por el contrario en el segundo sistema jurídico, se encuentran aquellos donde no existe en absoluto un órgano legislativo central, sino que los tribunales y los órganos administrativos tienen que resolver los casos individuales mediante su libre criterio. Su justificación reposa en la tesis de que ningún caso es enteramente igual a otro, y que, por lo tanto, la aplicación de normas jurídicas generales, que determinan de antemano la sentencia judicial o el acto administrativo, impidiendo al órgano interesado hacer justicia a las peculiaridades del caso individual, pueden conducir a resultados insatisfactorios. Se trata del sistema de la libre creación de derecho, un sistema que ya Platón recomendaba para su Estado ideal. En oposición al anterior sistema se caracteriza por su gran flexibilidad, pero carece de toda seguridad jurídica, ya que los justiciables no podrían prever las decisiones de los casos concretos en caso de ser partes en el proceso.²²⁷ La libre creación de derecho, no ligada a ninguna norma general, es la doctrina desarrollada bajo influencia de la filosofía existencialista, que sostiene, que la realidad concreta, por su esencia, no puede ser captada mediante conceptos abstractos, y por tanto ni regulada con normas generales, sino que tiene que ser sólo vivenciada.

²²⁷ *Ibidem*, p. 260.

Entre los dos tipos ideales de una creación de derecho, ligada a la legislación estatal, o libre de esa legislación, se encuentran aquellos en que se constituye efectivamente un órgano legislativo central, pero donde los tribunales están facultados no sólo para dictar normas individuales en el marco de las normas generales producidas por el órgano legislativo, sino también bajo ciertas circunstancias arriba determinadas, para dictarlas fuera de ese marco; y, por fin, aquel sistema en que los tribunales están facultados para crear normas jurídicas generales bajo la forma de casos con valor de precedente. Estos sistemas distintos representan diversos grados de centralización o descentralización de la función de producción de derecho, y por ende, dan diferente realización al principio de la flexibilidad del derecho, que se encuentra en relación inversa con el de seguridad jurídica.²²⁸

Es indispensable, a nuestro parecer, crear o establecer un sistema jurídico mixto, que contenga los elementos principales de cada sistema que hemos analizado, en razón, de que al adoptar y aplicar uno sólo sistema de estos, resultaría inadecuado e incompleto. Puesto que efectivamente una norma general, no puede prever la identidad de todos los casos posibles, ya que la realidad nos demuestra lo contrario; pero debe ser posible y conveniente, que la jurisprudencia sea la vía para la interpretación y creación de normas individuales y generales, que llenen el vacío legal. En cuanto a las normas generales creadas por los tribunales competentes, es importante que deban estar ligadas en forma alguna a normas generales creadas por el legislativo y al orden jurídico en general, para

²²⁸ *Ibidem*, p. 262.

dar flexibilidad relativa y mayor seguridad jurídica, sin caer en las desventajas de flexibilidad absoluta, inseguridad total, es decir, en extremos que resultan inconvenientes para nuestro sistema jurídico.

La diferencia según Kelsen entre el sistema de libre creación de derecho, y la creación ligada a la producción legislativa o consuetudinaria, se encuentra en que en lugar de la norma general de derecho positivo, y de la norma general que su idea de justicia propone al legislador, aparece la norma general del ideal de justicia del órgano llamado a crear derecho.²²⁹

La aceptación de la posibilidad de la creación del derecho por la vía jurisdiccional no lleva implícita la de la idea de una verdadera y total anarquía jurídica. A este respecto, Kelsen aclara: "Entendiéndose aquí por 'anarquía' una completa falta de ordenación. Tampoco hay que ir tan lejos como a veces se hace al identificar el momento de lo 'general' con la 'razón' queriendo ver ya así lo 'razonable' en toda ordenación general; una tendencia desarrollada en la intención de hacer aparecer el derecho positivo en cualquier circunstancia como razonable, esto es, como derecho natural, y legitimarlo de ese modo, ¡Sólo que la norma general (abstracta) es sólo una de las, pero no la forma de manifestación de la ordenación normativa! El error funesto, pero que por desgracia se ha hecho tradicional, de que el derecho sólo sea existente en la forma general, de que todo derecho se encuentre encerrado en normas generales y que la 'Ley', esto es, la norma general, sea idéntica al derecho, debe ser evitado a toda costa. Ha sido

²²⁹ *Ibidem*, p. 261.

descubierto con todas sus consecuencias y, hay que esperarlo, definitivamente suprimido por la *teoría de la construcción gradual del derecho*.²³⁰

En otros términos, la racionalidad del derecho no está únicamente en determinado tipo de normas, sino en la totalidad del sistema jurídico.

"Es por ello, que no es posible entender a la jurisprudencia como un fenómeno aislado, pues obviamente supone la preexistencia de otras normas, generales y particulares, que le dan origen y permiten que, a su vez, se convierta, en norma general para cuya aplicación es también indispensable su interpretación. La jurisprudencia se encuentra inmersa en un sistema de derecho positivo determinado."²³¹

Pero según las ideas expuestas y atendiendo al sistema jurídico correspondiente a cada Estado, habrá de determinarse la fuerza que habrán de tener o no los precedentes, en los casos en que éste reconoce validez normativa a la jurisprudencia, es necesaria la conclusión en el sentido de que ésta es fuente de derecho tanto material como formal.

Al respecto, Carlos de Silva señala: Según el sistema que en su derecho positivo adopte cada Estado, las decisiones jurisdiccionales, independientemente de ser normas concretas, o bien pueden constituir meros precedentes (cuya fuerza para casos posteriores dependerá de lo convincentes que resulten sus argumentaciones), o bien, normas generales por la obligatoriedad que en determinadas circunstancias tengan los precedentes. Una sola sentencia podrá

²³⁰ *Ibidem*, p. 339.

²³¹ SILVA, Carlos de, *Op. Cit.*, p.150.

tener únicamente efectos particulares y concretos, o generales y abstractos como acontece, por ejemplo, en los sistemas de derecho positivo que aceptan la posibilidad de que los órganos de control de la constitucionalidad declaren, con efectos absolutos, la invalidez de normas generales. La jurisprudencia obligatoria podrá o no tener esos efectos absolutos pero, siempre, por definición, consistirá en normas jurídicas generales.

En la medida en que la jurisprudencia se integra por un conjunto de precedentes que establecieron normas particulares y que, por ello fueron creadores de derecho, ella también lo es y juega un papel importante en la evolución jurídica, en tanto que impide que el contenido normativo de las leyes permanezca estático. No necesariamente la jurisprudencia se produce *contra legem*, aunque esto es posible en la práctica, pero en todo caso tiene la virtud de adecuar la ley a las cambiantes situaciones políticas, económicas y sociales. Por otra parte, en la medida en que se constituye como norma general, orienta la actividad de la totalidad de los órganos jurisdiccionales creando un ambiente de seguridad jurídica. En estos aspectos, resulta de fundamental importancia el principio de la modificación de la jurisprudencia.²³²

De lo anteriormente expuesto, podemos deducir que existe una relación imprescindible entre la ley y las resoluciones judiciales, que pueden ser a su vez: Resoluciones basadas en la ley; resoluciones en ausencia de la ley; y resoluciones en contra de la ley (*secundum legem, paeter legem y contra legem*). En el presente capítulo tratamos principalmente el segundo grupo, es decir,

²³² *Ibidem*, p. 151.

resoluciones en ausencia de la ley. Tal grupo es el que fundamentalmente interesa desde el punto de vista de la integración, ya que como dijimos, esta última supone la falta de la ley aplicable a una cuestión concreta.

El proceso de concreción de normas generales y, en consecuencia, el de integración de la jurisprudencia, necesariamente implican la interpretación de normas generales o bien de normas individualizadas o particularizadas. Las primeras establecen situaciones jurídicas abstractas, las segundas, emitidas por órganos del Estado, establecen situaciones jurídicas concretas, y las terceras, producidas por los particulares, también situaciones concretas.²³³

En la interpretación operativa el juzgador, al emitir sus decisiones, se encuentra obligado a tener en consideración a la auténtica y a la legal; aun cuando no se encuentre directamente obligado, podrá tener en consideración a la doctrinal y a la que proviene de otras fuentes, las que obviamente podrá influir en sus propias decisiones.

Las decisiones jurisdiccionales, en determinadas circunstancias y cumpliendo determinados requisitos, constituyen la jurisprudencia obligatoria. Es decir, la jurisprudencia se produce o puede producirse por la aplicación de todos los sistemas de la interpretación aludidos y, una vez integrada, se convierte en fuente de interpretación legal que goza de validez general.

A diferencia de la ley, la jurisprudencia encuentra sustento inmediato, no en normas abstractas, sino concretas; en decisiones jurisdiccionales que ya han sido

²³³ *Ibidem*, p.152.

dictadas en casos específicos anteriores. Ello, independientemente de que su origen remoto pueda consistir en normas generales.

En tal sentido, toda norma jurídica "superior" es "fuente" de la "inferior". Así, pues, la Constitución es fuente de las leyes creadas de acuerdo con ella; la ley es fuente de las resoluciones judiciales que en ella se fundan, la resolución judicial es fuente del deber que impone a las partes, y así sucesivamente. La fuente es en todo caso derecho.²³⁴

La generalidad de la jurisprudencia lógicamente se encuentra limitada por las mismas limitaciones que, en su caso, se produjeron en el momento de emitirse las resoluciones particulares que originaron. La obligatoriedad de la jurisprudencia sólo opera para casos, sino idénticos, similares a los de su origen.

En la medida en que la jurisprudencia define de manera obligatoria la interpretación de normas generales y no de otras. No obstante, puede discutirse la existencia de la jurisprudencia "temática", es decir, aquélla que debe ser aplicada a normas distintas de las interpretadas en los casos concretos que la produjeron, pero se refieren al mismo tema; esto es posible siempre y cuando el aplicador determine que existe identidad, similitud esencial en los dos contenidos normativos, lo que permite una aplicación analógica.

La jurisprudencia, al igual que toda norma, requiere, para su aplicación, de interpretación de su sentido normativo. Según se vio, su interpretación se rige por los mismos sistemas de interpretación legal, pero siempre debe entenderse a los

²³⁴ KELSEN, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, p.155.

casos concretos que fueron materia de las resoluciones jurisdiccionales que le dieron origen y a las normas que en ella se interpretaron.

La jurisprudencia obligatoria, posee alcance diverso del que corresponde a los cinco fallos individualmente considerados. Pues mientras éstos son normas individualizadas, referidas concretamente al caso que resuelven, la jurisprudencia obligatoria equivale a una norma general de interpretación o de integración, que obliga a las mismas salas; a los tribunales unitarios y colegiados de circuito; a los juzgados de distrito; a los tribunales militares y judiciales del orden común de los estados, Distrito Federal y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales.²³⁵

Como la jurisprudencia es una nueva norma obligatoria, distinta de la que interpreta, para efectos jurídicos tendrá necesariamente que aceptarse que se sustituye en la norma interpretada. El contenido de la norma inicial no puede ser otro que el que le atribuye la jurisprudencia mientras ésta no sea interrumpida o modificada. En este sentido, la modificación de la jurisprudencia es equivalente a la modificación o reforma de la ley que interpreta. Ésta, la ley, conserva los mismos signos externos de su manifestación, pero su significado es distinto tanto cuanto se haya modificado un criterio jurisprudencial anterior.

Claro que la modificación de una norma mediante un proceso formalmente legislativo es distinta de su modificación por la vía jurisdiccional, pero esa distinción no es esencial sino de grado. No es posible válidamente sostener que el fenómeno indicado rompe con el principio de la división de poderes, puesto que

²³⁵ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, Op. Cit., p. 330.

las modernas concepciones de esta división aceptan, sin lugar a dudas, que es factible atribuir facultades materialmente legislativas a órganos administrativos y, como en el caso, a jurisdiccionales. Pero, de cualquier forma, como la norma jurisprudencial no puede desligarse de la ley interpretada, la abrogación o derogación de esta última normalmente priva de efectos a la tesis de jurisprudencia correspondiente.²³⁶

Si el cambio de jurisprudencia supone el del sentido normativo contenido en una ley, esto equivale, según se precisó, a una modificación de la ley misma; y por tanto, su integración es, por naturaleza, retroactiva.

Dado que el criterio jurisprudencial se sustituye en la norma que interpreta, la jerarquía de la jurisprudencia será la misma que la de la norma interpretada. Si una tesis interpreta la Constitución, tendrá jerarquía constitucional; si a una ley, legal; si a un reglamento, reglamentaria, y así sucesivamente. Por tanto, para la adecuada interpretación y aplicación de la jurisprudencia, el aplicador deberá tener en consideración ese sistema jerárquico normativo, pues en la medida en que una norma debe ceder ante la superior, aunque ambas provengan del mismo órgano jurisdiccional.

Por último, es importante señalar que hay otros procedimientos de creación jurisprudencia, nos referimos a la jurisprudencia que emana tanto de una controversia constitucional como de una acción de inconstitucionalidad. Sin embargo, no debemos confundir este procedimiento de creación jurisprudencial con los tradicionales, ya que se trata de un procedimiento nuevo, que sólo

²³⁶ SILVA, Carlos de, *Op. Cit.*, p.155.

requiere una ejecutoria, siempre que sea aprobada por una mayoría mínima de ocho votos y por supuesto con efectos diferentes.

Hay que estar al pendiente de dichas tesis jurisprudenciales, que indudablemente comienzan y que tendrán que ser revisadas a fondo y tal vez reformadas, ya que también tienen una serie de deficiencias y defectos, producto de los mismos procesos que les dan origen.

4.4. Integración de la ley.

El orden jurídico siempre debe de ser aplicado por un tribunal competente en el caso concreto, aun en el caso de que el orden jurídico, en opinión del tribunal, no contenga ninguna norma general que regule positivamente la conducta del demandado o acusado.

Los tribunales están autorizados para decretar una sanción no establecida por una norma general ya existente, suele otorgárseles de manera indirecta, a través de una ficción llamada "laguna de la ley".

Se trata de la ficción de que el ordenamiento jurídico tiene una laguna, lo cual significa que el derecho en vigor no se puede aplicar a un caso concreto porque no hay ninguna norma general que se refiera al propio caso. Es una ficción, porque el orden jurídico no puede tener lagunas. Debemos, por tanto, entender que en este supuesto el orden jurídico no contiene ninguna norma general aplicable al caso concreto, por lo tanto, el juez no llena una laguna del derecho realmente en vigor, sino que añade a éste una norma individual a la que no corresponde ningún precepto general.²³⁷

²³⁷ KELSEN, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, Op. Cit., p.175.

En el caso de que no haya una norma general, aplicable al caso concreto, el tribunal competente está obligado a crear, para el caso concreto, la norma del derecho substantivo que considere satisfactoria, justa o equitativa. En este caso, el tribunal funciona como legislador, es decir, su precedente tendrá el carácter de norma general.

De ahí que Kelsen afirme que el tribunal es siempre legislador, en cuanto crea derecho. "Pero el carácter de legislador que el tribunal tiene, se acentúa cuando no está ligado por el derecho substantivo, sino sólo por el adjetivo, es decir, cuando está autorizado para crear el derecho substantivo aplicable al caso, sin que su decisión se encuentre determinada por una norma generalmente preexistente del mismo derecho substantivo."²³⁸

De acuerdo con Kelsen en su obra *Teoría pura del derecho* señala que: En este caso su conducta se encuentra negativamente regulada por el orden jurídico, es decir, regulada en cuanto esa conducta no le está jurídicamente prohibida y, en ese sentido, le está permitida. En este caso, con todo, es interpretado por la jurisprudencia tradicional, en determinadas circunstancias como una "laguna" en el orden jurídico.

"En el enjuiciamiento de la teoría de las lagunas se trata de establecer las circunstancias determinantes de que, según esa teoría, aparezca una "laguna" en el derecho. Según la misma, el derecho válido no es aplicable en un caso concreto, cuando ninguna norma jurídica general se refiere a ese caso. De ahí

²³⁸ *Ibidem*, p.173.

que el tribunal tenga, para resolver el caso, que colmar la laguna mediante la producción de la norma jurídica correspondiente. Lo esencial de esta argumentación reside en señalar que la aplicación del derecho válido, como conclusión de lo general a lo particular, no es posible lógicamente en este caso, dado que falta la premisa necesaria, la norma general. Esta teoría es errada, puesto que reposa en la ignorancia del hecho de que cuando el orden jurídico no estatuye ninguna obligación a cargo de un individuo, su comportamiento está permitido.

La aplicación del orden jurídico válido no es lógicamente imposible en el caso en que la teoría tradicional supone una laguna. Puesto que si bien en el caso de que no sea posible la aplicación de una norma jurídica aislada, es posible en cambio la aplicación del orden jurídico, y ello también constituye aplicación del derecho.²³⁹

Entonces la norma individual creada por resolución judicial produce el efecto de una ley *ex post facto*. A esto es preciso añadir que la resolución del tribunal nunca puede hallarse determinada por una norma general, es decir, la individualización de la norma general por una decisión judicial, es siempre una determinación de elementos no señalados por la norma general, que tampoco pueden hallarse determinados completamente por ella.

Sin embargo, el propósito de la ficción de las lagunas, consiste en que el legislador, admite la posibilidad de que los preceptos abstractos establecidos por él puedan conducir en ciertos casos a resultados injustos o no equitativos, en

²³⁹ *Ibidem*, p. 255.

cuanto no puede prever todos los casos concretos que habrán de presentarse. Es por eso que faculta al órgano de aplicación del derecho a no aplicar las normas generales legislativamente establecidas, y a crear una norma nueva, en caso de que la aplicación de los preceptos generales creados legislativamente puedan tener un resultado no deseado por el orden jurídico.

Y bien: "El juez está autorizado a proceder como legislador si la aplicación de las normas generales existentes le parece injusta o no equitativa, deja mucho margen a la discreción oficial, en cuanto el juez puede encontrar inconveniente en demasiados casos la aplicación de la norma legislativamente creada. Tal fórmula representa la abdicación del legislador en favor del juez. Esta es la razón (probablemente inconsciente) de que el primero recurra a la ficción de las "lagunas", esto es, a la ficción de que el derecho en vigor es lógicamente inaplicable a un caso concreto."²⁴⁰

Según Kelsen, dicha ficción restringe en dos sentidos la autorización concedida al juez. En primer lugar, la limita específicamente a aquellos casos que se le plantean, no previstos en la norma general; la segunda restricción, está implícita en la fórmula relativa a la ficción de las "lagunas" tiene un carácter más bien psicológico que jurídico. Si el juez ésta autorizado a actuar como legislador, únicamente a condición de que exista una "laguna" en la ley, es decir, de que la ley sea lógicamente inaplicable al caso concreto, la verdadera naturaleza de la

²⁴⁰ KELSEN, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, p.176; _____, *Teoría pura del derecho*, p. 257.

condición aparece oculta, pues ésta consiste en que la aplicación del derecho - aun siendo lógicamente posible- resulte a los ojos del juez injusta o no equitativa.

De ahí que el legislador, para limitar esa autorización otorgada al tribunal, que reputa inevitable, recurra a la ficción de que el orden jurídico válido no puede ser aplicado en ciertos casos, no por razones subjetivas, moral-políticas, sino por razones objetivas, lógicas, y que, por ende, el juez sólo debe actuar como legislador cuando el derecho exhibe una laguna.²⁴¹

De este modo, si el tribunal mismo acepta el supuesto de que el derecho tiene lagunas, puede que esta ficción, teóricamente insostenible, produzca el efecto buscado en un determinado orden jurídico.

Junto a las lagunas propiamente dichas, llamadas lagunas auténticas, se suelen distinguir las lagunas técnicas, cuya existencia es tenida por posible inclusive por aquellos que, desde un punto de vista positivista, niegan la existencia de auténticas lagunas. Una laguna técnica semejante aparece cuando el legislador, por ejemplo, omite normar lo que habría tenido que regular si, en general, debe ser técnicamente posible aplicar la ley.²⁴²

He aquí lo que es preciso que demuestre ahora, si el orden jurídico no contiene todavía tal norma, no hay precepto aplicable, pero en vista de que en mi carácter de juez estoy obligado a resolver la controversia, puedo en ese mismo caso proceder como legislador. La teoría de las lagunas de la ley constituye en realidad una ficción, pues siempre es lógicamente posible, aun cuando algunas veces resulte inadecuado, aplicar el orden jurídico en el momento de fallar. El

²⁴¹ KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, Op. Cit., p. 257.

²⁴² KELSEN, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, Op. Cit., p. 257.

hecho de que el legislador sancione tal ficción, produce el efecto deseado de restringir considerablemente la autorización concedida al juez de proceder como legislador, es decir, de expedir, en los casos que hemos examinado, una norma individual con fuerza retroactiva.²⁴³

Procedimientos de integración:

Una vez que ya hemos dejado claro qué se entiende por interpretación e integración. Hay, por otra parte que establecer cuáles son los procedimientos de integración de una nueva norma general.

Parece, a juzgar por lo que dijimos, que la ley tiene lagunas, si bien el derecho no puede tenerlas. La existencia de éstas, como quedo establecido, marca el límite de la tarea de la interpretación, y por tanto del intérprete, como tal.

Cuando el juez, se da cuenta de que las reglas de la interpretación, son impotentes para resolver un caso concreto que le ha sido planteado, tiene para cumplir su misión principal de juzgador, necesariamente que asumir en ese caso una función muy semejante a la del legislador, por medio de ciertos procedimientos de integración que aquí en este punto señalamos.

A veces, la misma ley precisa o prevé la posibilidad de las lagunas y además, como se debe de proceder para colmar dichos vacíos de la ley, remitiendo al juzgador a la costumbre, a los principios generales del derecho, a la analogía y a razones de justicia o equidad.

Lo primero que el intérprete ha de investigar es si el ordenamiento legal a que se haya sometido existen o no reglas generales de integración. Si existen

²⁴³ *Ibidem*, p.177.

deberá sujetarse a ellas; en caso contrario, habrá de aplicar los procedimientos que la ciencia jurídica le brinda.²⁴⁴ Lo dicho demuestra que no es indispensable que en un ordenamiento legal figuren aquellas reglas, para que la tarea jurisdiccional pueda cumplirse, como sostienen algunos de los de la escuela de la exégesis.

Es por eso, que en este apartado, analizamos algunos de los métodos de integración más importantes, así como algunas de las teorías elaboradas en torno a ellos. Hablaremos en primer lugar de la costumbre, para tratar en seguida la analogía, equidad y por último los principios generales del derecho.

Ya hemos dicho anteriormente que la costumbre para los exégetas no constituye una fuente formal del derecho, a menos que la ley la determine como fuente creadora de derecho, y aún en este último supuesto, no todos los exégetas están de acuerdo con esto, por negar absolutamente que la costumbre pueda constituir un procedimiento de integración.

Examinemos la cuestión de esta manera, la costumbre no puede dejar de ser fuente formal del derecho, y en tanto, de todo el orden jurídico, ya que consideramos indispensable recurrir a ella, en los casos no previstos por la ley.

García Máynez señala, cuando se trata de una costumbre no contraria a la ley, que viene a completarla, y agregaríamos nosotros y a integrarla plenamente, llenando sus lagunas, no hay dificultad en admitir la aplicabilidad de la misma (costumbre *praeter legem*). La dificultad estriba en decir si las costumbres

²⁴⁴ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, Op. Cit., p. 342.

opuestas a leyes vigentes (*contra legem*), ya se trate de las que contrarían directa y abiertamente lo estatuido en los preceptos legales (*consuetudo abrogatoria*), ya de las que simplemente tienden a dejarlos sin efecto (desuetudo), pueden ser consideradas como obligatorias.²⁴⁵

Si tomamos en consideración lo antes expuesto, debemos aclarar que en este caso la costumbre contraria a la ley tanto de forma directa, como por desuso, no puede ni debe constituir un procedimiento de integración, ya sea parcial o total del orden jurídico. Resulta, por tanto que en dicha circunstancia la costumbre sería una excepción, del procedimiento integrador, en razón de que hay otros procedimientos más prácticos, como por ejemplo, los de la lógica.

Por consiguiente, debemos considerar que la analogía juega un papel esencial en la creación de una nueva ley tanto individual como general, aunque no se trate de un procedimiento puramente lógico, ya que en él intervienen siempre juicios de valor.

El razonamiento analógico o por analogía, es un razonamiento de lo particular a lo particular análogo o de lo singular a lo singular análogo. Por su forma, el razonamiento analógico reviste la apariencia de un silogismo, aunque admite que a ciertas correspondencias entre dos objetos deben seguir otras, lo cual, si bien goza de cierta verosimilitud, carece en absoluto de seguridad; por este motivo el razonamiento analógico nunca termina en una resulta afirmación.²⁴⁶

De acuerdo con García Máynez, podemos decir que la analogía supone una identidad parcial, es decir, cuando presentan algunas notas comunes; y aplicada a

²⁴⁵ *Op. Cit.*, p. 343.

²⁴⁶ *Ibidem*, p. 367.

los preceptos legales, puede ser que exista analogía de supuestos o analogía de disposiciones, es decir, dichas situaciones jurídicas son análogas cuando entre ellas existe una identidad parcial o, lo que es lo mismo, cuando presentan ciertos elementos comunes.²⁴⁷

En todo caso, lo que se aplica al caso imprevisto no es el precepto legal que resuelve el caso análogo, sino una norma nueva, que posee un supuesto jurídico diverso.

En este sentido, la analogía consiste, en atribuir a situaciones parcialmente idénticas (una previa y otra no prevista en la ley), las consecuencias jurídicas que señala la regla aplicable al caso previsto. Ello equivale a formular una nueva norma cuyo supuesto expresa en abstracto las características del caso no previsto, y atribuir a éste las consecuencias que produciría la realización del previsto, si bien entre uno y otro sólo hay una identidad parcial.

Por tanto, "no debe hablarse de aplicación analógica de un precepto a un caso no previsto, sino de *creación o formulación analógica de una norma nueva, cuya disposición es idéntica a la de aquel precepto, pero cuyos supuestos sólo son semejantes.*"²⁴⁸

La aplicación analógica de la ley según Gény, constituye uno de los medios más eficaces de integración de los textos. Esto quiere decir que no es para él un procedimiento de interpretación, ya que se recurre a ella precisamente cuando la interpretación revela que un caso por resolver no ha sido previsto. La aplicación

²⁴⁷ *Ibidem*, p. 368.

²⁴⁸ *Ibidem*, p. 369.

analógica sólo puede justificarse cuando a una situación imprevista se aplica un precepto relativo a un caso semejante, no por el simple hecho de la semejanza, sino porque existe la misma razón para resolver el caso imprevisto en igual forma que otro.²⁴⁹

Incluso la aplicación analógica puede basarse en una consideración de índole legislativa (*ratio legis*), derivada de las ideas de justicia o de utilidad social, o en elementos técnicos (*ratio iuris*), a la luz de un concepto puramente jurídico.²⁵⁰

Queda claro pues, que la aplicación analógica no es de ninguna manera una forma de interpretación o cualquier método interpretativo de la ley, porque su función está dirigida precisamente a colmar lagunas que ésta presenta. En efecto, no se trata de un procedimiento interpretativo. Hay, pues, que reconocer abiertamente que la ley es sólo, un elemento objetivo que se toma como punto de partida, para aplicar la misma disposición a todos aquellos casos, no previstos, en que exista como ya dijimos anteriormente una igualdad de razones jurídicas.

Veamos ahora el papel que juega la equidad en el procedimiento de integración de las normas.

En relación a la equidad debemos dejar claro que dicho concepto fue muy bien definido y estudiado por el filósofo griego Aristóteles, maestro de la escuela del Liceo, dicha definición que analizaremos es la más aceptada por todos los juristas modernos.

²⁴⁹ Cit por GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, p. 366.

²⁵⁰ *Ibidem*, p. 342.

La equidad para Aristóteles, crea un problema ya que la noción de lo equitativo es justo, pero no lo legalmente justo. Más bien es una corrección de la justicia legal. La razón es que toda ley es universal; pero no de todas las cosas es posible hacer un juicio universal y que además sea correcto. En estos casos, entonces, es necesario hablar universalmente, pero no es posible hacerlo correctamente porque la ley toma el caso usual aunque no se ignore la posibilidad del error.

"Cuando la ley habla universalmente, y un caso surge sobre ella y que no es cubierto por un juicio universal, entonces es correcto cuando el legislador nos falle por sobre estimar o por tratar de corregir la omisión. Se dice que el legislador mismo habría dicho que estaba presente y que había puesto en la ley lo que el conocía."²⁵¹

Por ello, dice Aristóteles²⁵², lo equitativo es justo y mejor que cierta clase de justicia; pero no mejor que la justicia absoluta, pero sí mejor que el error que surge del sentido absoluto de la afirmación; pues esta es la naturaleza de lo equitativo. Es una corrección de la ley en donde es defectuosa debido a su universalidad. En efecto, esta es la razón por la cual todas las cosas no son determinadas por la ley, pues hay algunas que se escapan y es imposible someterlas, por lo que a veces es necesario un "decreto", y aumentaríamos nosotros que en ciertos casos una "resolución judicial", como procedimiento de integración.

Hemos dicho anteriormente lo que por equidad se entiende. Hay, por otra parte ciertos casos en que la aplicación exacta de una norma a una situación concreta, puede resultar, inconveniente o incluso injusta, por lo que la equidad

²⁵¹ ARISTÓTELES, *Ética nicomaquea*, México, Editores Unidos, 1999, p. 110.

²⁵² *Idem.*

llega a constituir una función correctiva. Por lo tanto, es un medio que el juzgador aplica, para subsanar los defectos derivados de la universalidad de la ley, o sea, lo que nosotros denominamos generalidad.

Por consiguiente, cuando la ley dispone de una manera general, y en los casos particulares hay algo excepcional, entonces, viendo que el legislador calla o que se ha engañado por haber hablado en términos generales, es imprescindible corregirle y suplir su silencio, y hablar en su lugar, como él mismo lo haría hecho si estuviese presente y hubiera conocido el caso particular.

Lo propio de lo equitativo consiste precisamente en restablecer la ley en los puntos en que es inconveniente e injusto, a causa de la imposibilidad del error, por tratarse de la creación de una norma universal, de que el legislador se ha valido. El recurrir a la equidad, permite, corregir lo universal de la ley, y substituir a la justicia legal abstracta, por la justicia del caso concreto.

Resulta, por tanto que el juez no debe resolver un caso concreto, en base a su propia "disposición del carácter", valiéndose de que esta aplicando la equidad, y que tal disposición es lo equitativo.

Hablemos por último de los principios generales del derecho como medio de integración de la ley.

Algunos juristas contemporáneos niegan la posibilidad de identificar a la equidad con los principios generales del derecho, sin embargo, otros como Osilia y Maggiore, hacen de la equidad un principio general del derecho.

De acuerdo con Osilia, toda ley, creada bajo cierta idea de equidad, es la expresión más auténtica de la equidad, y esta equidad es concebible con el

procedimiento de abstracción de los principios generales del derecho positivo, con los cuales se identifica.

Por su parte, Giuseppe Maggiore en su estudio sobre la equidad y su valor en el derecho, se expresa de la siguiente manera: "La equidad no es una fuente, sino la fuente de derecho por excelencia y, por tanto, sería innecesario que el legislador la enumerara entre ellas para que desplegase en la vida concreta del derecho todo su valor; sería siempre fuente de éste aun cuando jamás se le mencionara."²⁵³

En igual forma, puede decirse que la equidad juega un papel de primer orden en la integración del derecho, y específicamente es la ley, ya que en la mayoría de la legislación positiva se le menciona. Además, debemos reconocer que bajo el nombre de principios generales del derecho, se ocultan en realidad los principios generales de la justicia y por lo tanto de la equidad.

Para García Máynez²⁵⁴, la función de la equidad en nuestro sistema jurídico, considerándola como recurso del juez -al que puede acudir, después del examen de los términos de la ley- para salir de la duda, por medio de los principios generales del derecho. En otras palabras, cuando no se puede resolver una controversia con una disposición concisa y explícita de la ley, no siempre es necesario seguir el camino indicado, de recurrir a la analogía o, cuando el caso sea todavía dudoso, a los principios generales del derecho, sino que hay casos - aquellos indicados expresamente por la ley- en que el recurso genérico y previó a

²⁵³ Citados por GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, p. 374-375.

²⁵⁴ *Idem*.

la equidad del juez, quitará toda duda respecto de la solución de los casos específicos.

Consideramos ahora lo siguiente, que sea cual fuere la posición que se adopte, creemos que en cualquier caso debe la equidad ser considerada como principio general de derecho, y, en realidad, como el más fundamental de ellos, ya que sirve de base a todos los otros.

Por esta circunstancia la regla de derecho que ordena hacer leyes justas y dictar sentencias equitativas sea la suprema norma, el más elevado principio, no nos autoriza para negar que dicha norma sea, a su vez, un principio general.

Según Aristóteles, concluimos que la equidad es la justicia del caso concreto, no significa tampoco que no sea un principio general del derecho, incluso el primero de ellos.

De ahí que, la equidad sea considerada como un principio de derecho natural que ordena al juez resolver equitativamente los conflictos de que conoce. El fundamento de validez de aquella norma hay que buscarlo en el valor de lo justo y en las exigencias que de él derivan.

La seguridad jurídica demanda que los jueces llamados a resolver una controversia, cumplan su cometido aplicando con la mayor fidelidad posible los preceptos de la ley escrita; pero cuando en un determinado caso no hay ley al caso aplicable y se han agotado los recursos que brinda la interpretación, la justicia exige, y el derecho positivo permite, que el juzgador se inspire en criterios de equidad, ya que no está autorizado para abstenerse de resolver las contiendas.

La aplicación del criterio de equidad, en los casos que existe una laguna en el derecho legislado, permite conciliar las exigencias de la justicia con las de la seguridad jurídica y, gracias a la restricción que arriba apuntamos, hace posible la realización plena de otro de los postulados capitales de la vida del derecho, a saber: la coherencia y unidad armónica de cada sistema.²⁵⁵

Determinar qué deba entenderse por principios generales del derecho es una de las cuestiones más controvertidas en la literatura jurídica. Sostienen algunos autores que el método para descubrirlos consiste en ascender, por generalizaciones crecientes, de las disposiciones de la ley a reglas cada vez más amplias, hasta lograr que el caso dudoso quede comprendido dentro de alguna de ellas.²⁵⁶

Los principios generales del derecho son los fundamentales de la misma legislación positiva, que no se encuentran escritos en ninguna ley, pero que son presupuestos lógicos necesarios de las distintas normas jurídicas, de las cuales es fuerza de la abstracción deben exclusivamente deducirse. Pueden ser de hecho, principios racionales superiores, de ética social y también principios de derecho romano, universalmente admitidos por la doctrina.

El que en ciertos códigos se hable primeramente de la analogía y después de los principios generales del derecho, tiene su explicación en el hecho de que los segundos no se obtienen por un procedimiento análogo; pues, si así fuera, resultaría inútil la referencia a ellos.

²⁵⁵ *Ibidem*, p. 378.

²⁵⁶ *Ibidem*, p. 370.

Para ciertos tratadistas, principios generales son los del derecho romano; algunos afirman que se trata de los universalmente admitidos por la ciencia, y otros, por último, los identifican con los del derecho justo o natural. Del Vecchio ha demostrado que esta postrera opinión es la única correcta.²⁵⁷

García Máynez comenta que, cuando se afirma que los principios generales son los del derecho natural, quiere decir que, a falta de disposición formalmente válida, debe el juzgador formular un principio dotado de validez intrínseca, a fin de resolver la cuestión concreta sometida a su conocimiento. Sin embargo, los principios generales que sirvan de base para llenar lagunas de la ley, no deben nunca oponerse a los preceptos contenidos en ésta.

De ahí que Carnelutti afirme que los principios generales del derecho no son algo que exista fuera, sino dentro del mismo derecho escrito, ya que derivan de las normas establecidas, o sea, son el espíritu o la esencia de la ley.

²⁵⁷ *Ibidem*, p.371.

4.5. Semanario Judicial de la Federación.

La creación del Semanario Judicial de la Federación (por decreto de 8 de diciembre de 1870), fue un logro que se le atribuyó al entonces presidente de la República Benito Juárez García, quien mandó promulgar el decreto del Congreso de la Unión a través del cuál, se estableció un periódico denominado *Semanario Judicial de la Federación*, el cuál serviría para publicar todas las sentencias definitivas, desde el restablecimiento del orden legal en 1867 en lo sucesivo, los pedimentos del Procurador General de la Nación, los pedimentos del ministro fiscal de la Suprema corte de Justicia de la Nación, los pedimentos de los promotores fiscales de los tribunales de circuito y juzgados de distrito, las actas de acuerdos del Pleno de la Suprema Corte de Justicia, y otros informes.

En efecto, como lo señala la Suprema Corte de Justicia de la Nación, fue en 1850 cuando por primera vez trató de publicarse y difundirse la jurisprudencia mexicana. En ese entonces se creó una publicación no oficial llamada *Semanario Judicial*, enderezada a difundir la información más relevante sobre jurisprudencia creada por la Suprema Corte de Justicia, dejando de editarse en 1855, año en que

la revolución del Plan de Ayutla derribó el gobierno de Santa Anna y dio origen a la Constitución de 1857.²⁵⁸

Después el primer ordenamiento legal que dispuso la publicación de los criterios de la Corte fue la Ley Orgánica Reglamentaria de los Artículos 101 y 102 de la Constitución, proclamada el 30 de noviembre de 1861, y nueve años después, el entonces presidente de la República Benito Juárez emitió el famoso decreto mediante el que se creaba el *Semanario Judicial de la Federación*.²⁵⁹

Asimismo, es importante señalar que la integración de la jurisprudencia publicada de la Primera a la Cuarta Épocas, se realizó con fundamento en la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1857, de ahí que sea inaplicable y se le llame *jurisprudencia histórica*. Las Épocas Quinta a la Novena, integradas de 1917 a la fecha constituyen la *jurisprudencia aplicable o vigente*.

En la actualidad existen otros instrumentos que refuerzan la tarea del *Semanario Judicial e la Federación*, como son: El Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, que tiene como objetivo dar a conocer la jurisprudencia más destacada; el CD-ROM del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, a través del cual se publica el órgano oficial de difusión de la jurisprudencia en medio magnético, para facilitar su consulta; y además obras de difusión de jurisprudencia, como el Anexo de Jurisprudencia de los Informes Anuales de Labores de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y la Serie de Debates del Pleno de la Corte, *inter alia*.

²⁵⁸ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *La jurisprudencia en México, Op. Cit.*, p. 697.

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 298.

Además, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación establece que la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis será el órgano competente para compilar, sistematizar y publicar las tesis y jurisprudencias emitidas por los órganos del Poder Judicial de la Federación. En materia electoral, la Coordinación de Jurisprudencia y Estadística Judicial del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación es la que se encarga de compilar, sistematizar y publicar las tesis relevantes y de jurisprudencia que emite dicho órgano judicial.

Actualmente se editan discos ópticos, que contienen jurisprudencia y tesis aisladas hasta la novena época que emite la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los tribunales colegiados de circuito. Además, es importante señalar que ya vamos en la tercera época de jurisprudencia por lo que respecta a la del Tribunal Electoral.

Es indispensable, a nuestro parecer, examinar ahora, lo que ha sostenido el mas alto tribunal de la República, así como los respectivos tribunales colegiados de circuito en lo que respecta a la institución de la jurisprudencia, y específicamente por lo que se refiere a si la jurisprudencia ¿constituye una nueva norma o es sólo la exacta interpretación de la ley?, entre otras cuestiones de importancia que comentaremos como son su naturaleza y alcance.

Ante todo, debemos de señalar las tesis jurisprudenciales o en su caso aisladas para saber que es lo que sostienen los tribunales competentes, respecto a la naturaleza y alcance de la jurisprudencia, por lo que transcribiremos algunos criterios a continuación:

"JURISPRUDENCIA, NATURALEZA.

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

Sexta Época

Instancia: Primera Sala

Volumen: Segunda Parte, XLIV, pág. 86.

Tesis Aislada, registro 4578.

"JURISPRUDENCIA, SU ALCANCE.

Si bien es cierto que la jurisprudencia que establecen los tribunales federales, tiene el carácter de obligatorio; también lo es que dicha jurisprudencia no deja de ser más que la interpretación que de la ley hace el órgano jurisdiccional federal, por lo que no puede tener el alcance de derogar la ley, ni siquiera equipararse a ésta."

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Octava Época

Tomo: X, Septiembre de 1992, pág. 293.

Tesis Aislada, registro 4603.

"JURISPRUDENCIA, ALCANCE DE LA.

La jurisprudencia de la Suprema Corte, si bien es cierto que tiene el carácter obligatorio para los tribunales no deja de ser la interpretación que de la ley hace el órgano jurisdiccional y que no puede tener el **alcance** de derogar la ley ni equipararse a ésta."

Sexta Época

Instancia: Primera Sala

Tesis Aislada en materia Común, pág. 38, registro: 260,342.

"JURISPRUDENCIA. EL CONTENIDO, ALCANCE Y DETERMINACIÓN DEL SENTIDO DE LA NORMA EXISTENTE, SE FIJA CON LA.

La jurisprudencia que establece la Suprema Corte de Justicia de la Nación, conforme al procedimiento indicado en el artículo 192 de la Ley de Amparo, fija el contenido, **alcance** y determinación del sentido de la norma preexistente, para el efecto de que los juzgadores puedan aplicar esta última en forma debida y con criterio uniforme cuando resuelva el fallo correspondiente y tiene fuera obligatoria por disposición expresa de la Ley Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 Constitucionales; por tanto, mediante función de tan gran importancia, es inexacto que dicho Alto Tribunal, convierta a los juzgadores en legisladores y creadores de nuevas normas."

SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Octava Época

Tomo: X, Octubre de 1992, pág. 364.

Tesis Aislada en materia Común, registro 218,223.

"JURISPRUDENCIA, CONCEPTO DE.

La jurisprudencia tiene facultades integradoras y va más allá de la norma, es decir, la verdadera jurisprudencia es aquella complementaria o integradora de las situaciones que no previó el legislador, adecuando la norma al caso concreto, toda

vez que en muchas ocasiones las circunstancias de hecho están dando opciones distintas a lo establecido en un precepto legal. La Suprema Corte y los tribunales, al fijar un criterio en una tesis jurisprudencial, estudia aquellos aspectos que el legislador no precisó, e integra a la norma los **alcances** que, no contemplados en ésta, se producen en una determinada situación."

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO SEXTO CIRCUITO.

Octava Época

Tomo: VII, Enero de 1991, pág. 296.

Tesis Aislada en materia Común, registro 223,936.

"JURISPRUDENCIA, CARÁCTER DE LA.

Siendo la jurisprudencia la interpretación de preceptos legales por el más Alto Tribunal de Justicia, no crea una norma nueva, sino que interpreta y determina el sentido de la ley, la cual no se modifica por el hecho de desentrañar su contenido con precisión y certeza."

Séptima Época

Instancia: Primera Sala

Volumen: 57 Segunda Parte, pág. 31.

Tesis aislada en materia Común, registro 236,088.

Debemos, por tanto, entender que dichas tesis al referirse al alcance de la jurisprudencia, sostienen que tiene facultades integradoras y va más allá de la norma, fijando los alcances de la norma que el legislador no precisó; también se afirma que fija el contenido, alcance y determinación del sentido de la norma preexistente con precisión y certeza. No obstante, lo antes mencionado,

concluyen que los juzgadores no son legisladores y creadores de normas nuevas, sino que únicamente interpretan la ley y que por lo tanto la jurisprudencia no puede tener el alcance de derogar la ley ni equipararse a ésta. Por lo que se refiere a la naturaleza de la jurisprudencia, únicamente hace referencia a que consiste en la correcta y válida interpretación.

Además, es necesaria la transcripción de otras tesis asiladas y jurisprudenciales, que sostienen que la jurisprudencia no constituye una norma nueva:

"JURISPRUDENCIA. SU VARIACIÓN Y APLICACIÓN INMEDIATA NO IMPLECA VIOLACIÓN AL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE IRRETROACTIVIDAD.

Con la aplicación inmediata de una nueva jurisprudencia no se viola en perjuicio de la quejosa [sic.] el principio jurídico de irretroactividad, pues la jurisprudencia **no constituye legislación nueva ni diferente**, sino sólo es la interpretación correcta de la ley, que la Suprema Corte de Justicia de la Nación efectúa en determinado sentido y que se hace obligatoria por ordenarlo así el artículo 192 de la Ley de amparo; la nueva jurisprudencia no constituye una nueva ley abrogatoria o derogatoria de otra anterior, sino sólo la unificación de determinación del verdadero sentir de la ley, que no se modifica por el hecho de desentrañar su contenido con precisión y certeza; por lo que debe aplicarse inmediatamente a los casos a que la misma jurisprudencia se refiera."

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Octava Época

Tomo: VIII, Noviembre de 1991

Tesis: I.3º.C.J/22, pág. 121.

Jurisprudencia en materia Común, registro 221,253.

"JURISPRUDENCIA DE LA CORTE.

La jurisprudencia de la Corte no es ni tiene propiamente los caracteres de la ley, ni respecto de ella puede aplicarse exactamente los mismos principios, entre ellos, el de no retroactividad, porque según la Ley de Amparo, la jurisprudencia sólo es obligatoria para los jueces de Distrito, pero nunca puede entenderse que tenga el carácter de ley para las partes."

Quinta Época

Instancia: Segunda Sala

Tomo: XXIX, pág. 104.

Tesis Aislada en materia Común, registro 337,899.

"JURISPRUDENCIA. SU APLICACIÓN NO VIOLA LA GARANTÍA DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación y los Tribunales Colegiados de Circuito, al sentar jurisprudencia, no sólo interpretan la ley y estudian los aspectos que el legislador no precisó, sino que integran a la norma los **alcances** que, sin estar contemplados claramente en ella, se producen en una determinada situación; sin embargo, esta "conformación o integración judicial" no constituye una norma jurídica de carácter general, aunque en ocasiones llene las lagunas de ésta, fundándose para ello, no en el arbitrio del juez, sino en el espíritu de otras disposiciones legales, que estructuran (como unidad) situaciones jurídicas, creando en casos excepcionales normas jurídicas individualizadas, de acuerdo a

los principios generales del derecho, de conformidad con lo previsto en el último párrafo del artículo 14 constitucional; tal y como se reconoce en el artículo 94, párrafo sexto, de la Constitución Federal, así como en los numerales 192 y 197 de la Ley de Amparo, en los que se contempla a la interpretación de las normas como materia de la jurisprudencia. Ahora bien, tomando en consideración que la jurisprudencia es la interpretación que los referidos tribunales hacen de la ley, y que aquella **no constituye una norma jurídica nueva equiparable a la ley**, ya que no cumple con las características de generalidad, obligatoriedad y abstracción, es inconcuso que al aplicarse, no viola el principio de irretroactividad, consagrado en el artículo 14 constitucional."

Novena Época

Instancia: Pleno

Tomo: XII, Diciembre de 2000

Tesis: p./J. 145/2000, pág. 16

Jurisprudencia en materia Constitucional, Común, registro 190,663.

Contradicción de tesis 5/97.

De la transcripción y análisis de las anteriores tesis, se desprende que no son criterios justificados y coherentes. Primero porque se señala que la jurisprudencia es la interpretación del verdadero sentido de la ley, la ley no tiene un verdadero sentido, sino varios sentidos correctos; en segundo lugar, sostienen que la jurisprudencia no es ni tiene propiamente los caracteres de la ley, y que sólo obliga a los jueces de Distrito, la ley es muy clara al señalar que obliga a los inferiores jerárquicos; y por último, reconocen que la jurisprudencia no es ley en sentido estricto, que es integradora al llenar las lagunas de ley, y que en casos

excepcionales crea normas individualizadas, lo que resulta ilógico y antijurídico, ya que la jurisprudencia siempre es producto de normas individualizadas, es decir, de las sentencias judiciales que reúnan los requisitos de ley, y por supuesto que la jurisprudencia integradora constituye una norma nueva, que comienza siendo individualizada y que puede alcanzar el carácter de general, cuando se aplica a casos análogos o similares.

Necesitamos, por otro lado, analizar a detalle la contradicción de tesis número 5/97 entre las sustentadas por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito y el Cuarto Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, que estuvo en a ponencia de la Ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas, relativa al tema: Jurisprudencia. Su aplicación no viola la garantía de irretroactividad de la ley. De este modo, saber cual es el criterio que sostiene cada tribunal y finalmente el criterio que adoptó la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y a la vez poder responder las preguntas que nos hemos planteado anteriormente y aprovechar para hacer la crítica que consideramos prudente.

La tesis propuesta fue la siguiente:

"JURISPRUDENCIA. APLICACIÓN DE LA. NO VIOLA LA GARANTÍA DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY.- La Suprema Corte de Justicia de la Nación y los Tribunales Federales, al sentar jurisprudencia, no sólo interpretan la ley, estudian los aspectos que el legislador no precisó, sino que integran a la norma los alcances que -no contemplados claramente en ella- se producen en una determinada situación; sin embargo, esta 'conformación o integración judicial', no constituye una norma jurídica de carácter general, aunque en ocasiones llene las lagunas de ésta; fundándose para ello, no en el arbitrio del juez, sino en el espíritu

de otras disposiciones legales, y que estructuran (como unidad) situaciones jurídicas, creando en casos excepcionales normas jurídicas individualizadas, de acuerdo a los principios generales del derecho, de conformidad con el último párrafo del artículo 14 constitucional. Así está reconocido en los artículos 94, párrafo sexto de la carta Magna; y 192 y 197 de la Ley de Amparo, en los que se contempla a la interpretación de las normas como materia de ella. Dado que la jurisprudencia es la interpretación que los tribunales hacen de la ley, y ésta no constituye una norma jurídica nueva equiparable a la ley, ya que no cumple con las características de generalidad, obligatoriedad y abstracción; al aplicarse, no viola el principio de irretroactividad, consagrado en el artículo 14 constitucional."

Sin embargo, es importante que transcribamos dichas tesis, para estar en posibilidad de determinar la posible contradicción, y saber la postura final de la Corte y plasmar las consideraciones necesarias.

El Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, en la tesis común TC013007.9AK1, emitida en el amparo directo 5703/96, promovido por Fianzas México, S.A., Grupo Financiero Prime Internacional, resuelto en sesión de 30 de enero de 1997 por unanimidad de votos, "siendo ponente la Magistrado Margarita Beatriz Luna Ramos, sostuvo el siguiente criterio: "JURISPRUDENCIA. APLICACIÓN DE LA. NO VIOLA LA GARANTÍA DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY.- La Suprema Corte de Justicia de la Nación y los Tribunales Federales, al sentar jurisprudencia, no sólo estudian los aspectos que el legislador no precisó, sino que integran a la norma los alcances que -no contemplados claramente en ella- se producen en una determinada situación. Sin embargo, esta 'conformación o integración judicial', no constituye una norma

jurídica nueva, aunque en ocasiones llene las lagunas de ésta; fundándose para ello, no en el arbitrio del juez, sino en el espíritu de otras disposiciones legales, y que estructuran (como unidad) situaciones jurídicas. Así está reconocido en los artículos 94, párrafo sexto de la carta Magna; y 192 y 197 de la Ley de Amparo, en los que se contempla a la interpretación de las normas como materia de ella. Dado que la jurisprudencia es la interpretación que los tribunales hacen de la ley, y ésta no constituye una norma jurídica nueva ya que no cumple con las características de generalidad y abstracción absolutas; al aplicarse, no viola el principio de irretroactividad, consagrado en el artículo 14 constitucional."

Por otro lado, el Cuarto Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, sostiene otra postura, de acuerdo con la tesis publicada en la página 964 del Semanario Judicial de la Federación, Novena Época, Tomo III, Marzo de 1996, que literalmente señala: "JURISPRUDENCIA, ES LA CREACIÓN DE UNA NORMA GENERAL, PUEDE APLICARSE RETROACTIVAMENTE EN BENEFICIO DE ALGUNA PERSONA EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 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, y tesis del apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1988, ambas con el rubro: "JURISPRUDENCIA. CONCEPTO DE LA. SU APLICACIÓN 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 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 de la Nación al resolver el amparo en revisión número 1711/88, fallo 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 emitido su aplicación retroactiva, cuando esta 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 involucrado artículo 197-A de la Ley de Amparo, a fin de que se decida cuál de ellas debe prevalecer."²⁶⁰

El criterio del Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, es válido en el sentido de que toma una postura definida al considerar que la jurisprudencia es la interpretación que los tribunales hacen de la ley, y ésta no constituye una norma jurídica nueva equiparable a la ley, ya que no cumple con las características de generalidad, obligatoriedad y abstracción, aunque en ocasiones llene las lagunas de ésta. Aunque nosotros no compartimos del todo esta postura, por una parte estamos de acuerdo en que al sentarse jurisprudencia no sólo se estudian los aspectos que el legislador no precisó, sino que también se integra a la norma, y dicha integración, a veces, si llega a constituir una norma nueva y por tanto reúne todas las características y efectos propios de la ley. Creemos que dicho criterio se basa en el principio de la plenitud hermética, es decir, que considera que toda norma producto del legislador, esta en relación con otras normas que forman parte de un sistema o unidad del orden jurídico, de acuerdo con esto el juzgador al no hallar una norma aplicable al caso concreto, tendrá que integrarla, con el contenido de las demás normas existentes, y de esta manera nunca se creará una norma totalmente nueva, y siempre el

²⁶⁰ Véase: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XII, diciembre de 2000, p. 16, tesis por contradicción P./J.145/2000 de rubro "JURISPRUDENCIA. SU APLICACIÓN NO VIOLA LA GARANTÍA DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY".

orden jurídico tendrá la respuesta para todos los casos posibles, por lo tanto dicha integración es resultado de la interpretación de todo el orden jurídico.

Por lo que respecta al criterio sostenido por el Cuarto Tribunal del Sexto Circuito es el mismo del entonces Tribunal en Pleno que se opone al sostenido por las entonces Primera y Cuarta Salas, que consideraban que la jurisprudencia no constituye legislación nueva ni diferente sino sólo es la interpretación de la ley. Consideramos correcta esta postura en parte, en el sentido de que también afirmamos que la jurisprudencia es la creación de una norma jurídica nueva, aunque no siempre, esto hace que nuestro criterio se aparte considerablemente. Contra esta postura, diremos que la jurisprudencia siempre es creación de una norma jurídica nueva, que llamamos individualizada, y que en ocasiones dicha norma jurídica individualizada, adquiere el carácter de general, como sería en el caso de la integración del vacío de la ley, o cuando con la excusa de una exacta interpretación de la ley el juzgador crea otra distinta que nada tiene que ver con la supuestamente interpretada.

En general, diremos que estas dos posturas son justificables y tienen ambos argumentos válidos o por lo menos aceptables. Pero lo que no podemos aceptar, es una tercera postura que consideramos contradictoria, nos referimos al criterio que adoptó la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la contradicción de tesis que estamos analizando, y que estuvo en la ponencia de la Ministro Olga Sánchez Cordero de García Villegas, y que fue resulta por unanimidad de votos, con la ausencia del ministro José de Jesús Gudiño Pelayo, por las consideraciones siguientes:

Dicha resolución se apoya en una serie de doctrinas contradictorias entre sí, que enumera desde los romanos hasta la actualidad, incluso hace referencia a otras escuelas de interpretación que no tienen nada que ver con los métodos de interpretación permitidos en el sistema jurídico mexicano.

Es preciso señalar algunos desaciertos, la tesis que se propuso, es igual a la del Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, únicamente se cambió unas palabras por otras análogas, y en el resolutivo segundo se señala: se declara que debe prevalecer la tesis sustentada por este Tribunal Pleno.

El criterio del más alto tribunal, plasmado en la tesis producto de la resolución de la contradicción de tesis planteada, señala que la 'conformación o integración judicial', no constituye una norma jurídica de carácter general, aunque en ocasiones llene las lagunas de ésta; fundándose para ello, no en el arbitrio del juez, sino en el espíritu de otras disposiciones legales, y que estructuran (como unidad) situaciones jurídicas, creando en casos excepcionales normas jurídicas individualizadas, de acuerdo a los principios generales del derecho, de conformidad con el último párrafo del artículo 14 constitucional. Recordemos que todo jurista sabe, que las sentencias judiciales y las que llegan a formar jurisprudencia, son siempre normas jurídicas individualizadas, y que por lo tanto, no son producto como lo señala la tesis de casos excepcionales.

En igual forma, la contradicción de tesis señala que para la concepción clásica, la jurisprudencia es el hábito práctico de interpretar rectamente las leyes y aplicarlas oportunamente a las cosas que ocurren. En un inicio los tribunales realizaron una interpretación rígida de las normas legales, la cual, con el tiempo,

se modifico para dar paso al proceso de creación judicial, en el que la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los tribunales no sólo estudian los aspectos que el legislador no precisó sino que integran a la norma los alcances que no contemplados claramente en ella se producen en una determinada situación.

Asimismo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación considera necesario precisar el contenido y alcance de la jurisprudencia, para de ahí establecer si ésta es o no equiparable a la ley.

Para obtener dicha respuesta se remonta a varios antecedentes y doctrinas contradictorias, recurre a la definición del vocablo jurisprudencia, a los antecedentes romanos en donde afirma que si se crea derecho nuevo, se refiere al derecho honorario también como fuente creadora del derecho, a autores extranjeros como Phillip Heck y a algunos mexicanos que sostienen que la jurisprudencia puede equipararse a la ley de forma material, como Juventino V. Castro y Genaro David Góngora Pimentel, y por último hace una comparación entre la ley y la jurisprudencia, que es prácticamente en lo que se apoya para sostener que la jurisprudencia no es una norma general sino sólo la exacta interpretación de la ley, es decir, que al integrar la ley no crea nueva legislación ni diferente.

Es evidente que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, emitió dicho criterio por cuestiones políticas, y para evitar posibles conflictos entre el Poder Judicial de la Federación y el Poder Legislativo, ya que la mayoría de los sistemas jurídicos contemporáneos reconocen la función creadora del juez. Incluso la misma Suprema Corte de Justicia de la Nación sostiene el mismo punto de vista, pero no en sus resoluciones funcionando en pleno sino doctrinalmente, esto lo

podemos constatar en las obras que publican de forma separada algunos ministros, como Genaro David Góngora Pimentel y Juventino V. Castro, y conjuntamente por medio de su obra intitulada *La jurisprudencia en México*, en cuyo contenido también se maneja una gran cantidad de información de diferentes doctrinas que contraponen, en donde en ciertos párrafos se afirma que la jurisprudencia en ciertos casos si llega a reunir las características y efectos propios de la ley, y por lo tanto sostienen que si crea nueva legislación, aunque no de manera formal pero si material; no obstante, la obra en general niega dichas características y efectos.

Tomamos en cuenta lo antes expuesto, es que nos atrevemos a sostener que efectivamente la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los tribunales colegiados de circuito, al sentar jurisprudencia, no sólo interpretan la ley y estudian los aspectos que el legislador no precisó, sino que incluso integran a la norma los alcances que, sin estar contemplados claramente en ella, se producen en una determinada situación; por lo que esta, conformación o integración judicial, llega a constituir una norma jurídica general, en las ocasiones en que llena los vacíos de ésta. Así, pues la jurisprudencia en materia penal, además de interpretativa, da a la ley cuando se requiere, efectos extensivos y casos de excepción en beneficio del acusado.²⁶¹

Es evidente, que la jurisprudencia tiene facultades integradoras y que va más allá de la norma, es decir, la verdadera jurisprudencia es aquella complementaria o integradora de las situaciones que no previó el legislador.

²⁶¹ Véase: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, T. III, junio de 1996, tesis I.3º. P. 1 P, p. 863.

De ahí que sostenemos que la jurisprudencia es fuente del derecho, por tanto no hay razón para pensar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación no pudiera ejercer la función de suplir las lagunas y deficiencias del orden jurídico positivo, al fijar, por omisión de la ley, una norma general aplicable al caso concreto. Debemos entender, que además la jurisprudencia no es otra cosa sino la interpretación reiterada y obligatoria de la ley, es decir, se trata de la norma misma definida en sus alcances a través de un procedimiento que desentraña su razón y finalidad, o sea, en este sentido siempre tendrá las mismas características de la ley.

Por lo que se refiere a los sistemas de formación de la jurisprudencia, la misma Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido jurisprudencia con respecto a éstos sistemas de formación, sosteniendo que se establece a través de dos sistemas. El ordenado por el artículo 192 de la Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 107 constitucionales, o sea, por reiteración de criterios. El segundo sistema establece que se integra la jurisprudencia con la resolución que decide la denuncia de contradicción de tesis que sustenten las salas que integran la Suprema Corte de Justicia de la Nación, o respecto de las tesis que sustenten los tribunales colegiados de circuito, en este caso, no es indispensable que lo resultado por el pleno o las salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se sustente en cinco ejecutorias, no interrumpidas por otra en contrario.²⁶² Este procedimiento de creación de la jurisprudencia puede ser por unificación, o por modificación.

²⁶² Véase: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Séptima Época, Apéndice de 1995, T. VI, Parte HO, tesis 1132, p. 779.

En general, 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, teniendo su fundamento en el artículo 14 constitucional, y 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, en este caso se pasa de una función interpretativa a una integradora, teniendo la característica de la obligatoriedad.²⁶³

Por otra parte, aquella tesis de jurisprudencia formada con posterioridad a la fecha del acto reclamado en el juicio de garantías y que llegue a interpretar la ley que rige a dicho acto, no viola en perjuicio de las partes el principio de no retroactividad contenido en el artículo 14 constitucional, ya que la jurisprudencia no constituye legislación nueva ni diferente de la que está en vigor, sino que sólo es la interpretación de la voluntad del legislador; así lo ha sostenido la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ya que considera que la jurisprudencia no crea una

²⁶³ Véase: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, T. XI, marzo de 2000, tesis IV.1º.P.C.9 K, p. 1002.

nueva norma, sino únicamente fija el contenido de una norma preexistente, puesto que, como se dijo, sólo es la interpretación en determinado sentido de la ley.

Por último, veremos las épocas y evolución del semanario. A partir de la creación del *Semanario Judicial de la Federación* en 1870, los criterios jurisprudenciales han sido publicados por épocas, cada una ha tenido diversa duración.

Las épocas se agruparon en dos grandes periodos: antes y después de la Constitución de 1917. Las primeras cuatro épocas como ya se dijo, se dieron antes de la referida Constitución, por lo que los criterios jurisprudenciales emitidos durante ellas se consideran actualmente inaplicables, y conforman la llamada "jurisprudencia histórica". Como sabemos, las épocas quinta a novena, que comprenden de 1917 a la fecha, forman "la jurisprudencia aplicable o vigente".

Por lo que se refiere al primer periodo, es decir, a la jurisprudencia histórica, tiene las siguientes características:

"La primera época, comprende 7 tomos, que contienen las resoluciones emitidas por los tribunales federales de octubre de 1870 a septiembre de 1875
segunda época, comprende 17 tomos y abarca de enero de 1881 a diciembre de 1889.

La tercera, comprende 12 tomos que contienen los fallos de los tribunales federales de enero de 1890 a diciembre de 1897.

La cuarta época, comprende 52 tomos, con los fallos producidos entre 1898 y 1914."²⁶⁴

²⁶⁴ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *La jurisprudencia en México*, Op. Cit., p. 701.

El segundo periodo, es decir, de la llamada jurisprudencia vigente, evolucionó de la siguiente forma:

"Por lo que se refiere a la quinta época, esta integrada por 132 tomos. Cubre el lapso del 1º. de junio de 1917 al 30 de junio de 1957.

La sexta época, por su parte esta integrada por 138 volúmenes, numerados con cifras romanas. Abarca del 1º. de julio de 1957 al 15 de diciembre de 1968.

Luego, la séptima época integrada por 228 volúmenes, identificados con números arábigos. Va del 1º. de enero de 1968 al 14 de agosto de 1988.

Después, la octava época integrada por 15 tomos identificados con números romanos más 87 (86-2) Gacetas. Abarca del 15 de enero de 1988 al 3 de febrero de 1995.

Por último, la novena época inició el 4 de febrero de 1995, con edición mensual.²⁶⁵

Estos periodos tuvieron dos interrupciones, la primera en 1875, en virtud de razones administrativas y financieras y de la revuelta iniciada en 1876 por Porfirio Díaz, con motivo del Plan de Tuxtepec. Y la segunda interrupción de la publicación del *Semanario Judicial*, se produjo al término de la cuarta época. En agosto de 1914, con el Plan de Guadalupe que hizo triunfar a Venustiano Carranza, quien desconoció a los tres poderes y clausuró la Corte.

En cuanto a la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, sus orígenes se remontan al año de 1988. El cuatro de febrero de ese año, el Pleno de la suprema Corte de Justicia de la Nación expidió el Acuerdo 3/1988, creación

²⁶⁵ *Op. Cit.*, p. 703.

que respondió a las reformas sufridas por la Ley de amparo el 5 de enero de 1988.

4.6. Excesos y defectos de la jurisprudencia.

Ahora, vamos a enlistar una serie de consideraciones en torno a los excesos y defectos que consideramos que tiene la institución de la jurisprudencia y de la manera de prevenirlos:

El procedimiento de denuncia de contradicción de tesis es el productor de lo que hemos llamado *jurisprudencia unificadora*.

Los artículos 197 y 197-A de la Ley de Amparo establecen en forma limitativa a los sujetos legitimados para promover la denuncia de contradicción de tesis.

La institución de la jurisprudencia, en cuanto a sus diversas acepciones, en las cuales se ha visto una evolución constante, desde su origen hasta nuestros tiempos, va adquiriendo fuerza y por tanto, es de considerarse que éstas nuevas modalidades, vulneran la esfera de la competencia del Poder Legislativo, en cuanto órgano encargado de elaborar las leyes que rigen a nuestro sistema jurídico, me refiero a que hoy en día hay pugna en la doctrina a través de los diversos puntos de vista de los juristas destacados de nuestro país e incluso en derecho comparado, en los tribunales jurisdiccionales y principalmente contradicción entre los mismos, en establecer los criterios que rigen dicha institución, en la medida en que unos consideran que la jurisprudencia únicamente

es la exacta interpretación de la ley por una parte; y otros opinan, que la jurisprudencia ha ido más allá de esa función principal que ha gozado hasta nuestros días, en razón de que no es ya interpretativa del derecho o en particular de la ley, sino que adquiere una nueva función de crear el derecho, e inclusive llega a ser la ley misma, esto por otra parte.

Por tanto, Alfonso Noriega sostiene, "si toda interpretación del derecho en la jurisprudencia es creadora de derecho, con mayor razón lo es la operación integradora de la jurisprudencia. Se da integración del derecho por parte de los tribunales cuando éstos dictan en casos no previstos por la ley." Por lo que ante las lagunas del derecho, la jurisprudencia vendrá a ser fuente constante del derecho, ya que los tribunales interpretarán e integrarán el orden jurídico.²⁶⁶

En este orden de ideas, podemos manifestar que, la jurisprudencia si constituye legislación nueva a la que está en vigor, al ser interpretada crea una norma nueva fijando por tanto, un contenido totalmente diferente inclusive es de considerarse que llega a ser la ley misma, en virtud de tener las mismas características de ella.

Por considerar de suma importancia este apartado, estamos de acuerdo con lo que Burgoa afirma al establecer, que la jurisprudencia fue elevada por el artículo 107 constitucional en las reformas de 1950, al rango de fuente del derecho, equiparándose a verdaderas normas legales, por reunir determinadas cuestiones de derecho, como la generalidad, la imparcialidad y la abstracción.²⁶⁷

²⁶⁶ NORIEGA, Alfonso. *Lecciones de amparo*, 3ª. ed., México, Ed. Porrúa, T. II, 1991, p. 1125.

²⁶⁷ BURGOA O, Ignacio. *El Juicio de amparo*, México, Editorial Porrúa, 1990, p. 818.

La fracción XII 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 sus requisitos para su modificación.

En este mismo sentido se pronuncia el ministro Góngora Pimentel, al afirmar que la Jurisprudencia sí es fuente material del derecho en nuestro país, ya que llena las particularidades técnicas que caracterizan a dichas fuentes y cuenta con las características de generalidad, imparcialidad, abstracción y obligatoriedad ya mencionados con anterioridad²⁶⁸.

Para Alfonso Noriega la jurisprudencia es fuente formal, material, directa e interpretativa del derecho. Es fuente formal, porque se equipara a la norma jurídica en su fuerza obligatoria, sin llegar a ser formalmente una norma jurídica, pero sí ser un elemento verídico para integrar una disposición legal a un caso concreto. Es fuente material, puesto que al confirmar, suplir e interpretar la ley, desentraña el sentido de la misma. Es fuente directa, ya que la ley no puede prever todas las inestables situaciones y reglamentarlas en su debida forma; y he aquí que la jurisprudencia viene a integrar el derecho al haber silencio de la ley, siendo en ese caso concreto como fuente directa del mismo.²⁶⁹

Muchas veces, los que votan por un proyecto de ley tienen cuando más un conocimiento muy superficial del contenido de ésta, en razón de que la Constitución sólo exige que voten por el proyecto levantando la mano o diciendo "sí". He aquí lo que es preciso que demuestre ahora, sostengo que la norma

²⁶⁸ GÓNGORA PIMENTEL, Genaro. *Introducción al estudio del juicio de amparo*, 7ª ed., México, Ed. Porrúa, 1999, p. 533.

²⁶⁹ NORIEGA, Alfonso. *Lecciones de amparo*, Op. Cit., p. 1120.

general que el legislador emite, en muchos de los casos no alcanza a prever todas las situaciones concretas, en estos casos, es preciso pues que el órgano judicial ante la deficiencia de la ley o vacío, interprete ésta estableciendo su sentido e incluso llegue a integrarla, creando una nueva norma. Además, existe indudablemente la posibilidad, de que también dicho órgano aplicador, puede emitir un criterio jurisprudencial que no tenga nada que ver con la norma que interpreta, y llegar también en este sentido a llenar el vacío de ésta, sin tomar en cuenta el orden jurídico existente, en síntesis, no podemos prescindir del error legislativo ni tampoco de la deficiencia del judicial, o sea, de la falta de técnica legislativa y técnica jurídica respectivamente, y por tanto también del mal empleo de los métodos interpretativos.

Al respecto, Carlos de Silva como hemos dicho anteriormente afirma, que en México se han suscitado críticas al sistema competencial del Poder Judicial de la Federación que permite que diversos órganos jurisdiccionales estén facultados para establecer jurisprudencia, aduciéndose que son frecuentes las contradicciones en que se incurre en detrimento de la seguridad jurídica, no obstante que se encuentran previstos procedimientos tendientes a resolver esas contradicciones, mediante las cuales la Suprema Corte de Justicia de la Nación puede determinar cuál es la tesis jurisprudencial que obligatoriamente debe prevalecer. Esas críticas podrán estimarse injustificadas o exageradas, pero dan una idea de los problemas que en la práctica se producen en la deficiente interpretación y aplicación del derecho.

Otro de los principales defectos, es precisamente no contar con principios o reglas que precisen la delimitación o alcances de esa función creadora, ni del

papel que en ella juega la interpretación, en tanto que no existe plena uniformidad en lo relativo a la posición que el juzgador debe adoptar al aplicar normas generales a casos especiales.

El error funesto, pero que por desgracia se ha hecho tradicional, de que el derecho sólo sea existente en la forma general, de que todo derecho se encuentre encerrado en normas generales y que la 'Ley', esto es, la norma general, sea idéntica al derecho, debe ser evitado a toda costa. Ha sido descubierto con todas sus consecuencias y, hay que esperarlo, definitivamente suprimido por la *teoría de la construcción gradual del derecho*.

Al respecto, Carlos de Silva señala: Según el sistema que en su derecho positivo adopte cada Estado, las decisiones jurisdiccionales, independientemente de ser normas concretas, o bien pueden constituir meros precedentes (cuya fuerza para casos posteriores dependerá de lo convincentes que resulten sus argumentaciones), o bien, normas generales por la obligatoriedad que en determinadas circunstancias tengan los precedentes. Una sola sentencia podrá tener únicamente efectos particulares y concretos, o generales y abstractos como acontece, por ejemplo, en los sistemas de derecho positivo que aceptan la posibilidad de que los órganos de control de la constitucionalidad declaren, con efectos absolutos, la invalidez de normas generales. La jurisprudencia obligatoria podrá o no tener esos efectos absolutos pero, siempre, por definición, consistirá en normas jurídicas generales. Por lo tanto, consideramos que al no contar la jurisprudencia con esos efectos absolutos, se le esta restando importancia a dicha institución, y entonces resulta necesario corregir este defecto de la jurisprudencia, por medio del reconocimiento de que cuenta con las características

de la ley, pero no únicamente de forma material sino también formal, es decir, debe existir necesariamente un reconocimiento legal.

Además, señalamos anteriormente, que por medio de la interpretación de las normas generales, el Poder Judicial crea jurisprudencia, admitiendo por medio de ésta un sólo sentido, considerado como el correcto. Afirmamos que se trata de una ficción para mantener el ideal de la seguridad jurídica, en razón de que la norma jurídica tiene muchos sentidos.

Asimismo, es importante mencionar, que actualmente existe un nuevo proyecto de nueva ley de amparo, en el que parece se hace referencia a la supresión de la fórmula Otero, pero no por medio de la generalidad de la jurisprudencia, forma que nosotros consideramos que puede llegar a ser posible.

En gran medida, algunas jurisprudencias emitidas por los tribunales competentes o por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no son uniformes, nos referimos a que las cinco tesis que deben de ser emitidas en un mismo sentido, a veces no hablan ni siquiera del mismo tema, o incluso hablando del mismo tema son criterios encontrados, en estos casos la jurisprudencia producto de dichas resoluciones ha caído en exceso, ya que su función es interpretar, aplicar e integrar o suplir la ley.

Pero sobre todo el sistema jurídico mexicano, tiene un gran defecto, el de no reconocer a la jurisprudencia formalmente las mismas características de la ley, que son a saber: la obligatoriedad, imparcialidad, abstracción, y la generalidad. Incluso no existe en la Constitución 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.

4.7. Consideraciones finales en torno a la interpretación y creación jurisprudencial.

En este apartado, apuntaremos algunas consideraciones que creemos son de importancia, pero sólo a manera de síntesis o resumen de puntos ya tratados. Incluso trataremos *grosso modo*, las doctrinas más conocidas y sus máximos exponentes que reconocen el carácter creador de la jurisprudencia como fuente del derecho, y también las que niegan tal carácter.

Por lo que se refiere a la teoría iusnaturalista, la encontramos desde los sofistas en el siglo V a. de C., después con Aristóteles, la escuela estoica, la jurisprudencia romana, la escolástica, el cristianismo, Grocio, Locke, el iluminismo y Rousseau, y por último en la teoría Kantiana.

Como sabemos, el iusnaturalismo racional, afirma que la ley proviene de la naturaleza o esencia misma del hombre; de esta forma, al ser la jurisprudencia obra de la razón humana y al provenir ésta de la propia naturaleza, es posible concluir que, dentro de las teorías iusnaturalistas, la jurisprudencia puede ser admitida como fuente del derecho.²⁷⁰

²⁷⁰ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *La jurisprudencia en México*, Op. Cit., p. 261.

En cambio la teoría formalista o legalista, esta identificada con el positivismo jurídico, cuya característica principal es su formalismo y se encuentra representado por las siguientes escuelas: la exégesis del derecho codificado en Francia, el utilitarismo y la jurisprudencia analítica en Inglaterra y el historicismo jurídico en Alemania, que analizamos en el capítulo III.

El modelo silogístico defendido por el formalismo jurídico. Sostiene que la función del juez es lógico-mecánica, es decir, el problema del juez es la subsunción del caso en una norma preestablecida. Por tal circunstancia, esta doctrina rechaza la existencia de casos difíciles porque todo lo que no ésta prohibido está permitido, en esta medida el derecho siempre ofrece respuesta a los problemas que se plantean. La función del juez está subordinada a la ley.²⁷¹

De acuerdo con Ricardo Guastini, la teoría de la interpretación jurídica cognitiva o formalista, sostiene que la interpretación es una actividad de tipo cognoscitivo: interpretar es verificar (empíricamente) el significado objetivo de los textos normativos o la intención subjetiva de sus autores. Esto equivale a decir que los enunciados de los intérpretes son enunciados del discurso descriptivo, o sea, enunciados de los cuales se puede comprobar la veracidad o falsedad, es por eso que admiten una, y sólo una, interpretación verdadera. Además, ésta teoría se acompaña de la opinión de que todo sistema jurídico es necesariamente completo (sin lagunas) y coherente (sin antinomias), de modo que no hay espacio alguno para la discrecionalidad judicial.²⁷²

²⁷¹ DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. Marta Guastavino, Barcelona, España, Ed. Planeta-Agostini, 1993, p. 20.

²⁷² GUASTINI, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación*, trad. Marina Gascón y Miguel Carbonell, 2ª. ed., México, Ed. Porrúa, 2000, pp. 13-14.

Ante todo, la codificación representa la reducción de todo derecho a ley, elimina cualquier otra forma de derecho, tales como las costumbres, los precedentes jurisprudenciales y las opiniones de los jurisconsultos.²⁷³

Así, pues se considera que dentro de la doctrina clásica, el positivismo jurídico fue el que mantuvo una posición extremista al considerar que el ordenamiento jurídico es completo y, por esta razón, negó a los juzgadores cualquier posibilidad de creación del derecho.²⁷⁴

Por esta circunstancia el juez debía comportarse como mero servidor de la ley; jamás podía crearlo, ni aun bajo el supuesto de que la ley hubiese caído en desuso, o tuviera vacíos.

Aunque hay, evidentemente otra postura del modelo positivista de la discreción judicial que reconoce la existencia de casos difíciles en los cuales no existe norma aplicable. En estos supuestos el juez tiene discrecionalidad en el sentido fuerte del término, como lo sostienen Hart y Bobbio.

Ahora bien, las teorías antiformalistas o antilegalistas surgen a raíz de la falta de eficacia de las teorías formalistas para enfrentar las necesidades jurídicas que sobrevinieron tras la revolución industrial. Dentro de éstas se encuentran: la jurisprudencia de intereses, el movimiento del derecho libre, la sociología jurídica y el realismo jurídico americano, que explicamos en puntos anteriores.

²⁷³ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *La jurisprudencia en México*, Op. Cit., p. 262.

²⁷⁴ Op. Cit., p. 290.

La noción del derecho en las teorías antiformalistas admite, en mayor o menor grado, la jurisprudencia como fuente del derecho.

El modelo realista defendido por muchas corrientes antiformalistas, sostiene que las decisiones de los jueces son fruto de sus preferencias personales y de su conciencia subjetiva. El juez primero decide y luego justifica su decisión mediante normas. El juez por tanto tiene poder político y en realidad no está subordinado a la ley, y por supuesto no sedan los casos difíciles.²⁷⁵

Diremos que, la teoría escéptica de la interpretación sostiene que la interpretación es una actividad no de conocimiento, sino de valoración y de decisión, es decir, se funda en la opinión de que no existe algo así como el significado "propio" de las palabras, ya que toda palabra puede tener el significado que le ha incorporado el emisor. En este sentido, todo texto puede ser entendido en una pluralidad de modos diversos, y las diversas interpretaciones dependen de las distintas posturas valorativas de los intérpretes. Así, pues las normas jurídicas no preexisten a la interpretación, sino que son su resultado.²⁷⁶

Debemos, por tanto, entender que para esta teoría los sistemas jurídicos no son ni completos ni coherentes. Es evidente que los jueces cuando se encuentran frente a una laguna o a una antinomia, crean derecho nuevo, tal como los legisladores.

De ahí que, esta teoría sea sostenida en la literatura contemporánea, especialmente por las corrientes del llamado "realismo jurídico" (americano, escandinavo e italiano).

²⁷⁵ DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Op. Cit., p. 20.

²⁷⁶ GUASTINI, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación*, Op. Cit., p. 15.

Asimismo, Riccardo Guastini habla de una teoría intermedia, entre la formalista y la escéptica. Ésta teoría de interpretación sostiene que la interpretación es a veces una actividad de conocimiento, y, a veces, una actividad de decisión. De este modo, para toda norma, existen casos "fáciles", que seguramente recaen en su campo de aplicación, como también casos marginales, "difíciles", respecto a los cuales la aplicabilidad de la norma es controvertida, ya que esos casos se sitúan en la "zona de penumbra".²⁷⁷

Resulta, por tanto que los jueces no ejercen discrecionalidad alguna cuando aplican una norma a los casos fáciles que Guastini denomina claros; ejercen discrecionalidad sólo cuando aplican una norma a los casos difíciles. Es preciso, pues, distinguir en esta teoría, entre "descubrir" el significado de un texto normativo y "adscribir" significado a un texto normativo.

Con mucha razón, la teoría intermedia entre realismo y formalismo es sostenida, por H. L. A. Hart en su magnífica obra denominada *The concept of law* y por Riccardo Guastini en su obra intitulada *Estudios sobre la interpretación jurídica*, entre otros.

Además, existen otras teorías contemporáneas muy importantes, entre las que destacan la de Kelsen con su teoría pura del derecho, Santi Romano y su teoría del iusnaturalismo, Alf Ross con su realismo escandinavo y la dualidad del derecho, Herbert L. A. Hart y su positivismo mesurado y Radbruch y el resurgimiento del iusnaturalismo o neoiusnaturalismo, la teoría de Dworkin de la respuesta correcta y Jürgen Habermas. Es preciso señalar, que dichos autores

²⁷⁷ *Ibidem*, p.16.

forman parte de alguna de las teorías antes tratadas, de forma fundamental, sin embargo, veremos algunos puntos importantes.

Algunas de estas teorías ya las vimos a profundidad, aquí únicamente hacemos mención de ellas y analizaremos las que no hemos tratado y que consideramos de suma importancia.

Rolando Tamayo y Salmorán, quien tradujo la obra de Hart del *Post scriptum al concepto de derecho*, señala en la nota introductoria, que Herbert Lionel Adolphus Hart, fue brillante exponente de la *Oxford Philosophy*, corriente que llegó a ser el estilo dominante de pensar en la Inglaterra de la Posguerra, y el autor más importante del siglo XX en la filosofía jurídica de habla inglesa y, sin duda, un hombre que transforma la forma de pensar sobre el derecho en todo el mundo a finales de este siglo.

Como sabemos, Hart es un jurista positivista y el *Post scriptum al concepto de derecho* es una respuesta póstuma a sus críticos, básicamente una respuesta al más formidable de sus críticos, a su sucesor en la cátedra de *jurisprudente*: Ronald Dworkin.

"Para Hart el propósito general de la jurisprudencia analítica es lograr un mejor entendimiento del derecho, para ello es indispensable realizar un cuidadoso examen del lenguaje en que el derecho se formula. Siguiendo la línea del positivismo analítico inglés, Hart aborda las nociones recurrentes del discurso

jurídico. El derecho es esencialmente un fenómeno lingüístico; ser lenguaje es condición de existencia del derecho."²⁷⁸

"Dworkin rechaza la idea de que el derecho pueda ser incompleto de esta forma y que deje lagunas que tengan que ser llenadas mediante el ejercicio de tal discreción judicial jurídico creadora. Esta idea piensa Dworkin, es una inferencia errónea del hecho de que una proposición de derecho que afirme la existencia de un derecho o un deber jurídico puede ser controvertible..."²⁷⁹

La diferencia principal entre la tesis de Hart y la de Dworkin es que mientras Hart adscribe el acuerdo general que se da entre los jueces como criterio para la identificación de las fuentes del derecho a su aceptación compartida de reglas que proveen tal criterio, Dworkin habla, no de reglas, sino de consenso, paradigmas y presunciones que comparten los miembros de la misma comunidad interpretativa. Ciertamente, la regla de reconocimiento es tratada por Hart como reposando en una forma convencional de consenso judicial.

Además, Hart sostiene que aunque hay muchas diferentes conexiones contingentes entre derecho y moral, no hay ninguna conexión conceptual necesaria entre el contenido del derecho y la moral, señala que puede haber derechos y obligaciones jurídicas que no tengan ninguna justificación o fuerza moral en absoluto. Por el contrario Dworkin rechaza esta idea a favor de la tesis de que tiene que haber, al menos, fundamentos morales *prima-facie* para afirmar la existencia de derechos y obligaciones jurídicas.

²⁷⁸ H. L. A. HART, *Post scriptum al concepto de derecho*, Trad. Rolando Tamayo y Salmorán, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Serie Estudios Jurídicos Núm. 13, 2000, p. XIX.

²⁷⁹ *Op. Cit.*, p. 29.

El conflicto directo más tajante entre la teoría de Dworkin y la teoría jurídica del Post scriptum de Hart surge de su afirmación de que en cualquier orden jurídico habrá siempre ciertos casos jurídicamente no regulados en los cuales, en algún punto, el derecho no da ninguna solución en ningún sentido y el derecho es, consecuentemente, parcialmente indeterminado o incompleto. Por lo que en tal situación, el juez tiene que ejercer su discreción y crear derecho para el caso, en vez de aplicar meramente el derecho preexistente ya establecido, que a su vez, también confiere y constriñe sus poderes de creación del derecho.²⁸⁰

Si tomamos en consideración lo antes expuesto, llegaremos a la conclusión de que la teoría del "positivismo medido" que propone Hart, se aparta considerablemente del positivismo tradicional, contribuyendo de manera incalculable al avance de la filosofía jurídica y específicamente al tema de la decisión judicial. Ya que su postura de que los tribunales ejercen un poder discrecional limitado para resolver casos dejados no completamente regulados por el derecho, a provocado grandes discusiones intelectuales en el campo del derecho.

Además, no olvidemos que la jurisprudencia se convirtió en el derecho común europeo, que tuvo su decadencia con el surgimiento de los estados nación y, particularmente con el surgimiento del Código Civil Francés y Alemán, los cuales tenían gran contenido de esa ciencia común europea que era la jurisprudencia, obviamente con aportaciones inéditas y trascendentes para la construcción de sus sistemas jurídicos particulares. Puede decirse que dichas

²⁸⁰ *Ibidem*, p. 54.

codificaciones dieron inicio e influyeron en contenido en la codificación mundial, es por eso, que afirmamos que la jurisprudencia romana influyó en la mayor parte de los sistemas jurídicos, y por supuesto en el mexicano, aquí es donde encontramos sin duda la relación de la jurisprudencia romana con el sistema jurisprudencial mexicano, sin dejar de considerar la influencia casacionista francesa que también pertenece a la misma familia jurídica, y al sistema del *Common Law*.

Es evidente, que en nuestro país el Constituyente mexicano de 1824 fue un modelo de ideas republicanas y liberales, que generó instituciones trascendentales como el Estado federal, el gobierno republicano y el presidencialismo. Sin embargo, la estructura del Estado mexicano no fue original, sino que tuvo dos grandes influencias: la primera de ellas corresponde al sistema judicial que se transmitió materialmente de la Constitución de Cádiz (1812), que recoge el principio de la separación de poderes y, la segunda, respecto de la justicia constitucional observada por primera vez en la Constitución de los Estados Unidos de Norte América (1787).

En igual forma, el Poder Judicial que se desarrolló en México a partir de entonces, es producto de ambos sistemas, por un lado, del sistema judicial español y, por el otro, del *Common Law* estadounidense.²⁸¹

Es preciso, resaltar la influencia del *Common Law* en la jurisprudencia mexicana, Algunos doctrinarios, como Lucio Cabrera y Miguel Acosta Romero,

²⁸¹ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *La jurisprudencia en México*, Op. Cit., p. 48.

consideran que la jurisprudencia es una figura que llegó a México proveniente de la familia jurídica del *Common Law* y se transplantó a nuestro sistema jurídico.

Del mismo modo, la institución de la jurisprudencia ha sido considerada como verdadera fuente del derecho, incluso como fuente formal del mismo, aunque la mayoría de los autores coinciden en que la jurisprudencia es una verdadera fuente material del sistema jurídico. Por lo que es necesario mencionar algunos de ellos con los que compartimos su punto de vista, obviamente con pequeñas diferencias, como: Carré de Malberg, Lombarda Vallauri, Rafael Regina Villegas, Rafael de Pina, Miguel Villoro Toranzo, Hans Kelsen, Luis Recaséns Fiches, Ignacio Burgoa Orihuela, Carlos Arellano García, Genaro David Góngora Pimentel, Juventino V. Castro, Carlos de Silva, Miguel Acosta Romero y Alfonso Pérez Fonseca, *Inter alia*.

De ahí que, a la jurisprudencia de manera doctrinal se le equipare para efecto de su obligatoriedad, a la ley, y se le considere como una verdadera norma, aunque ya sabemos que sólo lo es de forma material, al producir dentro de sus límites legales más no constitucionales, las características de obligatoriedad, generalidad y abstracción.

Es por eso, que sostenemos que la jurisprudencia complementa el orden jurídico, primero por medio de la interpretación y después por la integración que hace el órgano jurisdiccional competente.

En general, se afirma que la legislación se actualiza cuando la jurisprudencia cumple las siguientes funciones: cuando la confirma, cuando la integra, cuando la interpreta y cuando la deroga.

Las normas jurídicas, tienen una multiplicidad de sentidos inevitables al interpretarlas, pero es importante, que el criterio sustentado por los tribunales al emitir jurisprudencia, debe de restringir a un mínimo, intentándose así el grado posible mayor de seguridad jurídica.

Para poder unificar la jurisprudencia, es necesario que sólo el más alto tribunal de la República, sea el competente para emitirla, ya que la practica nos ha hecho ver un sin número de jurisprudencias contradictorias, que demuestran la mala interpretación de los tribunales colegiados de circuito.

La jurisprudencia, es decir, la generalidad de la jurisprudencia, es una de las posibles vía para poder derogar la llamada formula Otero, la cual consideramos que ya cumplió su misión histórica, por lo que consideramos su aplicación como ilógica y antijurídica.

Muchas veces, si no empleamos una adecuada conjugación de los diversos métodos interpretativos lo que nos llevará a realizar una válida o correcta hermenéutica jurídica y superar así una visión sumamente reducida, consecuencia de la aplicación, con frecuencia defectuosa, de un sistema aislado de interpretación.

El juez al interpretar la ley y al emitir jurisprudencia, a veces interpreta exactamente la ley, pero en otras ocasiones rebasa esta principal función y crea una ley nueva, y por supuesto siempre crea una norma nueva cuando integra la ley.

La resolución de contradicción de tesis, es una competencia que debería corresponder a un tribunal casacionista no así a la Corte que funciona como tribunal constitucional. Me refiero a que no es competencia de un verdadero

tribunal constitucional, por lo que debe de dejar de conocer la Suprema Corte de esta materia, así como de la facultad de atracción.

De acuerdo a lo anteriormente dicho durante nuestra investigación, consideramos que la jurisprudencia en casos muy específicos que mencionamos, reúne las características de una norma general.

Es importante también, estar actualizando a los juzgadores que tienen competencia para emitir jurisprudencia, en la materia de Hermenéutica Jurídica, y Teoría General de la Interpretación de la Ley.

El ministro Juventino V. Castro²⁸², afirma que, en general el capítulo referente a la jurisprudencia en nuestra Ley de Amparo se encuentra mal estructurado y contiene contradicciones o particularidades no bien redactadas ni resueltas.

Es evidente que el sistema jurisprudencial de precedentes obligatorios para los órganos jurisdiccionales y para las partes establecido en la Ley de Amparo en el artículo 192, siguió el modelo casacionista. No el sistema que reconoce el modelo anglosajón.

En igual forma, también es importante señalar que la jurisprudencia que emiten las salas y los tribunales colegiados de circuito, puede tener criterios contradictorios, pero tales criterios han llenado los requisitos legales para considerarlos igualmente obligatorios, trayendo como resultado la existencia de dos verdades contrapuestas, lo cuál demuestra que el sistema jurisprudencial es imperfecto e ilógico y que por supuesto esto crea inseguridad jurídica.

²⁸² CASTRO, Juventino V., *Garantías y amparo*, 11ª. ed., México, Ed. Porrúa, 2000, p. 635.

Por medio de la interpretación de las normas generales, el Poder Judicial crea jurisprudencia, admitiendo por medio de ésta un sólo sentido, considerado como el correcto. Afirmamos que se trata de una ficción para mantener el ideal de la seguridad jurídica, en razón de que la norma jurídica tiene muchos sentidos.

No debemos olvidar que muchas veces se crea nuevo derecho por la vía de la interpretación auténtica, especialmente por los tribunales de última instancia, esto es un hecho bien conocido por todos los juristas.

Asimismo, Juventino V. Castro²⁸³ critica de forma acertada el sistema de interrupción de la jurisprudencia, al afirmar que es totalmente inverso al establecimiento de ella, difícilmente lograda, basta con un solo precedente eso si con la misma unanimidad o mayoría especial requerida para fincarla, para hacer cesar la obligatoriedad. Además, señala que la modificación de la jurisprudencia, la cual tiene que llevarse a cabo observándose las mismas reglas establecidas por la ley para su formación, no es otra cosa más que la formación de una nueva jurisprudencia.

Si tomamos en consideración lo antes expuesto, llegamos a comprobar que varios autores reconocen expresamente infinidad de excesos y defectos al emitir jurisprudencia y a la institución en sí y por si misma.

De la naturaleza misma de la jurisprudencia se infiere que ésta, aunque se origine en la tarea jurisdiccional de los órganos judiciales del Estado, presenta, en su esencia misma, los caracteres materiales del acto legislativo, sin ser, evidentemente, un conjunto de "leyes" en su sentido formal.

²⁸³ CASTRO, Juventino V., *Garantías y amparo*, Op. Cit., p. 640.

Considerando que la interpretación no debe ser únicamente un acto de conocimiento sino también de voluntad del juzgador, en razón, de que la tarea de lograr, a partir de la ley, la única sentencia correcta, es en esencial la misma que la de crear, dentro del marco constitucional, la única ley correcta. Así como no se puede obtener, partiendo de la Constitución, mediante interpretación, la única ley correcta, tampoco puede lograrse, a partir de la ley, por interpretación, la única sentencia correcta. Puede decirse que puede tener lugar una actividad cognoscitiva del órgano de aplicación, no se trataría de un conocimiento del derecho positivo, sino de otras normas que pueden desembocar aquí en el proceso de producción de derecho: normas morales, normas de justicia, juicios de valor sociales, etcétera, que se suelen denominar con rótulos tales como: "bien común", "interés del Estado", "progreso", etcétera.

Es evidente, que la ley y la jurisprudencia tienen una gran variedad de características análogas, lo que permite distinguir a la jurisprudencia como una verdadera norma jurídica, ya sea por medio de la interpretación y predominantemente por medio de la integración y sin lugar a dudas, como la segunda fuente de derecho en importancia dentro del orden jurídico positivo, mucho más aún que la costumbre, la doctrina y los principios generales del derecho.

La jurisprudencia mexicana esta pasando por una etapa de decadencia, por todas las consideraciones que hemos señalado durante nuestra investigación, y otra prueba de ello esta constituida por las figuras de modificación e interrupción del criterio jurisprudencial, que operan ya sea porque las normas jurídicas

aplicables no han sido comprendidas adecuadamente, por ineptitud del juzgador, o bien, porque en el caso concreto, se aplico el derecho deficientemente.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La Hermenéutica es la ciencia de la interpretación, que está básicamente centrada en tres puntos a saber: la interpretación, aclaración, y comprensión de textos. Como consecuencia de lo anterior, la Hermenéutica Jurídica por deducción se centra en la interpretación, aclaración y comprensión de la ley.

SEGUNDA.- La interpretación constituye el principal objetivo de la jurisprudencia, y consiste en explicar, poner en lenguaje común, dar el sentido de lo desconocido, esclarecer, a través de un método dialéctico y su correspondiente argumentación.

TERCERA.- En cuanto a la interpretación los individuos y en general la ciencia jurídica debe establecer un sentido, éstos porque tienen que acatar las normas jurídicas, y aquella porque tienen que describir el derecho positivo, y por tanto, tiene que interpretar sus normas.

CUARTA.- En toda interpretación no debemos prescindir de la intención o voluntad que quiso plasmar el legislador en la ley, pero tampoco debemos tomar únicamente tal voluntad para establecer el sentido de la ley, debemos recurrir a la razón práctica.

QUINTA.- Existen distintos sistemas de interpretación, entre los que podemos señalar, el auténtico, dogmático, conceptual, histórico, objetivo, subjetivo, sociológico, psicológico, pragmático, teleológico, sistemático, analógico, el de mayoría de razón, y el de *a contrario sensu*, *Inter alia*.

SEXTA.- Es imposible la supremacía de un sólo sistema de interpretación, más bien deberá emplearse según sea el caso práctico determinado método como referencia, sin exclusión de los demás, es decir, teniéndolos siempre presentes.

SÉPTIMA.- En lo que respecta a los diferentes sistemas de interpretación propios de cada escuela, en donde unas se basan en el dogma dejando fuera la posibilidad de una interpretación sociológica, y viceversa, unas toman en cuenta lo histórico, social, subjetivo, dejando sin posibilidad una construcción axiológica o dogmática, consideramos que para resolver las lagunas y contradicciones en el derecho es preciso adoptar un sistema de interpretación ecléctico.

OCTAVA.- La jurisprudencia es la primera ciencia en Europa Occidental, que nace por medio del modelo clásico de ciencia, que los romanos tomaron de los griegos (Aristóteles, *Segundos Analíticos*), cuyo proceso se reduce a una progresión que va desde: la observación, inducción de principios generales, deducción de nuevos principios a través de los ya establecidos, hasta llegar a la jurisprudencia como ciencia del derecho, esto llega a formar parte de un sistema práctico (*arts iudicanti*), es decir, el primer metalenguaje del derecho romano del cual se tuvo conocimiento.

NOVENA.- La jurisprudencia no es derecho romano, sino la ciencia que lo interpreta, es un metalenguaje.

DECIMA.- La cuna de la jurisprudencia la encontramos en el colegio de los pontífices y posteriormente en los jurisconsultos, quienes determinaban el derecho y sus alcances.

UNDÉCIMA.- La teoría surgida en el terreno del *Common Law* angloamericano, de que sólo los tribunales producen derecho, es tan relativa como la teoría surgida en el terreno del derecho legislado continental europeo, de que los tribunales no producen absolutamente ningún derecho, sino que sólo aplican un derecho ya creado.

DUODÉCIMA.- La *Equity* no sólo constituye un proceso complementario e integrador de la insuficiencia y defecto del *Common Law*, sino su principio básico de construcción. Los precedentes son las decisiones de casos análogos al examinado, contienen el derecho vigente de manera no codificada. La regla jurídica que atribuye fuerza jurídica a los precedentes judiciales y obliga a su observancia en todos los casos futuros similares se denomina doctrina del *stare decisis*.

DECIMOTERCERA.- La ley y la jurisprudencia son consideradas como "fuentes formales" del derecho, en atención a las características de los procesos por las que surgen, los cuales se encuentran revestidos de forma, sin las cuales, la ley o la jurisprudencia no pueden crearse.

DECIMOCUARTA.- La jurisprudencia judicial se equipara a la ley porque, aunque formalmente no lo es, lo es materialmente en cuanto posee los atributos esenciales de aquélla, que son la generalidad, la abstracción, obligatoriedad e imparcialidad.

DECIMOQUINTA.- La jurisprudencia en el sistema jurídico mexicano, entendida como la exacta interpretación de la ley, o la integración de ésta, por ese sólo hecho reúne y tiene las características de la ley. Asimismo, sin olvidar que la jurisprudencia es la ciencia del derecho, es decir, un metalenguaje, que interpreta no sólo a la ley, sino a todo el derecho en general, lo que constituye su amplitud y alcance por pura lógica.

DECIMOSEXTA.- Existen dos tipos de disposiciones generales, abstractas, impersonales y obligatorias diferentes a las que emite el Poder Legislativo: Las emanadas de los poderes (Ejecutivo y judicial), como lo son los reglamentos expedidos por el Poder Ejecutivo Federal y la jurisprudencia establecida por el Poder Judicial de la Federación, conocidas como normas legales en su aspecto "material".

DECIMOSÉPTIMA.- Bajo las apariencias de complementar el orden jurídico, por medio de la excusa de una exacta interpretación de la ley, los jueces suprimen la norma interpretada y la substituye por una norma nueva. Los tres poderes del Estado, solamente representan diferentes etapas del proceso por el cual el orden jurídico nacional es de acuerdo con sus propias prescripciones creado y aplicado.

DECIMO OCTAVA.- La eficacia de las normas jurídicas generales, en la realidad, no podrían producirse si no opera el proceso de concreción. Al grado de que la ley carecería de sentido si no existiera la posibilidad de la creación de derecho mediante el establecimiento, entre otras, de normas individualizadas por órganos del Estado, y en ello radica la importancia y trascendencia de la función jurisdiccional tanto desde el punto de vista material como formal.

DÉCIMONOVENA.- Atendiendo al sistema jurídico correspondiente a cada Estado, habrá de determinarse la fuerza que habrán de tener o no los precedentes, en los casos en que éste reconoce validez normativa a la jurisprudencia, es necesaria la conclusión en el sentido de que ésta puede ser fuente de derecho tanto material como formal.

VIGÉSIMA.- La jurisprudencia tiene como función central la interpretación del derecho, para determinar su significado y alcance *latu sensu*, y por tanto también a la ley que forma parte de él *strictu sensu*. Además, tiene otra función fundamental la de crear o construir el derecho con ocasión a los casos concretos que se someten al conocimiento de los tribunales.

VIGÉSIMOPRIMERA.- El juez, realiza siempre una función de creación, a veces vinculada a la norma y en ocasiones cuando hablamos de una función integradora no vinculada a ninguna norma. La jurisprudencia es por tanto, la reformulación de la norma general o particular, por lo que ésta reformulación, puede ser parcial, o total, como es el caso de la integración.

VIGÉSIMOSEGUNDA.- La jurisprudencia complementa el orden jurídico, primero por medio de la interpretación y después por la integración que hace el órgano jurisdiccional competente.

VIGÉSIMOTERCERA.- La jurisprudencia no se puede entender nada más como una mera función aplicativa de las normas generales a los casos concretos, sino que es necesario entenderla también como la creación o construcción del derecho cuando la ley es inexistente, omisa o deficiente. Es decir, que si no entendemos de esta manera a la jurisprudencia, los tribunales serían autómatas de la ley, o simplemente aplicadores mecánicos de la misma.

VIGÉSIMOCUARTA.- En cualquier orden jurídico habrá siempre ciertos casos jurídicamente no regulados en los cuales, en algún punto, el derecho no da ninguna solución en ningún sentido y el derecho es, consecuentemente, parcialmente indeterminado o incompleto. Por lo que en tal situación, el juez tiene que ejercer su discreción y crear derecho para el caso, en vez de aplicar meramente el derecho preexistente ya establecido, que a su vez, también confiere y constriñe sus poderes de creación del derecho.

VIGÉSIMOQUINTA.- El juez debe aplicar la norma abstracta y convertirla en otra norma concreta, distinta de la anterior, y en casos muy específicos cuando hay inexistencia, imperfección, silencio, oscuridad o simplemente insuficiencia del derecho, tendrá que integrarla y por tal motivo crear una nueva norma que inicia siendo individual, pero que adquiere el carácter de general cuando se aplica a los demás casos posteriores, considerados análogos o similares.

VIGÉSIMOSEXTA.- La jurisprudencia puede tener tres posiciones diferentes respecto a la ley; en el primero, de subordinación, en cuyo caso el juez sólo interpreta la ley para lograr su aplicación al caso concreto; el segundo, de igualdad relativa, cuando se trata de llenar el vacío legal, puesto que en tal caso el juez se aproxima mucho a la función del legislador; en el tercero, la jurisprudencia puede situarse por encima de la ley y contravenirla, cuando un órgano jurisdiccional facultado para ello la declara inconstitucional. En resumen, la jurisprudencia es una auténtica norma jurídica, pues su obligatoriedad emana directamente de la Constitución.

VIGESIMOSEPTIMA.- Por medio de la interpretación de las normas generales, el Poder Judicial crea jurisprudencia, admitiendo por medio de ésta un

sólo sentido, considerado como el correcto. Afirmamos que se trata de una ficción para mantener el ideal de la seguridad jurídica, en razón de que la norma jurídica tiene muchos sentidos.

VIGÉSIMAOCTAVA.- Podemos afirmar, que la jurisprudencia mexicana está en constante decadencia debido a los excesos y defectos que en ciertos casos se comenten al emitirla y además por la misma regulación deficiente de la institución.

BIBLIOGRAFÍA

ABBAGNANO, Nicola, *Diccionario de Filosofía*, Trad. de Alfredo N. Galletti, 13ª. reimpresión, México, Ed. Fondo de Cultura Económica, 1996.

ACOSTA ROMERO, Miguel y Alfonso Pérez Fonseca. *Derecho jurisprudencial mexicano*, México, Ed. Porrúa, 1998.

ARELLANO GARCÍA, Carlos, "La jurisprudencia de los tribunales colegiados de circuito", *REVISTA JURÍDICA*, Villahermosa, Tabasco, Núm. 003, Nueva época, publicación trimestral, septiembre, 1995.

ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*, México, Editores Unidos, 1999.

_____, *Tratados de Lógica (El Organon)*, 9ª. ed., México, Ed. Porrúa, "Sepan Cuantos...", N. 124, 1993.

ARTEAGA NAVA, Elisur y Laura Trigueros Gaisman, *Diccionarios jurídicos temáticos*, Derecho constitucional, México, Oxford, Volumen 2, 2002.

ASCOLI, Max, *La interpretación de las leyes, ensayo de filosofía del derecho*, Trad. Ricardo Smith, Cordoba, Buenos Aires, Ed. Losada, 1946.

ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 134, 2003.

BAQUEIRO ROJAS, Edgard, *Diccionarios jurídicos temáticos, Derecho civil*, México, Ed. Oxford, Volumen 1, 2002.

BETTI, Emilio. *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Ed. Revista de derecho privado, Madrid, 1975.

BOEHMER, Gustav, *El derecho a través de la jurisprudencia. Su aplicación y creación*, trad. José Puig Brutau, Barcelona, España, Ed. Bosch, 1952.

BRAGE CAMAZANO, Joaquín, *La acción de inconstitucionalidad*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Serie G: Estudios Doctrinales, Núm. 191, 1998.

BURGOA O., Ignacio. *El Juicio de amparo*, México, Ed. Porrúa, 1990.

_____, *Diccionario de derecho constitucional, garantías y amparo*, 6ª. ed., México, Ed. Porrúa, 2000.

_____, *Derecho constitucional mexicano*, 16ª. ed., México, Ed. Porrúa, 2003.

CALVO VIDAL, Felix M., *La jurisprudencia ¿Fuente del Derecho?*, Valladolid, España, Ed. Lex Nova, 1992.

CARNELUTTI, Francesco, *Metodología del derecho*, trad. Ángel Osorio, 2ª. ed., Madrid, Ed. Colofón, 2000.

CARPIZO, Jorge, *Estudios constitucionales*, 7ª. ed., México, Ed. Porrúa, UNAM, 1999.

CASTRO Y CASTRO, Juventino V., *La posible facultad del Poder Judicial para iniciar leyes*, México, SCJN, 2000.

_____, *Garantías y amparo*, 11ª. ed., México, Ed. Porrúa, 2000.

CHÁVEZ CASTILLO, Raúl, *Diccionarios jurídicos temáticos*, Juicio de amparo, México, Oxford, Volumen 7, 2002.

CICERÓN, Marco Tulio, *De la invención retórica*, Trad. Bulmaro Reyes Corina, México, UNAM, 1997.

CIRNES ZÚÑIGA, Sergio H., *Diccionarios jurídicos temáticos*, criminalística y ciencias forenses, México, Oxford, Volumen 6, 2002.

CISNEROS FARIAS, Germán, *Diccionario de frases y aforismos latinos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Serie Estudios Jurídicos, número 51, 2003.

_____, *La interpretación de la ley*, 3ª. ed., México, Ed. Trillas, 2001.

CORDECH, Pablo Salvador. *La compilación y su historia*. Barcelona, Ed. Bosch, 1985.

CUERPO DEL DERECHO CIVIL ROMANO, trad. Kriegel, Hermann y Osengrüggen y por D. Idefonso L. García del corral, Primera Parte, INSTITUTA.-DIGESTO, Barcelona, Ed. Lex Nova, Número 287, 1889

DÁVILA ESCAREÑO, Ángel, *La competencia jurídico-política de la Corte en las controversias constitucionales*, México, UNAM, Tesis de Maestría en Derecho, 2002.

_____, "Controversia constitucional". México, Universidad Autónoma de Zacatecas, REVISTA VÍNCULO JURÍDICO, Núm. 52 Octubre-Diciembre, 2002, pp. 21-32.

_____, "La defensa constitucional, principios y formas de control", México, Universidad Autónoma de Campeche, REVISTA REALIDAD JURÍDICA, No. 1 Enero-Marzo, 2004.

_____, "La defensa constitucional", México, Universidad Autónoma de Zacatecas, REVISTA VÍNCULO JURÍDICO, Núm. 58 Abril-Junio, 2004.

D' AMELIO, Mariano, *Nuevo Digesto Italiano*, Tomo VII; Ed. Unión. 1985.

DEHESA DÁVILA, Gerardo, *Etimología jurídica*, 2ª. ed., México, Poder Judicial de la Federación (Suprema Corte de Justicia de la Nación), Coordinación General de Sistematización y Compilación de Tesis, 2004.

DE LA CUEVA, Mario, *El humanismo jurídico*, México, UNAM, Ed. Fondo de Cultura Económica, 1994.

_____, *Teoría de la Constitución*, México, Ed. Porrúa, 1982.

DOMÍNGUEZ, Luz María, *Significado normativo de la jurisprudencia: ¿Ciencia del derecho o decisión judicial?*, Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, 1984.

DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. Marta Guastavino, Barcelona, España, Ed. Planeta-Agostini, 1993.

ECO, Humberto, *Como se hace una tesis. Técnicas y procedimientos de investigación, estudio y escritura*, trad. Lucía Baranda, et. al., 22ª. ed., España, Ed. Gedisa, (col. Libertad y cambio), 1998.

ELIZONDO GASPERÍN, María Macarita, *Diccionarios jurídicos temáticos, derecho procesal*, 2ª. ed., México, Colegio de Profesores de Derecho Procesal Facultad de Derecho de la UNAM, Oxford, Volumen 4, 2002.

FIORE, Pascuales, *De la irretroactividad u interpretación de las leyes*, trad. Enrique Aguilera de Paz, 3ª. ed., Madrid, Ed. Reus, 1927.

FIX-ZAMUDIO, Hector, *La justicia constitucional en América Latina, El constitucionalismo en las postrimerías del siglo XX*, colaboraciones extranjeras y nacionales, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, UNAM, Tomo IV, 1989.

_____, *Metodología, docencia e investigación jurídicas*, 10ª. ed., México, Ed. Porrúa, 2002.

_____, "Las recientes reformas en materia de control constitucional en México", *Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense*, Madrid, curso 1989-1990.

_____, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, 2ª. ed., México, Ed. Porrúa, UNAM, 2001.

FLORIS MARGADANT, Guillermo, *El derecho privado romano*, 19ª. ed., México, Ed. Esfinge, 1993.

FROSINI, Vittorio, *Teoría de la interpretación jurídica*, trad. Jaime Restrepo, Bogotá, Ed. Temis, 1991.

GALVAN RIVERA, Flavio. "La jurisprudencia en México". Coordinación Académica de Derecho Procesal, Tribunal Federal Electoral, Centro de Capacitación, México, 1995.

GARCÍA GARRIDO, Manuel J. "Jurisprudencia romana y jurisprudencia actual".

Nº 2, Colombia, junio 1985.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Lógica del raciocinio jurídico*, México, Ed. Fontamara, 1994.

_____, *Introducción al estudio del derecho*, 32ª. ed., México, Ed. Porrúa, 1980.

_____, *Introducción a la lógica jurídica*, 9ª. ed., México, Ed. Colofón, 2004.

GÉNY, Francisco, *Método de interpretación y fuentes del derecho privado positivo*, 2ª. ed., Madrid, Ed. Reus, 1952.

GÓMEZ LARA, Cipriano. "*Algunas consideraciones sobre las lagunas jurídicas con especial referencia a lagunas en derecho público*", s.a.

GÓNGORA PIMENTEL, Genaro, *Introducción al estudio del juicio de amparo*, 7ª ed., México, Ed. Porrúa, 1999.

GONZALEZ OROPEZA, Manuel, "La interpretación jurídica en México", ISONOMÍA, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, De. Fontamara, ITAM, Nº5, México, 1996.

GUASTINI, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación*, trad. Marina Gascón y Miguel Carbonell, 2ª. ed., México, Ed. Porrúa, 2000.

GUDIÑO PELAYO, José de Jesús, "*La justicia federal al final del milenio*", conferencia, México, SCJN, 10 de julio de 1999.

GUERRA AGUILERA, José Carlos, "Apuntes sobre la jurisprudencia mexicana". En Revista Michoacana de Derecho Penal.

H. L. A. HART, *Post scriptum al concepto de derecho*, Trad. Rolando Tamayo y Salmorán, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Serie Estudios Jurídicos Núm. 13, 2000.

HECK, Philipp, *El problema de la creación del derecho*, Trad. Manuel Entenza, Granada, España, Ed. Comares, Colección Crítica del Derecho, 1999.

HENRY MERRYMAN, John, *La tradición jurídica romano-canónica*, trad. Eduardo L. Suárez, 3ª. reimpresión, México, Ed. Fondo de Cultura Económica, 1997.

KELSEN, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, Trad. Eduardo García Máynez, 2ª. ed., México, UNAM, 1995.

_____, *Teoría pura del derecho*, trad. Roberto J. Vernengo, 12ª. ed., México, Ed. Porrúa, 2002.

LÓPEZ RUIZ, Miguel, *Elementos para la investigación, metodología y redacción*, 3ª. ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1998.

LUHMANN, Niklas. *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, trad. Ignacio de Otto Pardo, Madrid, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, *La senda de la jurisprudencia romana*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 32, 2000.

_____, *El renacimiento medieval de la jurisprudencia romana*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 109, 2002.

MARQUÉZ ROMERO, Raúl, *"Criterios editoriales para la presentación de originales al departamento de publicaciones del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM"*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1999.

MARTÍNEZ MORALES, Rafael I., *Diccionarios jurídicos temáticos, Derecho administrativo*, 2ª ed., México, Oxford, Volumen 3, 2002.

MEDINA LOZANO, Luis, *Métodos de investigación I-II*, 2ª. ed., México, SEP, 1994.

MÉXICO, SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *La jurisprudencia en México*, México, Colaboradores: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Coordinación General de Sistematización de Tesis, Dirección General del Semanario Judicial de la Federación, Unidad de Divulgación de la Cultura Jurídica y los Ministros, 2002.

MÉXICO, SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Manual del juicio de amparo*, 2ª. ed., México, Ed. Themis, 1995.

NORIEGA, Alfonso, *Lecciones de amparo*, 3ª. ed., México, Ed. Porrúa, tomo II, 1991.

NUEVO DIGESTO ITALIANO, Mariano D'Amelio, T. VIII, Ed. Unión Tipográfica Torinese, 1938.

OVALLE FAVELA, José, *"La sentencia estructura lógica y principios"*. Conferencia por el S. T. J. del D.F., 1984.

PALOMAR DE MIGUEL, Juan, *Diccionario para juristas*, México, Ed. Porrúa, Tomo II, 2000.

PÉREZ FONSECA, Alfonso, *Excesos y defectos de la jurisprudencia federal en el marco de las leyes estatales*, tesis doctoral, México, 1997.

PLATÓN, *Diálogos*, México, Editores Mexicanos Unidos, 1999.

_____, *Las leyes*, trad. Francisco Larroyo, 6ª. Ed., México, Ed. Porrúa, Colección Sepan Cuantos, Núm. 139, 1998.

PONCE DE LEÓN ARMENTA, Luis, *Metodología del derecho*, 7ª. ed., México, Ed. Porrúa, 2002.

POUND, Roscoe, *El espíritu del "Common Law"*, Trad. de José Puig Brutau, s.e., Barcelona, Ed. Bosch, s.a.

PRIETO SANCHIS, Luis, *Ideología e interpretación jurídica*, [s.l.i.]; [s.a.]; Ed. Tecnos, [s.p.].

PUIG BRUTAU, José, *"La jurisprudencia como fuente del derecho"*. Bosch Casa Editores-Urgel, Barcelona, España, s.a.

RAHAIM MANRÍQUEZ, Salomón, *Compendio de Filosofía*, 5ª. ed., México, Ed. Limusa, 1989.

RAZ, Joseph, *¿Por qué interpretar?*, vid. en VÁZQUEZ, Rodolfo, Compilador, *Interpretación jurídica y decisión judicial*, 3ª. ed., México, Ed. Fontamara, Doctrina Jurídica Contemporánea, 2002, pp. 39-56.

_____, *"¿Por qué interpretar ?"*, ISONOMÍA, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, México, Ed. Fontamara, ITAM, N° 5, 1996.

RECÁSEN SICHES, Luis, *Filosofía del derecho*, 16ª. ed., México, Ed. Porrúa, 2002.

RODRIGUEZ PANIAGUA, José María, *Ley y derecho*. Madrid, Ed. Tecnos, 1976.

RODRÍGUEZ PUERTO, Manuel Jesús, *La modernidad discutida (Iurisprudentia frente a iusnaturalismo en el siglo XVI)*, s.e., Universidad de Cádiz, s.a.

SÁNCHEZ BRINGAS, Enrique, *Derecho constitucional*, 3ª. ed., México, Ed. Porrúa, 1998.

SÁNCHEZ CORDERO, Olga, "*La jurisprudencia y su aplicación retroactiva*", Barra Mexicana de Abogados, México, s.a.

SILVA, Carlos de, *La jurisprudencia, interpretación y creación del derecho*, vid. Vázquez, Rodolfo, Compilador, *Interpretación jurídica y decisión judicial*, 3ª. ed., México, Ed. Fontamara, Doctrina Jurídica Contemporánea, 2002, pp. 137-156.

SIRVENT GUTIÉRREZ, Consuelo, *Sistemas jurídicos contemporáneos*, México, Ed. Porrúa, 2000.

SOLER, Sebastián. *Interpretación de la ley*, 2ª. ed., Barcelona, Ediciones Ariel, 1962.

TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *La ciencia del derecho y la formación del ideal político*, México, UNAM, 1989.

_____, *Elementos para una teoría general del derecho*. Ed. Themis, México, 1996.

_____, *Razonamiento y argumentación jurídica. El paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 121, 2003.

TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes fundamentales de México 1808-1995*, 19ª. ed., México, Ed. Porrúa, 1995.

_____, *Derecho constitucional mexicano*, 35ª. ed., México, Ed. Porrúa, 2003.

VILLORO TORANZO, Miguel, *Historia y dogmática jurídicas como técnicas de interpretación del artículo tercero constitucional*, México, Secretariado Nacional de Educación y Cultura, 1964.

WITKER, Jorge, *Como elaborar una tesis de grado en derecho*, 2ª. ed., México, Ed. Pac, 1986.

WRÓBLEWSKI, Jersy, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, trad. Arantxa Azurza, España, Ed. Civitas, 1988.

XÍRAU, Ramón, *Introducción a la historia de la Filosofía*, México, Ed. Limusa, 2000.

ZERTUCHE GARCÍA, Héctor Gerardo. *La jurisprudencia en el sistema jurídico mexicano*. 2ª ed., México, Ed. Porrúa, 1992.

HEMEROGRAFÍA

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. 19ª. ed., V. IV, Real Academia Española, Ed. Espalsa Calpe, 1981.

DICCIONARIO JURÍDICO, Desarrollo Jurídico Profesional Derechos Reservados, México, disco compacto, 2000.

DICCIONARIOS JURÍDICOS TEMÁTICOS, Derecho procesal, 2 ed., México, Colegio de profesores de derecho procesal facultad de derecho de la UNAM, Oxford, Volúmenes 1-6, 2002.

MÉXICO, PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Épocas del Semanario Judicial de la Federación*, 2ª. ed., Coordinación General de Compilación y Sistematización de Tesis, 2001.

MÉXICO, PROYECTO DE LA LEY DE AMPARO REGLAMENTARIA DE LOS ARTÍCULOS 103 Y 107 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, SCJN, 2000.

MÉXICO, PROYECTO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DE LA LEY DE AMPARO REGLAMENTARIA DE LOS ARTÍCULOS 103 Y 107 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS

MEXICANOS, SCJN, Coordinación General de Compilación y Sistematización de Tesis, 2001.

MÉXICO, SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, Creado por decreto el 8 de diciembre de 1870.

MÉXICO, SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN Y SU GACETA, *Contradicción de tesis 5/97*, Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, Febrero de 2001, Ponente: Ministro, Olga Sánchez Cordero.

LEGISLACIÓN

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS COMENTADA, 14ª. ed., México, Ed. Porrúa, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo I, UNAM, 1999.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS COMENTADA, 14ª. ed., México, Ed. Porrúa, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo II, UNAM, 1999.

LEY DE AMPARO REGLAMENTARIA DE LOS ARTÍCULOS 105 Y 107 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

LEY DE AMPARO COMENTADA, por Alberto del Castillo del Valle, 4ª. ed., México, Ediciones Jurídicas Alma, 2002.

LEY DE AMPARO, Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y Código Federal de Procedimientos Civiles, 1ª. Reimpresión, México, Ed. Pac, 1998.

LEY ORGÁNICA DE LOS TRIBUNALES AGRARIOS.

LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN.

LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA.

LEY DEL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL DISTRITO FEDERAL.

LEY REGLAMENTARIA DE LAS FRACCIONES I Y II DEL ARTÍCULO 105 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

BIBLIOGRAFÍA AUTOMATIZADA

MÉXICO, PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Jurisprudencia y tesis aisladas 1917-2000, Ius 2000*, 10ª. Versión, 2 CD, Coordinación General de Compilación y Sistematización de Tesis.

_____, Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Jurisprudencia y tesis aisladas, Ius 2003*, 2 CD, junio 1917-marzo 2003.

_____, Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Jurisprudencia y tesis aisladas, Ius 2004*, 2 CD, junio 1917-junio 2004.