



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y AMPARO

“INTERPRETACIÓN JURÍDICA Y LA CONSTITUCIÓN
POLÍTICA MEXICANA”

T E S I S

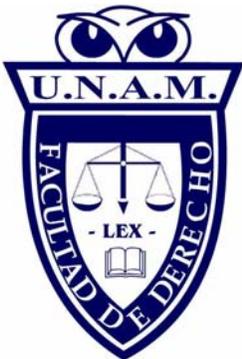
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

ENRIQUE CUAUHTÉMOC MENDIETA BRITO

ASESORA: LIC. ROSA MARÍA GUTIÉRREZ ROSAS



CIUDAD UNIVERSITARIA.

2008



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A mi madre, por la parte de su vida y amor que me ha entregado incondicionalmente.

A mi padre, por sus consejos y regaño; y sobre todo por ese amor inmenso que me acompaña todos los días.

A Cristóbal, Alejandra, Ulises y Marlen, por todas las felices experiencias que hemos compartido dentro de nuestra gran familia.

A mi abuela Sabina y abuelo Alejandro por su cariño y ejemplo.

A mis tías y tíos que tanto admiro, quienes con sus actos me han enseñado que el trabajo y la honestidad son las bases del éxito.

A Norma, por su amor y comprensión.

A Domy, Damian, Flor, Gerardo, Mabe, Daniel, Maribel, Giovanni, Oriana, Luis, Renata, Miguel y Víctor, por permitirme ser parte de su familia.

A la Universidad Nacional Autónoma de México por darme los conocimientos y la educación para obtener una vida mejor.

A mis Maestros de la Facultad de Derecho y del Colegio de Ciencias y Humanidades plantel Oriente, por enseñarme a pensar y venerar el conocimiento.

A la Lic. Rosa María Gutierrez Rosas, por sus consejos y dirección en la elaboración de este trabajo.

A la Dra. Gloria Moreno Navarro, con mucho cariño por su apoyo y oportunidades brindadas.

Al Lic. Edmundo Elías Musi, Director del Seminario de Derecho Constitucional y Amparo, y a su equipo de trabajo, por todas las facilidades y atenciones brindadas.

A mis amigos del Sindicato Nacional de Trabajadores del INFONAVIT, por los apoyos en la realización de este trabajo.

A todos aquellos que han luchado por el principio de educación gratuita.

INDICE

INTERPRETACIÓN JURÍDICA Y LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA MEXICANA

INTRODUCCIÓN	I
--------------------	---

CAPÍTULO 1. LA CIENCIA CONSTITUCIONAL

1.1. TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN

1.1.1. Hans Kelsen y la constitución del orden jurídico	1
1.1.1.1. La jerarquía de las normas	1
1.1.1.2. El sentido material de la constitución	2
1.1.1.3. El sentido formal de la constitución	4
1.1.2. Ferdinand Lassalle y la constitución real	5
1.1.2.1. ¿Qué es una constitución?	5
1.1.2.2. Ley y constitución	6
1.1.2.3. El fundamento y la ley de necesidad	7
1.1.2.4. Los factores reales del poder	8
1.1.2.5. La constitución jurídica o escrita	9
1.1.3. Carl Schmitt y el decisionismo	10
1.1.3.1. El concepto “decisionista” de constitución	10
1.1.3.2. El poder constituyente	12



1.4.1.	Herman Heller y la Teoría del Estado	13
	1.1.4.1. La constitución política como realidad social.....	13
	1.1.4.2. La normalidad normada.....	15
	1.1.4.3. Postulado de la previsibilidad de las relaciones sociales.....	17
	1.1.4.4. La constitución jurídica destacada.....	18
	1.1.4.5. La constitución escrita	19
	1.1.4.6. El intento de la unificación del concepto jurídico y político de constitución	20
1.1.5.	El constitucionalismo científico	21

1.2. DIMENSIONES DEL FENOMENO CONSTITUCIONAL

1.2.1.	Concepto jurídico de constitución	24
	1.2.1.1. La práctica y ciencia del derecho	24
	1.2.1.2. El carácter dogmático de la ciencia jurídica.....	25
	1.2.1.3. La dogmática constitucional	26
	1.2.1.4. Orden jurídico	26
	1.2.1.5. La constitución como derecho	29
	1.2.1.6. La constitución como norma escrita.....	31
	1.2.1.7. La supremacía de la constitución.....	32
1.2.2.	Concepto político de constitución	34
	1.2.2.1. El hecho político.....	34
	1.2.2.2. La Ciencia Política.....	36
	1.2.2.3. La corriente jusnaturalista.....	38
	1.2.2.4. La corriente empírica – histórica	39
	1.2.2.5. Objeto de la Ciencia Política	42
	1.2.2.6. Derecho y poder	43
	1.2.2.7. La esencia de la constitución del Estado	43

1.2.3. Concepto axiológico de constitución	46
1.2.3.1. Planteamiento	46
1.2.3.2. La seguridad.....	47
1.2.3.3. Los requisitos de la seguridad jurídica	47
1.2.3.4. La justicia	51
1.2.3.5. Legalidad y Legitimidad	53
1.2.3.6. En busca de un principio moral fundamental	54
1.2.3.7. El <i>Logos</i> dador de sentido.....	55
1.2.3.8. La democracia.....	57

1.3. CONTENIDOS DE LOS DOCUMENTOS CONSTITUCIONALES

1.3.1. Planteamiento	59
1.3.2. Estado de derecho y constitución.....	60
1.3.2.1. El Gobierno de la Ley	60
1.3.2.2. El Estado democrático de derecho	62
1.3.2.3. Estado de derecho y constitución	63

CAPÍTULO 2. LAS CONCEPCIONES DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

2.1. LA CIENCIA JURÍDICA

2.1.1. El saber sobre el derecho	65
2.1.2. La jurisprudencia	66
2.1.2.1. La <i>prudencia</i>	66
2.1.2.2. La <i>prudencia iuris</i>	66



2.1.2.3. Génesis y evolución.....	68
2.1.2.4. La jurisprudencia como <i>Scientia iuris</i>	70
2.1.2.5. La experiencia jurídica.....	71
2.1.2.6. Nomina iuris y definiciones.....	72
2.1.3. Objeto.....	75
2.1.3.1. La norma como objeto de la ciencia jurídica.....	75
2.1.3.2. Las funciones de la ciencia jurídica.....	77
2.1.4. La dogmática jurídica.....	80
2.1.4.1. La resonancia negativa de la palabra «dogmática».....	80
2.1.4.2. Carácter dogmático de la ciencia jurídica.....	80
2.1.4.3. La idea de completitud del derecho.....	83

2.2. LA TÉCNICA JURÍDICA

2.2.1. Noción de Técnica Jurídica.....	85
2.2.1.1. Concepto de técnica.....	85
2.2.1.2. Elementos de la técnica jurídica.....	85
2.2.2. Problemas de interpretación e integración de la ley.....	86
2.2.2.1. El “caso difícil”.....	86
2.2.2.1.1. La discrecionalidad judicial.....	87
2.2.2.1.2. Dworkin y la única respuesta correcta.....	87
2.2.2.2. La Interpretación.....	90
2.2.2.2.1. El origen.....	90
2.2.2.2.2. Lenguaje objeto.....	91
2.2.2.2.3. La interpretación jurídica.....	92
2.2.2.2.4. El material jurídico y su interpretación.....	93
2.2.2.2.5. La interpretación positiva.....	93
2.2.2.2.6. La interpretación doctrinal.....	95

2.2.2.3. Integración	96
2.2.2.4. Operaciones lógicas para resolver los problemas de interpretación e integración.....	97
2.2.2.4.1. <i>A contrario sensu</i>	97
2.2.2.4.2. <i>A simile ad simile</i>	100
2.2.2.4.3. <i>A maiore ad minus</i>	101
2.2.2.4.4. <i>A minore ad maius</i>	101
2.2.2.4. Papel de la costumbre y la equidad	102
2.2.2.4.1. La costumbre.....	102
2.2.2.4.2. La equidad	103
2.2.2.5. La analogía.....	104
2.2.2.6. Principios generales del derecho	108
2.2.2.6.1. Planteamiento.....	108
2.2.2.6.2. Principios y reglas interpretativas para la decisión judicial.....	109
2.2.2.6.3. Los principios como normas sociales de ordenación.....	110
2.2.2.6.4. Teoría de los principios de Dworkin.....	111

2.3. LAS ESCUELAS DE INTERPRETACIÓN

2.3.1. Escuela de los Glosadores	113
2.3.1.1. Contexto	113
2.3.1.2. Características	114
2.3.1.3. Importancia.....	116
2.3.1.4. Los comentaristas o postglosadores	116
2.3.2. Escuela de la exégesis	118
2.3.2.1. Contexto	118
2.3.2.2. Características	119
2.3.2.3. Importancia.....	120
2.3.2.4. Crítica.....	121

2.3.3.	Escuela histórica Alemana	121
	2.3.3.1. Contexto.....	121
	2.3.3.2. Características.....	121
	2.3.3.3. Importancia.....	123
	2.3.3.4. Crítica.....	123
2.3.4.	Escuela científica francesa	124
	2.3.4.1. Contexto.....	124
	2.3.4.2. Características.....	125
	2.3.4.3. Importancia.....	127
	2.3.4.4. Crítica.....	128
2.3.5.	Escuela del Derecho Libre	128
	2.3.5.1. Contexto.....	128
	2.3.5.2. Características.....	129
	2.3.5.3. Importancia.....	130
	2.3.5.4. La Crítica.....	131
2.3.6.	Escuela sociológica del derecho	131
	2.3.6.1. Contexto.....	131
	2.3.6.2. Características.....	132
	2.3.6.3. Importancia.....	134
	2.3.6.4. La Crítica.....	134
2.3.7.	Realismo jurídico	134
	2.3.7.1. Contexto.....	134
	2.3.7.2. Características.....	135
	2.3.7.3. Importancia.....	136
	2.3.7.4. Crítica.....	136
2.3.8.	Escuela analítica	137
	2.3.8.1. Contexto.....	137
	2.3.8.2. Características.....	138
	2.3.8.3. Importancia.....	140
	2.3.8.4. Crítica.....	140



2.3.9.	La argumentación jurídica	141
---------------	--	------------

2.4. LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

2.4.1.	La necesidad de la argumentación jurídica.....	142
2.4.2.	La decisión judicial.....	143
2.4.3	Teorías de la argumentación jurídica.....	147
2.4.3.1	El silogismo judicial.....	147
2.4.3.2.	La tónica jurídica.....	150
2.4.3.2.1.	Contexto.....	150
2.4.3.2.2.	Características.....	151
2.4.3.2.3.	Importancia.....	153
2.4.3.2.4.	Critica.....	153
2.4.3.3.	La nueva retórica.....	153
2.4.3.3.1.	Contexto.....	153
2.4.3.3.2.	Características.....	154
2.4.3.3.3.	Importancia.....	156
2.4.3.3.4.	Critica.....	157
2.4.3.4.	La equidad como sistema de interpretación.....	158
2.4.3.4.1.	Contexto.....	158
2.4.3.4.2.	La ofensiva contra el uso indebido de la lógica tradicional en la interpretación del derecho.....	160
2.4.3.4.3.	Análisis de la lógica de lo razonable.....	162
2.4.3.4.4.	Características.....	164
2.4.3.5.	La teoría integradora.....	166
2.4.3.5.1.	Justificación deductiva.....	167
2.4.3.5.2.	Presupuestos y límites de la justificación deductiva.....	169
2.4.3.5.3.	La justificación de los casos difíciles.....	171



2.4.3.6. El discurso racional	174
2.4.3.6.1. Argumentación jurídica y razón práctica.....	174
2.4.3.6.2. Los supuestos básicos de la teoría de la argumentación jurídica.	175
2.4.3.6.3. La teoría del discurso de Habermas	176
2.4.3.6.4. El discurso jurídico como caso especial del discurso práctico general	179
2.4.3.6.5. La teoría procedimental.....	179
2.4.3.6.6. Las reglas y formas del discurso práctico general	180
2.4.3.6.7. Los límites del discurso práctico general	185
2.4.3.6.8. La idea regulativa de la única respuesta correcta	187

CAPÍTULO 3. INSTITUCIONES Y FUNCIONES DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA, POLÍTICA Y ÉTICA SOBRE LA CONSTITUCIÓN MEXICANA.

3.1. MODELO DE ANÁLISIS DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL.

3.1.1. Particularidades de la interpretación constitucional.....	189
3.1.1.1. Los elementos de la constitución como consideraciones para su interpretación	189
3.1.1.2. Consideraciones Jurídicas.	190
3.1.1.2.1. El formalismo jurídico.....	190
3.1.1.2.2. La calidad de las normas constitucionales	192
3.1.1.2.3. Crítica a la concepción formalista	194
3.1.1.3. Especialidad de la Interpretación Jurídica	196
3.1.1.4. Las consideraciones políticas	197
3.1.1.4.1. Planteamiento	197
3.1.1.4.2. Objeciones a la discrecionalidad de los jueces.....	198

3.1.1.4.3. La tesis de los derechos y los principios	199
3.1.1.4.4. Los principios teórico-políticos. (Tipos de Estado y forma de gobierno).....	201
3.1.1.5. Las consideraciones sociales	208
3.1.1.5.1. Interpretación conforme a principios	208
3.1.1.5.2. La legitimación del poder a través de la seguridad jurídica.....	210
3.1.1.5.3. Los principios como derechos (Justicia y prudencia).....	213
3.1.1.5.4. La ponderación	215
3.1.1.5.5. La «constitución a detalle»	219
3.1.2. Funciones	220
3.1.2.1. Orientación.....	220
3.1.2.2. Aplicación	221
3.1.2.2.1. La interpretación Positiva.....	222
3.1.2.2.2. Interpretación Auténtica de la Constitución	223
3.1.2.2.3. El carácter provisional de la interpretación positiva	225
3.1.2.3. Control.....	226
3.1.2.3.1. Concepto de «control de la constitucionalidad».....	226
3.1.2.3.2. Instituciones y control de la constitucionalidad	229
3.1.2.3.3. Sistemas de control de la constitucionalidad.....	232
3.1.2.3.4. Principios y el control de la constitucionalidad	233
3.1.2.3.5. Límites a la interpretación de la constitución.....	235
3.1.3. Sujetos.....	238
3.1.3.1. Instituciones.....	238
3.1.3.2. Doctrinarios.....	242

3.2. ANTECEDENTES

3.2.1. Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824.....	244
--	-----



3.2.2. Las Bases Constitucionales (1835–1836) y las Bases Orgánicas de 1843	248
3.2.2.1. Las Bases Constitucionales (1835 – 1836)	250
3.2.2.2. Bases Orgánicas de la República Mexicana (1843)	251
3.2.3. El Acta Constitutiva y Reforma de 1847	252
3.2.4. La Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1857	256
3.2.4.1. La Revolución de Ayutla	256
3.2.4.2. El Constituyente de 1856-1857	257
3.2.4.3. Contenido	257
3.2.5. La Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1917	260
3.2.5.1. Leyes preconstituyente	262
3.2.5.2. Contenido	263
3.2.6. Interpretación constitucional entre 1917 y 1994	266
3.2.6.1. El periodo constitutivo (1917-1927).....	266
3.2.6.2. El periodo liberal (1928-1934)	274
3.2.6.3. El periodo socialista (1934-1940).....	279
3.2.6.4. El periodo estatista (1940-1994)	284

3.3. LA ACTUALIDAD

3.3.1. Reformas constitucionales de 1994	295
3.3.2. Funciones	296
3.3.2.1. Orientación.....	296
3.3.2.2. Aplicación	297
3.3.2.3. Control.....	298

3.3.3. Sujetos	305
3.3.3.1. La Suprema Corte de Justicia de la Nación	305
3.3.3.1.1. Atribuciones y competencia.....	305
3.3.3.1.2. La idea de «tribunal constitucional».....	306
3.3.3.1.3. El criterio jurídico de importancia y trascendencia	307
3.3.3.1.4. El concepto de bienestar de la persona humana	308
3.3.3.1.5. El reconocimiento expreso de valores en la constitución.....	315
3.3.3.1.6. Metodología en la interpretación	319
3.3.3.2. Los Tribunales Colegiados de Circuito	336
3.3.3.2.1. Atribuciones y competencia.....	336
3.3.3.2.2. El sistema de remisión de asuntos	336
3.3.3.3. Los Juzgados de Distrito	339
3.3.3.4. El Tribunal Electoral del Poder Judicial Federal	340

CAPÍTULO 4. EXPERIENCIAS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA EN MATERIA DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

4.1. ESTABLECIMIENTO DE UN NUEVO CRITERIO SOBRE LA JERARQUÍA DE LAS NORMAS

4.1.1. Planteamiento	343
4.1.2. Antecedentes	349
4.1.3. Análisis de los argumentos de la tesis aislada P. LXXV/99	358
4.1.3.1. Los compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional.	358



4.1.3.2.	El Constituyente facultó al Presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades.....	360
4.1.3.3.	Aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es la relativa a que en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas	361
4.1.4.	Análisis de los argumentos de las tesis aisladas P. VIII/2007 y P. IX/2007	362
4.1.4.1.	La existencia de un orden jurídico superior, de carácter nacional (P. VIII/2007).....	362
4.1.4.2.	El Estado Mexicano no puede invocar normas de derecho interno para desconocer obligaciones internacionales (P. IX/ 2007)	364
4.1.3.3.	Argumentos éticos y sociales sobre la jerarquía de los tratados relativos a los Derechos Humanos.....	367
4.1.5.	Consideraciones.....	369

**4.2. DECLARACIÓN DE VALIDEZ DE LA CAPITALIZACIÓN DE INTERESES
EN LOS CONTRATOS DE APERTURA DE CRÉDITO**

4.2.1.	Planteamiento	371
4.2.2.	Argumento de la ley sin defecto	378
4.2.3.	La distinción entre la banca de desarrollo y la banca múltiple.....	383
4.2.4.	El estudio de viabilidad económica es una obligación administrativa	386
4.2.5.	El derecho bancario tiene un sistema cerrado de interpretación	390
4.2.6.	La posibilidad de no disponer del crédito adicional	396

4.2.7. Naturaleza del crédito adicional.....	398
4.2.7.1. La excepción de falsedad ideológica.....	399
4.2.7.2. La inexistencia de un acto simulado	400
4.2.7.3. La inexistencia de un hecho ilícito.....	401
4.2.7.4. La inexistencia de falsedad ideológica.....	402
4.2.8. Son substancialmente diferentes la capitalización de intereses y el contrato de crédito para cobertura de intereses (refinanciamiento).....	405
4.2.9. La libertad contractual y la temporalidad del pacto de capitalización de intereses.....	409
4.2.10. La convalidación de la nulidad relativa	412

4.3. DETERMINACIÓN SOBRE EL COMPUTO DE PRESCRIPCIÓN EN EL DELITO DE GENOCIDIO

4.3.1. Planteamiento	415
4.3.2. Antecedentes.....	415
4.3.3. Análisis de argumentos	424
4.3.3.1. Estudio sobre la «prescripción».....	425
4.3.3.2. La garantía de irretroactividad.....	427
4.3.3.3. La inexistencia de diligencias que interrumpan el plazo de prescripción	434
4.3.3.4. El Ministerio Público como titular de la acción penal	436
4.3.3.5. El fuero constitucional y el cómputo de la prescripción.....	441
CONCLUSIONES	449
PROPUESTAS	475
BIBLIOGRAFÍA.....	481

INTRODUCCIÓN

Cada día en nuestro sistema jurídico se hace más relevante la intervención del órgano jurisdiccional en la legitimación del orden jurídico constitucional y político. La opinión pública está atenta de la actuación de jueces, magistrados y ministros; esperando que estos órganos correspondan a su confianza con decisiones jurídicas apegadas a derecho y a los principios de justicia.

Fijando nuestra atención en la resolución judicial, nos daremos cuenta que además de cumplir con el cometido de resolver un litigio, cumple con dos funciones muy importantes para la sociedad: garantizar el “respeto a la ley” y satisfacer la pretensión de legitimidad del derecho. En consecuencia, a diario escuchamos que el Poder Judicial garantiza cumplir su tarea con apego “estricto” a la legalidad e imparcialidad. Sin embargo, la experiencia, nos indica que muchas veces los jueces se enfrentan a ciertos problemas en los cuales el orden jurídico no ofrece una respuesta clara; como son los problemas de interpretación e integración de la norma jurídica. Hoy en día ya no es posible solucionar los problemas hermenéuticos con los clásicos métodos basados en la lectura literal de la ley o acudiendo al espectro de la “voluntad del legislador, sino se acude muchas veces a criterios alejados del propio derecho: como intereses económicos, la coyuntura política o a principios morales como la democracia.

El problema de interpretación es mucho más complejo cuando la norma jurídica es una prescripción constitucional, porque se ven involucrados no sólo principios jurídicos y reglas de derecho, porque nos encontramos ante normas que tienen características diferentes a las leyes comunes. El presente trabajo es un estudio sobre la implicación de la interpretación jurídica y el concepto de constitución, para el establecimiento de



lo que se llamará: la interpretación constitucional. Por lo anterior, esta investigación iniciará por establecer los conceptos de constitución y de interpretación jurídica. Y posteriormente realizar una fusión de dichos conceptos para fincar lo que es la interpretación constitucional, determinar quien la realiza, cuales son sus funciones dentro de un sistema jurídico; por lo cual, se realizará una propuesta de modelo teórico sobre la interpretación constitucional, que será la base de estudio para analizar dicha actividad dentro del sistema jurídico mexicano.

Para nuestro propósito, en el primer capítulo comenzaremos con el análisis del fenómeno constitucional; para lo cual, propiamente no se realiza un estudio cronológico de las ideas acerca de lo que llamamos constitución, sino se iniciará, por analizarla como la ley fundamental que determina las reglas del proceso de creación de normas jurídicas, es decir desde el enfoque puramente jurídico. El punto de partida de la idea del fenómeno constitucional será el enfoque estrictamente positivista que nos aporta Hans Kelsen, cuya metodología está alejada de los aspectos ontológicos (políticos, económicos o sociales) y teleológicos (justicia, equidad, orden social, etc.) de las normas.

A continuación, analizaremos los puntos de vista donde la constitución es un hecho político como nos argumenta Lassalle, en su tesis de la constitución como el producto de los factores reales de poder, y la teoría de Schmitt al referirse a la constitución como actos de voluntad que se erigen como las decisiones políticas fundamentales.

Una vez confrontadas dichas tesis, se estudiará la postura adoptada por Hermann Heller en su concepto integrador entre la constitución como un hecho político y la necesidad del elemento jurídico para regular el comportamiento de la sociedad.

Es así como del análisis de estas ideas, derivará en un estudio más detallado sobre el concepto de constitución desde su diversas dimensiones: la jurídica, la política y la ética. Y por último dentro de este capítulo haremos un acercamiento a la estructura de



las constituciones modernas, calificadas como democráticas, para confirmar que en el fenómeno constitucional están integradas las dimensiones jurídica, política y ética o axiológica.

En el segundo capítulo, como parte del propósito de establecer un concepto de interpretación jurídica, primeramente haremos un recorrido por la historia y estructura de la llamada ciencia jurídica, la cual nos va desembocar en los terrenos de la técnica jurídica, rama de la ciencia del derecho donde encontramos situada la labor hermenéutica del jurista. Para que, una vez en el área del conocimiento dedicada a la interpretación jurídica, se enumeren las operaciones más tradicionales para la interpretación de la norma jurídica, desde las operaciones lógicas del lenguaje hasta los principios generales del derecho.

Posteriormente, en una segunda parte de este capítulo, nos moveremos por las diversas corrientes históricas sobre la interpretación jurídica y se analizará la tarea de los órganos jurisdiccionales ante la oscuridad de la ley; por lo que, nos encontraremos ante posturas clásicas sobre la fidelidad al texto de la ley, como la Escuela de la Exégesis, y teorías como el Realismo Jurídico que basa la labor interpretativa en la creatividad del órgano aplicador de la norma.

Pero dicho capítulo quedaría incompleto, sino entráramos al estudio detallado de la corriente de la argumentación jurídica, en donde encontraremos ideas contrarias sobre la solución de conflictos de decisión jurídica como los la *única respuesta correcta* y la de *discrecionalidad jurídica*. Estas teorías sobre de la argumentación jurídica nos aportarán herramientas que nos ayudarán a comprender la compleja labor que debe llevar a cabo el intérprete de la norma para fundamentar una decisión con efectos jurídicos.

En el tercer capítulo, punto medular de este trabajo de investigación, una vez que nos hemos dotado de un arsenal de conceptos tanto de la ciencia constitucional como de



la ciencia jurídica (incluyendo dogmática y filosofía jurídica). Se pretende presentar un modelo de interpretación basado en un concepto integral de la constitución y en la idea de que la interpretación es un acto de decisión que estará fundado en argumentos jurídicos, políticos y éticos.

En una segunda parte de este tercer capítulo utilizaremos dicho modelo para realizar un estudio de la interpretación constitucional en nuestro sistema jurídico; para este análisis se hará un recorrido histórico sobre las normas constitucionales que hacen referencia a su propia interpretación. En el caso de la constitución vigente, para obtener un análisis práctico y no sólo teórico, serán analizadas varias decisiones relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con lo cual apreciaremos el arte hermenéutico que ha tenido dicho órgano en su calidad del máximo interprete de la Constitución.

En cuarto y último capítulo, centra su atención en ese espacio de la realidad donde el órgano jurisdiccional ante “casos difíciles”, y con el propósito de cumplir su función social, tiene la obligación y responsabilidad de hacer válidas y legítimas sus decisiones a través de argumentos jurídicos y de hecho, por lo que, se verificará a través del análisis de casos relevantes resueltos por la Suprema Corte de Justicia el funcionamiento de la interpretación constitucional.

CAPÍTULO 1. LA CIENCIA CONSTITUCIONAL

1.1. TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN

1.1.1. Hans Kelsen y la constitución del orden jurídico

1.1.1.1. La jerarquía de las normas

La idea que concibe Hans Kelsen (Praga 1881 – Berkeley 1973) sobre el término «constitución», va muy relacionada con una de las reglas fundamentales del derecho: la «jerarquía de las normas».

“El análisis del derecho, que revela el carácter dinámico de este sistema normativo, así como la función de la norma fundamental, revela otra peculiaridad del mismo derecho: éste regula su propia creación en cuanto una norma jurídica determina la forma en que otra es creada, así como, en cierta medida, el contenido, de la misma. Cuando una norma jurídica es válida por haber sido creada en la forma establecida por otra, la última constituye la razón de validez de la primera.”¹

La regla de jerarquía, se resume, en que una norma se considera de rango superior sobre otra, porque la primera es la razón de validez de la segunda, ya que es la norma superior la que determina las formas y requisitos necesarios para la creación de la norma inferior.

¹ KELSEN, Hans. *Teoría general del derecho y del Estado*. Textos Universitarios. Trc. Eduardo García Máynez. 2ª ed., Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1988, p. 146



“[...] La relación entre la [norma] que regula la creación de otra y esta misma norma, puede presentarse como un vínculo de supra y subordinación, siendo estas figura de lenguaje de índole espacial. La norma que determina la creación de otra, es superior a ésta; la creada de acuerdo con tal regulación, inferior a la primera [...]”²

El orden o sistema sobre el cual se agrupan las normas, esta constituido por este principio jerárquico, es decir, por el hecho de que la creación de la norma de grado inferior se encuentra determinada por otra norma de grado superior, cuya creación es determinada, a su vez, por otra más alta. Esta unidad del sistema es precisamente la circunstancia de que tal estructura tenga su punto de partida en la norma más alta, o básica, que presenta la suprema razón de validez de todo el orden jurídico.³

1.1.1.2. El sentido material de la constitución

Dentro de la estructura jerárquica de todo orden jurídico, puede expresarse que la norma fundamental es la «constitución», la cual representa el nivel más alto dentro cualquier sistema jurídico. Para Kelsen, la constitución entendida en un sentido material esta integrada por preceptos que regulan la creación de las normas jurídicas.⁴

La constitución, concebida como norma fundamental, puede determinar, no solamente los órganos, los requisitos y pasos a seguir dentro del proceso legislativo, sino también, hasta cierto grado, los contenidos de leyes futuras de las siguientes formas.⁵

- a) La constitución material puede prescribir, de «forma positiva», el contenido para leyes futuras; por ejemplo, estipular, como sucede en la primera parte del artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece: “El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la

² KELSEN, Hans. *Ob. cit.*. P. 146

³ *Ídem*

⁴ *Ídem*

⁵ *Ibidem*, pp. 147 - 148



organización y el desarrollo de la familia.” Este precepto determina el contenido de leyes futuras relativas a la igualdad de género y desarrollo de la familia.

- b) La constitución puede determinar, en «forma negativa», lo que las leyes no deben contener, por ejemplo: la misma constitución mexicana, en su artículo 7 cita: “Es inviolable la libertad de escribir y publicar escritos sobre cualquier materia. Ninguna ley ni autoridad puede establecer la previa censura...”. Este mismo sentido negativo, no sólo puede afectar el contenido de las leyes, sino, también a las decisiones judiciales y administrativas de un orden jurídico, por ejemplo el artículo 6 de la misma constitución, establece: “La manifestación de ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito o perturbe el orden público...”

La constitución es por tanto la norma suprema del orden jurídico, la cual representa el límite, es decir, una norma sobre la que no existe ningún precepto de superior categoría. El orden jerárquico normativo de cada sistema jurídico se compone, por regla general, de los siguientes grados:⁶

- a) Normas constitucionales.
- b) Normas ordinarias
- c) Normas reglamentarias.
- d) Normas individualizadas.

Se debe precisar que tanto los preceptos constitucionales como los ordinarios y reglamentarios son normas de carácter abstracto; las individualizadas, en cambio, se refieren a situaciones jurídicas concretas (como las sentencias judiciales). Y así, las leyes ordinarias representan un acto de aplicación de preceptos constitucionales. De

⁶ Cfr. GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Algunos aspectos de la doctrina kelseniana, exposición y crítica*. Edit. Porrúa, México, 1978, p. 147.



igual forma, las reglamentarias están condicionadas por las ordinarias, y las individualizadas por normas de índole general.⁷

1.1.1.3. El sentido formal de la constitución

La constitución en sentido formal esta considerada como cierto documento solemne, en el cual se establece un conjunto de normas jurídicas que sólo pueden ser modificadas mediante la observancia de prescripciones especiales, cuyo objeto es dificultar la modificación de tales normas.⁸

Este sentido formal esta muy ligado con la concepción de la constitución escrita; con el hecho de que se redacte un documento especial y solemne; y con la circunstancia de que la modificación de las normas constitucionales se haga particularmente difícil, lo que tiene por objeto salvaguardar a la constitución en su sentido material.

Sin embargo, debemos apreciar que este sentido formal de la constitución es puramente teórico y estrictamente no se apega a la realidad de todos los sistemas jurídicos. Si una persona de nacionalidad inglesa, pretendiera conseguir un “ejemplar de su constitución”, esperando obtener un solo documento solemne en el que se consagren la normas supremas de su país, se dará cuenta que no lo encontrará, ya que el sistema jurídico ingles, si bien es cierto, goza de una «Carta Magna», las normas fundamentales de ese sistema se encuentran diseminadas en varios documentos normativos.⁹

⁷ Una norma individualizada, en ocasiones, puede estar condicionada por otra de la misma jerarquía, por ejemplo, cuando una sentencia se funda en un contrato. *Cfr.* GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Ob. cit.* P. 148

⁸ *Cfr.* COVIAN ANDRADE, Miguel. *Teoría constitucional*. 2ª edi., Centro de Estudios de Ingeniería Política y Ciencia Constitucional, México, 2002, p. 26

⁹ *Ibidem.* P. 27



1.1.2. Ferdinand Lassalle y la constitución real

1.1.2.1. ¿Qué es una constitución?

Ferdinand Lassalle¹⁰, para iniciar su análisis sobre el concepto de constitución comienza por citar ciertas definiciones que los juristas de su época llegaban a sugerir:

[...] “La constitución es un pacto jurado entre el rey y el pueblo, que establece los principios básicos de la legislación y del gobierno dentro de un país la constitución es la ley fundamental proclamada en el país”. O en términos un poco más generales, puesto que también ha habido y hay Constituciones republicanas: “La Constitución es la ley fundamental proclamada en el país, en la que se echan los cimientos para la organización del derecho público de esa nación”[...].”¹¹

No convencido de estas definiciones estrictamente jurídicas, argumentaba que, lejos de orientarnos sobre la esencia de lo constitucional, sólo nos brinda características externas y formales de lo que se conoce como constitución. Los conceptos jurídicos, no le servían a Lassalle para resolver si una determinada constitución «es», y «por qué es», *buena o mala, factible o irrealizable, duradera o endeble*, pues para ello, es necesario definir el concepto de constitución con base en su “esencia”; y en

¹⁰ **FERDINAND LASSALLE**, nació en Breslau, actual Polonia, en 1825, en el seno de una familia de comerciantes judíos, cursó estudios en Breslau y Berlín. Durante su breve estancia en París, conoció el movimiento socialista francés; en 1845 se afilió a la «Liga de los Justos». Participo en la revolución alemana de 1848, motivo por el cual fue encarcelado. Ese mismo año entabló amistad con Karl Marx, convirtiéndose en uno de los máximos exponentes del socialismo alemán, fundó la Asociación General de Trabajadores Alemanes, el primer movimiento socialista con cierta trascendencia del país. Lassalle, fue un defensor de la unificación alemana y considero a Bismarck como su necesario artífice, situándolo al lado del Estado y frente a la burguesía. Esta toma de posición, que expuso en *La guerra italiana y la misión de Prusia* (1859), en donde también se mostraba contrario a la guerra franco-prusiana, lo enfrentó directamente a Marx, que apoyaba a la burguesía contra el Estado prusiano. Murió en Ginebra, Suiza en el año de 1864. Citado en **Cfr. LASSALLE, Ferdinand. ¿Qué es una Constitución?** Edit. Temis S.A., Colombia, 2003, pp. 1-17 (*Monografías jurídicas. Núm. 79*) y en la página Web **Biografías y vida**, 2005: <http://www.biografiasyvidas.com/biografia/l/lassalle.htm>

¹¹ **Cfr. LASSALLE, Ferdinand. ¿Qué es una Constitución?** Edit. Temis S.A., Colombia, 2003, p. 35 (*Monografías jurídicas. Núm. 79*)

consecuencia si la “Carta Constitucional” se acomoda a las exigencias sustanciales de una comunidad política.¹²

Por lo anterior, Lassalle reformula la pregunta ¿qué es una constitución? en términos más precisos, para quedar: ¿En qué consiste la verdadera esencia de una constitución?¹³

1.1.2.2. Ley y constitución

Para esclarecer el concepto de constitución y encontrar su esencia, Lassalle emplea el método de comparar de las características de la «ley» con la «constitución», para encontrar las diferencias que separan una de la otra.¹⁴

Partimos de que ambas, la ley y la constitución, tienen un origen en común; necesitan del acto de promulgación legislativa, lo que lleva a decir que la constitución tiene que ser también una ley (por ejemplo: ley fundamental o ley suprema).¹⁵

Las diferencias comienzan, cuando se compara la rigidez en los procedimientos de modificación, observando claramente que en la mayoría de países son más rigurosos los de las normas constitucionales que los de una ley ordinaria.

“El país, por ejemplo, no protesta por que a cada paso se estén promulgando leyes nuevas, o tampoco del hecho de que algunas otras se reformen, resulta una misión normal de los cuerpos legislativos. “Pero en cuanto nos tocan a la Constitución, alzamos voces de *protesta* y gritamos: ¡Dejad estar la Constitución”. Esta distinción nace del hecho que para

¹² Cfr. LASSALLE, Ferdinand. *ob cit.* P.36

¹³ *Idem.*

¹⁴ *Ibidem.* P.37

¹⁵ *Ibidem.* P. 38



la reforma de una disposición constitucional no basta la mayoría simple, sino que deberán reunirse las dos terceras partes de los votos del Parlamento.¹⁶

Una constitución, siguiendo el pensamiento de Lassalle, es algo sagrado, firme y inmovible. La constitución no es una ley como cualquiera: sino la “ley *fundamental* del país”, la cual deberá determinar, tanto los contenidos como la forma de las leyes ordinarias¹⁷

1.1.2.3. El fundamento y la ley de necesidad

La palabra fundamental se vuelve básica para la búsqueda de la esencia del fenómeno constitucional. Ya que el verdadero problema de las cosas que tienen un fundamento, es que éstas no tienen determinada estructura o forma por antojo, ya que también pudo dársele otra diferente, sino, son así, porque «necesariamente» tienen que ser así.¹⁸ Su *fundamento* no les permite ser de otro modo. Sólo las cosas *carentes* de un *fundamento*, son casuales, fortuitas y pueden ser como son o de cualquier otro modo. Lo que tiene un fundamento esta bajo la ley de la *necesidad*. “La idea de fundamento lleva implícita la noción de una *necesidad activa*, de una fuerza eficaz que hace, por *ley de necesidad*, que lo que sobre ella se funda sea *así y no de otro modo*.”¹⁹

“Si, pues, la Constitución es la *ley fundamental* de un país, será —y aquí empezamos ya, señores, a entrever un poco de luz— un algo que pronto hemos de definir y deslindar, o, como provisionalmente hemos visto, una *fuerza activa* que hace, por un *imperio de necesidad*, que todas las demás leyes e instituciones jurídicas vigentes en el país sean lo

¹⁶ LASSALLE, Ferdinand. *Ob. cit.* P. 39

¹⁷ *Cfr.* LASSALLE, Ferdinand. *Ob. cit.* P. 39

¹⁸ *Ídem.*

¹⁹ *Ibidem.* P. 39 - 40

que *realmente* son, de tal modo que, a partir de ese instante, *no puedan* promulgarse, en ese país, aunque se quisiese, *otras cualesquiera*".²⁰

Como se ha podido observar para Lassalle lo "fundamental" dentro de la constitución es lo *necesario*, lo que «es» de una manera y no puede ser de otra, por lo que siguiendo la dinámica, en su exposición, de elaborar preguntas, Lassalle, formula: ¿Qué existe en un país que influya de tal modo en todas las leyes que las obligue a ser necesariamente, *hasta cierto punto, lo que son y como son, sin permitirles ser de otro modo?*

1.1.2.4. Los factores reales del poder

Los problemas constitucionales, para Lassalle no son, primeramente, problemas de *derecho*, sino de *poder*, la *verdadera* constitución es, para él, la suma de los factores reales de poder que rigen en ese país.

Los factores reales de poder son una realidad política que configura o constituye el «ser» de una comunidad política determinada y por lo tanto, «es» su constitución. La constitución no es un acto de voluntad del legislador, sino una realidad política personificada y representada por esa fuerza activa y eficaz que determina los contenidos de las leyes y las funciones de las instituciones de una sociedad en cuestión.²¹

En su época, Lassalle, vislumbraba como factores reales de poder al rey, la aristocracia, los banqueros, el ejército, la burguesía, entre otros, los cuales en función

²⁰ LASSALLE, Ferdinand. *Ob. cit.* P. 40

²¹ *Cfr.* COVIAN ANDRADE, Miguel. *Ob. cit.* Pp. 56-57 y LASSALLE, Ferdinand. *Ob. cit.* p. 41



de su *fuerza real*, mayor o menor de unos y de otros, impedirían que la constitución prescribiera algo que lesionara sus privilegios y obstruyera sus intereses.²²

1.1.2.5. La constitución jurídica o escrita

Conforme al análisis del autor, la esencia de la constitución es de carácter político, la cual no debe confundirse con lo que él llama la “hoja de papel”.

“He ahí, pues, señores, lo que es, en esencia, la Constitución de un país; la suma de los *factores reales de poder* que rigen e ese país.

¿Pero qué relación guarda esto con lo que vulgarmente se llama Constitución, es decir, con la Constitución *jurídica*? No es difícil, señores comprender la relación que ambos conceptos guardan entre sí.

Se toman estos factores reales de poder, se extienden en una hoja de papel, ya no son tan simples factores *reales de poder*, sino que se han erigido en *derecho*, en instituciones *jurídicas*, y quien atente contra ellos atenta contra la ley, y es castigado.

Tampoco desconocen ustedes, señores, el procedimiento que se sigue para extender por escrito esos factores *reales deponer*, convirtiéndose así en factores jurídicos.

Claro está que no se escribe, lisa y llanamente: el señor Borsig, fabricante, es un fragmento de Constitución; el señor Mendelssohn, banquero, es otro trozo de Constitución, y así sucesivamente; no, la cosa se expresa de un modo más pulcro, mucho más fino.”²³

En esta parte de su exposición se describe un nuevo elemento de su teoría. La relación que de “forma a contenido” existe entre la “constitución jurídica o escrita” y la “constitución real”. Identificando a la constitución normativa como la “hoja de papel” y no como su esencia política real.

²² Cfr. LASSALLE, Ferdinand. *Ob. cit.* Pp. 41- 49

²³ *Ibidem.* Pp. 49-50

1.1.3. Carl Schmitt y el decisionismo

1.1.3.1. El concepto “decisionista” de constitución

Para Carl Schmitt²⁴ la visión los conceptos jurídicos formalistas son únicamente conceptos relativos de la constitución, los cuales sólo establecen un sistema estrictamente normativo, cerrado y unitario.²⁵

El autor esta de acuerdo en que todas las normas jurídicas deben estar sujetas a la «ley suprema», norma fundamental del orden jurídico; sin embargo, este sólo es una característica de lo que el denomina el “concepto total de constitución” y que no puede ser considerado la esencia de éste.²⁶

²⁴ **CARL SCHMITT**, considerado uno de los máximos impulsores del constitucionalismo científico, nació el 11 de julio de 1888 en Plettenberg (Westfalia), de clase media y de religión protestante, estudio Jurisprudencia en las Universidades de Berlín, Munich, y Estraburgo, esta última donde se doctoró en 1910. En 1919 fue designado docente en la Escuela Superior de Comercio de Munich; en 1912 profesor de Greifswald, y finalmente, desde 1922 a 1928, se desempeñó como catedrático de la Universidad de Bonn. En 1928 se hizo cargo de la Cátedra de Hugo Preuss en la Escuela de la Ciudad de Berlín. El 1º de mayo de 1933, Schmitt, ingresó en el NSDAP (Partido Nacional Socialista Alemán de los Trabajadores) y en julio de ese mismo año fue consejero del Estado Prusiano. Participó en la redacción de la Ley del administrador del Reich, de abril de 1933, fue Director del grupo profesional del Reich de profesores universitarios de la “Federación Nacional Socialista de Juristas”. En 1936 el semanario de la SS *Desschwarze Korps* lo atacó violentamente a causa de los numerosos amigos judíos que tuvo en Weimar y de su posición antinacionalista antes de la toma de poder de Adolfo Hitler. Después de conquistado Berlín por el Ejército soviético en abril de 1945, fue detenido y tras un interrogatorio de unas horas, fue puesto en libertad. En septiembre fue nuevamente detenido por los norteamericanos; pasó más de un año en dos campos americanos de prisioneros. En marzo de 1947 fue conducido Nuremberg y se le mantuvo ahí como testigo y posible defensor en los procesos en contra de los criminales de guerra. Después de su puesta en libertad en mayo de 1947, vivió retirado en Plettenberg en donde falleció el 7 de abril de 1985. *Cfr.* KAUFMANN. *¿Derecho sin reglas? Los principios filosoficos de la teoría del estado y del Derecho de Carl Schmitt*. Tr. Jorge M. Seña. 2ª edic., Edit. Fontamara, S.A., México, 1993, pp. 15-17 y en la página Web **Biografías y vida**. 2005: <http://www.biografiasyvidas.com/biografia/s/schmitt.htm>

²⁵ *Cfr.* SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Tr. Francisco Ayala, Edit. Revista de derecho privado, España, 1934, Pp. 13-14

²⁶ *Ibidem* P. 14

La distinción entre la norma y la realidad, entre el “deber ser” y el “ser”, con respecto a la idea de constitución, es precisamente un aspecto fundamental de que Schmitt maneja en su obra y establece la diferencia entre “constitución” y “ley constitucional.”²⁷

Esta discusión se refiere concretamente, al igual que Lassalle, al sostener que la esencia de la constitución, la cual antes de ser considerada como una norma (la ley suprema), debe ser identificada como una realidad, en un sentido positivo.

“La Constitución en sentido positivo surge mediante un acto de poder constituyente. El acto constituyente no contiene como tal unas normaciones cualquiera, sino, y precisamente por único momento de decisión, la totalidad de la unidad política considerada en su particular forma de existencia. Este acto constituyente es la forma y modo de la unidad política, cuya existencia es anterior. No es, pues, que la unidad política surja por que se haya “dado una constitución”. La constitución en sentido positivo contiene sólo la determinación de la concreta forma del conjunto, por la cual se decide o se pronuncia o decide la unidad política. Esta forma puede cambiar, se pueden introducir fundamentalmente nuevas formas sin que el Estado, es decir la unidad política del pueblo, cese. [...] Tal Constitución es una decisión consiente que la unidad política, a través del titular del poder constituyente, adopta *por si misma y se da a si misma*.”²⁸

Esta decisión o este conjunto de decisiones a las que Schmitt denomina “decisiones políticas fundamentales”²⁹ son las que no deben confundirse con las normas jurídicas, cuyo conjunto es lo que frecuentemente se considera como la constitución (conjunto de normas supremas).

Para Schmitt, la naturaleza de una constitución no esta contenida en una ley o en una norma jurídica, sino en una decisión. Por supuesto, admite la existencia de normas jurídicas que pueden distinguirse por su jerarquía y que existe un sitio preponderante para las “leyes constitucionales”; sin embargo, estas “leyes” no son la constitución, en

²⁷ Cfr. SCHMITT, Carl. *Ob. cit.* P. 24

²⁸ *Ídem.*

²⁹ *Ibidem* P. 27



virtud de que la verdadera naturaleza de la unidad política de una nación, no puede estar contenida en ellas.³⁰

“Así, la constitución francesa de 1791 envuelve la decisión política del pueblo francés a favor de la Monarquía constitucional con dos ‘representantes de la Nación’, el Rey y el Cuerpo legislativo. La Constitución belga de 1831 contiene la decisión del pueblo belga a favor de un gobierno monárquico (parlamentario) de base democrática (poder constituyente del pueblo), al modo del Estado burgués del Derecho. La Constitución prusiana de 1850 contiene una decisión del Rey (como sujeto del poder constituyente) a favor de una Monarquía constitucional al modo del Estado (y no sólo como forma del Ejecutivo). La Constitución francesa de 1852 contiene la decisión del pueblo francés a favor del imperio de Napoleón III, etc.”³¹

Los comentarios de Schmitt, citados arriba, sobre constituciones vigentes de su época, señalan que concretamente, son las “decisiones políticas fundamentales” las que definen la existencia política del Estado³², es decir, la forma como éste se constituye, es decir, su constitución.

1.1.3.2. El poder constituyente

Carl Schmitt, sostiene que el asunto del poder constituyente está íntimamente ligado al concepto de soberanía, como podemos observar en el siguiente comentario:

“[...] poder constituyente es la voluntad política cuya fuerza o autoridad (I) es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política, determinando así la existencia de la unidad política como un todo. De las decisiones de esta voluntad se deriva la validez de toda validez de toda ulterior regulación

³⁰ Cfr. SCHMITT, Carl. *Ob. cit.* P. 27

³¹ *Ídem.*

³² Antes de continuar con esta explicación es necesario aclarar que identificaremos al Estado, sin ahondar por el momento en el asunto, como la organización política de la sociedad.



legal-constitucional. Las decisiones, como tales, son cualitativamente distintas de las normas legales constitucionales establecidas sobre su base”³³

El poder constituyente, en términos de Schmitt, es la “fuerza capaz” de decidir la forma política del Estado a su ser o modo de ser. La soberanía, por su parte, es al igual un fenómeno de naturaleza política, íntimamente ligada al concepto de poder constituyente. En conclusión, “la soberanía y el poder constituyente se implican, son lo mismo, en tanto aquella es condición de éste y éste es manifestación de aquella.”³⁴

1.4.1. Herman Heller y la Teoría del Estado

1.1.4.1. La constitución política como realidad social

Herman Heller³⁵ basa su estudio sobre la constitución partiendo de dos ideas irreconciliables e igualmente unilaterales. La primera es el formalismo normativo de Hans Kelsen y su escuela, la cual está basada en el concepto de la constitución como “la norma fundamental”, es decir, como una función que representa el “origen de la validez” de todo el orden jurídico. Y la segunda idea sobre el fenómeno constitucional, de un carácter estrictamente político, como es el decisionismo de Carl Schmitt donde la constitución es el conjunto de decisiones políticas fundamentales adoptadas por una comunidad políticamente establecida (la Constitución “positiva”) la cual en lo

³³ SCHMITT, Carl. *Ob. cit.* P. 88

³⁴ COVIAN ANDRADE, Miguel. *Ob. cit.* P. 124

³⁵ **HELLER, HERMANN**, nació en Teschen, Alemania en 1891. Jurista alemán. Después de ejercer como profesor en Kiel, Liepzig y Berlín, y tras la victoria del nazismo, se refugió en España, donde se dedicó a la docencia en Madrid. Precursor de las corrientes sociológicas en el derecho constitucional, sus obras más destacadas son *La soberanía* (1929), *Las ideas políticas contemporáneas* (1930) y *Teoría del Estado* (1934). Muere en Madrid en 1933. Citado en la página Web **Biografías y vida**. 2005: http://www.biografiasyvidas.com/biografia/h/heller_hermann.htm

absoluto no es algo normativo, sino que debe su validez a una concreta voluntad política.³⁶

En ese ánimo por conciliar las posiciones, jurídica dogmática y política decisionista, lleva a Heller a concebir a la constitución, como una realidad social, a la que se le da forma a través de las normas jurídicas. Una idea compleja que iremos desarrollando en el transcurso de este punto.

La constitución como realidad social es ciertamente un reflejo de la organización del Estado, entendiendo el término organización como: “la acción concreta de dar forma a la cooperación de los individuos y grupos que participan en el todo, mediante la supraordinación, subordinación y coordinación de ellos.”³⁷

Esta organización, que representa, la forma o estructura de una situación política real, tiene la importante característica de que se renueva constantemente mediante actos de voluntad humana. Esta renovación constante de las relaciones reales de poder, no obstante de hallarse en movimiento, no da lugar a un caos, sino que engendran, como organización, la unidad y ordenación del Estado.³⁸

“El conocimiento del Estado y del derecho no debe olvidar nunca, ciertamente, el carácter dinámico de su objeto [...] Pero menos aún debe olvidar que sólo cabe hablar de una Constitución si se la afirma, no obstante la dinámica de los procesos de integración constantemente cambiantes y, en ellos, con un carácter relativamente estático. La constitución del Estado no es, por eso, en primer término, proceso sino producto, no actividad sino forma de actividad; es una forma abierta a través de la cual pasa la vida, vida en forma y forma nacida de la vida [...]”³⁹

³⁶ Cfr. HELLER, Hermann, *Teoría del Estado*. Tr. Luis Tobio, 2ª edic., Fondo de Cultura Económica, México, 2002, P. 350

³⁷ *Ibidem*. P. 316

³⁸ *Ídem*.

³⁹ *Ibidem*. P. 317



La constitución de un Estado, sólo puede concebirse como una situación política real, como forma y ordenaciones concretas, gracias a que los partícipes consideran a esa ordenación, como algo que en la realidad se cumple y que en un futuro será realizable, como algo que debe ser y lo actualizan a la realidad. Una constitución es una normalidad normada.

1.1.4.2. La normalidad normada

Para Heller, la constitución permanece, a través del cambio de tiempos y personas, gracias a la probabilidad de que se repita en lo futuro la conducta humana que concuerda con ella.⁴⁰

“[...] la Constitución se haya convertido para ellos, por medio del hábito, en una segunda naturaleza, en conformación habitual de su propio ser apenas estimada como exigencia normativa consciente; ya sea que los miembros motiven su conducta, de modo más o menos consciente, por normas autónomas o heterónomas.”⁴¹

El Estado es una forma organizada de vida cuya constitución va a caracterizarse por:

42

- a) La conducta normada y jurídicamente organizada de sus miembros, es decir, por la conducta que concuerda con una norma jurídica, que fue establecida con base en la observación de lo que sucede en la realidad por determinados periodos de tiempo.
- b) Por la conducta de sus miembros no normada, pero sí normalizada, es decir, aquellas conductas basadas en las motivaciones naturales comunes como la tierra, la sangre, el contagio psíquico colectivo, la imitación, además

⁴⁰ Cfr. HELLER, Hermann, *Ob. cit.* Pp. 317 - 318

⁴¹ *Ibidem.* P. 318

⁴² *Ibidem.* P. 319



de la comunidad de historia y cultura, originan de modo constante y por lo regular, una normalidad puramente empírica de la conducta que constituye la infraestructura no normada de la constitución del Estado.

La conducta no normada de los miembros de un Estado, tiene que ser siempre reforzada y completada por la normatividad. La idea de la normatividad, es decir, de la obligatoriedad de una conducta conforme a la norma jurídica, representa para la constitución del Estado elevar considerablemente la probabilidad de que las conductas de sus miembros (actuales o futuros) se realicen conforme ella y en muchos casos, que sólo de este modo sea posible su realización (por ejemplo el pago de los impuestos).⁴³

Para Heller la constitución real del Estado conoce ciertamente una normalidad sin normatividad pero no, al contrario, una validez normativa sin normalidad.

“Pues todo derecho vigente es una “realidad conforme a la regla” y todas las normas constitucionales vigentes valen en cuanto reglas empíricas de la situación real de la organización estatal; poseen una normalidad normativa.”⁴⁴

Las conductas normalizadas, como reglas prácticas de valoración, para Heller valen como criterios de previsión para el actuar humano. No cabe, pues, mantener con usual rigidez la separación entre leyes del ser y las del deber ser.

“Es inexacto afirmar que “el sentido de las leyes de la naturaleza es que las cosas se comportan en la realidad como las leyes dicen, en tanto que el de las normas jurídicas no consiste en que los hombres se comporten según estatuyen las normas sino en que así deben conducirse”.”⁴⁵

Heller expone que la concepción de Kelsen sobre la norma jurídica que priva a las normas jurídicas de su sentido de «*ser-deber ser*», no se desarrolla por completo en la

⁴³ Cfr. HELLER, Hermann, *Ob. cit.* P. 320

⁴⁴ *Ibidem.* P. 321

⁴⁵ *Ídem.*



realidad ya que, por ejemplo, la eficacia, que es un concepto de orden fáctico, de un «orden jurídico total» es condición necesaria de validez de cada una de las normas que lo integra, y es que en la realidad no puede sostenerse que los sujetos deban conducirse conforme a cierta norma, si el orden jurídico total al que pertenece ha perdido eficacia. En el error opuesto incurre Carl Schmitt, quien subestima completamente la normatividad, de modo que viene a concebir a la constitución, no como norma, sino sólo como “decisión”. No existe constitución política en la realidad, que no sea un fenómeno formado tanto por conductas reguladas y determinadas por las normas, y además por conductas que sean calificadas simplemente como normales.⁴⁶

“Ninguna decisión puede, sin normatividad, producir normalidad y, por lo tanto, una continuidad de la conducta. La oposición de norma y decisión aparece aquí tan mal entendida como la antítesis entre normatividad y existencialidad. El concebir a las determinaciones fundamentales de organización de una Constitución Jurídica no como “normaciones”, sino como decisiones políticas concretas, impide considerar la Constitución como una unidad en el tiempo. Si las decisiones adoptadas para esta o aquella forma de Estado o de gobierno no poseyeran validez normativa para el futuro, difícil sería explicar cómo pudieran constituir en cuanto “decisiones”, tanto hoy como mañana, “el supuesto básico de todas las normaciones ulteriores.”⁴⁷

1.1.4.3. Postulado de la previsibilidad de las relaciones sociales

Sólo puede crearse una continuidad constitucional y un *status* político si los creadores de las normas ordinarias se consideran también ligados por ciertas decisiones, normativamente objetivadas, de sus predecesores. Sólo mediante el elemento

⁴⁶ Cfr. HELLER, Hermann, *Ob. cit.* P. 321

⁴⁷ *Ibidem.* P. 336



normativo (basado en la estructura jurídico formal) se normaliza una situación de dominación momentánea e imprevisible convirtiéndola en una situación de dominación continua y previsible, es decir, en una constitución que dura más allá del momento de su creación.⁴⁸

1.1.4.4. La constitución jurídica destacada

Heller al hablar de de la constitución «jurídica» destacada o mejor dicho «separada de la realidad», establece un concepto muy similar al que manejamos cuando hablamos del sentido material de constitución del orden jurídico. En el cual, la ciencia dogmática del derecho considera la constitución jurídica del Estado como una formación normativa, relativamente separada y emancipada de la realidad social.⁴⁹

Nuestro autor en estudio explica que desde un punto de vista metodológico, la jurisprudencia dogmática es una “ciencia normativa” en cuanto no tiene que explicar ninguna conexión con la realidad, sino que ha de proceder dogmáticamente, partiendo de la conexión normativa, del concepto de legalidad y de las cadenas de valides de las normas.⁵⁰

La constitución jurídica representa el plan normativo de la continua cooperación entre los miembros de un Estado. Por lo que la dogmática jurídica del derecho constitucional existe para servir al propósito de dar continuidad histórica y sistemática a la constitución real, hacia este fin ha de orientarse su método.⁵¹

Con base en esta idea relativa al método de la ciencia constitucional, únicamente podría darse el caso de que la normatividad (el deber ser) fuera realmente

⁴⁸ Cfr. HELLER, Hermann, *Ob. cit.*, P. 323

⁴⁹ *Ibidem.* P. 330

⁵⁰ *Ídem.*

⁵¹ *Ibidem.* P. 335

independiente de la normalidad (el ser), siempre y cuando, fuera siempre posible y eficaz el llenar, por vías legales, las lagunas jurídicas que en la realidad existen. El problema es que en el caso de las lagunas de la ley absolutas resultan insolubles para un método estrictamente jurista dogmático.⁵²

El hecho de que las vivencias y actos concretos del constante fluir de la sociedad, a través del tiempo, formen una estructura de unidad y una propia «constitución», se debe a que de este fluir trasciende en una determinada estructura de poder y un derecho que sirve para su perduración; por lo que, el orden jurídico no puede estar alejado de esta situación.⁵³

1.1.4.5. La constitución escrita

Herman Heller, hace una importante observación acerca de las constituciones escritas; en cuanto a su función en los dos últimos siglos se ha empleado la palabra constitución en un sentido muy restringido, como tan sólo a la ley fundamental del Estado que aparece en forma de un documento escrito, entendiéndose, en general, por constitución sólo la constitución jurídica y aun ésta en una forma determinada, que es la escrita.⁵⁴

Este fenómeno se debió a la idea de que el derecho se transmite de modo mucho más seguro mediante la escritura. El establecimiento del derecho por escrito es, sobre todo, necesario en los casos en que, por haberse producido cambios bruscos en las relaciones de poder, no existe una tradición reconocida y existe la necesidad promover el derecho del nuevo orden político. Esta necesidad se presenta, para las constituciones jurídicas de los Estados modernos, en la época de las revoluciones

⁵² Cfr. HELLER, Hermann, *Ob. cit.* Pp. 339 - 340

⁵³ *Ibidem.* P. 341-342

⁵⁴ *Ibidem.* P. 342



burguesas; sin embargo, la constitución moderna no se caracteriza, propiamente por la forma escrita, sino por el hecho de que la estructura total del Estado deberá ser regulada en un documento escrito único. La constitución escrita del Estado moderno debe comprender en *un* documento, sobre *una* hoja de papel todas las instituciones y principios de gobierno del país. Como es natural, en un documento semejante no podían figurar todos los preceptos jurídicos de la organización estatal, sino sólo algunos fundamentales y supremos sobre la estructura básica del Estado, respecto a los cuales todas las demás normas jurídicas debían tener tan sólo una importancia subordinada y jurídicamente derivada.⁵⁵

Heller menciona que la idea de la constitución escrita esta basada sobre todo en:⁵⁶

- a) *La tradición del derecho romano*, que proporcione las herramientas necesarias para racionalizar la forma jurídica; y
- b) *El derecho natural racional* en cuanto a la racionalización del contenido del derecho.

Ambas racionalizaciones, formal y material, del derecho hubieron de intervenir para engendrar la creencia en la posibilidad de una estructura unitaria de poder del Estado mediante una codificación sin lagunas de las normas jurídicas fundamentales.⁵⁷

1.1.4.6. El intento de la unificación del concepto jurídico y político de constitución

Heller nos da la pauta más importante para estructurar la ciencia constitucional, ya que en acuerdo con el autor toda teoría que prescinda de la alternativa «derecho-

⁵⁵ Cfr. HELLER, Hermann, *Ob. cit.* Pp. 342 - 343

⁵⁶ *Ibidem.* P. 345

⁵⁷ *Ídem.*

poder», «norma-voluntad», «objetiva-subjetiva», desconoce la constitución dialéctica de la realidad estatal y es, por eso, es falsa ya en su punto de partida.⁵⁸

“Eficacia y validez, ser y deber ser de la constitución han de mantenerse lógicamente separados, sin duda, pero aparecen relacionados, sin embargo, en la misma realidad constitucional en la que lo uno aparece siempre junto con lo otro.”⁵⁹

En este mismo sentido, la unidad de los conceptos, jurídico y político, de la constitución, esta basado en decisiones del poder constituyente y estructuras jurídicas, que se condicionan recíprocamente. Un poder constituyente que no esté vinculado con las decisiones establecidas por los factores reales de poder y las ejecute por medio de principios jurídicos comunes, no tiene poder ni autoridad y, por consiguiente, tampoco existencia.⁶⁰

1.1.5. El constitucionalismo científico

Hasta el momento hemos descrito en el presente trabajo, tres posiciones distintas relacionadas con el fenómeno constitucional; las dos primeras:

- a) La concepción jurídica formal, aportada por la dogmática jurídica constitucional, que concibe a la constitución como la norma jurídica que tiene la función de ser el fundamento lógico formal del orden jurídico.
- b) La concepción de la esencia política de la constitución, aportada por Ferdinand Lassalle y Carl Schmitt, que concibe a la constitución como una realidad producto del poder, es decir, la expresión de los intereses de los

⁵⁸ Cfr. HELLER, Hermann, *Ob. cit.* P. 350

⁵⁹ *Ibidem.* P. 351

⁶⁰ *Ibidem.* P. 353

“factores reales de poder” o de las “dediciones políticas fundamentales” del poder constituyente.

Al estudiar estas dos posturas podemos llegar a plantearnos el seudoproblema de pensar: ¿cuál de estas teorías es la correcta? Cuya respuesta, sólo nos haría perder el tiempo en discusiones alejadas de argumentos objetivos y científicos. Ya que, tanto la tesis jurídica como política, son el resultado de dos disciplinas de estudio diferentes: por la primera la dogmática jurídica y por la segunda la teoría política. Disciplinas que, a pesar de analizar un mismo objeto de estudio, cada una de ellas estudia, de la constitución, elementos distintos del mismo fenómeno, desde una perspectiva diferente y con herramientas teóricas distintas. Por eso, las dos al mismo tiempo pueden considerarse correctas, el problema es considerar a estas dos posturas como parte de una misma disciplina de conocimiento, como lo es el constitucionalismo científico.

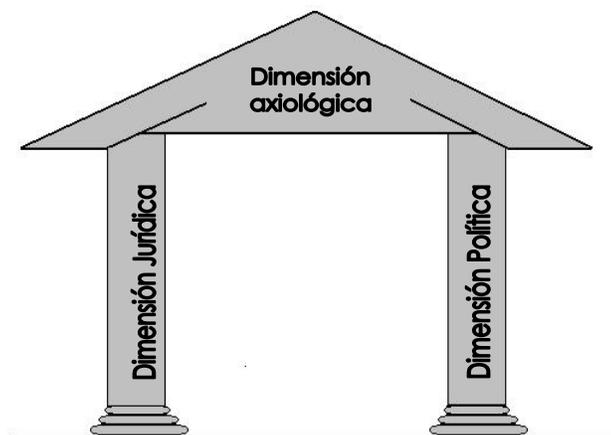
La tercera posición, relativa al fenómeno constitucional, una concepción integradora entre las dos anteriores, es la:

- c) Aportada por, Herman Heller, la cual establece que la constitución necesita de su doble característica jurídica política para cumplir con la primordial función de dar continuidad y permanencia a los propósitos, valores y principios del Estado. lo que lleva a formar la concepción de una tercera dimensión, y al mismo tiempo el elemento que viene a integrar las dos posturas anteriores, que es el contenido de tipo valorativo o axiológico de la constitución; porque no debemos olvidar que cada tesis es un intento por teorizar científicamente el fenómeno del constitucionalismo moderno, el cual tiene como característica esencial: la *limitación jurídica* interpuesta al gobierno arbitrario y despótico.

Podemos llegar a la conclusión que la *teoría constitucional* o *constitucionalismo científico* se integra por: a) el estudio de los principios de organización, que los

factores reales de poder decidan (el elemento político de la constitución); *b*) la postura jurídica formal, la cual nos aporta elementos necesarios para el trabajo cotidiano del profesional del derecho y nos ofrece la estructura que dará soporte a las decisiones políticas; y *c*) el análisis de los contenidos axiológicos y principios de convivencia de una sociedad, necesarios para la continuidad de organización llamada Estado. Véase el siguiente esquema:

CONSTITUCIONALISMO CIENTIFICO



Por eso un constitucionalismo que se nombre como científico debe de considerar el estudio de la constitución, como un fenómeno *a*) jurídico, *b*) político y *c*) axiológico. Perspectivas que serán descritas en el punto siguiente.

Handwritten signature

1.2 DIMENSIONES DEL FENOMENO CONSTITUCIONAL

1.2.1. Concepto jurídico de constitución

1.2.1.1. La práctica y ciencia del derecho

Cuando los juristas hacen ciencia jurídica (o jurisprudencia) su propósito es describir un derecho determinado (constitucional, civil, penal, fiscal, etcétera). Para tal propósito, en primer lugar, proceden a *identificar* su objeto de estudio, para posteriormente, *ordenarlo* y por último *interpretarlo*. El primer paso consistente en la identificación de los *materiales jurídicos* (leyes, tratados, reglamentos, estatutos, etcétera), utilizando los criterios de identidad y existencia desarrollados dentro de la profesión jurídica. El jurista identifica como derecho aquel material que ha sido establecido por las instancias sociales reconocidas como creadoras de las normas jurídicas (por ejemplo en la actualidad, los órganos del Estado encargados de la función legislativa).⁶¹

Identificar las normas jurídicas, conlleva a realizar una reflexión sobre un determinado derecho histórico. En este sentido se puede considerar a la ciencia del derecho como la disciplina de estudio del derecho positivo (el derecho civil francés, el derecho penal mexicano, el derecho constitucional español, etcétera).⁶²

Una vez realizada la identificación del material jurídico, el jurista a través de criterios dictados por la misma ciencia del derecho, se dedica a organizar el material jurídico para construir un orden jurídico “sistemático” y “consistente”. La ciencia jurídica

⁶¹ Cfr. TAMAYO Y SALMORAN, Rolando. *Introducción al estudio de la Constitución*. 2ª ed., Fontamara, México, 2002, p. 211

⁶² *Ibidem*. P. 212

asigna, cierto significado a los materiales que describe, es decir, los “interpreta”. Es así como el estudio del derecho al identificar, ordenar y interpretar el material jurídico preestablecido, obtiene los principios generales del sistema, y de estos a través de operaciones “lógicas” se obtienen nuevos enunciados jurídicos y reformula así el derecho positivo. En resumen, esta reformulación es llevada mediante la creación de, lo que los juristas llaman, doctrina.⁶³

1.2.1.2. El carácter dogmático de la ciencia jurídica

Un rasgo sumamente característico de la Ciencia Jurídica es su naturaleza dogmática la cual se presenta en dos momentos:

- a) El primero en la adhesión a los cánones, tradiciones, convenciones de la ciencia jurídica durante la práctica y formación profesional; los juristas, de manera muy parecida, hacen uso de un arsenal de conceptos (por ejemplo, promulgación, eficacia, uso, fuente, etcétera), con independencia de la definición que pueden dar del derecho de acuerdo con los postulados de la escuela jurídica a la que sean pertenecientes.⁶⁴
- b) Y el segundo se da en la identificación de la base fáctica del orden jurídico, es decir, en identificar la vigencia de la norma. Utilizando un criterio de identidad preponderantemente empírico, es decir, la creación, modificación o exclusión de un material jurídico por los las instancias creadoras del derecho en dicha tarea (por ejemplo el proceso legislativo).⁶⁵

Si observamos cuidadosamente la labor de los juristas parece que, para poder realizar sus tareas, es necesario que asuman la existencia de ciertas normas jurídicas

⁶³ Cfr. TAMAYO Y SALMORAN, Rolando. *Introducción al estudio de la Constitución*. Pp. 213 - 214

⁶⁴ *Ibidem*. P. 215

⁶⁵ *Ídem*.

pertencientes a un específico orden jurídico, sin hacer cuestionamientos sobre la calidad de dichas normas en sus aspectos político, económico, ético, etcétera.

1.2.1.3. La dogmática constitucional

La dogmática constitucional es una parte de la jurisprudencia dogmática, la cual describe una parte del orden jurídico: la constitución y lo que llamamos el derecho constitucional. De ahí que todo lo dicho sobre la ciencia jurídica dogmática se aplica íntegramente a la dogmática constitucional que se distingue claramente de la crónica de eventos políticos (asunto de la ciencia política) o de las prédicas sociales humanitarias (cuestionamientos de índole filosóficos).⁶⁶

“De acuerdo con lo anterior, puedo caracterizar a la dogmática constitucional como la parte de la ciencia jurídica dogmática que explica o interpreta un conjunto de disposiciones, prácticas o costumbres aceptadas como la “constitución”; sin cuestionar su validez y manejadas bajo los cánones reconocidos de la interpretación jurídica.”⁶⁷

Con la aparición de la constitución escrita tuvo que surgir un nuevo tipo de reflexión sobre la constitución, la cual se hizo necesaria cuando los órganos del Estado, especialmente los tribunales, tuvieron que aplicar la constitución. La aplicación, por ejemplo, de la Constitución Federal de Estados Unidos por los tribunales reclamó una doctrina jurídica propia. El texto constitucional proporcionó una base para comentarios e interpretación del derecho constitucional.

1.2.1.4. Orden jurídico

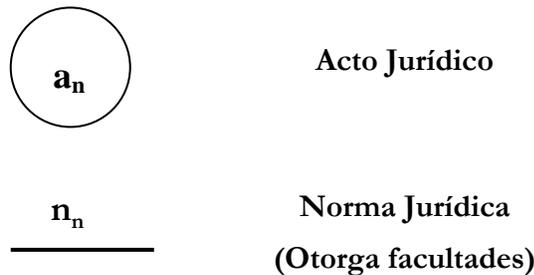
El orden jurídico, dentro del estudio de la dogmática jurídica es un concepto jurídico de segundo orden, el cual presupone los conceptos de norma y acto jurídico. Los

⁶⁶ Cfr. TAMAYO Y SALMORAN, Rolando. *Introducción al estudio de la Constitución*. P. 216

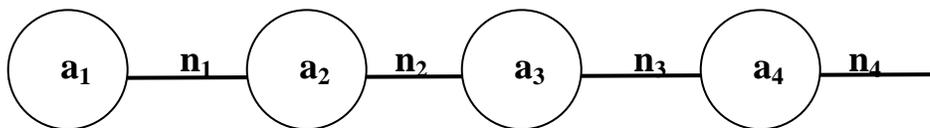
⁶⁷ *Ibidem*. Pp. 216 - 217

ordenes jurídicos debe ser considerados como estructuras compuestas de actos y norma jurídicas interrelacionados, en los que se realizan diversas funciones de entre las cuales el otorgamiento de facultades es una de tantas.

En el siguiente esquema podemos observar los elementos básicos de los que se compone el orden jurídico:



Dentro de un orden jurídico cada uno de los actos que se realizan dentro de él se encuentran condicionados por normas jurídicas y actos jurídicos anteriores los cuales se encuentran estrechamente relacionados, cada línea es una norma que faculta o autoriza el acto jurídico que crea la norma que le sucede. De esta manera, tenemos que la norma n_1 faculta o autoriza el acto a_2 por medio del cual se crea la norma n_2 y así sucesivamente. Los círculos siguen representando los actos creadores y aplicadores de normas jurídicas. A este diagrama le llamamos cadena normática.



Estas cadenas normativas en la realidad tienen la siguiente forma ya que de una norma por lo regular puede derivar en más de una norma.

Handwritten signature

Es importante conocer la teoría del orden jurídico, ya que con base en ella podremos resolver los problemas que surgen en la práctica diaria de la profesión jurídica, siguientes.⁶⁸

- 1) El problema de *existencia*: Los juristas distinguen entre ordenes jurídicos existentes y aquellos que han dejado de existir (por ejemplo el derecho visigodo). Los juristas dicen, por ejemplo, que el orden jurídico francés existe en Francia, no en Dinamarca; igualmente dicen que el orden jurídico mexicano de nuestros días es diferente de que existió en México durante la colonia. Uno de los objetos de una teoría del orden jurídico, es precisamente, proporcionar los criterios que nos permitan determinar la verdad o la falsedad de tales enunciados.
- 2) El problema de la *identidad*, se refiere a los criterios que debemos seguir para determinar que entidades forman un orden jurídico, o bien, a que orden jurídico pertenece una entidad dada.
- 3) El problema de la *estructura*. Existe una estructura común a todos los sistemas jurídicos, se deben de encontrar los patrones de las relaciones entre las entidades de un mismo sistema que, de manera recurrente, se den en todo sistema jurídico.
- 4) El problema de *contenido*. ¿Hay algunas entidades que, de una u otra manera, se presenten en todos los sistemas jurídicos o en tipos de sistemas? ¿Existe algún contenido en común para todo sistema jurídico?

Toda teoría del orden jurídico debe contener, necesariamente, una solución a los dos primeros problemas. Los criterios de existencia e identidad son parte necesaria de cualquier adecuada definición del orden jurídico. El concepto de constitución es relevante para resolver los cuatro problemas señalados.

⁶⁸ Cfr. TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Elementos para una teoría general del derecho. (Introducción al estudio de la Ciencia Jurídica)*. Edit. Themis, México, 1992, p. 224



1.2.1.5. La constitución como derecho

Observando con atención el orden jurídico, nos damos cuenta que, contrariamente a lo que habitualmente se cree, la constitución no es una “cosa” sino una función. Esta función, que se denomina “constitucional”, es esencial al orden jurídico puesto que es la que permite la creación sucesiva de los diferentes elementos que conforman el orden jurídico. Las leyes, tratados, reglamentos, contratos, testamentos, sentencias, a los que llamaremos en adelante materiales jurídicos, no son independientes unos de los otros: estos se relacionan en “cadenas de validez” donde la función constitucional explica su alcance y significado.

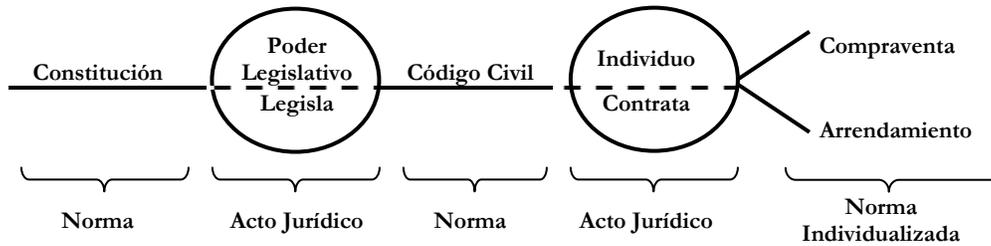
Si entendemos a la constitución de un orden jurídico positivo propiamente como una función, encontraremos que para entenderlo debemos comprender la noción de facultad, sin la cual (conjuntamente con la orden jurídico) el concepto de constitución sería poco explicativo si no es que incomprendible. Las normas que conforman la constitución del orden jurídico (constitución) son, esencialmente, normas que confieren facultades, cuya función normativa consiste en otorgar poderes, investir o habilitar a ciertos individuos para que realicen actos jurídicos validos (como la creación de normas jurídicas). Normalmente estas facultades son acompañadas con las condiciones que deben revestir los actos que las aplican, así como las características y alcances que habrán de tener las normas que surjan del ejercicio de estas facultades. Como quiera que sea, el rasgo definitorio de estas normas es conferir facultades. Esta idea podría formular así: no existe una norma constitucional (en sentido material) que no sea una norma que confiera facultades (o que no sea parte de las condiciones de este facultamiento).⁶⁹

En la realidad lo observamos de la siguiente manera: La constitución le confiere a un grupo específico de individuos la facultad para crear normas de convivencia entre los individuos (Poder Legislativo), este *órgano* se da a la tarea de regular las relaciones

⁶⁹ Cfr. TAMAYO Y SALMORAN, Rolando. *Introducción al estudio de la Constitución*. P. 261



de los sujetos en cuanto a su patrimonio (crean un Código Civil) y este cuerpo normativo sirve de base para que todos los individuos pertenecientes a determinada comunidad puedan celebrar contratos que puedan ser sancionados por el derecho.



Puesto que todos los actos jurídicos se encuentran condicionados por los actos jurídicos que les preceden, entonces estos pueden representarse como un facultamiento sucesivo de actos jurídicos.

La constitución de un orden jurídico es el conjunto de normas establecidas por el primer acto constituyente del orden jurídico, que confieren facultades que determinan las formas y procedimientos de la sucesiva creación y aplicación del derecho. Esta definición puede incluir todos los tipos de constitución que existen y que es posible que existan.⁷⁰

De este concepto de constitución se infiere que todo orden jurídico tiene forzosamente una constitución, puesto que si un orden jurídico existe, es porque posee, necesariamente, un conjunto de normas establecidas por el primer acto creador del orden jurídico. Por tanto, todo orden jurídico, del tipo que sea, con el régimen político que abrigue, de la ideología que sustente, tendrá siempre, necesariamente, una constitución. Las normas que la forman pueden constar por escrito, surgir por prácticas sociales o ser una combinación de estos procedimientos.⁷¹

⁷⁰ Cfr. TAMAYO Y SALMORAN, Rolando. *Introducción al estudio de la Constitución*. P. 260

⁷¹ *Ídem*.

“La constitución de un orden jurídico es el conjunto de normas que confieren facultades, establecidas por el acto constituyente del orden jurídico. Aquello que exceda esta caracterización; que no sean normas que establezcan los primeros procedimientos de creación de un orden jurídico histórico, son predicas sociales, idearios políticos, palabras de un texto, etcétera, pero no una constitución de un orden jurídico.”⁷²

Sin embargo, las constituciones no sólo contienen los principios de creación de la ley, sino atiende a aspectos de organización, de garantías individuales, siendo la creación y aplicación de la ley algunos de los aspectos de todo el contenido o materialidad de la constitución.

1.2.1.6. La constitución como norma escrita

Para la doctrina constitucional el hecho de que la constitución de presentará por escrito en el siglo XVIII, es de trascendental importancia ya que a siendo escrita no podía tener otra forma más que la de una ley. El surgir de las constituciones escritas fue el hecho que provocó el nacimiento de la dogmática constitucional. Las constituciones escritas, las cuales hicieron su aparición con la independencia de las colonias británicas de Norteamérica, pasaron de ser tema de filosofía política a objeto de estudio de los juristas.⁷³

Sin embargo, cabe señalar que no debemos identificar únicamente como objeto de estudio de la dogmática constitucional a la constitución escrita, sino que debemos abarcar el estudio a las leyes, a las decisiones judiciales, practicas y costumbres, esto es, los “hechos” y la “realidad” constitucionales son también parte de la experiencia jurídico constitucional. Como claramente se aprecia en el Sistema Jurídico Ingles donde el derecho nunca se ha visto identificado con el derecho legislado; o como en el caso Norteamericano donde el derecho constitucional se integra además de su

⁷² TAMAYO Y SALMORAN, Rolando. *Introducción al estudio de la Constitución*. P. 260-261

⁷³ *Ibíd.* P. 217

constitución de de decisiones, prácticas y costumbres judiciales, ejemplo de ello, lo podemos apreciar en el punto siguiente.

1.2.1.7. La supremacía de la constitución

De todas las características distintivas dadas a la constitución, la más señalada es la de ser la norma suprema (y éste es un principio universalmente admitido por la dogmática constitucional), en tanto es considerada una norma fundamental. De la idea de ley fundamental, la dogmática constitucional deriva la tesis de la supremacía constitucional.

El resultado de esta supremacía es que el orden jurídico, en su totalidad, se encuentra, de alguna manera, sometido a la constitución y que ninguna autoridad del Estado tiene poderes o facultades por fuera de la constitución.

Independientemente de la función ideológica de este dogma, podemos observar que la constitución además de condicionar las funciones estatales, a través de la determinación y regulación de competencias; tiene claro que los actos emitidos por cualquier persona cuya competencia no derive de la constitución (y esta es la nota decisiva de la supremacía), sean considerados como nulos. Esa característica se observa claramente en la decisión histórica del Juez Marshall en el caso *Marbury vs. Madison* (1 Cranch 137, 1803)⁷⁴

El caso a que nos referimos se desarrolla de la siguiente manera: El Presidente John Adams “federalista” (partidario de un poder federal fuerte), fue sucedido por Thomas Jefferson, miembro del partido opuesto (el partido demócrata republicano) y durante los meses que precedieron a la instalación del nuevo Presidente, John Adams hace

⁷⁴ Cfr. RENE, David. *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, Madrid, Aguilar, 1968, p. 207



dos nombramientos: a su Secretario de Estado, John Marshall, le nombra juez principal (Chief Justice) de la Corte Suprema de los Estados Unidos, y aun miembro de su partido William Marbury como juez federal. El decreto de nombramiento de Marbury es confirmado por el Senado, y es debidamente contrasinado, aunque no se le envía a Marbury antes de que Jefferson entre en funciones. El nuevo secretario de Estado de Jefferson, Madison, se negó a entregar el decreto del nombramiento respectivo. Marbury, basándose en la *Judiciary Act de 1789* que expidió el Congreso de los Estados Unidos, se dirige a la Corte Suprema para que emplace a Madison, mediante un *writ de mandamus*, a fin de que se le comunique el decreto de nombramiento.⁷⁵

El Juez John Marshall, dictó en este asunto el fallo de un tribunal cuya mayoría era, como él, federalista. Reconoció que Marbury había sido designado juez en conformidad con la ley y de una manera definitiva. Tenía derecho a que se le comunicara el decreto de nombramiento; tal comunicación no es un poder discrecional del Presidente y del Secretario de Estado. Se podía librar un *writ de mandamus* emplazando al Secretario de Estado para que comunicase a Marbury su decreto de nombramiento. Pero —declaraba Marshall— la Corte Suprema no es competente para librar este emplazamiento. La Constitución de los Estados Unidos prevé, en efecto, que la Corte es sólo, salvo en ciertos casos, una instancia de apelación. Por consiguiente, el *Judiciary Act de 1789*, al permitir acudir directamente ante esta jurisdicción en demanda de libramiento de órdenes dirigidas a la Administración, se opone directamente a esta disposición a la segunda sección, del artículo tres de la constitución de los Estados Unidos. La Corte debe negarse a darle aplicación.⁷⁶

“La constitución controla cualquier acto legislativo que se le oponga... un acto legislativo contrario a la constitución no es ley... Una ley del Congreso que contradiga la constitución

⁷⁵ Cfr. RENE, David. *Ob. cit.* P. 207

⁷⁶ *Ídem.*



debe considerarse inexistente... Los tribunales deben tomar en cuenta la constitución, la constitución es superior a toda ley ordinaria del [poder] legislativo... la constitución y no dicha ley ordinaria, tiene que regir en aquellos casos en que ambas serían aplicables.”
*Marbury vs. Madison, 5, U.S. (1 Xranch) 137, 177-178 (1803).*⁷⁷

De esta forma, el control judicial de la constitucionalidad de las leyes se había establecido en los Estados Unidos, en un asunto en el que lejos de pretender consolidar la supremacía de la Corte Suprema, juzgaba de inconstitucional una ley que le confería una facultad concreta, y por tanto cierto poder. La sentencia en el caso *Marbury vs. Madison*, proporcionó además el beneplácito del Poder Ejecutivo, quien no protestaría ante dicha doctrina; sin embargo, esta sentencia consagraría implicaciones muy importantes para el futuro, como el de consolidar el principio de supremacía constitucional.⁷⁸

1.2.2. Concepto político de constitución

1.2.2.1. El hecho político

La palabra política deriva del vocablo griego *polis* (πολις), que significa ciudad. Aristóteles⁷⁹ entendía por *polis* a la comunidad social que está constituida en vista del bien más principal o de mayor categoría entre todos los bienes.

⁷⁷ TAMAYO Y SALMORAN, Rolando. *Introducción al estudio de la Constitución*. P. 237

⁷⁸ Cfr. RENE, David. *Ob. cit.* P. 208

⁷⁹ ARISTÓTELES, nació en el año 384 a.C. en Estagira, una pequeña localidad macedonia. En el año 367, fue enviado a Atenas para estudiar en la Academia de Platón. Aristóteles funda su propio sistema filosófico en una profunda crítica al platónico, lo que le alejarían definitivamente de la Academia. En el 343, fue contratado por Filipo de Macedonia para que se hiciese cargo de la educación de su hijo Alejandro, de trece años de edad. En el 334 se traslada a Atenas para fundar, en compañía de Teofrasto, el Liceo. Con la muerte de Alejandro, en el 323,

“Toda ciudad se ofrece a nuestros ojos como una comunidad; y toda comunidad se constituye a su vez en vista de algún bien (ya que todos hacen cuanto hacen en vista de lo que estiman ser un bien). Si pues todas las comunidades humanas apuntan a algún bien, es manifiesto que al bien mayor entre todos habrá de estar enderezada la comunidad suprema entre todas y que comprende a todas las demás; ahora bien, ésta es la comunidad política a la que llamamos ciudad.”⁸⁰

La consecución de un bien supremo, (la subsistencia de la comunidad, la paz, la religión, el dominio sobre otros pueblos, etcétera) es la base de la constitución de una *polis*, siendo esta la justificación del poder político, de la existencia de gobernantes y gobernados.

El Estado es el hecho político por excelencia, sus antecedentes históricos, la *polis* griega o la *civitas* romana, los regimenes políticos feudales, constituyeron hechos políticos por tener en base sociedades de hombres que combinan sus esfuerzos y se sometían a una dirección o gobierno propio con un objeto histórico determinado en cada época.

se extendió en Atenas una oleada de nacionalismo (antimacedonio) desencadenado por Demóstenes, hecho que le causo a Aristóteles enfrentarse a una acusación de impiedad por lo que tuvo que vivir en el exilio en la isla de Chalcis, donde murió en el 322 a. de C. Considerado como uno de los filósofos más importantes de todos los tiempos. En lo que se refiere a su pensamiento político, Aristóteles considera al hombre como un "animal político" por naturaleza. Sólo los animales y los dioses pueden vivir aislados. La fuerza natural hacia la reproducción y la conservación inclina a los hombres a vivir unidos, primero en la familia, luego en la aldea (unión de varias familias) y finalmente en la ciudad-estado (ni muy pocos, ni demasiados habitantes). El buen funcionamiento de una ciudad-estado no se asegura solamente por aunar voluntades hacia un mismo fin; se requiere también de leyes sensatas y apropiadas que respeten las diferencias y eduquen a los ciudadanos para la responsabilidad civil dentro de la libertad. Existen tres formas de legítimo gobierno: monarquía (gobierno de uno), aristocracia (gobierno de los mejores) y república (gobierno de muchos). A esas formas rectas de gobierno se oponen la tiranía, la oligarquía y la democracia (Aristóteles entiende por "democracia" el gobierno de los pobres). No se puede decir cuál de las tres es mejor, pues la teoría concreta para un pueblo hay que deducirla de una indagación objetiva de las varias formas históricas de gobierno, y definir según las circunstancias cuál es más conveniente para un determinado estado (Aristóteles recogió y estudió las constituciones de 158 estados). En principio, toda forma de gobierno es buena si quien gobierna busca el bien de los gobernados.

Citado en la *Enciclopedia Hispánica*. Macropedia. Encyclopædia Britannica Publishers, Inc., Estados Unidos de América, 1991. Tomo 2, P. 61 y Páginas Web de **Biografías y Vidas**, 2005: <http://www.biografiasyvidas.com/> y **Ciudad y Política**, 2005: <http://www.ciudadpolitica.com/modules/wordbook/entry.php>

⁸⁰ ARISTÓTELES. *Política*. Trd. Antonio Gómez Robledo. 5ª edic., Edit. Porrúa, S.A., México, 1973, p. 157, Libro Primero, I. (Colección "Sepan cuantos..." Núm.-70)

Dentro del Estado moderno existen grupos sociales que se constituyen con la finalidad específica de dar continuidad al proyecto de la comunidad política (la consecución de un valor histórico determinado) y la obtención del poder, tales como los partidos políticos. Existen además de los grupos, actividades individuales y actividades de los mismos grupos encaminadas a la obtención del poder (la función constitucional, el proceso legislativo, los procesos electorales, el control constitucional, etcétera). Esos grupos y esas actividades individuales o de grupo constituyen otros tantos hechos políticos.

1.2.2.2. La Ciencia Política

La ciencia política tiene como función, ofrecer la descripción, interpretación y crítica de los hechos y fenómenos políticos.⁸¹

Conforme a lo anterior, cualquier declaración, manifestación o exposición relativa a cualquier hecho o proceso político puede servir como un instrumento o herramienta para la obtención o permanencia en poder; sin embargo, no cumplir con una misión teórico-científica. Del mismo modo, el que una teoría sobre el acontecer político pueda resultar una arma útil para la lucha política no excluye en algún modo, el que tal construcción teórica sea, también, verificable y objetiva, dándole el calificativo de científica.⁸²

Pero, surge entonces, el problema ¿Cuándo habrá de considerarse científica una teoría que describa, interpreta o critique un hecho político?

“[...] Se ha dicho, acertadamente, que toda descripción e interpretación de la realidad política depende de criterios según los cuales se seleccionan los hechos adecuados y de importancia para la descripción del fenómeno de que se trate, de suerte que toda

⁸¹ Cfr. HELLER, Hermann, *Ob. cit.* P. 22

⁸² *Ídem.*



descripción e interpretación presuponen ya ciertos módulos críticos. ¿Dónde halla, pues, la ciencia política los criterios de verdad y obligatoriedad para sus afirmaciones?⁸³

Una primera respuesta a esta fundamental cuestión esta cimentada en el «dogmatismo», ya que le atribuye validez universal a las propias concepciones y convicciones, por el hecho de que concuerdan con las primeras e inmediatas impresiones del medio que le rodea al sujeto.⁸⁴

Por ejemplo, en la Edad Media, el pensamiento político, como toda expresión de las ideas, estaba sujeto a los dogmas religiosos y criterios, universalmente validos, de la fe revelada. Los planteamientos acerca de la salvación del cristianismo y la creencia jusnaturalista en el progreso y perfectibilidad del ser humano permitía formular juicios de validez universal y explicar el devenir político como una conexión llena de sentido. Por esta razón, cada grupo político podía argumentar con las mismas frases y versículos de la Biblia o principios del derecho natural, que tal o cual «hecho político» estaba en “armonía” con aquellos dogmas.⁸⁵

Pero una vez que esta «conciencia ingenua» se ve ampliada por las experiencias y convicciones de otros grupos, de otros tiempos y se siente estimulada a una comparación crítica de los criterios propios con los ajenos, nace la «conciencia crítica», que hace imposible el dogmatismo ingenuo, se presentan las diferencias entre el conocimiento objetivo y la voluntad subjetiva: entre el saber y el interés.⁸⁶

Dependiendo de la situación, la conciencia crítica descubre ideas que sirven como criterios que pueden presentarse como verificables y objetivos, debido a que puede

⁸³ Cfr. HELLER, Hermann, *Ob. cit.* Pp. 23

⁸⁴ *Ídem.*

⁸⁵ *Ibidem.* Pp. 23-24

⁸⁶ *Ídem.*



asimilar los intereses “de todos los miembros”. Aunque bien es cierto que esta “totalidad” no trascienda de la historia y beneficio de la sociedad.⁸⁷

Al conocimiento sobre lo político le corresponde establecer los criterios que puedan unir afirmaciones verificables y objetivas, no importando los tiempos, partidos, clases o pueblos. Pero si a la ciencia política no le es posible presuponer un sentido tal y, por consiguiente, no posee criterio alguno que sea aplicable a todos los participantes de la política, para la verificación y objetividad de sus afirmaciones, pierde su condición de ciencia. En este caso nos encontramos ante la política práctica, el simple poder y la necesaria dogmática de los grupos en disputa por éste, pero no hay lugar para una política teórica.⁸⁸

“La práctica política del momento pudiera considerarse satisfecha con que el saber político es posible como doctrina de partido, y que el valor de esta doctrina sólo se determina por el que pueda tener, actualmente, como propaganda, es decir por su utilidad, en cuanto a “doctrina de poder”, para la dominación de masas.”⁸⁹

Es así como podemos distinguir que han sido dos las grandes corrientes las que han promovido el desarrollo de la ciencia política moderna. Por un lado la corriente jusnaturalista del pensamiento político, con un planteamiento dogmático; y del otro lado, los empiristas-históricos, consagrados, de modo directo, a la descripción empírica y a la explicación causal de la realidad política.⁹⁰

1.2.2.3. La corriente jusnaturalista

La concepción jusnaturalista representa una importante aportación al desarrollo de las ciencias políticas modernas, pues a ella se debe que, desde los tiempos del Humanismo y del Renacimiento, se afirme, de modo cada vez más fuerte, la tesis de

⁸⁷ Cfr. HELLER, Hermann, *Ob. cit.* Pp. 23 - 24

⁸⁸ *Ídem.*

⁸⁹ *Ibidem.* P. 27

⁹⁰ *Ibidem.* Pp. 39-40



que la realidad política sólo puede comprenderse, interpretarse y justificarse como actividad humana. Sin embargo, el error fue considerar al *homo politicus* creador del Estado como un ser abstracto que obra de modo absolutamente libre, independientemente de todas las condiciones concretas de naturaleza y cultura (geografía, familia, nación, clase y tradición). Esta corriente del pensamiento, ignora casi por completo, la enorme importancia que tienen la sociedad y la historia, y, por tal motivo, atribuyo al hombre primitivo, ciertas cualidades políticas que son exclusivas del hombre que vive en sociedad y que sólo adquiere gracias a ésta y a una larga historia.⁹¹

1.2.2.4. La corriente empírica - histórica

Para comprender y explicar el mundo político como la obra del hombre histórico-social, quien no siempre obra por fines racionales, se necesita un amplio material empírico-histórico, sociológico y psicológico. Tal concepción constituye, en la esfera de las realidades humanas, el objetivo de todas las ciencias. Sus métodos y resultados son aplicados al conocimiento de los procesos políticos orientándose más hacia el “ser político real” que hacia el “deber ser jusnaturalista”.⁹²

Esta línea de pensamiento aparece gracias a Nicolás Maquiavelo⁹³, Francis Bacon⁹⁴ y Jean Bodino⁹⁵, y alcanza su más alto nivel en el siglo XVII con Montesquieu⁹⁶. Este

⁹¹ Cfr. HELLER, Hermann, *Ob. cit.* Pp. 39 - 40

⁹² *Ibidem.* Pp. 40-41

⁹³ NICOLÁS MAQUIAVELO, nació en Florencia en el año de 1469. Escritor y estadista florentino. Vivió en los tiempos de Lorenzo y Pedro de Médicis. Tras la caída de Savonarola (1498) fue nombrado secretario de la segunda cancillería encargada de los Asuntos Exteriores y de la Guerra de la ciudad, cargo que ocupó hasta 1512 y que le llevó a realizar importantes misiones diplomáticas ante el rey de Francia, el emperador Maximiliano I y César Borgia, entre otros. La obra de Nicolás Maquiavelo se adentra por igual en los terrenos de la política y la literatura. Sus textos políticos e históricos son un reflejo de su experiencia diplomática al servicio de Florencia, su obra maestra, *Il principe* (El príncipe, 1513); *Ritrato delle cose della Alemagna*, (Descripción de las cosas de Alemania, 1532); y *Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio* (Discursos sobre la primera década de Tito Livio, 1512-1519). Cfr. GÓMEZ ROBLEDO, Antonio. “Nicolás Maquiavelo en su 5° centenario” en MAQUIAVELO, Nicolás. *El príncipe*. 15ª edic., Edit. Porrúa, S.A., México, 1997, p. IX -XVI. (Colección “Sepan cuantos...” Núm.-152) y Página Web de **Biografías y Vidas**, 2005: <http://www.biografiasyvidas.com/biografia/m/maquiavelo.htm>.

autor, en su célebre *Esprit des lois* (El espíritu de las leyes, 1748), recoge los postulados del **Estado de derecho**, tal como aparecen en Jonh Locke⁹⁷; pero

⁹⁴ **FRANCIS BACON**, nació en Londres en 1561, Filósofo y político inglés. En 1584 obtuvo un escaño en la Cámara de los Comunes; durante treinta y seis años se mantuvo como parlamentario y fue miembro de casi todas las comisiones importantes de la cámara baja. Con la subida al trono de Jacobo I, quien lo nombró procurador general en 1607, fiscal de la Corona en 1613 y lord canciller en 1618. Sin embargo, en 1621, procesado por cohecho y prevaricación, fue destituido de su cargo y encarcelado. Aunque fue puesto en libertad al poco tiempo, ya nunca recuperó el favor real. Muere en 1626. Durante toda su carrera persiguió una reforma coherente de las leyes y el mantenimiento del Parlamento y los tribunales a salvo de las incursiones arbitrarias de los gobernantes; pero, sobre todo, su objetivo era la reforma del saber. Sometió todas las ramas del saber humano aceptadas en su tiempo a revisión, clasificándolas de acuerdo con la facultad de la mente (memoria, razón o imaginación) a la que pertenecían; llamó a este esquema «la gran instauración», y muchos de los escritos dispersos que llegó a elaborar, como *Advancement of Learning* (El avance del conocimiento, 1605) – superado más tarde por el *De augmentis scientiarum*–, estaban pensados como partes de una *Instauratio magna* final. **Cfr.** Página Web de Biografías y Vidas, 2005: http://www.biografiasyvidas.com/biografia/b/bacon_filosofo.htm

⁹⁵ **JEAN BODINO**, Pensador francés, nació en Angers, 1530. Jurista de formación, Bodino ocupó diversos cargos (abogado en el Parlamento de París desde 1560, procurador del Tercer Estado en los Estados Generales de 1576...) en la época en que Francia se desangraba por las guerras civiles entre católicos y protestantes (hugonotes). Buscando el modo de superar este clima permanente de violencia -que además debilitaba a Francia en su relación con otras potencias-, Bodino abrazó un tercer partido, llamado de los «políticos», que proponía la tolerancia religiosa y el reforzamiento de la autoridad del Estado como árbitro que garantizara la paz entre las comunidades enfrentadas. En consecuencia, y aunque había apoyado anteriormente a la Liga católica, acabó reconociendo como rey al hugonote navarro Enrique IV, cuya conversión al catolicismo puso fin al conflicto mediante una solución de compromiso (1593). Plasmando las ideas que sustentaban su postura en un libro fundamental para la historia del pensamiento político occidental: *Los seis libros de la República* (1576), publicado sólo cuatro años después de la gran matanza de hugonotes de la Noche de San Bartolomé. En ellos acuñó el concepto de *soberanía* como el poder único, perpetuo, absoluto e indivisible que impone el orden en un Estado impidiendo la guerra entre sus súbditos; bajo ningún concepto consideraba legítima la insurrección contra el soberano, pues estimaba que siempre era preferible la tiranía a la anarquía. Muere en Laon en 1596. **Cfr.** Página Web de Biografías y Vidas, 2005: <http://www.biografiasyvidas.com/biografia/b/bodin.htm>

⁹⁶ **CHARLES-LOUIS DE SECONDAT, BARÓN DE MONTESQUIEU**, nació en La Brède, Burdeos en 1689. Estudio Derecho y hacerse consejero del Parlamento de Burdeos (que presidió de 1716 a 1727). Vendió el cargo y se dedicó durante cuatro años a viajar por Europa observando las instituciones y costumbres de cada país; se sintió especialmente atraído por el modelo político británico, en cuyas virtudes halló argumentos adicionales para criticar la monarquía absoluta que reinaba en la Francia de su tiempo. Montesquieu ya se había hecho célebre con la publicación de sus *Cartas persas* (1721), una crítica sarcástica de la sociedad del momento, que le valió la entrada en la Academia Francesa (1727). En 1748 publicó su obra principal, *Del espíritu de las Leyes*, obra de gran impacto (se hicieron 22 ediciones en vida del autor, además de múltiples traducciones a otros idiomas). Hay que enmarcar su pensamiento en el espíritu crítico de la Ilustración francesa, con el que compartió los principios de tolerancia religiosa, aspiración a la libertad y denuncia de viejas instituciones inhumanas como la tortura o la esclavitud; pero Montesquieu se alejó del racionalismo abstracto y del método deductivo de otros filósofos ilustrados para buscar un conocimiento más concreto, empírico, relativista y escéptico. Muere en París en 1755.

Cfr. Página Web de *Biografías y Vidas*, 2005: <http://www.biografiasyvidas.com/biografia/m/montesquieu.htm>

⁹⁷ **JOHN LOCKE**, nació en Wrington, Somerset en 1632, aunque su especialidad era la Medicina y mantuvo relaciones con reputados científicos de la época (como Isaac Newton), John Locke fue también diplomático, teólogo, economista, profesor de griego antiguo y de retórica, y alcanzó renombre por sus escritos filosóficos, en los que sentó las bases del pensamiento político liberal. Este hombre polifacético estudió en la Universidad de Oxford, en donde se doctoró en 1658. Muere en Oaks, Essex en 1704. Locke fue uno de los grandes ideólogos de las elites protestantes inglesas, su pensamiento ha ejercido una influencia decisiva sobre la constitución política del

Montequieu, además, ofrece un basto material de observaciones concretas histórico-sociales para probar sus asertos. Siendo el primero, en realizar, un intento por explicar el Estado y la actividad política por la totalidad de las circunstancias concretas, naturales y sociales.⁹⁸

Por la misma época, en Inglaterra, David Hume⁹⁹, ya sin todo el dogmatismo religioso y ético de los estudios políticos, es decir, ignorando todo aquel ideal sobre el poder que se estimaba absoluto y de validez universal, explicaba sus ideas el Estado, adhiriéndose las observaciones verificables y objetivas de su propio Estado inglés.¹⁰⁰

La ciencia política, aparece, finalmente, imbuida de un empirismo y positivismo antimetafísicos, e incluso antifilosóficos, cuya forma más inflexible afirma que todos

Reino Unido hasta la actualidad. Defendió la tolerancia religiosa hacia todas las sectas protestantes e incluso a las religiones no cristianas. En su obra más trascendente, *Dos ensayos sobre el gobierno civil* (1690), sentó los principios básicos del constitucionalismo liberal, al postular que todo hombre nace dotado de unos derechos naturales que el Estado tiene como misión proteger: fundamentalmente, la vida, la libertad y la propiedad. Partiendo del pensamiento de Hobbes, Locke apoyó la idea de que el Estado nace de un «contrato social» originario, rechazando la doctrina tradicional del origen divino del poder; pero, a diferencia de Hobbes, argumentó que dicho pacto no conducía a la monarquía absoluta, sino que era revocable y sólo podía conducir a un gobierno limitado. La autoridad de los Estados resultaba de la voluntad de los ciudadanos, que quedarían desligados del deber de obediencia en cuanto sus gobernantes conculcaran esos derechos naturales inalienables. El pueblo no sólo tendría así el derecho de modificar el poder legislativo según su criterio (idea de donde proviene la práctica de las elecciones periódicas en los Estados liberales), sino también la de derrocar a los gobernantes deslegitimados por un ejercicio tiránico del poder. Cfr. Página Web de **Biografías y Vidas**, 2005: <http://www.biografiasyvidas.com/biografia/l/locke.htm>

⁹⁸ HELLER, Hermann. *Ob. Cit.* P. 40-41

⁹⁹ **DAVID HUME**, nació en Edimburgo en 1711. Filósofo inglés. Estudió durante un tiempo leyes en la Universidad de Edimburgo. En 1734 marchó a Francia, donde pasó tres años, la mayor parte de ellos en La Flèche, dedicado a la redacción de su primera obra, *Tratado de la naturaleza humana*, que completó tras su regreso a Londres y se empezó a publicar en 1739. El tratado no despertó ningún interés, y Hume se retiró a la casa familiar en Ninewells. La favorable acogida que obtuvo la publicación en Edimburgo de la primera parte de sus *Ensayos morales y políticos* en 1742, le hizo olvidar su primer fracaso. Trabajó como preceptor del marqués de Annandale (1745-1746) y luego como secretario del general St. Clair (1746-1748), a quien acompañó en misión diplomática a Viena y Turín. En 1763 aceptó la invitación de lord Hertford de incorporarse a la embajada en París, ciudad donde residió hasta 1766 y en la que se relacionó con los enciclopedistas. En 1769 regresó definitivamente a Edimburgo con el propósito de disfrutar de la fortuna que le habían proporcionado tanto sus cargos como, finalmente, sus obras. Muere en su tierra natal en 1776. Cfr. Página Web de **Biografías y Vidas**, 2005: <http://www.biografiasyvidas.com/biografia/h/hume.htm>

¹⁰⁰ HELLER, Hermann. *Ob. Cit.* P. 40-41

los conocimientos, principios y objetivos políticos validos pueden ser extraídos del análisis de los hechos de la experiencia.¹⁰¹

1.2.2.5. Objeto de la Ciencia Política

La Ciencia Política constituye una ciencia autónoma que describe los problemas correspondientes a la adquisición, organización y división del poder político, refiriéndose a un Estado concreto, a un grupo de Estados que presentan características comunes o bien a un tipo determinado de Estado considerado en abstracto.¹⁰²

En segundo lugar el conocimiento sobre lo político, se ocupará de la descripción y explicación del Estado, examinando sus relaciones con los factores geográficos, raciales y de otra índole de la naturaleza, e igualmente la influencia de los factores sociales, tales como militares, económicos, morales, históricos, etcétera, especialmente en lo que se refiere a sus relaciones con la constitución jurídica del Estado.¹⁰³

En tercer término, debe ocuparse de la descripción de las más importantes formas de autoridad política (Teoría de las formas de Gobierno), de la estructura y funcionamiento de los grandes grupos políticos que actúan dentro del Estado (Teoría de los partidos políticos).¹⁰⁴

En cuarto lugar, la Ciencia política descriptiva, y el más importante para el desarrollo del presente trabajo, es el de ocuparse de la crítica de la constitución jurídica.¹⁰⁵

¹⁰¹ Cfr. HELLER, Hermann, *Ob. cit.* P. 42

¹⁰² Cfr. PORRÚA PÉREZ, Francisco. *Teoría del Estado*. 15 ed., edit. Porrúa, S.A., México, 1981, p. 119

¹⁰³ *Ídem.*

¹⁰⁴ *Ídem.*

¹⁰⁵ *Ídem.*

1.2.2.6. Derecho y poder

La constitución de un orden jurídico, no es un producto arbitrario del pensamiento de los juristas; su contenido se encuentra determinado por los hechos. La eficacia del derecho pertenece al reino de lo real y es llamada a menudo poder del derecho, ya que este último no puede existir sin el primero. El derecho es un orden o un sistema específico del poder.

Desde la perspectiva de la dogmática jurídica, la validez, dependía del hecho empírico verificable de que la norma jurídica fuera creada o modificada por la instancia reconocida socialmente, es decir, por un Rey, un parlamento, o el poder legislativo; sin embargo, dentro del derecho existe además de la dimensión estrictamente formal, la dimensión de los hechos, en la cual el elemento primordial la “eficacia” sin la cual no podría concebirse un orden jurídico real. Y es que de nada sirve la institucionalización de una determinada orden o norma, si esta no cuenta con el respaldo del poder, el cual haga que los sujetos a quien va dirigida, la obedezcan, ya sea por consenso o por la fuerza.

“La relación entre validez y eficacia parece ser entonces la siguiente: una norma es jurídicamente válida si a) ha sido creada en la forma establecida por el ordenamiento jurídico a que pertenece, y b) si no ha sido derogada, bien en la forma prescrita por el orden jurídico, bien en la forma del desuso o por el hecho de que orden jurídico, considerado como un todo, ha dejado de ser eficaz.”¹⁰⁶

1.2.2.7. La esencia de la constitución del Estado

La expresión “constitución del Estado” podrá entonces ser sustituida por la de “constitución política de la sociedad”, luego entonces, nos referimos al ser o al modo de ser político de la sociedad.¹⁰⁷

¹⁰⁶ KELSEN, Hans. *Ob. cit.* P. 141

¹⁰⁷ *Cfr.* COVIAN ANDRADE, Miguel. *Ob. cit.* P. 81

De acuerdo con la dogmática constitucional, todas las normas tienen que poder ser referidas a la constitución, que es la norma fundamental del orden jurídico; consecuentemente la constitución es un “deber ser”; sin embargo, para la dimensión política, la constitución no es en esencia una norma, sino una “realidad” y antes de que sea identificada con un “deber ser”, la constitución es una decisión consciente de los factores reales de poder. Esta decisión o conjunto de decisiones no deben confundirse con las normas jurídicas.

“En el fondo de toda normación reside una decisión política del titular del poder constituyente, es decir, del pueblo en la Democracia y del monarca en la Monarquía auténtica”.¹⁰⁸

La constitución es concretamente, “decisiones políticas fundamentales” las que definen o determinan la existencia política de un Estado, es decir, la forma como éste se constituye o bien, en una palabra, su constitución.

“[...] así, la Constitución francesa de 1791 envuelve la decisión política del pueblo francés a favor de la Monarquía constitucional con dos ‘representantes de la Nación’, el Rey y el Cuerpo legislativo. La Constitución belga de 1831 contiene la decisión del pueblo belga a favor de un gobierno monárquico (parlamentario) de base democrática (poder constituyente del pueblo), al modo del Estado Burgués de Derecho. La constitución prusiana de 1850 contiene una decisión del Rey (como sujeto del poder constituyente) a favor de la Monarquía constitucional al modo del Estado (y no sólo como forma del Ejecutivo). La constitución francesa de 1852 contiene la decisión del pueblo francés a favor del imperio de Napoleón III, etc.”¹⁰⁹

La constitución del Estado es una realidad, que revela cómo es la forma o estructura de esa comunidad política. El Estado es una unidad política bastante compleja, que está formado o constituido política y socialmente.¹¹⁰

Desde la perspectiva política, la constitución de un Estado es, ante todo, un ser, son actos de decisión previos a la “hoja escrita” y, por lo tanto, esta expresión de la

¹⁰⁸ SCHMITT, Carl, *Ob. cit.* P. 8

¹⁰⁹ *Ibidem.* P. 27

¹¹⁰ *Cfr.* COVIAN ANDRADE, Miguel. *Ob. cit.* P. 65



voluntad condiciona el contenido de lo que llamamos la norma constitucional. Entre la constitución real y la constitución jurídica hay una dependencia ontológica y de validez. La norma suprema presupone la existencia de una serie de decisiones, que no son otra cosa que la ejecución de la soberanía.¹¹¹

Evidentemente, estas decisiones no son sólo “buenos propósitos”, sino auténticas definiciones sobre la organización política del Estado, adoptadas por el titular de la soberanía. Las decisiones políticas fundamentales, no son la expresión de “ideas y principios genéricos o ambiguos”, sino determinaciones concretas (Monarquía o República, parlamentarismo o presidencialismo) sobre la estructura del Estado. Menos aún son “declaraciones solemnes”, sino las bases efectivas de todas las formaciones ulteriores, incluso para la «constitución del orden jurídico».¹¹²

Es fundamental identificar las decisiones políticas fundamentales, ya que de ahí partirá, en muchas ocasiones, análisis e interpretación de las normas o disposiciones jurídicas constitucionales.

“En el caso de la constitución mexicana por ejemplo, la decisión a favor de un régimen democrático se encuentra en el artículo 39 que señala que la “soberanía reside en el pueblo y de éste emana todo poder público”; la decisión a favor de una República, se expresa en el artículo 40° que prescribe que México es una “República representativa democrática federal...”; la decisión a favor de una estructura federal, se halla reflejada en este mismo precepto; la que se refiere al “Estado de Derecho”, se expresa en el capítulo primero contiene las garantías individuales y en las normas que asignan limitan las competencias jurídicas a los órganos constituidos; y *nor last and least* (ni la última, ni la menos importante), la decisión a favor del “Estado social de Derecho”, que se encuentra en preceptos como el art. 3°, 4°, 27° y 123° en los que se incluyen los derechos sociales a la educación, a la salud, a la vivienda, a la tierra y al trabajo.”¹¹³

¹¹¹ Cfr. COVIAN ANDRADE, Miguel. *Ob. cit.* P. 66

¹¹² *Ibidem.* P. 67

¹¹³ *Ídem.*



En conclusión, la constitución desde la perspectiva política de la teoría constitucional, es decir, **la «constitución del Estado», concebida como una realidad, es el conjunto de decisiones políticas fundamentales que adopta el titular de la soberanía y que definen el ser o modo de ser del Estado.**¹¹⁴

1.2.3. Concepto axiológico de constitución

1.2.3.1. Planteamiento

En nuestro intento por revelar al fenómeno de la constitución hemos atravesado dos territorios, que nos han mostrado a ésta como una norma dotada de una específica validez y como decisión política tomadas por el titular de la soberanía; sin embargo, cuando parece que ello no es suficiente para obtener un concepto completo. Es necesario atravesar un tercer territorio, que podemos considerar de tipo valorativo o axiológico.

Si bien es cierto que sobre el tema podemos abundar en muchos cuestionamientos y un sin número de respuestas con respecto a los planteamientos éticos y su vinculación con la constitución, para los propósitos planteados en este tema sólo nos abocaremos al estudio de dos valores fundamentales para el entendimiento y descripción del fenómeno jurídico constitucional: la seguridad y la justicia.

¹¹⁴ *Cfr.* COVIAN ANDRADE, Miguel. *Ob. cit.* P. 68



1.2.3.2. La seguridad

La seguridad, no puede considerarse con un valor unívoco, sino más bien, se debe comprender como un conjunto de valores donde se encuentran conjugados el orden, la misma seguridad y la certeza, valores que como apreciaremos más adelante se encuentran inmersos en el derecho moderno; por ello, la seguridad de la que se habla debe añadirse el adjetivo de jurídica. Desde este ángulo, la propia existencia del derecho, con los requisitos formales que le hacen posible, proporciona ya este primer nivel de valores. Entonces, se resume a la seguridad jurídica como la certeza de las consecuencias jurídicas sobre nuestro comportamiento; se trata de un valor opuesto a la arbitrariedad.¹¹⁵

1.2.3.3. Los requisitos de la seguridad jurídica

La seguridad jurídica nace, en un principio, con la mera existencia del derecho, siempre y cuando éste cumpla con una serie de requisitos de forma. Esta formalidad está relacionada con el proceso de creación de la norma jurídica y debe continuar su desarrollo con una serie de exigencias que darán vida a la seguridad jurídica. En efecto, un derecho formalmente correcto y, por tanto, susceptible de producir el valor que llamamos seguridad jurídica, requiere:¹¹⁶

- 1) La existencia de normas generales.
- 2) La publicidad.
- 3) La claridad.
- 4) La coherencia entre sus normas.

¹¹⁵ Cfr. ALMOGUERAS CARRERES, Joaquín. *Lecciones de Teoría del Derecho*. Edit. Reus, España, 1995, p. 52

¹¹⁶ *Ibidem*. P. 55



- 5) Que sea posible.
- 6) La irretroactividad.
- 7) La estabilidad.
- 8) La vinculación de jueces y funcionarios.

Veamos en que consiste cada una de estas exigencias:

- 1) Generalidad: Las normas jurídicas deben ser modelos generales de conducta, pues la generalidad encierra el trato igual a los destinatarios del derecho, esencial para que cada uno tenga certeza sobre sus conductas y sus consecuencias.¹¹⁷
- 2) Publicidad: El derecho ha de ser publicado, vehículo necesario para que llegue a conocimiento de los destinatarios. Debe subrayarse que se trata de un requisito muy importante en la medida en que el desconocimiento del derecho no exime de su cumplimiento y, por tanto, de sus consecuencias. Por lo que el derecho debe de poner todos los medios a su alcance para que llegue a ser conocido. Sólo así el desconocimiento del derecho sería culpa de quien lo desobedece y pretende alegarlo como excusa.¹¹⁸
- 3) Claridad: El derecho debe ser comprensible, esto es, accesible al entendimiento medio de la población; sin embargo, un gran problema del derecho moderno reside en que la complejidad social exige normas cada vez más técnicas (pensemos en la legislación fiscal o en la relativa a la seguridad

¹¹⁷ *Cfr.* ALMOGUERA CARRERES, Joaquín. *Ob cit.* P. 55

¹¹⁸ De ahí que todos los ordenamientos modernos existan medios periódicos en los que se publican las normas tras su aprobación o sanción correspondiente; en México, disponemos del Diario Oficial de la Federación para dar publicidad a las normas de competencia Federal. *Cfr.* ALMOGUERA CARRERES, Joaquín. *Ob cit.* P. 55



social) que no siempre alcanzan la claridad exigida por la seguridad jurídica.¹¹⁹

4) Coherencia: Consideramos que el derecho es un conjunto de normas que forman un sistema. Como todo sistema, los elementos que lo forman no pueden entrar en contradicción entre sí, pues ello supondría exigir a los destinatarios conductas contradictorias, con lo que se pondría en peligro su seguridad al no saber a qué deben atenerse. La contradicción entre dos normas puede derivar, bien directamente de la redacción de ambas o bien de la interpretación que se haga de ellas. En este último caso, más que ante una contradicción directa e inmediata nos encontramos con que las normas son entendidas o interpretadas de forma contradictoria. En la práctica observamos un gran número de ejemplos de normas contradictorias dentro del mismo sistema jurídico, basta ver la gran cantidad de normas inconstitucionales que están vigentes. Sin embargo, no puede ser tachado de incongruente a nuestro orden jurídico, ya que nuestro sistema salva esta falta de coherencia al otorgar a ciertos tribunales la facultad de resolver estas contradicciones y poner fin con sus resoluciones a la inseguridad jurídica.¹²⁰

5) Posibilidad: Este requisito puede ser considerado como una faceta de la justicia, de modo que norma injusta es aquella que impone cargas o conductas imposibles. Nótese que esta injusticia no deriva del contenido moral del comportamiento exigido, sino de su carácter excesivo con relación a las capacidades humanas normales. Aunque la conducta exigida pueda ser considerada buena, su cumplimiento puede estar más allá de las facultades

¹¹⁹ Cfr. ALMOGUERA CARRERES, Joaquín. *Ob cit.* P. 55

¹²⁰ *Ibidem.* P. 56



de los destinatarios, por el momento o las circunstancias que concurren, razón por la que estamos ante la exigencia de seguridad jurídica.¹²¹

- 6) Irretroactividad: Es una exigencia clásica de la seguridad jurídica que las normas produzca efectos “pro futuro”, esto es, desde el momento en que se promulga la norma (es aprobada, sancionada, publicada) en adelante. Si la norma retrotrae sus efectos a un momento anterior a su aparición, puede poner en peligro la seguridad de los ciudadanos, que ven recaer una norma sobre comportamientos realizados en ausencia de ella, o amparo de otra norma.¹²²

Sin embargo, decir que la retroactividad puede atentar contra la seguridad jurídica, no significa que siempre sea así. Hay casos en los cuales la propia seguridad exige la retroactividad de las normas. El caso más representativo lo encontramos en el Derecho Penal, esto se da cuando un comportamiento deja de ser delictivo. La norma que establezca este extremo deberá tener efectos retroactivos, pues no parece justo que alguien esté cumpliendo condena, por ejemplo, por haber realizado una conducta que en ese momento se puede realizar normalmente.

Por consiguiente, podemos decir que la irretroactividad es en general una exigencia de la seguridad jurídica, pero que, en concreto, la decisión de si una norma debe ser o no retroactiva es una cuestión puntual, que habrá de resolverse en atención de las circunstancias del caso y de los valores que concurren en él. Posiblemente sea este requisito en donde la conexión entre justicia formal y sustantiva resulte más manifiesta.

- 7) Estabilidad: Se trata también de una antigua exigencia que el derecho goce de un cierto grado de estabilidad, que sus formas no puedan cambiar de modo

¹²¹ Cfr. ALMOGUERA CARRERES, Joaquín. *Ob cit.* P. 56

¹²² *Ibidem.* P. 57 - 58



imprevisto y caprichoso, escapando a toda previsión de los ciudadanos. Se habla de cierto grado de estabilidad pues aquí el riesgo está en transformar esta exigencia en un requisito estrictamente conservador que impida la necesaria evolución del derecho (acorde a la evolución social) lo suficientemente medida y controlada como para no poner en peligro la seguridad jurídica.¹²³

- 8) Vinculación el Juez: Establece la necesidad de que los jueces resuelvan tanto de contenido como en la forma los conflictos, que se les sometan, con arreglo al derecho vigente. Sobre esta exigencia volveremos, por la naturaleza de este trabajo, más adelante.¹²⁴

1.2.3.4. La justicia

Frente a la seguridad jurídica, de la que acabamos de hablar, existe un conjunto de valores externos al orden jurídico. Son los valores que componen la justicia, respecto de los cuales, la mera existencia del derecho no garantizan su consecución. Son valores a los que tiende o debe alcanzar el derecho, midiéndose su grado de justicia por el grado de realización de los mismos. Así, el grado de realización o puesta en práctica de estos sistemas de valores representa el grado de justicia alcanzado por un orden jurídico. El derecho queda justificado de este modo en un cierto grado, se dice también que “por esta vía el derecho queda legitimado”.¹²⁵

Estos valores son de diversos tipos. Son siempre plurales, en el sentido en que el derecho no sólo se propone la consecución de uno sólo, aunque pueda haber alguno predominante. Por consiguiente, son valores relacionados entre sí, que a veces pueden entrar en conflicto. Por lo demás, algunos de estos valores implican algunos

¹²³ Cfr. ALMOGUERA CARRERES, Joaquín. *Ob cit.* P. 58

¹²⁴ *Ídem.*

¹²⁵ *Ibidem.* P. 59.

medios que se consideran los adecuados para su realización y que, por ello mismo, son igualmente valiosos, llevando a constituir un valor más, así por ejemplo, la democracia respecto de la libertad e igualdad.¹²⁶

Todo esto significa que este conjunto de valores relacionados y medios valiosos viene a constituir un sistema de valores. Por ello, hablar de justicia equivale a constituir un sistema de valores.

Pues parece ser que el eje central de la justicia esta constituido por el o los sistemas de valores. Cabe advertir que un sistema de valores es siempre un cuerpo ético. De este modo hay que excluir la opinión de que cualquier finalidad puede presentarse como un sistema de valores, razón por la cual no se puede aceptar que el derecho nazi, o el derecho de un tirano sean identificados con un sistema de valores. Sólo los valores morales son susceptibles de formar un sistema perseguible por el derecho. Es verdad que la historia nos ha demostrado que pueden existir sistemas jurídicos, que atentan contra el mismo concepto de humanidad, pero al mismo tiempo se nos ha enseñado que dichos sistemas sólo conllevan a sus sociedades al caos.

El cuadro que a continuación se presenta, nos muestra de una forma esquemática las posibles combinaciones que pueden existir dentro de un orden social entre justicia y seguridad jurídica, veamos:

¹²⁶ De los posibles conflictos de valores nace una rama de la axiología jurídica que es llamada **estimativa jurídica** cuyo propósito es ponderar los valores en juego en un caso concreto. BUENO, Miguel. “*La axiología jurídica en Luis Recaséns Siches*”. *Estudios en honor del Doctor Luis Recassens Siches. Tomo I*. Coord. Rodríguez García Fausto E., Universidad Nacional Autónoma de México, 1980, P. 221.



	Moral		Resultado
	Formal (Seguridad)	Sustantiva (Justicia)	
Expedición del derecho	Formalmente correcto	Valioso en cuanto a los fines que persigue	Coincidirá la moralidad intrínseca con el valor de los contenidos del derecho (Derecho con aspiraciones de ideal)
	No logra alcanzar el grado de formalización	Valioso en cuanto a los fines que persigue	No garantiza la seguridad jurídica (Caso de Rey Inexperto ¹²⁷)
	Formalmente correcto	Persigue fines no aceptables moralmente	El destinatario del derecho se encontraría en una situación de segura injusticia (Caso de una dictadura)
	No logra alcanzar el grado de formalización	Persigue fines no aceptables moralmente	Situación de arbitrariedad e injusticia (Caso de la tiranía)

1.2.3.5. Legalidad y Legitimidad

Se ha indicado que el problema de la justicia es el problema de la legitimidad del derecho. Por otro lado se ha visto que el problema de la seguridad jurídica se resuelve sobre la base de un conjunto de exigencias formales que deberán satisfacer las normas jurídicas. Se denomina a este último aspecto "legalidad"¹²⁸, pues, la satisfacción de los requisitos apuntados implica la satisfacción de las exigencias de la legalidad, por lo que obtendremos una pareja de conceptos, legalidad y legitimidad, paralelos a los, que ya examinamos y combinamos, de justicia y seguridad.

¹²⁷ Ejemplo citado por L Von Fhuler, consistente en la llegada al trono de un Rey con total desconocimiento de la política y derecho, y puesto que como príncipe había adquirido una imagen sumamente negativa del derecho, la primera medida que toma como Rex III consiste en eliminar todas las normas jurídicas existentes en el reino. Desde ese momento, sus súbditos regularían sus relaciones basándose sólo en la fe recíproca, y cuando surgiera algún conflicto, se solucionaría atendiendo a sus características particulares. Dicho con otras palabras, cada litigio recibiría una solución válida sólo para dicho caso. ALMOGUERAS CARRERES, Joaquín. *Ob cit* . P. 61.

¹²⁸ ALMOGUERAS CARRERES, Joaquín. *Ob cit* . P. 61.

Los diversos niveles de legalidad y legitimidad alcanzados por un derecho son indicativos de la vitalidad adquirida por él mismo. Legalidad sería sinónima de ordenamiento jurídico. Legitimidad equivale a la justificación del derecho. En toda legalidad encontramos una legitimidad. Algunas corrientes del pensamiento jurídico sacralizan la legalidad sosteniendo que sólo lo legal es legítimo.

1.2.3.6. En busca de un principio moral fundamental

Hemos observado en el anterior punto que la justicia es un sistema de valores que varía de acuerdo a situaciones históricas y geográficas. Sin embargo, sería una fácil salida concluir con dicha definición y no hacerse responsable de especificar un principio moral fundamental que nos ayude a estratificar los valores y que sirva como el punto de partida para los juicios de valor que a diario acontecen en la vida cotidiana y por supuesto en la tarea de la interpretación de la normas constitucionales.

“Si hay algo en la historia del conocimiento humano puede enseñarnos, es la inutilidad de los intentos de encontrar por medios racionales una norma de conducta justa que tenga validez absoluta, es decir, una norma que excluya la posibilidad de considerar como justa la conducta opuesta. Si hay algo que podemos emprender de la experiencia espiritual del pasado es que la razón humana sólo puede concebir valores relativos, esto es, que el juicio con el que juzgamos algo como justo no puede pretender jamás excluir la posibilidad de un juicio de valor opuesto. La justicia absoluta es un ideal irracional. Desde el punto de vista del conocimiento racional, existen sólo intereses humanos y, por lo tanto, conflicto de intereses. Para la solución de los mismos existen sólo dos soluciones: o satisfacer el uno a costa del otro o establecer un compromiso entre ambos. No es posible demostrar que ésta y aquélla es la solución justa. Si se supone que la paz social es el valor supremo, el compromiso aparecerá como la solución justa. Pero también la justicia de la paz es sólo una justicia relativa y, en ningún caso, absoluta.”¹²⁹

¹²⁹ KELSEN, Hans. “¿Qué es la justicia?” en *Lecturas de Sociología y Ciencia Política*. Coord. SÁNCHEZ AZCONA, Jorge. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1980, p.127



Casi todos los intentos de solucionar los problemas de valoración o interpretación, se realizan mediante la búsqueda, en el conjunto de valores de una sociedad, en un momento histórico dado, en un contexto cultural específico. Nos encontramos ante la búsqueda de la panacea que otorgue la garantía de seguridad y objetividad en la interpretación, sobre todo en el derecho. Suele decirse que la solución está en que el intérprete cumpla su tarea teniendo en cuenta los valores “universalmente” reconocidos como producto del proceso de civilización. Los derechos humanos suelen ser invocados en tal carácter de referente común a todos. Pero siempre se supone que se trata de una sociedad homogénea, cuyos miembros, por tanto, aceptan los mismos valores. Pero eso es falso ya que no existe, porque nos enfrentamos al hecho de que nos encontramos ante una sociedad de clases con intereses antagónicos, las cuales creen en valores distintos.¹³⁰

1.2.3.7. El *Logos* dador de sentido

El hombre, siempre ha buscado en el mundo un centro dador de sentido a sus actos y propia existencia: el *Logos*. Esta “razón” universal, que penetra en todos los aspectos de la vida, que excluye cualquier clase de contingencia, le proporciona al hombre creyente en ella, el sentimiento de la seguridad. Si el mundo tiene un centro que da sentido a todo, y podemos conocerlo, entonces todo es más claro, más comprensible, menos incierto, más racional, más tranquilizador, menos contingente, más confiable, y, por supuesto, más manejable.¹³¹

Existen dos posturas relativas al *Logos*, la que afirman de su existencia y la que niega de su existencia. Por ejemplo, en el mundo del derecho, el asunto es el mismo. En primer lugar los jusnaturalista encuentran el *Logos* jurídicos, el centro dador de sentido, en: la razón divina o en la naturaleza. En segundo lugar están los positivistas,

¹³⁰ Cfr. CORREAS, Oscar. *Metodología Jurídica. Una introducción filosófica I*. Fontamara, México, 2003, p. 178

¹³¹ *Ibidem*. P.203



que niega la existencia del centro, y acuden a relativismo en la escala de valores, dependiendo del lugar y época donde estemos ubicados. Para el jusnaturalismo, el derecho positivo, lo calificará de justo o de injusto, a partir de ese *centro dador de sentido*, que está en el derecho natural, esto es, en las normas que se extraen de la observación racional del *Logos*, del orden, de la naturaleza. Para el positivismo el derecho adquiere sentido de justo o injusto de la moral. Pero, morales, hay muchas y si nos estacionamos en un punto de vista objetivo y racional, es decir científico, es imposible adoptar el dogma de que existe un *logos*.¹³²

Nuestra postura ante la inexistencia del *logos*, es decir, de que no estamos a favor de la existencia de una moral verdadera, nos lleva a conducirnos a que tal vez existan algunos valores preferibles a otros. Si ninguna, moral puede ser demostrada, lógicamente, cuando menos, tal vez, es posible argumentar mejor a favor de ciertos valores que otros. Y esa argumentación, si no puede ser estrictamente racional, porque no hay el «centro dador de sentido», entonces habrá la posibilidad de recurrir a otros caminos argumentativos parecidos a la lógica: recurramos entonces a la «retórica».¹³³

No hay que ir muy lejos para pensar en los posibles *centros dadores de sentido*, sólo hay que centrarnos en las aspiraciones que tenemos acerca del mundo. Y si bien esos centros, ni son únicos, ni son racionalmente demostrables, de todos modos si constituyen centros o los fines de la acción humana. Nos enfrentaremos, por supuesto, a que todos no sean igualmente aceptables, en las distintas culturas ya que cada una tiene sus preferencias. Las distintas clases sociales tienen también sus diferencias. Y a que llamamos intelectuales se dividen, también, en apoyo de unas y otras. Entonces: ¿Existe, en el mundo moderno, algún centro dador de sentido, universalmente reconocido? Al parecer sí, al menos, en el nivel del discurso retórico, nos encontramos ante la «*democracia*».

¹³² Cfr. CORREAS, Oscar. *Ob. cit.* P. 203

¹³³ *Ídem.*



1.2.3.8. La democracia

En nuestro tiempo, al principio de un nuevo siglo, nos encontramos enfrascados en la búsqueda de la democracia. Y aunque no estemos totalmente de acuerdo, en el significado de este término, de todos modos, parece constituirse en una pauta común, que en el fondo, es un «centro dador de sentido».

La democracia, tiene como principal característica que difunde otro valor esencial para la convivencia humana: la tolerancia, la que a su vez, significa libertad de pensamiento.

“Los más altos valores morales fueron perjudicados por la intolerancia de sus defensores. En las hogueras, que la Inquisición española encendió para defender la religión cristiana, fueron quemados no sólo los cuerpos de los herejes, sino que se sacrificó también una de las enseñanzas más importantes de Cristo: no juzgues para que no seas juzgado. [...] Pedro Bayle, uno de los más grandes libertadores del espíritu humano, objetaba a aquellos que creían defender un orden político o religioso existente mediante la intransigencia con los demás: “El desorden no surge de la tolerancia sino de la intransigencia.” Una de las páginas más gloriosas de la historia de Austria es el decreto de tolerancia de José II. Si la democracia es una forma de gobierno justa, lo es cuando significa libertad y libertad quiere decir tolerancia.”¹³⁴

La tolerancia distingue a la democracia de la autocracia. Mientras esta distinción se conserve, tenemos razón para rechazar la autocracia y continuar con la instauración de instituciones democráticas en nuestros gobiernos.

En las últimas décadas, otro valor muy relacionado con la democracia son los derechos humanos. De lo cuales, también discutimos acerca de cuáles son esos derechos, y, sobre todo, de cuál es jerarquía. Sólo se puede argumentar, mejor o peor, sobre el orden que ocupan los derechos en esa jerarquía. La gran burguesía internacional, por ejemplo, está dispuesta a respetar esos derechos, siempre que, en

¹³⁴ KELSEN, Hans. “¿Qué es la justicia?”. P.128-129



la jerarquía, el derecho a su propiedad esté por encima de derecho de comer de los pobres.¹³⁵

En mi particular opinión es la democracia, la que por su naturaleza significa libertad y tolerancia, es para una comunidad política, el camino más favorable para el progreso, la convivencia y la felicidad de sus integrantes. Como un ejemplo, debemos comprender, que la ciencia sólo puede desarrollarse cuando ésta es libre, y no está sujeta a influencias externas, como las políticas, y cuando en el juego de argumentos y objeciones impera una compleja libertad. Ninguna doctrina puede ser eliminada en nombre de la ciencia, pues el alma de la ciencia es la tolerancia.

“[...] En realidad, yo no sé ni puedo decir qué es la justicia, la justicia absoluta, este hermoso sueño de la humanidad. Debo conformarme con la justicia relativa, puedo decir únicamente lo que para mí es justicia. Como la ciencia es mi profesión y, por lo tanto, lo más importante de mi vida, para mí la justicia es aquella bajo su protección puede florecer la ciencia y, con la ciencia, la verdad y la sinceridad. Es la justicia de la democracia, la justicia de la tolerancia.”¹³⁶

Las constituciones, como se aprecia, expresan una serie de valores compartidos por la sociedad. A través de la historia, las constituciones han sido calificadas como legítimas o ilegítimas, pero el “constitucionalismo moderno” sólo acepta como legítimas aquellas vinculadas a un proceso democrático. Por lo que una constitución, que se precie de serlo, debe limitar el uso del poder, garantizar los derechos fundamentales de la humanidad y los valores propios de la comunidad específica a quien va dirigida. Esta reflexión, será la base de análisis del punto siguiente sobre el contenido de las constituciones modernas.

¹³⁵ Cfr. CORREAS, Oscar. *Ob. cit.* P. 204

¹³⁶ KELSEN, Hans. “¿Qué es la justicia?” P. 130



1.3. CONTENIDOS DE LOS DOCUMENTOS CONSTITUCIONALES

1.3.1. Planteamiento

La clásica concepción relativa a que la constitución se divide en dos partes: la «dogmática», la cual atiende a los derechos fundamentales de los gobernados y la «orgánica», cuyo objeto es determinar la organización del Estado y gobierno de una comunidad política; comprendiendo a cada una como dos apartados independientes uno de la otro. Sin embargo, el contenido de los documentos constitucionales modernos sigue la tendencia a regular y determinar los medios de limitación jurídica objetiva del poder público y asegurarla políticamente por medio de los derechos subjetivos de libertad e intervención de los ciudadanos respecto al poder del Estado, de suerte que los derechos fundamentales del individuo sean protegidos en virtud de la estructura fundamental de la organización del Estado. Por lo que resulta incomprensible considerar la división de poderes y los derechos fundamentales como contenidos constitucionales independientes uno del otro.¹³⁷

Un sistema político organizado bajo el principio de división de poderes, donde la legislación como poder supremo corresponde al pueblo y el Ejecutivo al jefe del Estado, a la vez el poder judicial aparece como una organización diferente entre ambos, debía quedar asegurado que el poder del Estado no se ejerciera de modo abusivo y, asimismo, que ese poder se viera obligado, por propia mecánica de la organización, a respetar la libertad e igualdad de los ciudadanos.¹³⁸

¹³⁷ Cfr. HELLER, Hermann, *Ob. cit.* P. 346

¹³⁸ *Íbidem.* P. 346

El movimiento constitucionalista mantiene la idea de que una constitución jurídica que no garantizase la división de poderes y los derechos fundamentales, no sería considerada como verdadera constitución o, sencillamente, como constitución.¹³⁹

Este punto de vista, en donde los dos aspectos fundamentales del contenido de una constitución, el dogmático y el orgánico, deben concebirse y analizarse en forma integral, nos lleva a realizar un análisis del concepto de «Estado de derecho» el cual por sus características, nos sirve como modelo y presenta las estructuras necesarias para establecer los contenidos propios de una constitución.

1.3.2. Estado de derecho y constitución.

1.3.2.1. El Gobierno de la Ley

La noción de «Estado de derecho» deriva históricamente de las ideas sobre derecho y política de corte liberal, las que reposan en dos pilares fundamentales: la limitación de la actuar de los órganos de gobierno por medio de leyes y la reivindicación de una serie de derechos fundamentales de los gobernados. Es por ello que los modelos constitucionales derivados de los principios liberales hayan buscado establecer con claridad los límites del poder político respecto de los derechos individuales básicos.¹⁴⁰

Las características generales del «Estado de derecho» se pueden enlistar del siguiente modo:¹⁴¹

¹³⁹ Cfr. HELLER, Hermann, *Ob. cit.* P. 347

¹⁴⁰ Cfr. RODRÍGUEZ ZEPEDA, Jesús. *Estado de derecho y democracia*. Instituto Federal Electoral, México, 1996. P. 35 (Cuadernos de divulgación de la cultura democrática, Núm. 12.)

¹⁴¹ *Ibidem.* Pp. 35 - 36



- a) Imperio de la ley: ley como expresión de la voluntad general.
- b) Separación de poderes: legislativo, ejecutivo y judicial.
- c) Legalidad del gobierno: su regulación por la ley y el control judicial.
- d) Derechos y libertades fundamentales: garantía jurídico-formal y realización material.

Estos rasgos definitorios se explican gracias a las condiciones históricas en la que fue concebida la idea del propio Estado de derecho, que fue la lucha política e ideológica contra el modelo de Estado absolutista que respaldaba por un amplio control gubernamental de la vida colectiva. El control absoluto de la vida social restringía los derechos individuales en aras de un supuesto “bienestar común”, muchas de las veces incompatible con las necesidades y deseos de los ciudadanos. El Estado liberal de derecho es una “respuesta individualista y legalista frente al riesgo del ejercicio despótico del poder político.”¹⁴²

Los principios del Estado liberal de derecho, se plasman claramente en la tradición política y jurídica anglosajona del *Rule of the Law* (gobierno de la ley) que determina la protección institucional y legal de las libertades. Es de hacer notar, que a pesar de que el concepto de Estado de derecho se plasme como “gobierno de la ley” depende de una idea substancialmente política que es el de limitar el poder de los gobernantes.¹⁴³

¹⁴² Cfr. RODRÍGUEZ ZEPEDA, Jesús. *Ob. cit.* P. 35

¹⁴³ *Ibidem.* P. 36



1.3.2.2. El Estado democrático de derecho

Si bien es cierto que el modelo liberal del Estado de derecho nos ofrece las estructuras básicas de un régimen político orientado a la protección de los derechos individuales elementales, en específico, los de protección personal y la propiedad; esta idea no resulta satisfactoria para todos ya que esta concepción no implica que la soberanía pueda ser ejercida por *todos* los sujetos pertenecientes a un Estado (principio de soberanía popular) y que deban garantizarse derechos de tipo social (como la promoción del desarrollo de los sujetos y la reducción de la desigualdad económica).¹⁴⁴

“La visión liberal del Estado de derecho, prevaleciente hasta el siglo XX, limitaba su concepción de justicia a la llamada “protección negativa” de los derechos ciudadanos, es decir, a la limitación de las acciones que pudieran afectar la vida, integridad o propiedad de los individuos; no ofrecía alternativas en el terreno de una posible acción positiva de la ley para resolver las diferencias sociales de rango o riqueza, o para promover el desarrollo personal de los individuos y grupos menos favorecidos.”¹⁴⁵

Históricamente, han existido distintos intentos por superar el modelo liberal y las instituciones de su particular idea del Estado de derecho. Todos estos intentos coinciden en que los principios liberales son insuficientes para atender todas las necesidades sociales.

“ [...] Algunos le opondrían las demandas de igualdad real y justicia distributiva que las sociedades contemporáneas plantean con gran urgencia. Otros le reclamarían el abandono de los valores comunitarios como la patria y la raza. Otros más le reprocharían la defensa del egoísmo y el olvido de la jerarquías de un supuesto orden social natural.”¹⁴⁶

El liberalismo en los siglos XIX y XX integró a su ideología los principios y valores de la democracia. A diferencia del liberalismo clásico, la democracia supone el principio

¹⁴⁴ Cfr. RODRÍGUEZ ZEPEDA, Jesús. *Ob. cit.* Pp. 35 - 40

¹⁴⁵ *Ibidem.* P. 36

¹⁴⁶ *Ibidem.* P. 38



de “gobierno del pueblo” en el sentido de la participación “universal” de los ciudadanos en la conducción de las cuestiones públicas. Como sabemos, en su origen el liberalismo concebía como sujetos políticos de pleno derecho sólo a los propietarios del capital; pero, las luchas obreras y campesinas opuestas al individualismo liberal y la creación de grandes partidos y movimientos contrarios a la gran desigualdad reinante en los países liberales, entre otros hechos, dieron lugar a considerar que los derechos asegurados por el gobierno, debían ser verdaderos derechos sociales que garantizasen la mejoría en la calidad de vida de los grupos menos favorecidos.¹⁴⁷

La democracia liberal entendida como un método pacífico para elegir gobiernos por el principio de mayoría (principio que garantiza que la soberanía popular pueda convertirse en leyes generales, al tiempo que garantiza los derechos de las minorías), reposa en una serie de valores socialmente compartidos como la primacía de las soluciones pacíficas, la tolerancia y el respeto a la legalidad. En este sentido la democracia supone la existencia de una pluralidad de formas de vida y opiniones en la sociedad, la cual no sólo debe ser mantenida, sino fortalecida como el signo más evidente de la salud política de una sociedad. Las instituciones democráticas. Por ello, el núcleo de la democracia liberal reside en la existencia de instituciones legales que permiten la expresión de la voluntad de la mayoría de los ciudadanos por medio de instituciones que garanticen la seguridad jurídica.

1.3.2.3. Estado de derecho y constitución

Las constituciones se han convertido en la ley suprema de las sociedades modernas. Pero esta supremacía sólo puede ser legítima si expresa los principios fundamentales del Estado de derecho. En consecuencia las constituciones no son únicamente ordenamientos jurídicos que definen por sí mismos los valores morales y de

¹⁴⁷ Cfr. RODRÍGUEZ ZEPEDA, Jesús. *Ob. cit.* P. 42



organización que rigen a la sociedad; sino por el contrario, las constituciones expresan una serie de valores compartidos por la sociedad.¹⁴⁸

Históricamente, las constituciones pueden calificarse como legítimas o ilegítimas, pero como habíamos citado en un principio la llamada “constitucionalismo” sólo acepta como legítimas aquellas vinculadas a un proceso democrático.¹⁴⁹

“La democracia es el principio legitimador de la Constitución, entendida ésta no sólo como forma política histórica, sino, sobre todo, como forma jurídica específica, de tal manera que sólo a través de ese principio legitimador la constitución adquiere su singular condición normativa, ya que es la democracia la que presta a la constitución una determinada cualidad jurídica, en la que validez y legitimidad resultan enlazadas.”¹⁵⁰

La democracia, consecuentemente, la entendemos:

- 1) Como un método de elección de gobernantes, que regula el cambio sistemático y pacífico de quienes ejercen un gobierno representativo.
- 2) El principio que permite la institucionalización jurídica de los valores y principios de la sociedad.
- 3) El valor que permite a las normas en general, incluyendo a las constitucionales, ser creadas teóricamente conforme a un método justo: la decisión o soberanía ciudadana expresada por medio del principio de mayoría.

Tal vez, la democracia no sea el mejor recurso, pero si es el único, del que disponemos hoy en día, para permitirnos la reforma y el perfeccionamiento de las normas jurídicas por una vía pacífica y racional.

¹⁴⁸ Cfr. RODRÍGUEZ ZEPEDA, Jesús. *Ob. cit.* P. 42

¹⁴⁹ Cfr. RODRÍGUEZ ZEPEDA, Jesús. *Ob. cit.* P. 43 y TAMAYO Y SALMORAN, Rolando. *Introducción al estudio de la constitución*. Pp. 201-203.

¹⁵⁰ RODRÍGUEZ ZEPEDA, Jesús. *Ob. cit.* P. 44



CAPÍTULO 2. LAS CONCEPCIONES DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

2.1. LA CIENCIA JURÍDICA

2.1.1. El saber sobre el derecho

Cuantas denominaciones hemos escuchado con las que se ha nombrado a la disciplina especializada en el estudio del fenómeno jurídico, utilizadas, más que todo, en los círculos académicos: «ciencia jurídica», «jurisprudencia», «teoría general del derecho», entre otras. Esta variedad de expresiones sobre el saber o disciplina dedicada al estudio del derecho, nos pone en evidentes dificultades para entender a qué le llamamos «ciencia sobre el derecho».

Si a lo anterior, le sumamos el uso de la expresión «dogmática jurídica», nos trae consigo un segundo problema, el relativo a la pregunta sobre el significado dado a la palabra «dogmática», y en consecuencia pensar sí la ciencia jurídica es dogmática en el mismo sentido que lo es la teología.

El objetivo de este punto es proporcionar una idea sobre lo que «es» la ciencia del derecho mediante la comprensión de su origen y objeto; pero además tendrá el propósito de aclarar las cuestiones previamente planteadas y que oscurecen el estudio y la comprensión de lo que entendemos por la expresión «ciencia jurídica».



2.1.2. La jurisprudencia

2.1.2.1. La *prudentia*

Durante la historia de la humanidad han existido dos preguntas fundamentales para su propia evolución, estas son: «¿qué es?» y «¿qué hacer?». Las respuestas más acertadas a la primera cuestión, son otorgadas por aquello que llamamos **ciencia**, a través de las descripciones que realiza, conformando el conocimiento científico. Y por el otro lado, el «¿qué hacer?» se resuelve en la mayoría de las ocasiones por medio de la justificación de los actos¹⁵¹. Este es el mundo de la «acción humana» es decir el territorio de aquello que los antiguos romanos conocían como la ***prudentia***.¹⁵²

“La prudentia... tiene por objeto las... [acciones]... humanas y sobre las cuales pueden deliberarse [ponderarse]... El hombre de buen consejo... es el que, ajustándose a los cálculos de la razón acierta con lo mejor que puede ser realizado por el hombre.”¹⁵³

La *prudentia* es la sabiduría que enfrenta la pregunta: «¿Que hacer?». Este es el mundo de los actos humanos, un saber dedicado a la prescripción de conductas, a través de juicios morales, de trato social, religiosos y, por supuesto, jurídicos.

2.1.2.2. La *prudentia iuris*

La *prudentia iuris* o *iurisprudencia*, nos indica la acción «válida» a seguir en una determinada circunstancia, con base en el «conocimiento jurídico». Surgen entonces

¹⁵¹ Estas justificaciones pueden ser morales, religiosas, convenciones sociales y en el más evolucionado de los casos por normas jurídicas. *Cfr.* ALMOGUERA CARRERES, Joaquín. *Ob. Cit.* P. 116 -141

¹⁵² *Cfr.* TAMAYO Y SALMORAN, Rolando. *Razonamiento y argumentación jurídica. El paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho*. Serie Doctrina Jurídica Num. 121. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 93

¹⁵³ *Ídem.*

las preguntas: ¿Cómo se obtiene el conocimiento jurídico? o propiamente ¿cómo se conoce el derecho? ¹⁵⁴

El derecho principalmente se manifiesta en forma de «discurso», el cual llega a nuestra experiencia a través del lenguaje oral y escrito. Entonces, podemos realizar una nueva pregunta: «¿Cómo se conoce el lenguaje del derecho?» La respuesta está involucrada con la respuesta a otra pregunta similar: «¿cómo se conoce un lenguaje?» Siendo la respuesta más o menos la siguiente: «conoce un lenguaje quien «sabe lo que dice». Porque quien sabe «qué dice» un determinado lenguaje, puede hacer una “lectura” de sus signos y comprender por medio del “oído” sus fonemas. Se dice que un sujeto «sabe» griego (o cualquier otra lengua), cuando este «entiende» el griego, esto es, si entiende los signos y fonemas de ese lenguaje. Un hombre que sabe griego puede «decir» lo que está dicho en griego. Pues bien, la disciplina (el oficio) que permite “leer” (describir) derecho es, precisamente, la *iurisprudentia*. ¹⁵⁵

La *iurisprudentia* (en adelante jurisprudencia) al determinar lo que «dice el derecho» es una herramienta hermenéutica, un saber dedicado a la interpretación del discurso jurídico, constituyéndose en la herramienta indispensable para calcular las consecuencias derivadas de la aplicación del derecho, por lo que, no se limita a determinar el significado de algunos vocablos del lenguaje del derecho, sino que busca la concurrencia lógica dentro de un sistema de preceptos, para su adecuada aplicación. ¹⁵⁶

¹⁵⁴ Cfr. TAMAYO Y SALMORAN, Rolando. *Razonamiento y argumentación jurídica...* P. 93

¹⁵⁵ *Ídem*

¹⁵⁶ *Ibidem*. P. 123

2.1.2.3. Génesis y evolución

El nacimiento de la jurisprudencia comienza en el periodo que sigue a la aparición de la famosa *Ley de las XII Tablas* (451-449 a. C.)¹⁵⁷. La primera fase es la etapa pontificia, en la cual los cánones de la profesión jurídica fueron mantenidos en secreto por los pontífices.¹⁵⁸

A través de la lectura e interpretación de los materiales jurídicos los pontífices proporcionaron el significado de las *XII tablas*. Surgiendo en Roma un oficio cuya única función era el conocimiento (*interpretatio*) del derecho. La cuna de la jurisprudencia estuvo situada en el Colegio de los Pontífices, a los cuales correspondió, durante los dos primeros siglos de la *República*,¹⁵⁹ el conocimiento y custodia del derecho.¹⁶⁰

La *interpretatio* (la forma de “leer” textos jurídicos) era la función central de la jurisprudencia pontificia, a través de la cual los jurisprudentes “leían” el derecho y señalaban sus alcances. Mediante la *interpretatio* se fueron creando los *præcepta iuris*, reformulando, en gran medida, el derecho romano anterior a esta época.¹⁶¹

La segunda fase de la jurisprudencia romana es una fase de secularización en la cual el conocimiento del derecho se difunde notablemente. Surgen *jurisprudentes* laicos. Siendo varias las causas que produjeron la jurisprudencia secular. En este proceso

¹⁵⁷ “Esta codificación de derecho se llevó a cabo con la finalidad de que rigiese de forma general para todos los ciudadanos romanos, patricios y plebeyos. Su elaboración estuvo a cargo de diez magistrados a quienes debido al número, se les llamó decenviros de allí que también se le dé el nombre de ley decenviral a este ordenamiento, los cuales se dedicaron a estudiar el derecho griego, básicamente las disposiciones de Solón y de Licurgo, el más avanzado de su época”. IGLESIAS GONZÁLEZ, Román y MORINEAU IDUARTE, Martha. *Introducción al estudio del Derecho Romano*. Harla, México, 1990. Pp.13-14

¹⁵⁸ Cfr. IGLESIAS GONZÁLEZ, Román y MORINEAU IDUARTE, Martha. *Ob. Cit.* Pp. 15 – 16 y TAMAYO Y SALMORAN, Rolando. *Razonamiento y ...* Pp. 94-96

¹⁵⁹ La cual esta situada en la historia de la Roma antigua entre los años 510 al 31 a.C., MARGADANT S., Guillermo Floris. *El derecho privado romano como introducción a la cultura jurídica contemporánea*. 25ª edic., Edit. Esfinge, S.A. de C.V., México, 2000. Pp. 25- 27

¹⁶⁰ TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Razonamiento y argumentación jurídica...* P. 96

¹⁶¹ *Ibidem*. P. 97

podemos señalar tres grandes momentos: el primero cuando Gneus Flavius, secretario de un sacerdote, publicó las fórmulas procesales (*ius Flavianum*), en el año 304 a.C.;¹⁶² cincuenta años más tarde, en 254 a.C. el primer pontífice plebeyo, Tiberio Coruncanio, comenzó a dar consultas públicas sobre materias de derecho; y, finalmente, en 204 a. C., Sexto Elio Peto, publicó su *Tripertite*, obra en tres libros, que constituye el primer tratado sistemático de derecho sobre las *XII Tablas*, su interpretación y las fórmulas procesales (*ius Aelianum*). De esta forma el derecho dejó de estar bajo el exclusivo dominio de los pontífices y su conocimiento se hizo público.¹⁶³

Los jurisconsultos romanos cumplía varias funciones dentro de su profesión: El *respondere* consistía en dar consultas verbales sobre casos prácticos; el *cavere* en redactar documentos jurídicos; el *agüere* en asistir a las partes del litigio y, finalmente, el *scribere*, en elaborar obras doctrinales de derecho, además de la labor docente que también desempeñaban.¹⁶⁴

“Al final del siglo III a.C. después de los trastornos sociales causados por la Segunda Guerra Púnica la *prudentia iuris* habría de sufrir una importante evolución. En el siglo II, el conocimiento del derecho se había gradualmente separado de las ramas del antiguo saber pontificio. La aparición de los juristas laicos que frecuentemente seguían la carrera política o militar. El cambio se evidencia con la publicación de las *responsas* a las cuestiones que les eran sometidas. Como las *responsa* de los juristas no siempre coincidían las controversias jurídicas surgiendo a la luz por primera vez.”¹⁶⁵

La jurisprudencia, desde su inicio, fue un oficio de mucho prestigio. Las personas dedicadas a este saber estaban bien entrenados y practicaban su oficio cumpliendo varios cánones de la profesión. Sin embargo, a pesar de la estimación y utilidad de la

¹⁶² Aunque se asegura que dicha compilación es autoría a Appius Claudius Cæcus (Cónsul en 307 y 296 a.C.), y que Gneus Flavius sólo la publicó. IGLESIAS GONZÁLEZ, Román y MORINEAU IDUARTE, Martha. *Ob. Cit.* P.16 y TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Razonamiento y argumentación jurídica...* P. 97

¹⁶³ IGLESIAS GONZÁLEZ, Román y MORINEAU IDUARTE, Martha. *Ob. Cit.* P. 16

¹⁶⁴ *Ídem*

¹⁶⁵ TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Razonamiento y argumentación jurídica...* P. 101

jurisprudencia, los romanos, en un inicio no la consideraban como una *scientia* (ciencia).¹⁶⁶

2.1.2.4. La jurisprudencia como *Scientia Iuris*

Los griegos fueron los creadores y los más grandes impulsores de la ciencia en el mundo antiguo, pudieron crear disciplinas científicas tan diversas como el uso de sus sentidos les permitían; sin embargo, no correspondió a ellos la creación de la ciencia jurídica, esta fue inventada por los romanos, quienes adoptaron los principios heredados por Aristóteles para hacer ciencia.

Roma, en ningún momento de la historia estuvo exenta de la influencia de la gran cultura griega, siendo el resultado más asombroso de este impacto cultural el desarrollo de la jurisprudencia romana como un saber científico en los últimos siglos de la *República*. La *scientia iuris* es el resultado de la combinación entre el material jurídico proporcionado por el pragmatismo romano, y los métodos proporcionados por la famosa ciencia helénica. La jurisprudencia nace como productora de conocimiento científico gracias a la guía del único “libro de texto” para la obtención de éste: los *Segundos analíticos* de Aristóteles.¹⁶⁷

La palabra *scientia* es el equivalente latino que los romanos le dieron a ἐπιστήμη, entendida como: la observación de hechos singulares para obtener, por inducción, definiciones, hipótesis, conceptos, hasta alcanzar los primeros principios y por medio de estos principios (premisas) llegar a la deducción de otros nuevos conocimientos.¹⁶⁸

¹⁶⁶ TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Razonamiento y argumentación jurídica...* P. 101.

¹⁶⁷ *Ibidem*. Pp. 94-98

¹⁶⁸ *Ibidem*. P. 99



“Mediante el método de ἐπαγωγή (inducción) los juristas romanos construyeron la base empírica de la ciencia de la jurisprudencia”¹⁶⁹

La jurisprudencia durante la *Republica* observa una transformación de una etapa cautelar y práctica hacia una fase en la que se convierte en un verdadero sistema. “A partir de entonces los juristas romanos comenzaron a llamar *Scientia iuris* a la *iurisprudencia*.”¹⁷⁰

2.1.2.5. La experiencia jurídica.

Para llevar a cabo las distintas funciones dentro de su profesión, es decir, la experiencia jurídica, se tienen que encontrar las *nomina iuris*, es decir los conceptos técnicos y las definiciones de la jurisprudencia. Para esto, en primer lugar, los juristas tienen que establecer el material jurídico existente, o sea, ocuparse de la lectura de la normatividad dada por alguna instancia reconocida para la creación del derecho (fuentes del derecho), por ejemplo en Roma lo eran: la *lex*, los *senatus consultum*, o los *plebiscitum*.¹⁷¹

Los materiales jurídicos a considerar debían pasar por las pruebas de identidad y de existencia. La identidad del material jurídico era determinada, precisamente por haber sido dictado por una “fuente del derecho”. La existencia, por su parte, deriva de que las *præcepta* (enunciados prescriptivos de la conducta), no hayan sido derogadas o abrogadas, o en otros casos no haber prescrito, caducado, precluido, etcétera. Los

¹⁶⁹ TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Razonamiento y argumentación jurídica...* P. 101 (la palabra *inducción* entre paréntesis es añadida para la mejor comprensión de la idea).

¹⁷⁰ *Ibidem*. P.102

¹⁷¹ Las fuentes formales del derecho en la República: la ley (disposición dictada por el pueblo cuando este se reunía en comicios, que constaba para su creación de la *praescriptio*, la *rogatio* y las *sanctio*); Los senadoconsultos (legislación emitida por el senado); los plebiscitos (Lo que la plebe ordena y establece). IGLESIAS GONZÁLEZ, Román y MORINEAU IDUARTE, Martha. *Ob. Cit.* P. 13-14.

juristas tienen que determinar la identidad y la existencia empírica de los materiales jurídicos como condición necesaria para su lectura.¹⁷²

Después de la identificación de los materiales jurídicos, los juristas romanos saben que mediante la observación de los hechos singulares se «registra» lo que ha sido repetidamente observado en esas singularidades. Pasando así de la etapa de la experiencia, a la etapa de la ciencia, cuando encuentran el elemento común en los casos particulares observados y descubren los primeros principios de la ciencia particular, para después formularlos en proposiciones. Los romanos sabían que éstos son los elementos básicos de una ciencia y sólo cuando esta construcción se ha completado, entonces es posible hacer uso de ésta.¹⁷³

2.1.2.6. Nomina iuris y definiciones

Los juristas construyen *definiciones* mediante *scientia* (ἐπιστήμη). Partiendo de la observación de un conjunto de casos individuales, encontraban el elemento que les era común. De esta forma, el método admirable y riguroso de los geómetras se convirtió en el más importante elemento para la construcción de la jurisprudencia. Para explicar la experiencia jurídica, los romanos tienen que construir, lo que los helenos llamaban “clases de cosas”. Así surgen los *nomina iuris*, es decir los conceptos técnicos y definiciones fundamentales de la jurisprudencia.¹⁷⁴

Dotados con los métodos de la ciencia griega, los juristas romanos introdujeron los conceptos y definiciones que su disciplina requería. Formulando las definiciones necesarias para la descripción y aplicación del derecho. Por ejemplo entre las

¹⁷² Cfr. TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Razonamiento y argumentación jurídica...* P. 100

¹⁷³ *Ídem.*

¹⁷⁴ *Ibidem.* P. 103



célebres definiciones elaboradas por estos juristas son las de *obligatio*, *pactum*, *nexum*, *fructus*, etcétera.¹⁷⁵

Sin embargo, para entender mejor la forma de hacer ciencia jurídica en Roma, conviene dar un ejemplo ilustrativo, el cual se presenta a continuación.¹⁷⁶ Pensemos en conjunto *ius*, el cual está integrado por cada uno de los actos y hechos jurídicos que cotidianamente se celebran: contratos, convenios, sanciones, responsabilidades, facultades, competencias, etcétera, y lo representamos como un conjunto de entidades singulares:

$$\mathbf{Ius = \{ x, x, x, x, x, x, x, x, x, x \dots \}}$$

Los elementos del conjunto *ius*, son entes singulares y particulares que ocurren en la realidad, por ejemplo, Titius Octavenus, el quinto día de las kalendas de enero (es decir el 28 de diciembre) celebró con Lucius Porcius, un contrato de arrendamiento sobre una finca propiedad de este último.¹⁷⁷ Surge entonces, la pregunta ¿cómo elaboramos la jurisprudencia desde la observación de casos particulares?

Sabemos desde Aristóteles que no hay ciencia de lo singular, ya que la ciencia se compone de enunciados universales. Pero esto no impide que entre los múltiples casos, que lleguen a suscitarse, existan entre ellos características comunes (“clases de cosas”). Supongamos que en el conjunto *ius* existen entes que comparten la cualidad ‘P’:

$$\mathbf{Ius = \{ x, xP, x, xP, x, x, xP, x, x, xP, x \dots \}}$$

En el conjunto *ius* existen, por lo tanto, entidades que comparten la cualidad ‘P’ y otras no. La jurisprudencia describe, al igual que las otras ciencias particulares “clases de

¹⁷⁵ Cfr. TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Razonamiento y argumentación jurídica...* P. 103

¹⁷⁶ *Ibidem.* Pp.105-109

¹⁷⁷ *Ibidem.* P. 106

cosas” y no singularidades. La *scientia iuris*, en nuestro ejemplo se referirá a “clase de cosas” que tenga la cualidad ‘P’:

{x: xP}

Dentro del conjunto *ius*, ‘P’ es una variable que cubre los siguientes casos: el acto de un individuo que debe pagar el cuádruplo de los bienes que robó; el de un individuo que debe de pagar porque habiendo recibido un caballo para ir a algún sitio, lo “llevó a la guerra”; el acto de un deudor que debe pagar por sustraer un objeto de su propiedad entregado en prenda; el de un tutor que debe de dar en garantía el buen manejo de los bienes del pupilo; el hecho de que un individuo que debe indemnizar a la víctima por su fraude; el acto de un individuo que no puede edificar más alto para no tapar la luz del vecino; el de un individuo que debe pagar por haber matado un cuadrúpedo propiedad de otro; el del individuo que debe indemnizar por haber destruido un inmueble de otro; el de un difamador que debe reparar el daño por afrentar públicamente a alguien; el de un vendedor que debe entregar la cosa vendida por haberlo convenido; así como a todo el sinnúmero de actos que imponen a los individuos un vínculo de derecho, que nos constriñe a la necesidad de satisfacer una cosa según el derecho de nuestra ciudad. Entonces para los juristas romanos, la variable ‘P’ se lee: *‘iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendæ rei, secundum nostræ civitatis iura.’* Es así como los juristas introducen el concepto de *obligatio* (obligación), fundamental en la descripción del derecho.¹⁷⁸

Hay que tener en cuenta que obligación no es una cosa, es un nombre, el concepto que se le designa a una “clase de cosas”, a saber: el conjunto de todas las entidades que satisfacen la regla de formación del conjunto (*vinculo de derecho, que nos constriñe a la necesidad de satisfacer una cosa según el derecho de nuestra ciudad*).

¹⁷⁸ Cfr. TAMAYO Y SALMORAN, Rolando. *Razonamiento y argumentación jurídica...* P. 108

Así como se construye el concepto de obligaciones, también se establecen los demás conceptos jurídicos (matrimonio, tutela, usufructo, posesión, etcétera). Al igual de como se construyen los conceptos de la geometría, la mecánica, de la astronomía. Este paso es realizado por los juristas a través del mismo procedimiento acuñado por la ciencia griega: *ἐπαγωγή*.

Los juristas, siguiendo las estrategias descritas en los *Segundos analíticos*, resuelven el paso, aparentemente problemático, de cómo puede la jurisprudencia describir la experiencia jurídica, compuesta únicamente de entidades singulares separadas, mediante conceptos generales. Aplicando los razonamientos de la ciencia griega los juristas romanos conciben su tarea como el conocimiento (científico racional) de lo que *realmente* ocurría en la experiencia jurídica.¹⁷⁹

Después de este recorrido por la génesis, evolución y método de la jurisprudencia o ciencia jurídica, la cual data desde los tiempos de la República en Roma, se observa, la forma científica por medio de la cual se forma lo que llamamos «doctrina». Sin embargo, poco se ha tratado sobre los aspectos prácticos del saber sobre el derecho, sobre la de aplicación del conocimiento acuñado por la jurisprudencia, aspecto que será más claro cuando se trate propiamente del objeto de la ciencia jurídica en la actualidad.

2.1.3. Objeto

2.1.3.1. La norma como objeto de la ciencia jurídica.

El fenómeno jurídico es objeto de estudio de diversas disciplinas gracias a sus tres dimensiones o puntos de vista desde los cuales puede ser analizado; por ejemplo, el derecho puede ser abordado por la *sociología del derecho* respecto al estudio del

¹⁷⁹ Cfr. TAMAYO Y SALMORAN, Rolando. *Razonamiento y argumentación jurídica...* P. 109



derecho como un fenómeno fáctico que influye directamente en las conductas sociales; la ética (rama de la filosofía) en lo relativo el estudio del derecho como justicia; y abrimos el camino para mencionar que toca, propiamente, a la ciencia jurídica el estudio del derecho como norma.

Reconocer esta dimensión o aspecto del derecho (su dimensión o aspecto normativo) no significa de ningún modo desconocer las otras dimensiones del derecho. Sin embargo, este aspecto normativo es el mas nítido y sobresaliente de todos y, como hemos visto, sobre éste es posible la construcción de un saber con estructura científica.

Los científicos del derecho se dedican propiamente a crear los enunciados de la ciencia jurídica, que son más conocidas como los primeros principios (*nomina iuris*). Haciendo la aclaración, muy importante, que una cosa es el derecho (sistema de normas jurídicas prescriptivas) y otra la ciencia del derecho (enunciados descriptivos). Una cosa son las normas del derecho penal vigente en un lugar y tiempo determinados y otra son los estudios que acerca de esas normas que emite un estudioso del derecho penal en un tratado sobre esa materia. A las primeras debe llamárseles “normas jurídicas” y a los segundos “enunciados acerca de las normas”; Kelsen, propone llamar “normas jurídicas” a las primeras y “reglas de derecho” a las segundas.¹⁸⁰

[...] Karl Larenz: “Si la jurisprudencia [ciencia jurídica] se entiende así misma como una ciencia normativa, esto no quiere decir que ella misma dé normas, que ponga en vigor normas jurídicas. Más bien se entiende a si misma como un sistema de enunciados sobre el derecho vigente”. Sin embargo, nadie puede ignorar que tales enunciados “no carecen de influencia sobre el contenido de aquello a que se refieren, es decir, el contenido de normas jurídicas” [...].¹⁸¹

¹⁸⁰ Cfr. SQUELLA NARDUCCI, Agustín. *Filosofía del derecho*. Editorial Jurídica de Chile, Chile, 2001, Pp.192- 195 y TAMAYO Y SALMORAN, Rolando. *Elementos para una teoría general del derecho*. Pp. 307-308

¹⁸¹ SQUELLA NARDUCCI, Agustín. *Ob. Cit.* P. 194

Por otro lado, si quisiéramos distinguir entre derecho y ciencia del derecho en términos de los niveles del lenguaje en que se sitúan por un lado las normas jurídicas que integran el primero y, por el otro, los enunciados descriptivos que componen la segunda, podríamos decir que “el lenguaje de los juristas es un metalenguaje descriptivo que tiene por objeto un lenguaje prescriptivo”.¹⁸² Así, el lenguaje *prescriptivo* (de las normas) es un lenguaje de primer nivel, mientras que el *descriptivo* (de los enunciados relativos a las normas) es de segundo nivel.

2do. Nivel	Ciencia	Metalenguaje	Enunciados descriptivos	Ciencia Jurídica	Tratado de Derecho Penal
1er. Nivel	Objeto	Lenguaje	Enunciados Prescriptivos	Derecho	Código Penal

2.1.3.2. Las funciones de la ciencia jurídica.

La principal función de la ciencia jurídica es la de ser una disciplina práctica relativa al manejo de las normas jurídicas. Tal *función* de la ciencia jurídica se pone de manifiesto en la medida en que advertimos cuáles son las distintas operaciones que ella realiza o lleva a cabo sobre las normas de un determinado ordenamiento jurídico, las cuales enumeramos a continuación:¹⁸³

- 1) Las operaciones consistentes en el reconocimiento de los materiales jurídicos que componen un ordenamiento jurídico, empleando para ello algún criterio implícito o explícito acerca de la validez del derecho.

¹⁸² SQUELLA NARDUCCI, Agustín. *Ob. Cit.* P. 195

¹⁸³ *Cfr.* SQUELLA NARDUCCI, Agustín. *Ob. Cit.* Pp. 204-206 y TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Elementos para una teoría general del derecho.* Pp. 287-299

- 2) La localización o identificación de las normas jurídicas que al interior del respectivo ordenamiento jurídico se encuentran vigentes y no han sido formalmente derogadas, lo cual supone que los agentes del conocimiento del derecho tengan claridad sobre las fuentes del ordenamiento jurídico de que se trate.
- 3) Levantar un inventario de los materiales jurídicos para posteriormente ordenarlos o reordenarlos para constituirlo en un todo *sistemático y consistente*; En específico esta es la tarea de la llamada *Sistemática Jurídica*.
- 4) La interpretación de las normas, esto es, a la determinación del marco de posibles sentidos que ofrecen las normas del ordenamiento. Conocido también como la disciplina de la *hermenéutica jurídica*.
- 5) La integración de la norma ante la inexistencia del supuesto ante un caso concreto.
- 6) Al identificar, interpretar y ordenar el material jurídico, también tiene como tarea obtener los principios generales del sistema, es decir, las definiciones, axiomas, máximas y tópicos. Con lo cual el jurista tiene las herramientas y técnica para obtener las soluciones ante las situaciones que se presentan a la realidad, llevándolo a la reformulación del derecho positivo. Esta reformulación se lleva a cabo mediante la creación de un *corpus* de doctrina.
- 7) Preparar y a la vez facilitar la aplicación de las normas jurídicas a los casos concretos de la vida social que deben ser tratados o resueltos, precisamente, en aplicación de determinadas normas del ordenamiento. Entre los problemas más comunes de aplicación, son los resueltos por las



llamadas técnicas del derecho conflictual, que establecen las reglas para resolver problemas de tiempo y lugar de aplicación de la norma jurídica.

- 8) Y al colaborar en la aplicación de las normas, la ciencia jurídica se involucra también con la producción de nuevas normas jurídicas que acompaña habitualmente a los procedimientos de aplicación de las mismas (Por ejemplo la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el sistema jurídico mexicano).

Lo anterior evidencia que la ciencia jurídica tiene una dimensión práctica que orienta las decisiones tomadas por los juristas y demás profesionales del derecho, como por ejemplo, los legisladores, los jueces, las autoridades administrativas, entre otros. Por ello que puede decirse que la ciencia jurídica, además de ser «normativa», en cuanto versa o recae sobre normas, es también una ciencia «práctica», en medida que se pone al servicio de fines útiles.

Por otro lado la ciencia jurídica cumple, ciertamente como todas las ciencias particulares, con una labor *cognoscitiva*, que concierne a la *transmisión y difusión* del conocimiento. Dentro de un curso de la *carrera de derecho*, dedicado por ejemplo al estudio de la propiedad, el catedrático pedirá esencialmente a sus alumnos conseguir ejemplares de la constitución, el código civil, y tal vez algunas leyes y reglamentos; porque serán los materiales jurídicos a analizar durante el curso. El objetivo del profesor es enseñar la doctrina sobre la institución de la propiedad y sus clases van a referirse al régimen jurídico que la constituye, la sistematización, modalidades, derechos y obligaciones derivados de ésta. El alumno podrá a su vez reforzar su estudio a través de un libro o tratado, el cual como sabemos no se trata de una copia de lo descrito en los materiales jurídicos, sino se trata de un análisis teórico donde vamos a «identificar» lo relativo a las fuentes, la vigencia, la eficacia y los criterios de interpretación de la institución en estudio.

2.1.4. LA DOGMÁTICA JURÍDICA

2.1.4.1. La resonancia negativa de la palabra «dogmática»

Quizá la denominación que más desconcierto nos puede causar sobre la disciplina encargada del estudio del fenómeno jurídico es la de «dogmática jurídica», ya que esta otra forma de nombrarla, oscurece la existencia de conocimiento científico alrededor de la actividad jurídica. La palabra «dogmática» de entrada tiene una resonancia negativa y que abiertamente se contrapone con el concepto de ciencia.

Dogmático es un término que se aplica a algo, o a alguien, que no admite argumentaciones en contrario; tiene la connotación de oponerse al sentido «crítico» de la ciencia, la que se muestra siempre dispuesta a someter sus postulados a discusión y revisión.

“Mientras la aceptación científica de la verdad de una proposición empírica supone que se cuente con pruebas de validez intersubjetiva, la creencia dogmática se integra con la mera convicción subjetiva, la fe. El dogma no está abierto al debate crítico ni el *test* de los hechos; se obvian los criterios que determinan nuestro derecho a estar seguros de la verdad de una proposición (que es uno de los requisitos del conocimiento).”¹⁸⁴

Cabe, pues, preguntarse en qué sentido la ciencia jurídica es dogmática, o, lo que es lo mismo, en qué sentido la ciencia del derecho constituye un saber dogmático.

2.1.4.2. Carácter dogmático de la ciencia jurídica

El carácter dogmático de la ciencia jurídica, se da precisamente en su aspecto práctico. El jurista para realizar el ejercicio de su profesión se adhiere a los cánones,

¹⁸⁴ SANTIAGO NINO, Carlos. *Consideraciones sobre la dogmática jurídica, (con referencia a la dogmática penal)*. Serie G: Estudios Doctrinales 7. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1989. P. 17

tradiciones o convenciones que ha adquirido durante su formación y práctica profesional, y aunque cada individuo sea diferente y tenga su propia experiencia jurídica podemos observar que:¹⁸⁵

- a) Desde la antigüedad existieron varias, diferentes e incluso corrientes opuestas del pensamiento jurídico¹⁸⁶, a las cuales los juristas, por motivos ideológicos, culturales o de su mismo aprendizaje, se han tenido que adherir a los postulados y conceptos determinados por una de ellas y en consecuencia rechazar a las demás.
- b) No obstante tal diversidad de concepciones, la labor del profesional del derecho, siempre ha sido, por lo extraordinario que parezca, muy similar.

Por lo que, no obstante, a pesar de la escuela jurídica a la que pertenezcan los juristas, cuando éstos realizan su labor como abogados, jueces, legisladores, etcétera, las diferencias esenciales no se hacen presentes; en su lugar aparece un trabajo prácticamente idéntico.

“... me atrevo a decir que los pontífices hicieron con su arcaica legislación romana, lo mismo que Q. Mucio Scaevola hizo con el *ius civile* de su tiempo; lo mismo que Ulpiano hizo *Ad adicto*, lo que Bartolo hizo con el *Corpus iuris civiles*, lo que Blackstone hizo con las “leyes” de Inglaterra y lo que los que los civilistas franceses hacen con los artículos 1382 y 387 del *Code Civil*. ¿Cómo se explica esto? ¿Existen, acaso, presupuestos propios a la jurisprudencia que anulan adhesiones?”¹⁸⁷

¹⁸⁵ Cfr. SANTIAGO NINO, Carlos. *Ob Cit.* P. 21-23 y TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Elementos para una teoría general del derecho*. P. 302

¹⁸⁶ Un ejemplo de esta oposición entre concepciones jurídicas es el clásico enfrentamiento entre las escuelas Jusnaturalista y Positivista, donde la primera da preponderancia al contenido de las normas jurídicas por lo que basa su concepción jurídica en cuestiones de moral y justicia, mientras que, en sentido opuesto, el positivismo establece sus conceptos relativos al derecho sólo a través de la idea de validez y los proceso de creación de la norma jurídica, exponiendo que el funcionamiento del orden jurídico es independiente al contenido de la norma. MORENO NAVARRO, Gloria. *Teoría del Derecho*. Edit. McGraw-Hill, México, 1999, pp. 54-63

¹⁸⁷ TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Elementos para una teoría general del derecho*. P. 302

Los juristas desarrollan su experiencia jurídica mediante el uso de conceptos de un arsenal teórico proporcionado por la ciencia jurídica, por ejemplo: vigencia, promulgación, eficacia, desuso, fuente, etcétera. El uso de estos conceptos se hace de manera semejante por todos los profesionales del derecho, independientemente de la definición que puedan tener relativa al derecho o de los postulados de la escuela jurídica a la que se acojan.¹⁸⁸

La “estandarización” de la actividad de los juristas se debe principalmente al hecho de que al identificar los materiales jurídicos, lo hacen identificando los elementos que les confieren «validez» (vigencia, positividad o eficacia). Un criterio de identidad preponderantemente empírico, debido a que las normas jurídicas son en principio, creadas, modificadas y excluidas por actos sociales empíricamente verificables, llamados *fuentes del derecho*. En esta actividad empírica se basa, en principio, el carácter dogmático de la ciencia jurídica.¹⁸⁹

Si observamos cuidadosamente la labor de los juristas, observamos que esta labor sólo es posible, si se asume sin cuestionamiento: primero, la existencia de normas jurídicas; y en segundo lugar, que al momento de su lectura, tendrá que pasarse por alto el acto de criticar y valorar el contenido de lo prescrito por la norma, dejando a un lado si se trata de una norma justa o injusta o si resultara eficaz en su cometido. Únicamente, en este momento, se identifica al precepto como «valido» y a partir de ahí comenzamos el trabajo de interpretación o aplicación de la norma jurídica para la elaboración de una demanda, una sentencia, un contrato, u otro acto jurídico diverso.

Los juristas apegados a una visión exclusiva del derecho como una norma válida, son los que han establecido al saber jurídico el nombre de «dogmática jurídica», estableciendo además que ésta es la única ciencia posible respecto del derecho. Lo que les ha impedido tomar en cuenta a otras ciencias que han tomado como objeto de

¹⁸⁸ Cfr. TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Elementos para una teoría general del derecho*. P. 303 y SANTIAGO NINO, Carlos. *Ob. Cit.* Pp. 21-28

¹⁸⁹ *Ibidem.* 28-34



estudio al fenómeno jurídico, como la Sociología del derecho, la Antropología jurídica, la Historia del derecho, la Filosofía del derecho. Este rechazo a cualquier otra observación de la realidad, es la más extraña contradicción que padece esta forma de ver el derecho.¹⁹⁰

En conclusión, el carácter dogmático de la ciencia jurídica, se debe a que para desarrollar su función práctica debe ocuparse de determinar y describir el material reconocido como derecho sin cuestionar en ningún momento su legitimidad.¹⁹¹

2.1.4.3. La idea de completitud del derecho

Otro elemento que le da este carácter dogmático a la ciencia jurídica, se encuentra encerrado en la idea de que el derecho es un sistema coherente y ordenado. Dogma que propiamente se resume en la idea de «completitud del derecho», la cual consiste en:¹⁹²

- a) La concepción de que el derecho no tiene lagunas ni contradicciones y que las normas que lo constituyen tienen un significado unívoco. (Principio de coherencia del derecho)
- b) Presuponer que siempre existe una solución dentro del orden jurídico para toda cuestión de derecho, es decir, existe el dogma de que siempre habrá una forma de encontrar el derecho aplicable al caso concreto. (Principio de completitud del derecho)

Sería imposible el desarrollo de la práctica del derecho, si el jurista no tuviera en mente los principios ideológicos de coherencia y completitud del orden jurídico; ya que

¹⁹⁰ Cfr. CORREAS, Oscar. *Metodología Jurídica. Introducción filosófica I*. Distribuciones Fontamara, S.A. de C.V., México, 1997, Pp. 163-164

¹⁹¹ Cfr. TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Elementos para una teoría general del derecho*. Pp. 287-298

¹⁹² Cfr. SANTIAGO NINO, Carlos. *Ob. Cit.* P. 105-107 y ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Edit. Astrea, Argentina, 1987. Pp. 22-24

en ningún momento se detiene a cuestionar que el derecho en la realidad tiene lagunas, contradicciones, vaguedad en sus preceptos y ambigüedad en muchos de sus preceptos.¹⁹³

El jurista debe pensar que las normas jurídicas no pueden ser ambiguas ni que tienen un significado impreciso. Esos vicios son sólo aparentes, ya que la inserción de una norma en un contexto sistemático les da un significado preciso. El derecho no puede ser inconsistente, porque si hay dos normas en apariencia incompatibles, hay que investigar si está presunto algún principio que permita otorgarles ámbitos independientes.¹⁹⁴

Por otro lado, si en apariencia hay alguna materia, un caso concreto, sin solución normativa, hay que descubrir algún principio, que debe estar presupuesto dentro de las mismas normas jurídicas, del que se derive una solución para la misma.¹⁹⁵

La mayoría de los juristas consideran como el ideal de su actividad, no es el de crear más normas jurídicas que resuelvan los conflictos de aplicación del derecho, sino el de descubrir los principios implícitos para la solución de estos problemas. Para ello utilizan un variado instrumental que incluye teorías sobre la «naturaleza jurídica de una institución»; criterios selectivos de normas jurídicas; teorías sobre la finalidad de una regulación; clasificaciones pretendidamente «naturales»; pautas para interpretar la “verdadera” voluntad del legislador; principios supuestamente necesarios a todo derecho, como el de la *pacta sum servanda*; principios característicos de determinados sistemas políticos, como el *nullum crimen sine lege, nulla poena sine culpa y non bis in idem*; reglas derivadas de una pretendida estructura de *los conceptos fundamentales del derecho*.¹⁹⁶

¹⁹³ Cfr. SANTIAGO NINO, Carlos. *Ob. Cit.* P. 105-107.

¹⁹⁴ *Ibidem.* P. 106

¹⁹⁵ *Ibidem.* P. 105

¹⁹⁶ *Ibidem.* P. 106-107



Estas herramientas teóricas permiten mantener la idea de que la solución, a cualquier cuestión o problema relacionado con el derecho, está implícita en el mismo orden jurídico. Este ideal trae como consecuencia eliminar las contradicciones, completar las lagunas, suprimir las redundancias, restringir el grado de vaguedad y ambigüedad del lenguaje del legislador: *la reformulación del derecho*. Y en ocasiones, por supuesto, adecuar el derecho a las valoraciones sociales vigentes.

En esta tarea los juristas no son totalmente libres, por el contrario, la necesidad de conservar los ideales de completitud y coherencia, les impone desarrollar su tarea con sujeción a reglas bastante estrictas dictadas por la «técnica jurídica».

2.2. LA TÉCNICA JURÍDICA

2.2.1. NOCIÓN DE TÉCNICA JURÍDICA

2.2.1.1. Concepto de técnica.

La palabra «técnica» proviene de la voz griega τεχνικός, que significa, el conjunto de procedimientos y recursos de que se sirven para la aplicación de las ciencias y las artes.¹⁹⁷

2.2.1.2. Elementos de la técnica jurídica.

La ciencia o dogmática jurídica necesita de un instrumento o recursos para la aplicación de sus conocimientos. Por lo que, la técnica jurídica tiene como propósito la

¹⁹⁷ Cfr. MORENO NAVARRO, Gloria. *Ob. cit.* P. 95 y “técnica, ca” en *Diccionario de la Lengua Española*. Real Academia Española, 21 ed. Edit. Calpe, S.A., Madrid, 1999.



aplicación del derecho a los casos concretos. Consiste en un en el adecuado manejo de los medios que permiten alcanzar los objetivos que aquél persigue. Tiene como objeto la formulación y aplicación de las normas, distinguiendo por lo tanto en técnicas de formulación y de aplicación de los preceptos de derecho.¹⁹⁸

La técnica jurídica o también conocida como jurisprudencia técnica, tiene por objeto: dos principales ramas de trabajo:

- a) La sistemática jurídica, la cual se dedica a la exposición ordenada y coherente de los preceptos jurídicos que están en vigor en una época y lugar determinados.
- b) Los problemas relativos a la interpretación de la norma jurídica, la cual analizaremos con detalle en el presente capítulo.

2.2.2. PROBLEMAS DE INTERPRETACIÓN E INTEGRACIÓN DE LA LEY

2.2.2.1. El “caso difícil”

Un «caso difícil» se presenta si existe incertidumbre, ya sea porque dentro de un orden jurídico existen varias normas que en su contenido resultan ser contradictorias, o también porque no existe norma exacta aplicable a un caso concreto.¹⁹⁹

Para solución de los casos difíciles existen en la teoría del derecho moderna dos posturas encontradas: «la discrecionalidad judicial» y «la única respuesta correcta», las cuales describiremos a continuación:

¹⁹⁸ Cfr. MORENO NAVARRO, Gloria. *Ob. cit.* P. 96

¹⁹⁹ Cfr. DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Tr. de Marta Guastavino, Edit. Ariel, S.A., España, 2002, p. 13



2.2.2.1.1. La discrecionalidad judicial

Este modelo, de corte positivista, impulsado por H.L.A. Hart, reconoce la existencia de los casos difíciles y dicta que en estos casos, el juez a través de su discrecionalidad los resuelva. Este modelo defiende el poder político del juez y le permite la aplicación de normas retroactivas. El derecho no ofrece una única respuesta correcta sino una variedad de posibles soluciones, de las cuales, el juzgador elige a discreción entre ellas.²⁰⁰

Las normas que debe aplicar un funcionario no se puede aplicar mecánicamente, sino que exige de un razonamiento y reflexión. El juez ante una norma clara, sólo la aplica. Pero si el juzgador se enfrenta a un «caso difícil», debe acudir a su discreción, que le permite la textura abierta de la norma, y resuelve creando una nueva norma y la aplica retroactivamente únicamente para la solución del caso concreto. En esta operación de reflexión jurídica, no existe contradicción con los principios de seguridad jurídica, ya que se cumple con el principio superior de completitud de todo orden jurídico.²⁰¹

Hart parte del hecho de que los legisladores humanos no pueden tener el conocimiento de todas las posibles combinaciones de circunstancias que el futuro pueda deparar; y por lo tanto, es visible la incapacidad para anticipar todos los casos particulares que se presentan en la realidad, lo que trae consigo una relativa indeterminación de propósitos del legislador; entonces, sólo queda al órgano jurisdiccional la posibilidad de resolver estos casos, a través de la discrecionalidad.²⁰²

2.2.2.1.2. Dworkin y la única respuesta correcta

Por su parte el maestro Ronald Dworkin, sostiene que los casos difíciles tienen sólo «una respuesta correcta». Es evidente que puede haber situaciones en las que resulte

²⁰⁰ HART, H. L. A. *El concepto de derecho*. Trc. Genaro R. Carrio. 2ª edic., Edit. Nacional, México, 1980, p. 160-164

²⁰¹ *Ídem.*

²⁰² *Ídem.*

demasiado complicada la aplicación de una norma concreta, pero para el aplicador del derecho, el orden jurídico no sólo está integrado de normas concretas, sino, además por «principios»; lo que significa que éstos pueden ser aplicables a la solución de los «casos difíciles». Los materiales jurídicos compuestos por normas, directrices y principios son suficientes para dar una respuesta correcta al problema planteado. Sólo una visión del derecho que identifique al sistema jurídico únicamente con las normas, puede mantener la tesis de la discreción judicial.²⁰³

Para el autor americano, al encontramos frente a un caso difícil, no es una buena solución dejar con plena libertad al juez, porque el juez no está legitimado para dictar normas y mucho menos para aplicarlas en forma retroactiva. Al juez se le debe exigir la búsqueda de criterios y la construcción de teorías que justifiquen la decisión.²⁰⁴

Los jueces en los casos difíciles deben acudir a los principios. Pero como no existe jerarquía establecida de principios es posible que éstos puedan fundamentar decisiones distintas. Dworkin sostiene que los principios son dinámicos o cambian con gran rapidez y que todo intento de canonizarlos está condenado al fracaso. Por esa razón la aplicación de los principios no es automática sino que exige el razonamiento judicial y la integración del razonamiento en una teoría. El juez ante un caso difícil debe «ponderar» los principios y decidirse por el que tiene más peso.²⁰⁵

El núcleo de la tesis de Dworkin, de la «única respuesta correcta» basada en un “modelo constructivo de razonamiento”, sostiene que cuando existen contradicciones o lagunas, el juez no tiene discreción porque está sujeto a los principios. Esta tesis está fundamentada en dos argumentos:²⁰⁶

- a) Cualquier norma se fundamenta en un principio;

²⁰³ Cfr. DWORKIN, Ronald. *Ob. cit.* P. 13

²⁰⁴ *Ibidem.* P. 14

²⁰⁵ *Ídem.*

²⁰⁶ *Ibidem.* P. 15



b) Los jueces no pueden crear normas retroactivas.

Los jueces tienen la obligación de aplicar los principios por que estos forman parte esencial del derecho, no se trata de “pseudo-reglas”, sino son el producto de la relación entre el razonamiento moral y el razonamiento jurídico.

Dworkin propone para su modelo la existencia teórica de un juez, al que llama “Hércules”, que es capaz de solucionar los casos difíciles y encontrar respuestas correctas para todos los problemas a través de la aplicación de los principios. Sin embargo, es posible que los juzgadores reales construyan varias respuestas que justifiquen soluciones distintas. En ese caso, Dworkin recomienda acoger la respuesta que conforme al derecho vigente se explique y justifique mejor.²⁰⁷

El problema que surge de la postura anterior es la de: ¿Cómo se conoce si la solución “A” es mejor que la teoría “B”? Es necesario un criterio de evaluación de tesis que permitiera decidir entre ellas. Por lo que los críticos, afirman que Dworkin cae en el error de volver absoluta su propia teoría, al considerarla como la “mejor”.²⁰⁸

Por otro lado, el modelo expuesto de la «única respuesta correcta» se transforma en un modelo evidentemente dogmático, debido a que este Hércules ejerce un papel parecido al de Dios o la razón en las tesis iusnaturalista. La propuesta de la «única respuesta correcta» exige de un criterio absoluto de evaluación de las tesis bajo las cuales se sostienen los argumentos de las decisiones judiciales. Por eso, muchos autores han considerado la filosofía jurídica de Dworkin como una inteligente restauración del iusnaturalismo.²⁰⁹

²⁰⁷ Cfr. DWORKIN, Ronald. *Ob. cit.* P. 14

²⁰⁸ *Ídem.*

²⁰⁹ *Ídem.*



2.2.2.2. La Interpretación

2.2.2.2.1. El origen

La palabra Interpretación proviene del latín: «*Interpretatio*», a su vez, del verbo *interpretor* que significa: “servir de intermediario”, “venir en ayuda de”. El verbo *interpretor* deriva de *interpres*, que significa agente o intermediario.²¹⁰

En Roma, el *interpres* era una especie de traductor, que tenía como función aclarar, o explicar lo que no era accesible, lo que no se entendía dentro del lenguaje común. Así, *interpretatio* se aplica a lo que hace aquel que “lee” o entiende otras cosas (los sueños, los augurios u otras lenguas).²¹¹

El intérprete comunica a la gente común el significado que se le atribuye a ciertas cosas, signos o acontecimientos; pone en conocimiento de los demás, el significado que —según él o de acuerdo con ciertos preceptos— corresponde a determinados objetos. Así por ejemplo, los sacerdotes dotaban de significado a ciertos hechos, fórmulas o signos misteriosos que, en razón de su posición o poder, que “sólo ellos manejaban y entendían”. Situación en la que se encontraban los pontífices patricios, antes de la indiscreción de Gneus Flavius, cuando las *formulae* del derecho sólo las conocían los pontífices y únicamente ellos las interpretaban a petición de la gente.²¹²

Por lo tanto Interpretar, consiste en dotar de significado, mediante un lenguaje significativo, a ciertas cosas, signos, fórmulas o acontecimientos. Interpretar es un acto por el cual se asigna un significado específico a ciertos hechos, signos, fórmulas o palabras, esto es, consiste en un acto de significación.

²¹⁰ Cfr. TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. “Interpretación constitucional. La falacia de la interpretación cualitativa” en *Interpretación Jurídica y decisión judicial*. Comp. Vázquez Rodolfo. 2ª ed., Edit. Fontamara, S.A., México, 2001, pp. 89-90

²¹¹ *Ídem.*

²¹² *Ibidem.* P. 91

Relacionado con la interpretación, H.L.A. Hart, introduce un importante cambio en el análisis del lenguaje del derecho, con su tesis de la «textura abierta del derecho». Sosteniendo que la determinación del significado de un término (como, por ejemplo, «usufructo», «facultad», «constitución», y otras) puede resolverse evitando el viejo recurso de tratar de descubrir ¿qué cosas del mundo nombran dichos términos? Y observar, más bien, ¿cómo se usa el término en la práctica jurídica? Para no perdernos en las inconsistencias metodológicas de buscar la «esencia» o la «verdadera naturaleza» de las cosas.²¹³

Muchos engaños y problemas ilusorios de la filosofía metafísica derivan de la falsa creencia de que las palabras representan objetivamente a los objetos que nos rodean. Cualquiera que «averigüe» por el significado de ciertos hechos, signos o acontecimientos y obtenga una «respuesta», se encuentra, en realidad, «asignando un significado» a estos hechos, signos o acontecimientos; significando del cual éstos carecen antes de este acto de significación, ósea, antes de la interpretación. “El significado no se busca ni se desentraña, es siempre al lenguaje incorporado mediante su interpretación”.²¹⁴

2.2.2.2.2. Lenguaje objeto

El objeto por interpretar bien puede ser un lenguaje como es el caso del el derecho; en este caso, la función significativa, es decir, la interpretación consiste en la incorporación de un determinado significado a ciertos signos, términos o palabras a fin de hacerlos corresponder con determinados objetos. El lenguaje interpretado puede ser simbólico, ideológico, algorítmico o idiomático; verbal o escrito; sin embargo, es bastante habitual considerar que interpretar se refiere normalmente a establecer o declarar el significado de un texto.²¹⁵

²¹³ *Ibidem.* P. 93

²¹⁴ *Ídem.*

²¹⁵ *Ibidem.* P. 94



“La interpretación de un lenguaje consiste en la incorporación de su significado. Este lenguaje recibe el nombre de ‘lenguaje interpretado’ o ‘lenguaje objeto’. El significado asignado de los términos de un lenguaje, *ab obvo*, es siempre incorporado mediante otro lenguaje, este último se denomina ‘lenguaje significativo’ o, más comúnmente, ‘metalenguaje’.”²¹⁶

2.2.2.2.3. La interpretación jurídica

Si la interpretación consiste en dotar de significado a ciertos signos ya sean fonéticos o gráficos, entonces la interpretación jurídica consiste en:²¹⁷

- a) Asignación de *un significado jurídico* a ciertos hechos (comportamientos humanos, *inter alia*), los cuales se constituyen en “hechos jurídicos”, en la medida en que son considerados por lo regulado dentro del orden jurídico.
- b) Asignación de *un significado jurídico* a objetos conocidos ya como jurídicos, por ejemplo, los “materiales” pertenecientes a un orden jurídico.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, la ciencia jurídica es un esquema de interpretación que permite entender el comportamiento humano como condición o consecuencias de normas jurídicas. Los hechos empíricos de conducta serán entendidos como actos prohibidos, permitidos u ordenados «jurídicamente», sólo desde ese punto de vista es posible entender la conducta humana como «actos jurídicos». Cada predicado, dado a los hechos jurídicos, dependerá de su función específica dentro del orden jurídico. Así, un hecho en la realidad será considerado como «contrato», «hecho ilícito» o «constitución». Sobre este importante tema, no nos podemos detener aquí. Toda vez que en el objeto de este punto nos referiremos básicamente al segundo caso de la interpretación jurídica, es decir, al problema de la

²¹⁶ Cfr. TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. “Interpretación constitucional...” P. 94

²¹⁷ *Ibidem*. P. 95

interpretación jurídica, tradicionalmente planteado: a la interpretación de textos jurídicos.²¹⁸

2.2.2.2.4. El material jurídico y su interpretación.

Una característica fundamental del fenómeno jurídico, es que éste, se presenta y llega a nosotros a través del lenguaje. Ahora bien, desde la invención de la escritura existió la posibilidad de formular el derecho (o gran parte del derecho) por escrito. Así, por ejemplo, aparecieron los testamentos, ciertos contratos, las *leges*, *plebisita*, *constitutiones*, etcétera, los cuales convivían con un derecho no escrito.²¹⁹

El problema de la interpretación surgió realmente como resultado de la aparición del *ius scriptum*; y los materiales jurídicos (leyes, reglamentos, testamentos, contratos) los cuales son formulados por escrito son en consecuencia objeto de interpretación. Pero cabe preguntar: ¿Quiénes son los sujetos encargados de interpretar? Como respuesta, se ha visto, que cualquier sujeto que dote de significado a un lenguaje lleva a cabo una interpretación, de ahí que cualquiera que dote de significado a estos “materiales jurídicos”, es decir, quien otorgue cierto significado al lenguaje jurídico escrito, se encuentra interpretándolo. En este sentido, es posible determinar 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; estos dos tipos de interpretación se denominan: «interpretación positiva» e «interpretación doctrinal».²²⁰

2.2.2.2.5. La interpretación positiva

Es fácil observar que los materiales jurídicos (constitución, leyes, etcétera) en razón de su función de prescribir conductas para regular las conductas sociales, tienen que

²¹⁸ Cfr. TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. “Interpretación constitucional... P. 95

²¹⁹ *Ibidem*. P. 96

²²⁰ *Ibidem*. P. 97

ser «aplicados» por ciertos individuos, que actúan en representación del Estado, los cuales son llamados “órganos”.²²¹

Un órgano para que aplique el derecho (constitución, tratados, reglamentos o bandos municipales) es necesario que establezca el significado de los materiales jurídicos que tiene que aplicar. Pero, para que el órgano pueda aplicar estos materiales jurídicos, es menester que establezca «qué dicen», es decir, que los interprete.

La «interpretación positiva» aparece, en consecuencia, como el acto de significación mediante el cual un órgano (legislativo, administrativo o judicial) determina el significado de los materiales jurídicos que él tiene que aplicar a fin de continuar el proceso progresivo de creación del derecho, el cual se inicia en la «constitución» y se termina en el último acto individualizado de ejecución.²²²

La interpretación positiva juega un papel decisivo en el procedimiento de creación del orden jurídico: el órgano aplicador, al decidir el significado que entraña el lenguaje jurídico que aplica, decide el futuro curso del derecho.

El acto de interpretación del órgano aplicador, entre todas las significaciones que es posible hacer, «escogerá un significado» (el conveniente, el conforme a la voluntad del legislador, el justo, el viable, entre otros tópicos), siguiendo para ello ciertos «métodos» (el “exegético”, el “histórico”, el “científico” o haciendo caso omiso de ellos). Ejemplo claro es que: siguiendo la tesis de Hart, sobre la «discrecionalidad», el significado del lenguaje jurídico, se determinara, en función de la cultura, los sentimientos, instintos, credo político o religión, del órgano que interpreta; O por otro lado, si seguimos la tesis de Dworking, el órgano aplicador debe encontrar la única

²²¹ Cfr. TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. “Interpretación constitucional...” P. 98

²²² *Ídem.*

respuesta correcta de interpretación, basándose en los principios del orden jurídico en el que se desenvuelve.²²³

No obstante lo anterior, no debemos olvidar que los materiales jurídicos determinan siempre, en mayor o menor grado, las características que deben tener los actos de aplicación del derecho, y el órgano aplicador debe ceñirse a ellos invariablemente. Sin embargo, el juez o funcionario pueden encontrarse ante una indeterminación en las normas o con actos cuya aplicación no este prevista por los materiales jurídicos; por lo que a través de su decisión brindará nuevos elementos que alimenten el orden jurídico.²²⁴

2.2.2.2.6. La interpretación doctrinal

La interpretación no es exclusiva de los órganos aplicadores del derecho. Cualquiera que dote de significado al lenguaje jurídico, realiza una interpretación jurídica. Pero cuando el intérprete es ajeno al acto de aplicación del derecho, la interpretación no produce nuevos materiales jurídicos. El significado asignado a los materiales interpretados no es parte de la experiencia jurídica (ésta se agota con los actos de creación y aplicación del derecho). Esta interpretación es sólo un acto de significación o descripción del derecho.

Al lenguaje mediante el cual la ciencia del derecho otorga cierto significado a los materiales jurídicos se conoce como “discurso descriptivo o cognoscitivo”, en oposición a el “discurso prescriptivo” que señala el lenguaje en que se reformula el derecho positivo. En conclusión, en cuanto al problema de la interpretación del derecho positivo, disponemos de dos formas de interpretación:

²²³ Cfr. TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. “*Interpretación constitucional...* P. 99

²²⁴ *Ídem.*



- a) La interpretación de los órganos del Estado, que es al mismo tiempo un acto de aplicación del derecho y por lo tanto adopta la característica de enunciados prescriptivos; y
- b) Lo que dicen los juristas, es decir los enunciados descriptivos con los que se conforma la ciencia jurídica y que proporcionan una significación jurídico-cognoscitiva al derecho.

2.2.2.3. Integración

Dentro de la gama de soluciones a los problemas relativos a la aplicación del derecho, encontramos a la «integración jurídica», que se da cuando no existe precepto jurídico aplicable a un caso concreto; siendo la herramienta que utiliza un órgano del Estado que se enfrenta a situaciones no previstas, teniendo que cubrir, colmar o completar, alguna norma jurídica.²²⁵

Es incuestionable que puedan surgir casos que no han sido completados por el legislador que requieren una respuesta, estos casos no previstos es al que se denomina «lagunas jurídicas».²²⁶

La voz laguna proviene del latín *lacūna* que significa: a) depósito natural de agua, generalmente dulce; b) omisión o hueco que se dejó en manuscrito o impresos; y c) defecto, vacío o solución de continuidad en un conjunto o una serie.²²⁷ En la literatura jurídica se entiende por «laguna del derecho» la circunstancia en que en un orden jurídico determinado no existen disposiciones directamente aplicables a cuestiones de su competencia, por ejemplo, cuando enfrentan situaciones «no previstas».²²⁸

²²⁵ Cfr. TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Elementos para una teoría general del derecho*. P. 152

²²⁶ *Ídem*.

²²⁷ “laguna” en *Diccionario de la Lengua Española*. Real Academia Española.

²²⁸ Cfr. TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Elementos para una teoría general del derecho*. P. 153

La expresión «laguna del derecho» es muy ilustrativa para significar, y este es el sentido que tiene en la dogmática jurídica, la ausencia de una suposición establecida (legislativa, judicial o consuetudinaria) para resolver una cuestión jurídica propiamente planteada. El concepto de laguna indica, así, la existencia de una cuestión aún no resuelta, una cuestión que está abierta y que corresponde resolver a los órganos aplicadores del derecho haciendo uso de los procedimientos establecidos de integración (por ejemplo la analogía, aplicación de principios generales, discrecionalidad, etcétera.)²²⁹

En el sistema jurídico mexicano, los jueces, siguiendo el dogma de la completitud del derecho, no pueden dejar de resolver una controversia que es de su conocimiento, excusándose en la inexistencia de una ley aplicable al caso concreto, dando entonces la facultad de poder llenar esa laguna por medio de la integración. El artículo 18 del Código Civil para el Distrito Federal, establece: “El silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley no autorizan a los jueces o tribunales para dejar de resolver una controversia.”

2.2.2.4. Operaciones lógicas para resolver los problemas de interpretación e integración.

2.2.2.4.1. A contrario sensu

Este argumento se ha considerado como la operación lógica por la que un enunciado normativo de modo expreso o tácito, limita la aplicabilidad de su mandato únicamente a una determinada clase de personas, de ella puede inferirse, interpretándola a *contrario*, la existencia de otra norma cuya disposición se opone contradictoriamente a

²²⁹ Cfr. TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Elementos para una teoría general del derecho*. P. 156

la primera, y cuyo *ámbito personal* de validez está formado por los no comprendidos en el del otro precepto.²³⁰

Se ha notado que en lo relativo al argumento *a contrario sensu* debe destacarse cinco caracteres que son los siguientes:²³¹

- a) Es un argumento que se utiliza como instrumento de interpretación lingüística o literal.
- b) Bajo ninguna circunstancia es factible abandonar el texto que pretende interpretar.
- c) Se caracteriza por inclinarse a realizar una interpretación restrictiva, en atención a que limita en forma cuidadosa los significados de un texto, al proponer que no todos los significados sugeridos por la letra del texto o por otros textos son adoptados.
- d) Tiene como condición para su utilización el silencio de la ley, esto es, que el supuesto que se pretende argumentar no esté regulado.
- e) Este argumento se basa en la presunta voluntad del legislador, es decir, que si el legislador no lo ha regulado es porque así lo ha querido; sólo se puede deducir la voluntad del legislador a partir de sus palabras.

Para mejor descripción de la definición anterior, véase el siguiente ejemplo, el artículo 34 de la Constitución Política de los estados Unidos Mexicanos prevé:

“Son ciudadanos de la República los varones y mujeres que, teniendo la calidad de mexicanos, reúnan, además, los siguientes requisitos:

- I. Haber cumplido los 18 años, y
- II. Tener un modo honesto de vivir.”

²³⁰ Cfr. GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Lógica del raciocinio jurídico*. Distribuidores Fontamara, S.A., México, 2002, p. 169

²³¹ *Ídem*.

Interpretando *a contrario sensu*, no son ciudadanos de la República los varones y mujeres que no tengan la calidad de mexicanos y además no reúnan los requisitos antes mencionados.

Tomando en cuenta que la conducta regulada por el derecho sólo puede hallarse *prohibida* o *permitida* y que, cuando está permitida, o es *obligatoria* o *no obligatoria*, podemos formular los siguientes principios, por aplicación del *argumentum a contrario*.²³²

- 1) Cuando, en determinadas circunstancias, una norma jurídica permite cierta conducta *solamente* a tales o cuales personas, ello implica que, en las mismas circunstancias, esa conducta *prohíbe* a todas las demás. Así, en el caso del ejemplo, que el artículo 8° de la constitución mexicana *permita solamente* a los ciudadanos ejercer el derecho de petición en materia política, implica que tal ejercicio, en la indicada materia, está *prohibido* a los no-ciudadanos.
- 2) Cuando, en determinadas circunstancias, una norma jurídica *prohíbe* cierta conducta *solamente* a tales o cuales personas, ello implica que, en las mismas circunstancias, esa conducta se *permite* a todos los demás. (Ejemplo: si la entrada a un espectáculo se prohíbe solamente a menores, ello implica que se permite a los mayores).
- 3) Cuando, en determinadas circunstancias, una norma *ordena* cierta conducta *solamente* a tales o cuales personas, ello implica que, en iguales circunstancias, los demás están exentos de esa obligación. (Ejemplo: si una ley dispone que *solamente* los solteros deberán pagar tal o cual impuesto, ello implica que los no-solteros no tienen tal deber).

²³² Cfr. GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Lógica del raciocinio jurídico*. P. 170

- 4) Cuando, en determinadas circunstancias, una norma permite *solamente* a tales o cuales personas optar entre la ejecución y la omisión de cierto acto, ello implica que, en las mismas circunstancias, los demás no tienen tal derecho. (Ejemplo: si una ley permite *solamente* a quienes han sido autorizados por el Congreso, optar entre usar o no usar condecoraciones otorgadas por un país extranjero, ello implica que los no autorizados carecen de tal facultad.)

La correcta aplicación, al campo jurídico, del *argumentum a contrario*, depende de que el hecho que realiza el supuesto de la norma a que el argumento se aplica, sea condición *necesaria*, o *necesaria y suficiente*, de las consecuencias normativas.

Refiramos lo dicho al ejemplo del artículo 8° de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos. En el caso del precepto: “Sólo cuando los peticionarios sean ciudadanos de la República podrán hacer uso del derecho de petición en materia política”, el «condicionante del derecho» es la calidad, en los que piden, de ciudadanos de la República. Como tal calidad es condición *necesaria* para el ejercicio del derecho de petición en asuntos políticos, según lo indica al cuantificador, argumentando *a contrario* puede válidamente inferirse, de la norma tomada como ejemplo, que “cuando los peticionarios no sean ciudadanos de la República, no podrán hacer uso del derecho de petición en materia política”.²³³

2.2.2.4.2. A simile ad simile

Entre los razonamientos de que el juez (o cualquier órgano estatal aplicador del derecho) puede valerse para colmar lagunas de la ley uno de los más importantes es *argumentum simili ad simile* o conocido mejor como «analogía»; el cual se analizara más adelante en un punto siguiente de este trabajo.

²³³ Cfr. GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Lógica del raciocinio jurídico*. P. 172

2.2.2.4.3. A maiore ad minus

Este argumento consiste, en tener por ordenado o permitido, de manera implícita, que se haga algo «menor» de lo que está ordenado o permitido. Por ejemplo, atendiendo a la máxima de que “*el que puede lo más puede lo menos*”, conforme al artículo 2554 del Código Civil Federal un mandatario cuando se le confieren poderes generales para actos de dominio, se le confieren todas las facultades de dueño, por lo tanto también tiene implícito que goza de los poderes generales de administración, así como, de pleitos y cobranzas que son facultades evidentemente menores.²³⁴

El argumento a *maiore ad minus* es generalmente incluido entre los razonamientos específicos de la “lógica jurídica”. Esta designación se aplica a las inferencias que hacen posible una interpretación extensiva, es decir, a las que permiten aplicar la ley a materias o casos que no había previsto.

2.2.2.4.4. A minore ad maius

Para comprender esta operación argumentativa, partiremos del siguiente ejemplo: “Si no se permite pisar un prado, entonces, a *fortiori*, tampoco se permite arrancar el césped, por que tal cosa es «más» destructiva para aquél que pisarlo”.²³⁵

La norma vigente, en el caso del ejemplo, prohíbe, *en forma expresa*, pisar el prado, pero ella no se alude al hecho de que alguien arranque el césped, una situación diferente de la original. Una prevista y otra no prevista en la ley. Pero, si la finalidad de prohibir pisar el prado es que éste se conserve, no hay duda de que, para el logro de tal propósito, la prohibición de arrancar el césped tiene mayor importancia. Esta consideración teleológica es la que mueve al aplicador del derecho a pensar que en dicho supuesto normativo sólo se tomó en cuenta los casos menos importantes, y que, por consiguiente, esa norma implica a otra más amplia, que abarca las dos

²³⁴ Cfr. GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Lógica del raciocinio jurídico*. P. 160

²³⁵ *Ibidem*. P. 167

situaciones, la prevista y la imprevista, y puede expresarse así: “Se prohíbe maltratar el prado en forma al menos tan eficaz como pisarlo.”²³⁶

2.2.2.4. Papel de la costumbre y la equidad

2.2.2.4.1. La costumbre

La expresión costumbre tiene varios significados: hábito, tradición, uso, práctica, etcétera. En el discurso jurídico costumbre es un término ambiguo; por un lado parece significar ciertos hechos, acontecimientos o conductas; por otro lado también la identificamos como una pauta de comportamiento, como una norma, es decir como parte integrante del derecho.²³⁷

Cronológicamente, las normas consuetudinarias fueron anteriores a la obra legislada en texto. En la antigüedad, las sociedades primitivas existía una costumbre, estaba indiferenciada entre las diversas normas de conducta, era una mezcla de prescripciones éticas, religiosas, convencionales y jurídicas. Por supuesto, al evolucionar el fenómeno jurídico, y separarse de la religión y la moral, conservó su naturaleza consuetudinaria.²³⁸

De acuerdo con la teoría romano-canónica, la costumbre esta integrada de dos elementos, uno subjetivo y otro objetivo. El primero, la *opinio juris seu necessitatis*, consiste en la idea de que el «uso» en cuestión es jurídicamente obligatorio y debe aplicarse; el segundo, la *Inveterada consuetudo*, es la práctica, suficientemente prologada, de un determinado proceder.²³⁹

²³⁶ Cfr. GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Lógica del raciocinio jurídico*. P 168

²³⁷ Cfr. MORENO NAVARRO, Gloria. *Ob. cit.* P. 124.

²³⁸ *Ídem.*

²³⁹ *Ídem.*



En el derecho mexicano la costumbre desempeña un papel secundario, es obligatoria cuando la ley expresamente así lo señala, es una fuente supletoria del derecho mexicano. Ejemplo son entre otros, los artículos 1856 y 2741 del Código Civil para el Distrito Federal, que a la letra dicen:

Artículo 1856. El *uso o la costumbre* del país se tendrán en cuenta para interpretar las ambigüedades de los contratos.

Artículo 2741. Tiene lugar la aparcería agrícola cuando una persona da a otra un predio rústico para que lo cultive, a fin de repartirse los frutos en la forma en que convengan, o a falta de convenio, *conforme a las costumbres* del lugar, en el concepto de que el aparcero nunca podrá corresponderle por sólo su trabajo menos del cuarenta por ciento de la cosecha.

El artículo 10 del Código Civil para el Distrito Federal establece que: “contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario”. Por lo tanto, la costumbre no puede, en primera instancia, derogar la ley.

En derecho penal la costumbre no asume papel alguno, como lo dicta el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: “En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata”.

2.2.2.4.2. La equidad

La palabra equidad procede de la palabra latina *æquitas* que incluye la idea de rectitud y justicia. En un sentido amplio quiere decir también moderación, medida. Pero la equidad, dentro de la técnica jurídica, consiste en adaptación de la norma jurídica a los casos concretos. Viene a procurar la conciliación entre el carácter



abstracto y rígido de la ley, con las particularidades que se presentan en un caso concreto. Se ha dicho de la equidad que es la justicia aplicada al caso particular.²⁴⁰

Cuando el órgano aplicador de la norma jurídica procede por equidad, en los casos en que la ley lo autoriza, ajusta el precepto a las distintas circunstancias singulares de la cuestión que se le plantea. Por lo que, en la equidad encontramos siempre un elemento de benignidad, ante el rigor de la ley frente al caso concreto.²⁴¹

Actualmente, el papel de la equidad, más que ser un instrumento de interpretación o integración de los materiales jurídicos, es más bien considerada como una «técnica de argumentación jurídica» para la decisión judicial; no obstante, su utilización es muy limitada; los encargados de la función jurisdiccional sólo pueden recurrir a ella, en aquellos casos en que la ley expresamente se lo autoriza (Ejemplo: los artículos 20, 21, 1845 y 1847 del Código Civil para el Distrito Federal).

En derecho laboral mexicano, existe más libertad de aplicar la equidad como medio de argumentación en la decisión en los órganos jurisdiccionales laborales, como esta descrito en el artículo 17 de la Ley Federal del Trabajo; en este mismo sentido, el artículo 775 de la misma ley, concede a las juntas de conciliación y arbitraje la facultad de juzgar, en conciencia, lo que les permite calificarlas como verdaderos tribunales de equidad.

4.2.2.5. La analogía

Al recordar el principio de completitud del derecho, el cual dentro de nuestro sistema jurídico esta plenamente formulado en el artículo 18 del Código Civil Federal, que a la letra dice: “*El silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley no autoriza a los jueces o tribunales para dejar de resolver una controversia*”. En el caso de las lagunas de la

²⁴⁰ GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Derecho civil. Primer Curso. Parte general. Personas. Familia*. 12 ed., Edit. Porrúa, S.A., México 1993, p. 63

²⁴¹ *Ibidem*. P 64

ley, cesa la labor propiamente interpretativa para dar lugar al esfuerzo integrador, que, en su mayoría de casos se lleva a cabo por medio de la «analogía». Entonces el intérprete no busca la intención real o supuesta del autor de la ley; por medio de la analogía, el juzgador crea una nueva y distinta regla fundada en la identidad de razón, para aplicar un determinado precepto, a un caso no previsto partiendo del principio de donde existe la misma razón, debe aplicarse a un caso semejante.²⁴²

En otras palabras, cuando un hecho no previsto en la ley presenta las mismas características fundamentales, de otro hecho previsto en determinada norma, la razón autoriza a aplicar al caso no previsto, la disposición que se refiere al caso semejante. Por medio de la analogía se trata de inducir a una solución particular, aplicable a un caso semejante, regido por el mismo principio interno. Se parte así de un estudio comparativo entre dos situaciones jurídicas. Una de ellas establecida en la ley, y la otra no. Mediante ese estudio comparativo, se aplica al caso no legislado, la solución dada al caso legislado, que presenta caracteres similares. “El fundamento de la analogía, es la aplicación del principio de igualdad jurídica, en virtud del cual exige que casos semejantes, sean disciplinados por normas también semejantes”.²⁴³

En el procedimiento de analogía, el juzgador se encuentra ante dos situaciones: la primera relativa a la prescripción de un hecho previsto en la norma; la segunda a la existencia de un hecho que no se encuentra previsto dentro del supuesto normativo, pero que contiene elementos semejantes al hecho previsto en la norma. Sin embargo, no basta que exista un elemento de semejanza o identidad entre los dos casos para que se autorice la aplicación del procedimiento analógico, ya que el elemento de identidad debe ser «decisivo» para que el tratamiento jurídico sea idéntico. El problema práctico consiste en distinguir cuidadosamente:²⁴⁴

²⁴² GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Ob. cit.* P. 191

²⁴³ *Ídem.*

²⁴⁴ *Ibidem.* P. 192



- a) Cuáles son los elementos comunes entre los dos supuestos;
- b) Cuáles son los elementos diversos entre ellos;
- c) Cuáles son de entre los elementos comunes, aquellos que la norma toma en cuenta decisivamente para dictar la disposición; y
- d) Si los elementos diversos, por su número, por su naturaleza, por su contenido o por cualquier otra razón, no modifica la disposición del precepto que se trata de aplicar por analogía.

Sólo cuando se encuentre este elemento de hecho común, relevante, es en tal forma fundamental, que ha sido la causa de la disposición legislativa, su razón, puede aplicarse el principio analógico *ubi eadem ratio, esdem juris dispositio* (a misma razón, misma norma jurídica).

El intérprete debe tener siempre en consideración que la aplicación del procedimiento analógico, está regido por la naturaleza real de la relación y por el principio del Derecho positivo. Ambos elementos constituyen los límites infranqueables para la aplicación de la analogía. El procedimiento analógico no tiene aplicación cuando:²⁴⁵

- a) Se trata de un principio de derecho excepcional, pues por hipótesis, la disposición de derecho excepcional, sólo es aplicable expresamente al caso o a los casos específicamente determinados por vía de excepción en el precepto, y no a otros, aun cuando sean semejantes.
- b) Tampoco es aplicable la analogía en el derecho penal, en virtud del principio que reza: *nullum crimen nulla poena sine lege* (nulo el delito, nula la pena sin ley) que significa que un hecho es punible sólo en el caso en que expresamente concurren en él los elementos típicos delictuosos establecidos expresamente en la ley penal.

²⁴⁵ GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Ob. cit.* P. 192

En cuanto a este punto, conviene apuntar lo siguiente:

“LEYES PENALES.- Si bien el artículo 14 Constitucional, prohíbe imponer penas por simple analogía y aun por mayoría de razón, esto no quiere decir que las leyes penales no admita interpretación y que deban aplicarse según su significado literal, que puede ser antijurídico y aun coincidir al absurdo; los tratadistas mismos admiten que puede ser interpretada la ley penal. La prohibición del citado artículo constitucional debe entenderse en sentido natural y razonable, haciendo uso de los diversos procedimientos de dialéctica, tales como la historia, los trabajos preparatorios, el fin de la ley, la concordancia de los textos, etc. En este sentido se ha podido justamente decir que la interpretación no debe ser ni extensiva ni restrictiva, sino sólo declarativa de la voluntad del legislador.”²⁴⁶

Existe una distinción entre analogía *legis* y analogía *juris*. En la analogía *legis* se parte de un precepto legal singularmente determinado para aplicarlo a un caso que no coincida completamente con el supuesto de la norma, pero que tiene un elemento común fundamental con el que la norma se hace aplicable (la *ratio legis*).²⁴⁷

En la analogía *juris*, el intérprete no toma como base un precepto legal concreto y específico, sino todo un conjunto o grupo de normas, que se refieren a una institución, para derivar de ellas el principio rector que ha determinado lo que ellas disponen y aplicar dicho principio, al que se ha llegado por inducción y generalización, al caso no previsto en ninguna de esas disposiciones (la *ratio juris*).²⁴⁸

En la analogía *juris*, nos encontramos frente a la aplicación de los principios generales del derecho que es otro de los procedimientos conocidos para la integración de la ley.

²⁴⁶ Ejecutoria de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Tomo XXVI, página 1277, Primera Sala.

²⁴⁷ GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Ob. cit.* P. 193

²⁴⁸ *Ídem.*

2.2.2.6. Principios generales del derecho

2.2.2.6.1. Planteamiento

Si por medio de la aplicación del método analógico no es posible encontrar la solución al caso concreto, el órgano jurisdiccional está obligado a recurrir a otro procedimiento de integración, tradicionalmente conocido: «los principios generales del derecho» o analogía *juris*.

¿Qué debe entenderse por principios generales del derecho?, es una de las preguntas más controvertidas, en la cual los doctrinarios no se ponen de acuerdo.

Algunos autores consideran que se trata de los principios del derecho natural; otros consideran que son aquellos principios heredados del derecho romano; por supuesto también algunos los identifican con la justicia; y finalmente los que exponen que se tratan de las normas fundamentales o las normas más generales del orden jurídico²⁴⁹.

No es posible aceptar que los principios generales del derecho sean aquéllos, tomados del derecho romano, porque cada sistema de derecho positivo en el curso de la historia, como producto social, se apoya y encuentra su fundamento, su razón y origen, en fenómenos sociales distintos; ni son los principios de la justicia subjetivamente considerados, porque entonces se daría al juzgador completa libertad estimativa, para fallar en el caso, de acuerdo con su libre arbitrio, lo cual pondría en cierto riesgo a la seguridad y certeza del orden jurídico.²⁵⁰

En cambio, puede encontrarse una aproximación entre las tesis que postulan el conocimiento de los principios generales del derecho, identificándolos con aquellas normas de validez intrínseca (derecho natural) válidas por sí mismas y las ideas fundamentales inspiradoras de un sistema concreto de derecho positivo.

²⁴⁹ Cfr. BOBBIO, Norberto. *Teoría general del derecho*. Trd. Jorge Guerrero R. 2ª ed., Edit. Themis S.A., Colombia, 2002, p.239 y GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Ob. Cit.* P. 194 y MORENO NAVARRO, Gloria. *Ob. cit.* p. 130

²⁵⁰ GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Ob. cit.* P. 194

No se trata de investigar cuáles son los principios de validez universal y absoluta, lo cual constituye un tema de filosofía y no de la ciencia jurídica. Situados en el extremo de la dogmática jurídica, tratamos de comprender a los principios generales del derecho, como parte del sistema jurídico; es decir deben ser comprendidos como normas positivas, con respectiva validez y eficacia. Dos son los argumentos principales para reconocer a los principios generales del derecho como normas:²⁵¹

- a) Deben ser normas aquellas “sentencias” que se deducen de los principios generales, gracias a que acudimos a un procedimiento de generalización sucesiva: entonces, no existe motivo para que estos no deban ser normas también (de las especies animales obtengo siempre animales y no flores o estrellas).
- b) La función para la cual se deducen y se adoptan es la misma que se lleva a cabo para todas las normas, o sea la función de regular un caso concreto.

Estos principios son imprescindibles en la constitución jurídica del Estado como reglas interpretativas para la decisión judicial y como normas sociales de ordenación.

2.2.2.6.2. Principios y reglas interpretativas para la decisión judicial

Los principio generales del derecho se caracterizan porque, careciendo de una concreción suficiente, no pueden encontrar una aplicación como normas inmediatas para la decisión judicial, a pesar de lo cual, son imprescindibles en la constitución jurídica del Estado como reglas de interpretación.

Al formularse, por ejemplo, en los últimos tres párrafo del artículo 4°, de nuestra constitución, el derecho de los menores a que les sea proporcionado por sus padres o tutores la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y

²⁵¹ Cfr. BOBBIO, Norberto. *Ob cit.* P.239

esparcimiento; este precepto constitucional contiene, sin duda, algo que es distinto y superior a una mera abstracción de los preceptos jurídicos establecidos en códigos, leyes y reglamentos, estableciendo algo más que una simple directriz para el legislador futuro, sino, que además sirven directamente para la decisión judicial en el caso de oscuridad o lagunas que llegarán a suscitarse en el Código Civil sobre el derecho de la familia relativos a los alimentos.²⁵²

Sino se acude a los principios generales del derecho, muchas de las veces, no se podrían comprender, ni interpretar, ni aplicar la mayoría de los preceptos que integran el orden jurídico. La mayoría de las normas jurídicas y, sobre todo, los más importantes, cobran únicamente un sentido practicable cuando se ponen en relación con los principios jurídicos, plasmados en una constitución, que son expresión de la estructura social.²⁵³

2.2.2.6.3. Los principios como normas sociales de ordenación

Por otro lado, la misma constitución necesita de parámetros de interpretación, es decir de principios de carácter social (político, económico, cultural, etcétera), para la comprensión y análisis de las normas fundamentales.

Por ejemplo, el «principio de igualdad ante la ley» que existe en todas las democracias y cuyo contenido tiene importancia decisiva para determinar la estructura constitucional de cada Estado, sólo puede ser conceptualizado y definir su contenido gracias a las ideas generalizadas, extraídas de la realidad social, sobre lo que debe estimarse como igual o desigual, y que en la misma constitución no se formulan. Y es precisamente esa ausencia de determinación del contenido lo que confiere a los principios generales la función de ordenación social dentro de la constitución.²⁵⁴

²⁵² Cfr. HELLER, Hermann, *Ob. cit.* Pp. 325-326

²⁵³ *Ibidem.* P. 326

²⁵⁴ *Ibidem.* P. 327



Estos principios generales, cumplen con la función de permanencia de la norma constitucional a través del tiempo, debido a que la normalidad social se expresa en los principios generales, los cuales armonizan la norma fundamental con el cambio ininterrumpido de la realidad social.²⁵⁵

2.2.2.6.4. Teoría moral de los principios de Dworkin

En un punto anterior hablamos de la tesis de Dworkin sobre la existencia de la «única respuesta correcta» para cada decisión judicial, dentro de un orden jurídico integrado además de las normas, por principios jurídicos, que lo hace diferente al sistema jurídico cerrado que conciben tanto los partidarios de la escuelas positivista y analítica.²⁵⁶

Para este autor, la única respuesta correcta sería aquella que mejor pueda justificarse a través de una teoría sustantiva basada en los principios que mejor se relacionen con la constitución, las reglas de derecho y las decisiones jurídicas precedentes. Dworkin reconoce que en ningún sistema jurídico se ha encontrado con un procedimiento que muestre necesariamente una respuesta correcta; sin embargo, ello no constituye una objeción en contra de su existencia. No impide pensar en el juez ideal, al que Dworkin llama “Hércules” equipado con habilidad, sabiduría, paciencia y agudeza sobrehumanas. Por lo tanto, al juez real le corresponde acercarse a este ideal lo más posible.²⁵⁷

Tanto las normas como los principios dentro de este esquema forma parte del orden jurídico; sin embargo existen los siguientes criterios de distinción en entre estas:

- a) La generalidad como criterio de distinción, según el cual, los principios son considerados dentro del orden jurídico como normas de un grado de

²⁵⁵ Cfr. HELLER, Hermann, *Ob. cit.* P. 327

²⁵⁶ Cfr. ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*. Trc. Manuel Atienza. Distribuciones Fontamara, S.A., México, 2002, p. 7

²⁵⁷ *Ibidem.* P. 8

generalidad relativamente alta, y las normas de un grado relativamente bajo. Un ejemplo de una norma de grado relativamente alto de generalidad es el precepto de que todos gozan de libertad de creencias.²⁵⁸

- b) Las normas jurídicas son aplicables en la forma todo-o-nada, pero en cambio los principios no. Si una norma es válida entonces se aceptan sus consecuencias; pero, si no es válida entonces no cuenta para nada en la decisión. En cambio los principios, aun cuando según su formulación sean aplicables al caso, no determinan necesariamente la decisión judicial, sino que solamente proporcionan razones que hablan a favor de una u otra decisión.²⁵⁹
- c) Los principios tienen una «dimensión de peso» que se muestra en choques entre principios. Si chocan dos principios, se da un valor decisorio al principio que en el caso tenga un peso relativamente mayor, sin que por ello quede inválido el principio con el peso relativamente menor. En cambio en el conflicto entre normas, una de las dos normas debe resultar nula dentro del orden jurídico.²⁶⁰
- d) El punto decisivo para distinción entre normas y principios es que los principios son preceptos que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente, mandatos de optimización que se caracterizan por que pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de sus posibilidades jurídicas.²⁶¹

²⁵⁸ Cfr. ALEXY, Robert. *Ob. cit.* P. 9

²⁵⁹ *Ibidem.* P. 10

²⁶⁰ *Ídem.*

²⁶¹ *Ibidem.* P. 14



Ahora bien, supongamos que se pudiera crear una lista en cierto modo completa de los principios de un orden jurídico determinado. Puesto que no contendrían nada sobre el peso relativo de los principios, es decir, sobre la relación de prioridad entre ellos. Por ello, no sería más que un catálogo de puntos de vista. Esta simple relación de principios representa, desde el punto de vista de su rendimiento, la variante más «débil» de una teoría de los principios. La variante más «fuerte» sería una teoría que contuviera, además de todos los principios, todas las relaciones de prioridad, abstractas y concretas, entre ellos, es decir una teoría que estableciera claramente la jerarquía de los valores; y por lo tanto, determinaría unívocamente la decisión de cada uno de los casos. Si fuera posible una teoría de los principios de la forma más fuerte, sería sin duda acertada la tesis de Dworkin de la «única respuesta correcta».²⁶²

2.3. LAS ESCUELAS DE INTERPRETACIÓN

2.3.1. Escuela de los Glosadores

2.3.1.1. Contexto

La final del siglo XI los juristas europeos “redescubren” los antiguos textos del “derecho romano”. Nacen las universidades y, con ellas, la enseñanza de la jurisprudencia. El resultado de estos sucesos fue el nacimiento de la ciencia jurídica europea cuyos postulados sobreviven hasta nuestros días. Es claro que la idea de «orden jurídico» no existía en el siglo XI, pero esto, no quiere decir que no existiera derecho entre los visigodos, francos, vándalos o entre cualquier otra nación medieval.

²⁶² Cfr. ALEXY, Robert. *Ob. cit.* P. 15



El derecho de estas comunidades carecía de lo que hemos llamado de «reglas de reconocimiento» que permitieran diferenciarlos.²⁶³

El derecho empezó a ser estudiado y enseñado en Europa haciendo uso de una disciplina claramente diferenciada. Pero ¿Cómo es posible enseñar derecho cuando el derecho positivo y las instituciones jurídicas son de carácter consuetudinario y local? La respuesta, es que el «derecho» que se estudio y se enseñó no fue el derecho de Europa, sino el «derecho» contenido en un viejo manuscrito, encontrado en una vieja biblioteca de Bolonia, llamado el *corpus juris civile*. Este manuscrito contenía la compilación realizada por orden del Emperador Justiniano alrededor del año 530 de nuestra era.²⁶⁴

2.3.1.2. Características

La enseñanza del derecho en el medioevo se hacía, entonces, sobre la lectura de los textos de derecho romano y era seguida por la *glosa* o *glossæ* del profesor. Las *glossæ* eran copiadas por los estudiantes entre las líneas o al margen del texto. En esas *glossæ* se fue acumulando la doctrina (es decir, el aparato conceptual complementario). Estas inserciones habrían de alcanzar tanta autoridad como el texto mismo, como por ejemplo, la *Glossa Ordinaria* de Accursio (1227).²⁶⁵

El gran instrumento de análisis del que disponían estos llamados «*glosadores*» lo constituía el procedimiento dialéctico (método griego que permite resolver contradicciones, disolver redundancias e integrar lagunas), con el cual realizaban una «lectura» de textos jurídicos clásicos, en su gran mayoría, insuficientes y fragmentarios.

²⁶³ Cfr. TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Razonamiento y argumentación jurídica. El paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 121. P. 166

²⁶⁴ *Ibidem*. P. 167

²⁶⁵ *Ídem*.

El método dialéctico, recuperado de los griegos y desarrollado al principio del siglo XI en la jurisprudencia y por la teología, es la principal herramienta para saber «leer» e “interpretar” los materiales jurídicos disponibles y crear la un cuerpo consistente y completo (sin contradicciones y lagunas), llamado doctrina.²⁶⁶

Los juristas medievales concibieron el razonamiento dialéctico no sólo como método para llegar a los primeros principios (como un procedimiento inductivo), sino como método de análisis de argumentos y definición de conceptos, mediante la distinción y síntesis de género y especie. De esta manera, la dialéctica se convierte en una disciplina independiente, no esencialmente diferente de la lógica, pero con poderosos elementos de retórica y gramática.²⁶⁷

Los juristas medievales lograron aplicar tanto el razonamiento dialéctico, así como el apodíctico²⁶⁸ para el análisis y síntesis de los materiales jurídicos. Dando así comienzo a la organización de un sistema jurídico para la obtención de decisiones jurídicas “apropiadas”. “Como estos textos son “correctos”, constituyen maximæ proposiciones para, a partir de ellos, deducir, apodícticamente, “nuevas consecuencias” jurídicas”.²⁶⁹

El método consistía en relacionar y evaluar todos los elementos relevantes de una situación compleja para formar una estructura que asemejaba los alegatos y argumentaciones propias de los casos difíciles de los tribunales. Es como nace la expresión utilizada por los glosadores de *quæstiones disputatæ*. Éstas tienen como elemento esencial el pro y el contra de un problema para el cual existen, o parece que existen, soluciones contradictorias. Una *quæstio* es, por tanto, siempre dialéctica.

²⁶⁶ Cfr. TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Razonamiento y argumentación jurídica...* P.167

²⁶⁷ *Íbidem*. P. 169

²⁶⁸ Apodíctica.- Demostrativo, éste es el significado general y fundamental del término; mismo que tiene en Aristóteles, ya sea cuando lo refiere a la proposición o cuando lo refiere a la ciencia, definida como “habito demostrativo”. ABBAGNANO, Nicola. *Diccionario de Filosofía*. Trc. De Alfredo N. Galletti. 3ª edi., Edit. Fondo de Cultura Económica, S.A. de C.V., México, 2000, p. 90

²⁶⁹ Cfr. TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Razonamiento y argumentación jurídica...* P. 169

Estas *quæstiones disputatæ* constituyen el «núcleo y eje» de toda instrucción en las universidades medievales, ya que estas eran la única practica complementaria a las «lecturas». “La importancia histórica de las *quæstiones disputatæ* reside en ser factor imprescindible en la adaptación del derecho romano a las condiciones medievales”.²⁷⁰

2.3.1.3. Importancia

El jurista europeo que revivía el estudio del derecho romano, sistematizó la inmensa cantidad de preceptos jurídicos en términos de principios y conceptos generales. La jurisprudencia medieval era una disciplina sin fronteras; se enseñaba en las universidades a estudiantes provenientes de todos los lugares de Europa. Además de darle a la ciencia jurídica un carácter transnacional, las universidades europeas le proporcionaron al derecho un vocabulario y un método también transnacional. Estos métodos hicieron posible, posteriormente, la construcción de los sistemas jurídicos nacionales.

2.3.1.4. Los comentaristas o postglosadores

Durante el siglo XII y a comienzos del siglo XIII el método de interpretación y explicación creado por los glosadores había sido adoptado en Francia tanto por civilistas como por canonistas. Este método alcanza su madurez con Jacobus de Revigny (1230-1296), y Bártolo de Sassoferrato (1257-1313). El caudal de glosas que comenzaron a realizarse se fueron acumulando durante más de siglo y medio, por lo que fue necesario una comprensiva y ordenada sistematización de estas glosas. Tal merito se lo debemos a Accursio.²⁷¹ Para entonces, la *glossa accursiana*, había

²⁷⁰ TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Razonamiento y argumentación jurídica...* P. 170

²⁷¹ Accursio (1182- 1260) Alumno de Irnerio de Bolonia Jefe fundador de la escuela de los Glosadores. TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Razonamiento y argumentación jurídica...* P.171



desbancado a todas las otras y era asumida como el derecho de los tribunales. La autoridad de la *glossa* se expresaba diciendo: *quidquid non agnoscit glossa nec agnoscit curia* (lo que no conoce la glosa, tampoco lo conoce el tribunal). La glosa formaba parte de la exposición del texto romano que se discutía.

“Un claro ejemplo de esto se encuentra en las palabras de Bártolo: *Hæc posita est in volumini digesti novi sub titulo fr usucapio, quæ lex difficilis est in texto, difficilis in glossa et difficilissima in materia extraglosam*, al referirse a un asunto contenido en los volúmenes del Digesto bajo el rubro de *usucapio*: “que es *difficil* en el texto, *difficil* en la Glosa y *difficilísima* más allá de la Glosa.”²⁷²

Con el método escolástico²⁷³ de la «deducción», tomado por los juristas franceses, los jurisconsultos italianos pudieron ir más allá de la *Glossa ordinaria*. En las manos de Cynio, Bartólo, Baldo de Ubaldi (1327–1400) y de sus sucesores, el método escolástico reordenó la doctrina jurídica (parte romano-justiniana, parte dogmática y práctica judicial del medioevo) bajo lo que se llamó la *ratio iuris*.²⁷⁴

El mérito de los comentaristas (postglosadores) el haber transformado el “derecho romano” en derecho común italiano y, posteriormente, en derecho común europeo. Al respecto cabe subrayar que fueron ellos los que prepararon el camino para que el *Corpus iuris* fuera «recibido» como la jurisprudencia del mundo occidental.

²⁷² TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Razonamiento y argumentación jurídica...* P. 172

²⁷³ Escolástica.- “En sentido estricto, la filosofía cristiana de la Edad Media. Se denominó *scholasticus* en los primeros siglos de la Edad Media al maestro de las artes liberales y más tarde al docente de filosofía o teología que, al principio, dictaba sus lecciones en la escuela del claustro o de la catedral y después en la universidad. Escolástica significa, por lo tanto, y al pie de la letra, la filosofía de la escuela. Y como las formas de enseñanza medieval eran dos: la *lectio*, que consistía en el comentario del texto, y la *disputatio*, que consistía en el examen de un problema a través de la discusión de argumentos que se pueden aducir en *pro* y en *contra*, la actividad literaria adquirió en la Escolástica de preferencia la forma de *comentarios* o de colecciones de problemas. ABBAGNANO, Nicola. *Diccionario de Filosofía*. P. 427

²⁷⁴ TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Razonamiento y argumentación jurídica...* P. 172

2.3.2. Escuela de la exégesis

2.3.2.1. Contexto

La escuela de la exégesis o exegética también conocida como escuela tradicional, señala como principal característica el culto al texto de la ley y una absoluta creencia en su virtud.²⁷⁵

El culto a la ley tienen sus orígenes en Francia, dentro de un contexto ideológico del Estado de derecho burgués, del racionalismo, del liberalismo y del inicio del constitucionalismo moderno. Teniendo dos fases: su fundación entre los años 1804 al 1825, periodo al que pertenecen los grandes comentadores del Código Napoleón²⁷⁶; y la decadencia entre los años 1880 y 1890.²⁷⁷

“[...] De esta primera época el miembro más sobresaliente, por su fidelidad exegética es A. Duranton (profesor en la *Faculté du Droit* de París cuyo curso de derecho francés de acuerdo al Código Civil comenzó a publicarse en 1825). Es de señalar que en esta primera etapa sus miembros fueron, en su mayoría, profesores universitarios.

La segunda fase está compuesta de cantidad de autores y profesores pero, también de magistrados, litigantes y abogados. A este periodo corresponden las frases tristemente célebres del profesor Bignet “no conozco el derecho civil, enseñé el Código Napoleón”. Pertenecen a esta fase grandes profesores como: Aubry (Prof. de Estrasburgo), Rau (Prof. de Estrasburgo), autores de la obra maestra de la exégesis; Demolombe (Prof. de Caen), Taullier, Demante y el primer presidente de la Corte de Casación, Troplong; etcétera.”²⁷⁸

²⁷⁵ Cfr. MORENO NAVARRO, Gloria. *Ob. cit.* P. 100

²⁷⁶ El Código Napoleón, fue promulgado el 20 de marzo de 1804. Poseedor de un lenguaje y estructura brillante que cumple con el deseo de Napoleón de contar con un ordenamiento que diera con su simple lectura el conocimiento de sus derechos a cualquier aldeano francés. Al inicio de su vigencia fue considerado como una expresión perfecta de derecho positivo francés que daba seguridad a los jueces, quienes se atenían al texto aun cuando ésta no estaba lo suficientemente claro a la intención del legislador, surgiendo así el método interpretativo. SIRVENT GUTIÉRREZ, Consuelo y VILLANUEVA COLÍN, Margarita. *Sistemas jurídicos contemporáneos*. Edit. Oxford University Press Harla México, S.A. de C.V., México, 1996, p. 28-29

²⁷⁷ Cfr. MORENO NAVARRO, Gloria. *Ob. cit.* P. 101 y TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Elementos para...* P. 363

²⁷⁸ TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Elementos para una teoría general del derecho*. P. 363

La exégesis, tiene como fin último, el desentrañar la verdadera intención del legislador al elaborar la ley. La interpretación desde ese punto de vista, es la aclaración de los textos, no la interpretación del derecho.²⁷⁹

2.3.2.2. Características

Ha de subrayarse que la exégesis sólo debía aplicarse bajo el supuesto de encontrarse ante una norma jurídica oscura o ambigua, ya que cuando la ley es clara, no es lícito eludir su letra con el pretexto de penetrar en su “espíritu”. Pero cuando un precepto legal fuere oscuro, la exégesis será aplicada mediante un análisis del tipo lógico, cuya finalidad debemos entender a efecto de ampliar, restringir, desentrañar o clarificar el contenido de la norma. Las características principales de la escuela son:²⁸⁰

- a) El culto del texto de la ley. “Los textos no dejan nada al arbitrio de un interprete, éste no tiene ya por misión hacer el derecho: el derecho está hecho. No existe incertidumbre, pues el derecho está escrito en texto auténtico”.²⁸¹
- b) Considerar la voluntad del legislador como pauta suprema de interpretación. La ley es la voluntad es el resultado de la «voluntad» del legislador. En cuanto al procedimiento para encontrar la voluntad del legislador, los profesores Aubry y Rau señalan que, es necesario proceder:
 - 1) La comparación del texto que se va interpretar, con las demás disposiciones legales relativas a la misma materia o materias análogas.
 - 2) La investigación de los motivos o del objeto de la ley en los trabajos preparatorios a su redacción o en el derecho anterior.

²⁷⁹ Cfr. MORENO NAVARRO, Gloria. *Ob. cit.* P. 101

²⁸⁰ Cfr. TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Elementos para una teoría general del derecho.* P. 364

²⁸¹ *Ibidem.* P. 364

- 3) La apreciación de las consecuencias a que conduciría una aplicación extensiva o restrictiva del alcance de la ley, todo esto para verificar si el legislador hubiera querido los efectos de estas interpretaciones.
- c) Considerar al legislador omnipresente y omnisapiente. El legislador en este orden de ideas, es completamente racional e infalible. Por lo que para los seguidores de la exégesis, para la dogmática jurídica no hay ni puede haber mayor razón ni mejor equidad, que la razón o equidad de la ley.

Para esta escuela es importante desentrañar, de la ley, el pensamiento del legislador, para lograr esto, en la actualidad, debemos recurrir a los denominados «medios auxiliares», los cuales son:²⁸²

- a) El examen de los trabajos preparatorios a la promulgación de la norma, como la «exposición de motivos» y a las «discusiones parlamentarias».
- b) El análisis de la tradición histórica y de la costumbre, a fin de conocer las condiciones que prevalecían en la época en que la ley fue elaborada, así como los motivos que indujeron al legislador a establecerla.

Para los exegetas es imprescindible es ser aptos de despojarse de todo perjuicio o valoración subjetiva, con el fin descubrir el pensamiento del legislador.²⁸³

2.3.2.3. Importancia

Es innegable la importancia de la escuela de la exégesis particularmente en el campo del derecho civil. Puede decirse, sin lugar a dudas, que es el punto de partida del moderno derecho privado en el mundo occidental.²⁸⁴

²⁸² Cfr. MORENO NAVARRO, Gloria. *Ob. cit.* P. 101

²⁸³ *Ibidem.* P. 102

²⁸⁴ Cfr. TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Elementos para una teoría general del derecho.* P. 367



2.3.2.4. Crítica

La principal crítica a esta escuela, es su desmedido culto en la «ley» y su reducida visión de la realidad jurídica al pretender una interpretación integral de los preceptos legales, basándose únicamente en el texto legal; la reducción del «fenómeno jurídico» a la simple manifestación de la ley escrita; y la creencia en «métodos idóneos», con los que pretendían llevarnos a conocer la «voluntad del legislador»²⁸⁵

2.3.3. Escuela histórica alemana

2.3.3.1. Contexto

La escuela histórica floreció en Alemania durante el siglo XVIII, dedicándose a buscar toda clase de fuentes que ayuden a comprender y analizar el derecho romano. Nace en contra de la idolatría al texto de la ley, ya que el estudio del derecho no puede ser depositado en un libro solemne (como el Código Napoleón), ni puede ser confiado a un numero limitado de expertos, ya que este conocimiento debe pertenecer a todos los juristas teóricos y prácticos, porque el desarrollo de la ciencia jurídica depende de que la teoría este muy involucrada con la práctica, como lo hacían los juristas romanos clásicos.

2.3.3.2. Características

Asumiendo el postulando de que el derecho, al igual que el lenguaje o el arte, se crean espontáneamente, de forma constante e imperceptiblemente en un determinado pueblo, según este sistema interpretativo considera que el derecho no es un

²⁸⁵ Cfr. MORENO NAVARRO, Gloria. *Ob. cit.* P.102 y TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Elementos para una...* P.364



«producto de la razón humana» sino del «espíritu del pueblo» (*Volkgeis*). El fenómeno jurídico es el producto de las costumbres y las creencias populares, luego por la ciencia jurídica, pero, no será por el arbitrio o la simple voluntad del legislador.²⁸⁶

“**Savinig**, considerado como el más grande jurista de su tiempo, logró ser romanista y germanista, historiador y dogmático del derecho a la vez, conceptuó al derecho romano como un modelo de evolución orgánica que fue cultivado en todos los periodos de su vida. Esta escuela [histórica alemana] llegó al concepto de que la ciencia del derecho no es más que la historia del derecho...”²⁸⁷

Ante el arbitrio del legislador y de la reducción del derecho a la ley es necesario recurrir al riguroso método histórico aplicado a la ciencia jurídica. La característica de este método es encontrar hasta en su raíz: la doctrina del pasado y descubrir su principio orgánico.

En cuanto a la interpretación de la ley, esta escuela estima que para interpretar y conocer el derecho es necesario poseer un conjunto de “principios” que se manifiesten como un «hábito» prolongado y fundado en bases sólidas. A este respecto Savinig expresa:

“La idea y los teoremas del derecho no aparecen en los jurisconsultos romanos como creación arbitraria, antes bien son verdaderos seres reales, cuya existencia y genealogía se les ha manifestado en virtud de un hábito familiar muy prolongado. Así nació en ellos una gran seguridad en todo su procedimiento, procedimiento que se parece al de las matemáticas; puede decirse, sin temor de exagerar, que calculan con sus ideas.

Cuando los jurisconsultos romanos tienen que considerar un caso de derecho, parten de la viva intuición de éste, y ante nosotros se desarrolla poco a poco y plenamente, como si tal caso debiera ser el punto inicial de toda la ciencia que del mismo deba conducirse. Para los jurisconsultos romanos no hay 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

²⁸⁶ Cfr. MORENO NAVARRO, Gloria. *Ob. cit.* P. 102 y TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Elementos para una...* P. 368

²⁸⁷ SIRVENT GUTIÉRREZ, Consuelo y VILLANUEVA COLÍN, Margarita. *Ob. cit.* P. 20

proceso científico. En cada teorema fundamental, se ve a un mismo tiempo un caso de aplicación, así, como todo caso práctico se descubre la regla que lo informa”²⁸⁸

Este es el método de la jurisprudencia romana clásica. Por ello la legislación debe ser entendida como meras indicaciones. Se debe interpretar la legislación como disposiciones provisionales o meras instrucciones dirigidas a los tribunales.

2.3.3.3. Importancia

La escuela histórica o pandectística alemana, desarrollo sus conceptos basándose en el derecho romano, incorporando el análisis histórico a la ciencia jurídica, adquiriendo con esto un carácter sistemático, iniciando la dogmática jurídica moderna bajo el modelo de la ciencia jurídica romana. La importancia de esta escuela dio como resultado que otros países como Austria, Suiza, Francia, Rusia, Grecia e Italia se interesan por este sistema de interpretación para la creación de sus propios movimientos científicos.²⁸⁹

2.3.3.4. Crítica

Es criticable la idea de que el derecho aparece como un proceso pacífico, paulatino e imperceptible. Olvidándose que en muchos casos el derecho se desarrolla a través de hechos violentos como las revoluciones. La crítica más contundente se refiere a la idea de la realidad de un «espíritu del pueblo», ya que esta tendencia es más de carácter místico que una observación objetiva de los hechos.

²⁸⁸ TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Elementos para una teoría general del derecho*. P. 369

²⁸⁹ SIRVENT GUTIÉRREZ, Consuelo y VILLANUEVA COLÍN, Margarita. *Ob. cit.* P. 21 y TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Elementos para una teoría general del derecho*. P. 370

2.3.4. Escuela científica francesa

2.3.4.1. Contexto

Esta escuela representa una crítica definitiva a los métodos tradicionales de interpretación de la ley, y a la vez una concepción metodológica. Rechaza el fetichismo legalista así como el riguroso conceptualismo. Francois Geny es el autor más distinguido de esta escuela; quien emprende una crítica al método tradicional de interpretación del derecho, primeramente atacando la idea de identificar la ley escrita con el derecho, posición de varias escuelas, particularmente de la escuela de la exégesis.²⁹⁰

La escuela es principalmente una reacción en contra de los procedimientos mecánicos de interpretación y aplicación del derecho. “A este respecto Geny considera que el jurista debe ser un hombre que medite sobre los datos de la naturaleza para organizar metódicamente el derecho y dirigir racionalmente la «acción»”.²⁹¹

El punto de partida es la distinción entre ciencia y técnica la cual tiene como base la distinción entre el 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 constar los datos de la naturaleza y los hechos, lo cuales pueden ser naturales, históricos, racionales o ideales. La técnica, por su parte supone dos procedimientos: la creación de formas y la determinación de conceptos. Entre las formas se encuentran las fuentes formales del derecho positivo (ley, costumbre, la jurisprudencia, la doctrina); y los conceptos son las operaciones fundamentales que lleva a cabo el jurista para la construcción del sistema positivo.²⁹²

²⁹⁰ TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Elementos para una teoría general del derecho*. P. 378

²⁹¹ *Ídem.*

²⁹² *Ídem.*



2.3.4.2. Características.

En lo que cabe a la interpretación jurídica esta escuela parte de que la ley no es la única fuente del derecho, pero la más importante del derecho moderno. La ley no puede ser un mero producto racional, en su elaboración interviene elementos irracionales, fácticos, psicológicos, biológicos, económicos, etcétera. Consideran un error oponer la interpretación gramatical a la interpretación lógica: ambas se completan. Tampoco se puede plantear una oposición entre texto y espíritu de la ley.²⁹³

La interpretación debe realizarse mediante la «fórmula» del texto, la cual se deriva a su vez de elementos extraños a esta fórmula, lo que podríamos llamar la «voluntad del legislador».²⁹⁴

En el momento que la «voluntad del legislador» se “desprende” del texto sin ser contradicha por ningún elemento exterior, esta determina la decisión del intérprete, suprimiendo cualquier otra interpretación. Siendo que, la ley un producto de la actividad consiente y reflexiva del legislador, debemos suponer que ha escogido, con reflexión y premeditación, las palabras que traducen fielmente su pensamiento y su voluntad. Por lo tanto, es la «fórmula de la ley», a la que se debe dirigir el intérprete inmediatamente.²⁹⁵

Sobre las «concepciones jurídicas» o «definiciones» que utiliza el legislador, Geny, se pronuncia por no desconocer estas concepciones formuladas en el texto, pero que deben de ser entendidas: 1) vinculándolas lo más posible a las reglas positivas y 2) desarrolladas en última instancia con gran moderación.²⁹⁶

²⁹³ TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Elementos para una teoría general del derecho*. P. 379

²⁹⁴ *Ídem.*

²⁹⁵ *Ídem.*

²⁹⁶ *Ídem.*

La búsqueda de la «voluntad» legislativa, según el contenido mismo del texto implica, una lógica íntima, inherente al lenguaje jurídico sin el cual las palabras se mantendrían vacías de sentido. Esta lógica hace ver el texto de la ley, no como una proposición aislada, sino como una parte de todo el orden jurídico. Debemos recurrir a varios preceptos legales, tal vez disgregados en varios materiales jurídicos, para construir una disposición razonable.²⁹⁷

Sin los elementos exteriores (de tipo social, psicológico, político, etcétera) al texto a interpretar, dicho texto se mantendría mudo o no revelaría sino de manera incompleta la voluntad que contiene. Estos elementos son los que el legislador ha querido organizar y satisfacer. De esta manera se descubre la finalidad propia de la ley, la *ratio legis*.²⁹⁸

Otro grupo de elementos externos se encuentran en la observación del medio social del cual la ley ha salido. Las disposiciones legales que se encuentran determinadas: por acontecimientos (*Occotio Legis*); por el análisis de las concepciones jurídicas reinantes; la influencia de legislaciones extranjeras; y de escuelas jurídicas. Todos estos elementos y todos aquellos que podrían incluirse todavía, son legítimamente empleados para arrancarle al texto legal su sentido, pero a condición de que se dirijan a descubrir la «voluntad del legislador». Esto es, mientras no contradigan directamente el texto de la ley.²⁹⁹

En cuando a la participación de la «historia» para aclarar el texto de la ley, no se recurre a la verdad histórica, sino solamente el ambiente histórico del legislador. Por lo que se refiere a los «principios generales del derecho», brindan una gran ayuda a la interpretación de la ley siempre que no se busquen los principios jurídicos en sí, si no

²⁹⁷ TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Elementos para una teoría general del derecho*. P. 380

²⁹⁸ *Ídem.*

²⁹⁹ *Ídem.*



específicamente las concepciones más adoptadas a la finalidad propuesta que es la interpretación de la ley.³⁰⁰

El límite de la interpretación de la ley es cuando se encuentra no sólo ante obscuridades e incertidumbres sino ante lagunas. En este caso no es posible encontrar la «voluntad del legislador», no podemos rastrearla por ningún lado. En este momento aparecen otros procedimientos que nos son la interpretación. Es pues, necesario distinguir, de acuerdo con Geny, tres procedimientos en la búsqueda de reglas jurídicas:³⁰¹

- 1) la interpretación que consiste en superar las incertidumbres y obscuridades de la ley;
- 2) la libre investigación que consiste en la elaboración de las reglas jurídicas con independencia de la ley escrita; y
- 3) el interprete no puede olvidar la existencia de las demás fuentes formales del derecho, ya que estas ayudan a la interpretación de la ley.

2.3.4.3. Importancia

Esta escuela nos hace mirar, dentro de la tarea interpretativa, hacia otras fuentes del derecho y no únicamente al proceso legislativo. Por otro lado abre el camino para concepciones integrales del derecho, al considerar al fenómeno jurídico, no como un mero producto racional, ya que en su elaboración interviene elementos externos de orden: fáctico, psicológico, biológico, económico, etcétera.

³⁰⁰ TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Elementos para una teoría general del derecho*. P. 380

³⁰¹ *Ídem*.



2.3.4.4. Crítica

La primera se dirige a la separación entre la ciencia y técnica. La técnica jurídica no es un momento cronológico o sistemáticamente sucesivo al de la ciencia sino que constituye con ésta una unidad conceptual.

Otra crítica señala que en el método científico francés 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 integración) es donde este método se aparta de los métodos dominantes en su época.

2.3.5. Escuela del derecho libre

2.3.5.1. Contexto

Nació con el objeto de atacar cualquier intento de tipo dogmático para interpretar los textos jurídicos; siendo la primera escuela que ofrece una explicación sobre la acción interpretativa, es decir, de lo que efectivamente realiza el juez cuando busca el sentido de la norma aplicable. Es encabezada en Alemania por Herman Kantorowics y Ernst Fuchs, quienes compartieron la tesis de abogar por una amplia libertad de la decisión y acción de los jueces, postulando que los jueces debían llenar las «lagunas de la ley» mediante una actividad creadora, libre, de conformidad con las demandas de la época y las convicciones sociales del pueblo, y otorgando una especial consideración a las circunstancias particulares del caso. El juez al interpretar las normas y ante la ausencia de un precepto aplicable, se le autoriza para ocupar el lugar del legislador, creando normas jurídicas con la finalidad de resolver un litigio.³⁰²

³⁰² Cfr. MORENO NAVARRO, Gloria. *Ob. cit.* P. 111 y TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Elementos para...* P. 382



A diferencia de las escuelas que han sido analizadas, la escuela del derecho libre, no debe ser concebida como un todo, o como un conjunto de principios y doctrinas bien estructurados, sino más bien como una tendencia que le otorgue mayor facultad y esfera de acción al juez.³⁰³

2.3.5.2. Características

Las características de esta escuela pueden resumirse de la siguiente manera:

- a) La afirmación de que el juez debe realizar, precisamente por la insuficiencia de los textos, una labor personal y creadora.³⁰⁴
- b) La tesis de que la función del juzgador ha de aproximarse cada vez más a la actividad legislativa.³⁰⁵
- c) En cuanto a la interpretación, señala que los procedimientos de interpretación o integración, son, en gran medida, ficticios. Se basan en la suposición bastante subjetiva de que existe un legislador que tiene las mismas intenciones del que emplea los métodos de interpretación. La razón no desempeña un papel determinante en los métodos de interpretación o en la búsqueda de argumentos para las decisiones judiciales. Este papel corresponde a la «voluntad». El procedimiento de interpretación revela que el intérprete escoge entre las premisas posibles aquellas que suministran conclusiones deseadas. Este procedimiento, en consecuencia no resulta, de la razón sino de la voluntad.³⁰⁶

³⁰³ Cfr. MORENO NAVARRO, Gloria. *Ob. cit.* P. 111

³⁰⁴ *Ídem.*

³⁰⁵ *Ídem.*

³⁰⁶ Cfr. TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Elementos para una teoría general del derecho.* P. 383

2.3.5.3. Importancia

Esta escuela nos devela que es errónea la idea formalista, de que la aplicación del derecho es una operación “lógica”, mediante la cual las reglas aplicables a un litigio son deducidas de conceptos generales de derecho, conceptos que, a su vez son obtenidos, «inductivamente» de la ley. Para esta escuela, lo que hace que se resuelvan los litigios, es un acto de voluntad, los procedimientos dogmáticos para argumentar son, más que, el “disfraz” con el cual le dan prestigio o la “sensación” de seguridad y razón a una resolución dictada por una autoridad.

“El jurista basa (o hace creer que basa) todas sus resoluciones en la ley, la iglesia reconduce cada una de sus instituciones a pasajes de la sagrada escritura. En la interpretación, la teología ortodoxa y la jurisprudencia dogmática, lo que existe es un acto de voluntad del actor. La deducción lógica no pasa de ser mera apariencia: no está al servicio de la verdad sino del interés.”³⁰⁷

La interpretación es un acto de «decisión», los elementos de la razón vienen a ser mera apariencia. Tal situación es habitualmente encubierta por los jueces y los juristas cuando resuelven una controversia, pretendiéndola justificar a través de artículos de la ley, principios jurídicos o reglas de argumentación jurídica. Resulta indispensable, criticar la llamada «lógica jurídica» y recomponerla para adecuarla a la observación metódica y a la aplicación del derecho vivo. Para este sistema de interpretación jurídica una vez que se ha “desenmascarado tal procedimiento, la ciencia no se contentará con el papel de humilde sirvienta del legislador”.³⁰⁸

Las necesidades de la práctica jurídica exigen que la ciencia jurídica tenga una función creadora. La ciencia proporcionará definiciones, conceptos; pero no por construcción sino dotándoles de las características que proporcionan los principios del derecho libre. Si la voluntad es el elemento integrador de las lagunas, entonces

³⁰⁷ TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Elementos para una teoría general del derecho*. P. 384

³⁰⁸ *Ídem*.

corresponde al derecho libre colmar dichos vacíos. La ciencia del derecho es una «fuente del derecho» al igual que el proceso legislativo, la cual debe colmar las lagunas del derecho mediante la dirección de los postulados del derecho libre.

2.3.5.4. La Crítica

La crítica fundamental de esta corriente del pensamiento jurídico, es confundir la ciencia jurídica con su objeto de estudio. La ciencia tendría la misma función que las instancias sociales para la creación de las normas, pero entonces, ¿Quién realizaría la función de describir el orden jurídico?

2.3.6. Escuela sociológica del derecho

2.3.6.1. Contexto

Las escuelas tradicionales de interpretación del siglo XIX, (por ejemplo, la escuela de la exégesis o la científica francesa) concedían máxima importancia, para la práctica interpretativa, a los conceptos generales de la llamada ciencia jurídica, es decir aquellas condensaciones empíricas que constituían las estructuras esenciales del funcionamiento del derecho. Por lo anterior, el jurista debía acatarse a tal forma de trabajo, extrayendo las soluciones a los problemas prácticos de interpretación e integración a partir de de esos conceptos por medio de lógica deductiva.

Pero aquel método “lógico” tenía el inconveniente de que en ocasiones fuesen posibles varias “construcciones” diferentes, cada cual daba lugar a distintas soluciones. Entonces sucedía que el jurista escogía la construcción que le llevara a la



solución más «satisfactoria» desde el punto de vista práctico, con lo cual se rompía la pureza del sistema tradicional.

La escuela sociológica del derecho, también se le denomina como positivismo sociológico o jurisprudencia sociológica, se debe considerar como una reacción contra las teorías tradicionalistas del derecho.³⁰⁹

2.3.6.2. Características

Para la jurisprudencia sociológica, el derecho no es pura lógica, sino que es esencialmente un instrumento para la realización de la vida social y de los fines humanos, dentro del “cause variante” de la historia. El juez y el legislador deben conocer y tomar en cuenta el interés público, las necesidades concretas de la sociedad de su época y de su país, las doctrinas políticas que deben prevalecer y las convicciones sociales. La labor del jurista teórico, la del legislador y la del juez no deben limitarse a un proceso meramente lógico, sino que deben conocer, además,, indispensablemente un conocimiento sociológico de las realidades actuales, la cual sirva como base de la formulación de las normas generales y de las individualizadas que se inspiren en los criterios de justicia.³¹⁰

La jurisprudencia sociológica norteamericana niega que pueda ser comprendido el derecho sin considerar los hechos y realidades de la vida social humana, opone la jurisprudencia sociológica la demanda de colaboración con espíritu de equipo (*teamwork*) con las demás ciencias sociales. Refuta las pretensiones de los partidarios de la jurisprudencia analítica de que pueda llegarse a la decisión judicial mediante un proceso de subsunción y razonamientos lógicos.³¹¹

³⁰⁹ Cfr. MORENO NAVARRO, Gloria. *Ob. cit.* P. 113

³¹⁰ Cfr. RECASENS SICHES, Luis. *Introducción al Estudio del derecho*. 14 edic., Edit. Porrúa, S.A. de C.V., México, 2003. P. 223

³¹¹ Cfr. MORENO NAVARRO, Gloria. *Ob. cit.* P. 113

Apelan a una labor del juez con base en un profundo análisis social, a la interpretación de la conciencia social, dándole así realidad al derecho. La finalidad será siempre la de lograr el mayor equilibrio social posible. Su máximo exponente fue Roscoe Pound, quien ha dicho que:³¹²

“La interpretación es análoga a un acto de ingeniería social, mediante el cual se pone en movimiento ciertos medios técnicos para lograr objetivos socialmente valiosos. Este sistema cree que la interpretación del derecho no debe hacerse a través de las normas, sino del conocimiento de la estructura social y económica de sus instituciones, alcanzando por la observación directa de los hechos.”³¹³

Para los juristas sociológicos, el objetivo del derecho es la justicia y el bienestar social. Por lo tanto, ninguna norma que en su resultado práctico se aparte de esa finalidad puede justificar su existencia. No se trata de desligar al juez de su deber de obediencia al orden jurídico positivo; sino, que se trata, de que cuando el juez este en la tarea de decidir hasta qué punto las normas existentes han de ser interpretadas extensiva o restrictivamente, debe inspirarse por las ideas de justicia y bienestar social, las cuales determinarán el método adecuado de interpretación, y aclararán la dirección y el alcance de esas normas.³¹⁴

La máxima preocupación de la «jurisprudencia sociológica» es averiguar cómo puede llegar a la elaboración de sentencias justas. Las nuevas realidades sociales plantean nuevos problemas de regulación, suscitados por conflictos, que no encuentran una solución correcta en las viejas normas. Por lo tanto, es necesario establecer nuevas normas, o desarrollar una nueva interpretación de las antiguas normas, valiéndose de métodos que no sean meramente deductivos, sino acudiendo a las aportaciones hechas por la sociología.

³¹² Cfr. MORENO NAVARRO, Gloria. *Ob. cit.* P. 113

³¹³ *Ídem.*

³¹⁴ Cfr. RECASÉNS SICHES, Luis. *Ob. cit.* P. 223



2.3.6.3. Importancia

La principal aportación fue el hecho de haber permitido reflexionar a los juristas sobre la importancia de entender los fenómenos sociales, ya que lleva a la ciencia jurídica a estrechar su relación con los hechos y las realidades de la vida social. Ha demostrado que el derecho es un producto de las fuerzas sociales y no meramente un instrumento formal del poder soberano.

2.3.6.4. La Crítica

La crítica fundamental es esta corriente del pensamiento jurídico, cae en el extremo de desdeñar los postulados de la dogmática jurídica y no incluye dentro de su análisis los aspectos axiológicos del contenido de la norma, lo que equivale a olvidarse de los territorios formal y axiológico del fenómeno jurídico.

2.3.7. Realismo jurídico

2.3.7.1. Contexto

El antecedente de esta escuela se encuentra en la escuela sociológica del derecho. El movimiento realista del derecho, tanto escandinavo como anglosajón, no constituyen en sí mismos escuelas jurídicas formalmente hablando. Lo que caracteriza a los *legal realists* es que van a centrar su atención principalmente a todos los hechos y fenómenos que se suscitan alrededor de todos los procesos que se siguen ante los tribunales judiciales y administrativos, excluyen de su enfoque a todas las actuaciones jurídicas, que llevan a cabo fuera de la circunscripción de los tribunales, como es el caso del procedimiento legislativo.³¹⁵

³¹⁵ Cfr. MORENO NAVARRO, Gloria. *Ob. cit.* P. 114



2.3.7.2. Características

Los juristas realistas consideran principalmente al fenómeno jurídico desde el punto de vista del abogado del foro, quienes consideran al derecho como un cuerpo de decisiones de los jueces, más que, como un sistema de normas. Las normas jurídicas, tienen una influencia relativamente pequeña sobre las decisiones de los jueces, por lo que los juristas deben dirigir su atención a otros factores del procedimiento judicial.³¹⁶

Aunque en sentido estricto los realistas jurídicos, no constituyen una escuela jurídica, ni un grupo cohesionado, los autores pueden ser caracterizados en general por la aprobación conjunta de estas tesis.³¹⁷

- a) El rechazo de la explicación de los fenómenos jurídicos a partir de variables que nacen del mismo derecho, marcando así la necesidad de apertura y fusión del derecho con otras disciplinas sociales, como la sociología, la historia, la economía y la política.
- b) El rechazo a la construcción teórica de un cuerpo de conceptos jurídicos sistemáticamente elaborados, estableciendo su negativa ante la implementación de dogmas o teorías dentro de la ciencia jurídica.
- c) La concepción dinámica y cambiante del derecho, como producto de la creación judicial, la cual debe estar enfocada a la realidad.
- d) La desconfianza respecto de las reglas y conceptos tradicionales, en la medida en que pretenden describir lo que los tribunales y abogados hacen en la práctica.

³¹⁶ Cfr. MORENO NAVARRO, Gloria. *Ob. cit.* P. 114

³¹⁷ *Ibidem.* P. 115



- e) La desconfianza a la las teorías relativas a formulaciones normativistas, como el factor decisivo en la toma de decisiones, por parte de los órganos de decisión jurídica.

2.3.7.3. Importancia

El movimiento del realismo jurídico tiende a darle un enfoque mucho más práctico al derecho; evidenciando que frecuentemente el auténtico razonamiento del juez, no es el que establece en su sentencia (supuestamente hecha de forma lógica a través del silogismo judicial), sino que es otro su “razonamiento”, el cual mantiene “oculto”, aunque plenamente justificado y correcto, y que es en realidad el que lleva al órgano jurisdiccional a pronunciar una determinada decisión y no otra.³¹⁸

2.3.7.4. Crítica

El «realismo jurídico» puede ser criticado por su excesiva preocupación y limitación del fenómeno jurídico, que gira alrededor de la practica de los abogados en los tribunales; lo cual lleva a desnaturalizar la instituciones jurídicas y teorías procesales, ya que las minimiza al punto de identificarlas como una lucha de carácter político, donde las razones y argumentos se limitan a la obtención de un resultado favorable. Igualmente la decisión jurídica del juez, la identifica como una decisión de carácter político, en la que el juez, sólo atiende a las reglas de la técnica jurídica para ocultar sus verdaderas razones tomadas para su decisión.

³¹⁸ Cfr. RECASENS SICHES, Luis. *Ob. cit.* P. 227



2.3.8. Escuela analítica

2.3.8.1. Contexto

La filosofía del siglo XX, puede decirse, ha sido, en buena parte, la «filosofía del lenguaje», lo que no quiere decir que el lenguaje, como objeto de estudio, no haya preocupado con anterioridad a la ciencia y a la filosofía. Fue David Hume (1711-1775), quien observó que las palabras se habían despegado de los objetos y fenómenos; el mundo humano había dejado de «ser» el de la relación con los objetos, para convertirse en el mundo donde las cosas son lo que, en realidad, el lenguaje dice que son.³¹⁹

La mayoría de veces llegamos a conocer las cosas a través del significado de las palabras, cuyo significado a su vez, dentro de ciertos límites, es una «convención». De modo que el mundo del ser humano, el mundo del sentido, está poblado de ficciones, de construcciones mentales, de producciones culturales; y pocos sectores del mundo deben estarlo más, que el «derecho».³²⁰

Los filósofos analíticos, entonces, hacen hincapié en la referencia empírica de los enunciados científicos, y en la claridad, coherencia y exposición del discurso. El lenguaje es capaz de reflejar el mundo, tan bien como una fotografía. Los enunciados reflejan hechos. Y así como los hechos están compuestos de cosas, las preposiciones están compuestas de palabras. Las palabras «nombran» cosas; son como etiquetas que les ponemos. Ahora bien, sólo tienen sentido aquellos enunciados que reflejan hechos; los enunciados que no lo reflejan, no tienen sentido. Por lo que, la filosofía analítica en general, asume las tareas: primero de «aclarar» y «analizar» los enunciados, y después «desentrañar» el sentido oculto o mal expresado del lenguaje.³²¹

³¹⁹ Cfr. CORREAS, Oscar. *Ob. cit.* P. 127.

³²⁰ *Ídem.*

³²¹ *Ibidem.* P. 139

La lógica es el lenguaje ideal, que permite expresar los enunciados o proposiciones con exactitud. El ideal de los analíticos es poder determinar cuáles son las proposiciones con sentido, y por tanto arrojar las otras a la irracionalidad.³²²

2.3.8.2. Características

Los juristas analíticos, partiendo de que el lenguaje jurídico es un ejemplo de la expresión, a través de las palabras, de una parte definida del mundo, siguiendo a Kelsen, han hecho hincapié en la diferencia entre “discurso del derecho” y “discurso jurídico”, esto es, entre “normas” y “reglas de derecho”. Sostienen que la ciencia jurídica, es, o debería ser, solamente la que describe las normas jurídicas. El método de esta ciencia, por lo tanto, debe ser el que conduzca a esa descripción, evitando toda forma de prescripción en el discurso científico y evitando por supuesto toda forma de intervención de la ideología o sentimientos de los juristas.³²³

El derecho, para esta escuela, es considerado como un «sistema de materiales», enunciados que constituyen un «lenguaje prescriptivo» (establecen conductas), mientras que la ciencia del derecho, dedicada a la descripción de dichos materiales se constituye en un «lenguaje descriptivo». La ciencia jurídica no crea, ni modifica el derecho, esta no se manifiesta en actos de aplicación de la ley, sino que se concreta a conocerla y, con base en este conocimiento, lo describe y lo analiza. “Así, pues, la ciencia del derecho nos permite reconocer cuál es el cuadro de regularidad que establece para los actos que la aplican o continúan.”³²⁴

En lo relativo a la interpretación, la jurisprudencia analítica, expone que.³²⁵

³²² Cfr. CORREAS, Oscar. *Ob. cit.* P. 140

³²³ *Ibidem* P. 153

³²⁴ Cfr. TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. “*Interpretación constitucional...*” P. 127

³²⁵ Cfr. MORENO NAVARRO, Gloria. *Ob. cit.* P. 117 y TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. “*Interpretación constitucional...*” Pp. 124-125

1. Existen dos tipos de interpretación: la positiva (que es la realizada por un órgano reconocido por el para realizar esta tarea, por ejemplo legisladores, jueces o tribunales) y la doctrinal (la realizada por los juristas con el propósito de acrecentar el conocimiento jurídico).
2. La interpretación se da cuando existe una indeterminación en el significado de aplicación de la norma, es decir, el lenguaje jurídico es confuso, contradictorio o omiso.
3. No obstante de la indeterminación de significado de la norma a interpretar, ésta normalmente se resuelve mediante un «acto de aplicación» del órgano respectivo.
4. En el acto de interpretación se dan varias posibilidades de solución, lo que da como consecuencia que el sistema jurídico sea completado en sus lagunas por la «discrecionalidad del juez».
5. Resuelta la laguna, el derecho cumple con su «principio de completitud», por lo que cualquier acto que complete regularmente el orden jurídico, será el que determine el sentido o significado que tenga el lenguaje de la norma a interpretar.
6. La jurisprudencia analítica, se desinteresa de los posibles motivos o causas que lleven a la «discrecionalidad del juez» a tomar una u otra decisión, lo que le interesa es que mediante reglas de derecho y conforme al derecho positivo, sea resuelto el problema de indeterminación del derecho.
7. Esta teoría postula la separación entre la teoría del derecho con la ética, la política, economía y demás disciplinas descriptivas de la conducta humana en los actos de interpretación del derecho.



2.3.8.3. Importancia

La manera analítica de hacer Ciencia Jurídica, nos permite hacer esta diferencia de niveles del discurso jurídico (derecho, ciencia, teoría y filosofía), lo cual mejora de manera importante nuestra ubicación de juristas: productores de normas (como legisladores), juristas prácticos (si usamos las normas como abogados), como científicos del derecho (si las describimos). Teoría que proporciona, varias herramientas útiles para la interpretación las normas dentro de un orden jurídico.

2.3.8.4. Crítica

El problema con el que tropieza la escuela analítica, proviene de su deslumbramiento por las ciencias naturales, ciencias “duras”, “objetivas” y “exactas”, basándose en el hecho de que toda ciencia debe seguir el mismo modelo, la ciencia jurídica analítica ha querido hacer el estudio del derecho, un trabajo “puro” como el de la Física o la Química. Sin embargo, debemos considerar que el derecho es un discurso utilizado para el ejercicio del poder, y eso hace la gran diferencia de los fenómenos naturales. El derecho no debemos olvidar, es lo que el soberano (los factores reales de poder) en la sociedad, dice que es el derecho. Las normas existen porque, y cuando, alguien lo dice. La misma teoría analítica nos indica que el derecho siempre deberá llenar sus lagunas y en la practica las ultimas decisiones de interpretación de una norma esta en manos de un tribunal de ultima instancia, y estos órganos pueden cambiar de opinión en distintos momentos, en verdad jamás es posible describir con certeza las normas que componen un sistema jurídico.

Además de que tratándose de una teoría unidimensional, es decir que sólo abarca uno de los territorios sobre los que se sostiene el derecho (La norma, el hecho y el valor), supone que la dogmática jurídica es la única ciencia posible respecto del derecho. Lo que impide a otras disciplinas del conocimiento como la sociología del derecho, la Historia del Derecho, la Crítica Jurídica, como otras tantas y posibles

ciencias de este objeto complejo. El temor a la contaminación de la pureza de su ciencia es mayor que a su compromiso con la realidad.

2.3.9. La argumentación jurídica

Durante el recorrido hecho por las diversas escuelas de la interpretación jurídica, podrá observarse que las escuelas exegética, científica francesa y en especial la escuela analítica, exponen sus métodos de solución ante la interpretación e integración de las normas jurídicas, basados en un punto de vista meramente positivista, es decir, desde una perspectiva formalista, con base en datos empíricos extraídos de la realidad y la aplicación de principios lógicos, lo que, en la llamada técnica jurídica es llamada hermenéutica.

Sin embargo, otras escuelas como las realistas y sociológicas, basan sus sistemas de interpretación, desde fuera de la técnica jurídica, es decir apoyando sus modelos en directrices sociales, culturales, políticas, económicas, etcétera, llegando a concebir a la hermenéutica jurídica y sus herramientas de interpretación (la costumbre, analogía, equidad, los principios generales del derecho) como meros artificios para dotar de una razón lógica a sus decisiones. Lo que nos abre un camino diferente, hacia la búsqueda de soluciones en materia de interpretación e integración de las normas.

La escuela de la argumentación jurídica, nace más apegada a la segunda postura de los sistemas interpretativos. La llamada «decisión jurídica», la cual esta integrada por problemas de interpretación e integración, no puede darse como un acto de arbitrio de un órgano jurisdiccional o administrativo, ya que existe la obligación de darle al pueblo explicaciones o razones, sobre el actuar de la autoridad, para brindarle con ello una “sensación” de seguridad. Por lo tanto, todo acto de autoridad debe cumplir con la formulación de argumentos que sirvan de fundamento y motiven el «porque» de una determinada decisión y no de otra. Esta formula de actuación de la autoridad expone



que todo acto de «decisión jurídica» (interpretación, integración, solución a problemas de aplicación de la ley), debe llevar acompañado de un acto de argumentación.

En el siguiente punto de este capítulo trataremos con más precisión, los aspectos más importantes de la argumentación jurídica y su vínculo con la interpretación, integración de la ley, y en general con el acto de «decisión jurídica». Ya que no podemos considerar a la «argumentación jurídica» como uno más de los sistemas interpretativos (escuela de interpretación), sino, como una revolución del pensamiento jurídico, que más allá de dilucidarnos los problemas de la hermenéutica jurídica, se ha vuelto una teoría de integración de los principales elementos que conforman al el fenómeno jurídico: el derecho como hecho, el derecho como norma, y el derecho como valor. Siendo necesario su estudio, ya que para llevar acabo una interpretación de tipo integral sobre la constitución, atendiendo a su sentido jurídico, político y ético, necesitamos ciertamente de una teoría interpretativa que conjugue dichos elementos.

2.4. LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

2.4.1. La necesidad de la argumentación jurídica

Pocos pueden dudar que la práctica del derecho consiste, de manera fundamental, en un trabajo de argumentación; soliénose afirmar que una de las cualidades para definir a un «buen jurista» es su capacidad para idear y manejar hábilmente los argumentos.

La necesidad de argumentar jurídicamente se basa en conseguir a través del texto de la ley, de las tesis judiciales, de la costumbre, de la doctrina, o de motivos y puntos de vista razonables, la aceptación de decisiones, ordenes, castigos, etcétera, dictadas por las autoridades jurisdiccionales o administrativas. Entendiendo por argumentar el acto de brindar las razones que justifiquen un acto emitido por una autoridad.³²⁶

Sin embargo, «dar razones» tampoco es una expresión del todo clara; sobre todo, porque sabemos que los buenos demagogos, son especialistas en convencer con "argumentos" carentes de razón. Por ejemplo, pensemos en la facilidad con que algunos políticos, en su tarea de conseguir votos, proponen la reimplantación de la pena de muerte; dirigiéndose convincentemente a un auditorio desesperado por la inseguridad. Pero la comunidad jurídica, en su mayoría, entiende bien que la inseguridad es un mal argumento, carente de razón, para tratar de defender esa clase de pena. «Dar razones», por tanto, no es una idea fácil de exponer, si esta idea es tratada únicamente, desde el punto de vista, del acto de convencer o de conseguir la adhesión de otros sujetos a una determinada pretensión. Dicha adhesión de otros sujetos, puede ser muy elaborada, pero también puede ser muy emocional. Por lo anterior, uno de los esfuerzos de las llamadas teorías de la argumentación, es el de cambiar la «discreción» o «arbitrariedad» de la decisión judicial producto de argumentos basados en lo emocional por argumentos «racionales».³²⁷

2.4.2. La decisión judicial

La decisión judicial, es el objeto de las teorías relativas a la argumentación jurídica, y parte de la idea de que el fallo de una autoridad, en su mayoría de veces, no es una conclusión «necesaria» producto de un silogismo, sino, propiamente una «decisión»

³²⁶ Cfr. ATIENZA, Manuel. *Las razones de derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales, España, 1997, 31 Cuadernos de Debates. P.19

³²⁷ Cfr. CORREAS, Oscar. *Ob. cit.* P. 220

que, como tal, presupone la posibilidad de optar por otra u otras soluciones. Incluso en los casos que parecen más claros cada una de las partes enfrentadas en el proceso tienen una pequeña porción de verdad y el juez está llamado a transitar entre las razones de cada exponente en busca de una solución. Y a nadie le causa extrañeza que un mismo proceso, puedan recaer, una vez agotadas todas las instancias, dos o tres fallos distintos, porque sabemos que cada uno de ellos es una decisión entre varias posibles sobre una cuestión debatida y todos ellos pueden resultar “razonables”.

El mismo ordenamiento jurídico al establecer el sistema de recursos contra las resoluciones judiciales toma como punto de partida la idea de que la misma cuestión debatida puede ser objeto de soluciones diversas.

Tampoco es extraño, para el profesional del derecho, cuando se entera de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a lo largo del tiempo, partiendo de un mismo precepto legal, cambia su doctrina y el sentido de sus decisiones, atendiendo a que la interpretación del máximo tribunal esta supeditada a nuevos puntos de vista, que surgen de la evolución socio-cultural de la sociedad mexicana, casos, que por supuesto, ni siquiera pudo imaginar el legislador histórico en el momento de promulgar la ley, y que por supuesto sucede en todos los ordenes jurídicos modernos.

La decisión judicial es, por regla general, una decisión jurídica justificada, es decir que no se trata de una decisión caprichosa o arbitraria. Las normas procesales guían a los tribunales en la toma de decisiones con el propósito de que sus sentencias y resoluciones sean «justificadas». Jerzy Wróblewski, nos ofrece un modelo teórico sobre la justificación, el cual explica, cada uno de los problemas que surgen al fundar una decisión y develar sus premisas. Según este modelo, hay cuatro problemas que deben resolverse al aplicar la ley.³²⁸

³²⁸ WRÓBLEWSKI, JERZY. *Sentido y hecho en el derecho*. Trc. Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas y Juan Igarza Salaverría. Distribuciones Fontamara, S.A., México, 2003. P. 69



- a) La determinación de las normas en vigor con un sentido lo suficientemente preciso para decidir el caso;
- b) La determinación de los hechos en los que se basa la decisión;
- c) La subsunción de los hechos bajo las normas aplicadas;
- d) La elección de las consecuencias de los hechos demostrados, si esa elección depende del juez según la norma aplicada.

Este mismo modelo teórico establece la distinción entre tres decisiones judiciales a las que se puede encontrar sometido un juzgador durante un proceso judicial, siendo estas las siguientes:³²⁹

1.- La decisión interpretativa, determina el sentido de la norma que se aplica en el caso concreto. Si esta norma no es suficientemente clara o precisa, según las valoraciones del tribunal, debe ser sometida a una “interpretación operativa”. La norma se interpreta con las directivas interpretativas que deciden cómo debe determinarse el sentido de un texto jurídico. Las directivas de la interpretación jurídica son múltiples y a menudo contradictorias. Su empleo exige valoraciones, al menos por dos razones:³³⁰

- a) Si el derecho en vigor no impone la utilización de directivas determinadas, entonces es el juez quien debe elegir las y decidir cómo servirse de ellas;
- b) Las directivas interpretativas pueden regular la interpretación de una forma valorativa.

³²⁹ WRÓBLEWSKI, JERZY. *Ob. cit.* P. 70

³³⁰ *Ídem.*

2. **La decisión de la prueba**, es la constatación judicial de que el hecho “F” existe en el tiempo “t” y en lugar “p”; en la aplicación del derecho se deben hacer constataciones de este tipo fundadas en las pruebas. La doctrina de la prueba señala que la complejidad de la prueba jurídica depende de varios factores, los más importantes son:

- a) Si hay directivas legales de la prueba, es decir normas jurídicas que las regulan de una forma particular, o si el derecho se refiere a las reglas empíricas extra-jurídicas;
- b) Si los hechos de los que se realiza la prueba están determinados de una forma descriptiva, simple y positiva (por ejemplo, el hecho del nacimiento) o de una forma valorativa, relacional y negativa (por ejemplo, la omisión de una acción equitativa exigida por la ley). Para «constatar» la existencia de hechos determinados de una forma valorativa, es necesario valorar los hechos empíricos. Ahora bien, en el derecho se emplean tanto las directivas empíricas de la prueba como las directivas legales (por ejemplo las presunciones) y las normas jurídicas determinan los hechos tanto de una forma descriptiva como valorativa. Por lo tanto la decisión de la prueba puede ser justificada por referencia a las pruebas, a las directivas de las pruebas y a las valoraciones.³³¹

3.- **La decisión final**, de la aplicación del derecho determina las consecuencias de los hechos demostrados según la norma jurídica aplicada. Esta norma puede determinar estrictamente las consecuencias, pero también puede solamente formular los límites entre los que el juez debe elegir las consecuencias (ejemplo entre el mínimo y el máximo de una sanción penal). La elección en cuestión puede ser libre o estar determinada por las directivas de la elección. Esas directivas definen las características de los

³³¹ WRÓBLEWSKI, JERZY. *Ob. cit.* P. 71



hechos que el juez debe tomar en consideración o los objetivos que debe alcanzar para la individualización de las consecuencias. Por regla general esas directivas de elección exigen valoraciones.³³²

Cada tipo de decisión tiene sus respectivas particularidades e importancia; sin embargo, por motivos propios de este trabajo, se concentrara la atención en la «decisión interpretativa»; además de ser el tema sobre el cual nos enfocaremos dentro de cada una de las teorías de la argumentación que se tratarán a continuación.

2.4.3 Teorías de la argumentación jurídica

2.4.3.1. El silogismo judicial o teoría de la subsunción

La teoría de la subsunción, no es propiamente una teoría de la argumentación jurídica; sino más bien, la postura teórica que sirve de objeto a las críticas de los teóricos de la argumentación de mitades del siglo XX, los cuales estaban en contra de este modelo mecanicista de la aplicación del derecho. Motivo por el cual se realiza, en este punto, su estudio.

La teoría del silogismo judicial entiende que la conexión entre hecho y derecho consiste en una subsunción de los primeros en las normas. En este sentido, aplicar el derecho es subsumir los hechos de la vida real dentro del derecho. Podríamos utilizar una imagen mecánica para ver más clara esta concepción. Según esta imagen, las normas vendrán a ser como moldes, dentro de los cuales encajarían los hechos (subsunción). Esta labor de ajuste sería propia de los aplicadores del derecho (jueces y tribunales). Y en conjunto toda esta operación constituiría la aplicación jurídica. Al parecer, este modo de entender la aplicación del derecho esta basada en

³³² WRÓBLEWSKI, JERZY. *Ob. Cit.* P. 71

dos elementos: las normas generales y abstractas (que constituyen el molde), y unos hechos concretos que constituyen el «tipo» ideal contenido en la norma. Esta concepción sobre la aplicación del contenido del derecho consiste, primero, en examinar, si los hechos son concreciones del modelo general, y una vez resuelto este examen, en segundo lugar, aplicar, la consecuencia de la norma a los mismos.³³³

Desde este punto de vista, decisión jurídica tiene mucho de operación lógica. Incluso podría expresarse a través de un silogismo, el cual podría construirse con una premisa mayor que consistiría en la norma, con un supuesto general “S” y con una consecuencia prevista “C”; una premisa menor, relativa al hecho concreto, indicativa de que el hecho particular y concreto “S1” está comprendido dentro del modelo de supuesto S; y por fin, una conclusión que establecería que tales hechos concretos “S1” merecen la consecuencia “C”.

S	—	C
S1	—	S
<hr style="width: 50%; margin: 0 auto;"/>		
S1	—	C

Por ejemplo, la premisa mayor es una norma establece que el que roba debe ser condenado a privación de la libertad por tiempo determinado; la premisa menor nos indica el hecho de que cierta persona ha arrojado una piedra contra el cristal de una joyería apoderándose de objetos por un valor dado; y que, en consecuencia o conclusión, dicha persona debe ser condenada a la privación de la libertad por el tiempo determinado en la norma.

Históricamente la teoría de la subsunción constituyó una manera de explicar la aplicación del derecho sumamente difundida y aceptada, en especial, el tipo de conexión que implicaba a los hechos y las normas. Dicha difusión deriva de que esta

³³³ Cfr. ALMOGUERAS CARRERES, Joaquín. *Ob. cit.* P. 278



teoría nació en el ambiente propicio del formalismo jurídico y de la formación del Estado liberal de derecho. El aparato lógico en el que se resume la subsunción era coherente con una concepción que reducía el derecho a formulas; y, al mismo tiempo, era coherente también como una organización que entendía la labor de aplicación del derecho (y por tanto, el papel del poder judicial) como la estricta aplicación de las normas, confeccionadas por el legislativo, a los hechos de la vida real.

La presencia de esta teoría, en varios sistemas jurídicos, fue de tal importancia que algunos tipos de sentencia (esto es, el acto que constituye la máxima expresión de la aplicación y decisión judicial) reproducía el esquema lógico del silogismo. Por ejemplo, las formulas utilizadas en las sentencias dentro del Sistema Jurídico Mexicano, a pesar de que la legislación procesal haya pretendido desterrar usos tradicionales en la redacción de las resoluciones judiciales, estos usos han sobrevivido, y aunque a la fecha no concuerdan con su significado original, encontramos que la palabra «Resultando» que encabeza los párrafos relativos a los hechos, y «considerando» a los párrafos relativos a las normas, y que los «puntos resolutivos» aparecen como una conclusión de todo lo anterior. De manera que, en conjunto, la sentencia podría responder a la siguiente formula: “«resultando» tales hechos y «considerando» tales normas, creemos que debemos fallar y fallamos...”³³⁴

Sin embargo, este carácter, lógico cerrado, de la aplicación, nos lleva a que toda conclusión silogística no exprese nada, que no esté ya contenido en sus premisas, o en el punto de partida. Convirtiendo a la subsunción en una visión excesivamente mecanicista de la aplicación del derecho, haciendo que la labor del juez se limite a la de un mero vigilante en el proceso, debido a que la operación de decisión podría llevarse a cabo automáticamente.

³³⁴ Cfr. ALMOGUERAS CARRERES, Joaquín. *Ob. cit.* P. 278

2.4.3.2. La tónica jurídica

2.4.3.2.1. Contexto

Lo que normalmente se entiende hoy por «teoría de la argumentación jurídica» tiene su origen en una serie de obras de mitad del siglo XX que comparten entre sí el rechazo de la lógica formal como instrumento para analizar los razonamientos jurídicos. La búsqueda de métodos que permitan acercarse mejor a la realidad del trabajo jurídico, y las posibilidades de «control racional» del mismo, condujeron a los teóricos a fijar su atención en otra tradición aristotélica, diversa de la lógica, la llamada «tónica». Fue precisamente en 1953, cuando se publicó la primera edición de la obra de Theodor Viehweg, *Topik und Jurisprudenz* (Tónica y Filosofía del derecho) cuya idea fundamental consistía en estimular el interés por el modo de pensar tónico en la teoría y práctica jurídica.³³⁵

La palabra tónica proviene del griego «*topos*», que significa, lugar, motivo, asunto tratado en un discurso o una obra, pasaje de un escrito, y, finalmente, «lugar común». En la obra de Aristóteles el *Organon*, los «*topos*», «*tópois*» o «tónicos» son enunciados que cuentan con un alto grado de aceptación general, los cuales sirven de base o fundamento a discursos propios de la tarea del convencimiento. La diferencia de los tónicos, que son las premisas de la retórica, con las premisas que utiliza la lógica, es que las primeras no ofrecen la certeza de las premisas científicas. Por ejemplo: “la vista esta en el ojo como la razón en el alma”, se trata de enunciado que se supone es aceptado por todos, y que no es necesario demostrar. No hay discusión acerca de que los tópoi sirvan para la elaboración de la ciencia ya que carecen de certeza; sin embargo, para el trabajo de los juristas, estos sirven de mucha ayuda, ya que lo verdaderamente importante, no es que un hecho o un argumento sean realmente verdaderos, sino que convencen al juez.

³³⁵ Cfr. VIEHWEG, Theodor. *Tónica y Filosofía del derecho*. Trc. Jorge M. Seña. Edit. Gesida, S.A., España, 1997. Colección estudios alemanes. P. 201

2.4.3.2.2. Características

La tópica, contiene la doctrina del razonamiento sobre lo probable; es el método que enseña a descubrir los “puntos de vista” apropiados, los “lugares comunes” eficaces para discutir sobre un tema cuya solución no rebase el campo de lo probable. Los tópicos son razonamientos probables, más no demostrativos.³³⁶

Ejemplo de tópicos en el campo de lo jurídico, son los conceptos jurídicos fundamentales listados por juristas de renombre; o también, las reglas de la práctica jurídica, acuñadas por la tradición, como: “la ley posterior deroga a la anterior”, o “el que afirma debe probar”, o “todo ciudadano es inocente hasta que se demuestre lo contrario”.

[...] Los *tópoi* son justamente adecuados para iluminar esta situación del discurso que, de otra manera, es difícilmente aclarable. Cumplen funciones de directrices de la acción lingüística. Funcionan en el lenguaje como avisos operativos, como formulas detectoras, estímulos mentales, incitaciones creativas, propuestas por el entendimiento, directrices lingüísticas para la acción, etcétera. Nótese que los *tópoi* son ofrecidos, aceptados o rechazados por los hablantes que conservan o discuten entre sí, a fin de lograr una opinión compartida. De esta manera, posibilitan una creación comunicativa recíprocamente controlable. A tal fin, tienen que evitar reducciones y preparar adecuados campos de acción, conservar, crear y eliminar criterios. Quizá el trabajo mental que todos *topoi* abren y guían puede aclararse de alguna manera reformulándolos como invitaciones. Por ejemplo: “Mira si te dan p. q. [...]”, “Piensa que r. no esta dada [...]”, “Recuerda el caso similar s. [...]”. Como cualquiera lo sabe, los comentarios y libros de instrucciones jurídicas están llenos de los correspondientes *topoi*. Ellos y las decisiones con ellos, así como también su permanente renovada oferta (de una edición a otra de estos comentarios) ponen suficiente de manifiesto, también al lego, el aire familiar que existe entre la jurisprudencia y la retórica.³³⁷

³³⁶ Cfr. LARROYO, Francisco. “Tópicos (De la Dialéctica) preámbulo” en: ARISTÓTELES. *Tratados de Lógica. (El Organón)*. 9ª edic., Edit. Porrúa S.A., México, 1993, p. 217

³³⁷ Cfr. VIEHWEG, Theodor. *Ob. cit.* P. 198

Viehweg caracteriza a la tópica mediante tres elementos estrechamente conectados entre sí, por lo que la tópica es.³³⁸

- a) *Desde el punto de vista de su objeto, la tópica es una técnica de pensamiento problemático.* El punto más importante del análisis de la tópica, según Viehweg, es la afirmación de que se trata de una técnica del pensamiento que se orienta hacia el problema. El término «*aporia*» se le asigna a una cuestión que es apremiante e ineludible, la situación de un problema del cual no es posible dejar sin solución. La tópica pretende suministrar datos para saber cómo hay que comportarse ante una *aporia*. Es, por lo tanto una técnica del pensamiento problemático.³³⁹
- b) *Desde el punto de vista del instrumento con que opera, lo que resulta central es la noción de tópicos o lugar común.* Los tópicos deben de verse como enunciados que gozan de una presunción de probabilidad o que, al menos, imponen la carga de la argumentación a quien los cuestiona.
- c) Y finalmente, desde el punto de vista del tipo de actividad, *la tópica es una búsqueda y examen de premisas.* Lo que la caracteriza, es que consiste en un “modo de pensamiento” en el que la importancia recae en las premisas, más que en las conclusiones. La tópica es un procedimiento de búsqueda de premisas —de tópicos— que, en realidad, no termina nunca: el repertorio de tópicos siempre es necesariamente provisional. Los tópicos deben entenderse de modo funcional, como posibilidades de orientación y como hilos conductores del pensamiento que sólo permiten alcanzar conclusiones «cortas»; a lo anterior se contraponen la lógica demostrativa, la cual recibe premisas y trabaja con ellas, lo que permite la elaboración de largas cadenas deductivas.

³³⁸ Cfr. VIEHWEG, Theodor. *Ob. cit.* P. 178- 182

³³⁹ *Ibidem.* P. 50



2.4.3.2.3. Importancia

La tónica permite explicar o al menos da cuenta de ciertos aspectos del razonamiento jurídico que pasan inadvertidos si la aproximación a esta disciplina se hace desde una vertiente exclusivamente lógica. Básicamente, cabría decir que permite ver que no sólo existen problemas de justificación, desde la estructura de los argumentos, sino que el problema existe desde el establecimiento de las premisas.

Es necesario reconocer que el merito de Viehweg, no es el de haber construido una teoría relativa a la práctica jurídica, sino haber descubierto tondo un campo de investigación que es la «argumentación jurídica».

2.4.3.2.4. Crítica

La tónica, por si sola, no puede dar una explicación satisfactoria de la argumentación jurídica. La tónica no permite ver el importante papel que cumple la ley, la ciencia jurídica y los precedentes (la jurisprudencia del poder judicial federal), en el razonamiento jurídico; se queda en la estructura superficial de los argumentos, alejada del verdadero nivel de aplicación del derecho. Se limita a sugerir un catálogo de tópicos o de premisas utilizables para argumentar, sin establecer los criterios de jerarquía entre ellos.

2.4.3.3 La nueva retórica

2.4.3.3.1. Contexto

Los razonamientos dialécticos, que Aristóteles examinó en los *Tópicos*, en la *Retórica* y en las *Refutaciones de los Sofistas*, no se dirigen a establecer demostraciones científicas, sino a guiar deliberaciones y controversias. La retórica se orienta a estudiar los artificios verbales destinados a conseguir efectos prácticos, como el de



conseguir que alguien se persuada o convenza de algo; por ejemplo, que el juez produzca una sentencia favorable. Debe tratarse de algo que no se puede demostrar por la vía de la lógica, o de la ciencia, porque si ése fuera el caso, entonces no sería necesario ningún artificio argumentativo.³⁴⁰

La nueva retórica, al igual que la tónica jurídica, nace a mitades del siglo pasado; su precursor fue Chain Perelman quien con su obra *La nouvelle rhétorique. Traité de l'argumentation* (La nueva retórica. Tratado de la argumentación) de 1958, inicia su análisis de otra de las tradiciones aristotélicas como la retórica aplicada a la práctica jurídica.

2.4.3.3.2. Características

Perelman, comienza por observar que todo razonamiento y, por tanto, también el razonamiento de los juristas, consiste en argumentación y demostración. A su juicio, en el quehacer del propio jurista, la argumentación es siempre una tarea preponderante. De ahí que sea gravemente peligroso descuidar la argumentación y que ésta tienda hacia lo irracional, ya que se debe procurar su racionalidad. A este respecto, se puede comprobar que la argumentación jurídica, se ha servido durante largo tiempo de la tónica (dialéctica clásica), mientras que la demostración jurídica se ha servido de la deducción (lógica formal). Ahora bien, muchas veces lo que en derecho se denomina «demostración», no es sino una «argumentación».

La lógica formal se mueve en el terreno de la necesidad. Un razonamiento lógico-deductivo, o demostrativo, implica que el paso de las premisas a la conclusión es necesario; si las premisas son verdaderas, entonces también lo será, necesariamente, la conclusión. Por el contrario, la argumentación en sentido estricto se mueve en el terreno de lo plausible. Los argumentos retóricos no tratan de establecer verdades evidentes, pruebas demostrativas, sino de mostrar el carácter razonable, plausible, de

³⁴⁰ Cfr. CORREAS, Oscar. *Ob. cit.* P. 211 y PERELMAN, Chain. *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Trc. Luis Díez-Picazzo, Edit. Civitas, España, 1979. P. 10



una determinada decisión u opinión. Por eso en el concepto de «argumentación» es fundamental la idea de un «auditorio» al que se trata de «persuadir».³⁴¹

El «auditorio» es el concepto central de la teoría retórica. La tarea de persuadir o de convencer, depende fundamentalmente del auditorio a quien se dirige. La persuasión en general es el resultado de una serie de argumentos que se pretenden hacer valer para un el «auditorio universal», el cual se compone, de acuerdo con esta teoría, por sujetos dotados de razón. La idea es que, quien pretendiera reconocerse como un ser de razón, debe ser convencido al igual que los demás seres de razón y el que no lo acepte será considerado como un irracional.³⁴²

Pero además, del auditorio universal, también nos podemos encontrar ante varios «auditorios particulares», los cuales están compuestos por sujetos adheridos a un determinado sector, por ejemplo por una misma ideología; luego entonces, un buen argumento esta destinado a persuadir a todos los que comparten esa manera de pensar; pero no forzosamente se tiene el deber de convencer a los sujetos ajenos a ese determinado auditorio.³⁴³

El ejemplo de un auditorio universal, es el que se da en la “discusión filosófica”. La discusión jurídica pertenecía a un auditorio particular.³⁴⁴

Puesto que toda argumentación pretende la adhesión de los individuos, a un determinado discurso, para que exista argumentación se necesitan ciertas «condiciones previas o presupuestos»n como: a) la existencia de un lenguaje común; b) el discurso; c) el orador; y d) el auditorio. De estos presupuestos se derivan los llamados «aspectos de la argumentación»: a) el acuerdo; b) La elección; y c) La presentación de premisas.³⁴⁵

³⁴¹ Cfr. ATIENZA, Manuel. *Ob. cit.* P. 48; PERELMAN, Chain. *Ob. cit.* P. 10; y CORREAS, Oscar. *Ob. cit.* P. 210

³⁴² Cfr. CORREAS, Oscar. *Ob. cit.* P. 211-212

³⁴³ *Ídem.*

³⁴⁴ *Ídem.*

³⁴⁵ Cfr. PERELMAN, Chain. *Ob. cit.* P. 139-141

Para argumentar es necesario partir de premisas aceptadas, que el orador estima son aceptadas por el auditorio. Los hechos, cuando son tomados como punto de partida, deben ser ampliamente aceptados. Pero los valores axiológicos, por el contrario, algunos son “preferibles” a otros; ya que carecen de la certeza que tienen los hechos. Las preferencias, son las que establecen la jerarquía entre los valores. Y en esa jerarquía en la cual se diferencian los distintos auditorios particulares. Dichas preferencias se justifican a través de los tópicos, por ejemplo, la equidad (como tópico) es frecuentemente empleado para justificar demandas y sentencias.³⁴⁶

Perelman distingue entre una retórica general y una retórica aplicada a campos específicos, como el caso del derecho. Al estudio y razonamiento de los juristas lo llama, en forma un tanto contradictoria, «lógica jurídica». Pero la lógica jurídica no es, para Perelman, una rama de la lógica formal aplicada al derecho, porque los razonamientos jurídicos no pueden obtenerse de los razonamientos lógico - formales, sino a través de la retórica; siendo, para Perelman, la argumentación jurídica como el paradigma de la argumentación retórica.³⁴⁷

Una característica, del razonamiento jurídico consiste (a diferencia de lo que ocurre en las ciencias, especialmente en las deductivas) en que resulta difícil lograr acuerdos entre las partes; es decir, la argumentación tiene el carácter de una controversia. No obstante, la confrontación de ideas e intereses es superada por la «imposición» de una decisión dictada por alguna autoridad.

2.4.3.3.3. Importancia

La importancia de la «nueva retórica», radica esencialmente en su intento de rehabilitar la razón práctica, es decir, de introducir algún tipo de racionalidad en la discusión de cuestiones concernientes a la moral, el derecho, la política, etcétera, y

³⁴⁶ Cfr. CORREAS, Oscar. *Ob. cit.* P. 212

³⁴⁷ Cfr. PERELMAN, Chain. *Ob. cit.* Pp. 232-233



que sirva como una vía intermedia entre la razón teórica de las ciencias empíricas y la racionalidad práctica de las disciplinas sociales. Su propuesta se caracteriza no sólo por la amplitud con que concibe la argumentación, sino también porque toma en cuenta los razonamientos prácticos tal y como se presentan en la realidad.³⁴⁸

2.4.3.3.4. Crítica.

Perelman, para establecer el concepto de racionalidad, bajo el cual se sustenta su idea de argumentación racional, parte de la idea del «pluralismo», la cual en términos generales consiste en que la vida social esta constituida, tanto de esfuerzos de colaboración, como de conflictos entre individuos y grupos. Estos conflictos son inevitables y recurrentes y, por tanto, lo único que cabe es canalizarlos a través de instituciones que respeten en la mayor medida posible a los individuos y los grupos; y eviten, por tanto, el uso de la violencia.³⁴⁹

El pluralismo “renuncia a un orden perfecto elaborado en función de un solo criterio, pues admite la existencia de un pluralismo de valores incompatibles. De ahí la necesidad de compromisos razonables, resultantes de un diálogo permanente, de una confrontación de puntos de vista opuestos”.³⁵⁰ Los legisladores, los tribunales y la ciencia jurídica de un Estado pluralista (la forma de Estado que Perelman considera justificada) son las instituciones encargadas de establecer y mantener un equilibrio entre pretensiones contrapuestas pero legítimas. Ello significa que habrá de tomar decisiones razonables; no soluciones perfectas, únicas y definitivas, sino soluciones aceptables, modificables y perceptibles.³⁵¹

³⁴⁸ Cfr. PERELMAN, Chain. *Ob. cit.*. P. 185

³⁴⁹ *Ibidem.* P. 10

³⁵⁰ *Ibidem.* P. 11

³⁵¹ *Ibidem.* P. 17



Sin embargo, el concepto de «decisión razonable» varía no solamente histórica y socialmente, sino que, además, en un mismo momento histórico y medio social puede haber una pluralidad de decisiones disponibles, y todas ellas, según sus exponentes, calificadas de razonables. Así que dentro de su teoría Perelman, no establece las bases para ponderar y discernir cual es el «centro dador de sentido» de la decisión razonable dentro de la nueva retórica.

Por lo anterior la teoría de Perelman, no ofrece un esquema que permita un análisis adecuado de los diversos tipos de argumentos jurídicos, y por lo tanto, tampoco brinda un modelo preciso, a seguir, para la consecución de un proceso de argumentación jurídica “racional”; sin embargo, establece las bases para que otros teóricos establezcan dichos modelos de utilidad en la practica jurídica.

2.4.3.4. La equidad como sistema de interpretación

2.4.3.4.1. Contexto

Un error en el que se incurrió durante el siglo XIX e incluso a comienzos del XX, fue el de suponer que el orden jurídico positivo estaba constituido sólo por normas generales y que las decisiones jurisdiccionales eran simplemente una aplicación silogística del derecho. Por el contrario, las normas individualizadas, como las decisiones jurisdiccionales son tan parte del «orden jurídico», como las normas generales. Y aunque en la historia del derecho existieron “ilustres legisladores” que ordenaron una interpretación estricta y severa de las normas, es decir en forma mecánica, esto constituyó un error, porque el legislador esencialmente carece de competencia para ordenar sobre cómo deba ser la decisión de la interpretación judicial de la norma jurídica.³⁵²

³⁵² Cfr. RECASÉNS SICHES, Luis. *Ob cit.* P. 210



La norma general suministra las directrices para que ella sea individualizada en cada caso concreto, ya sea por el sujeto llamado a cumplirla, por su abogado, o bien, en caso de conflicto, por el órgano jurisdiccional. Sólo la norma individualizada es susceptible de ser cumplida o de ser impuesta de un modo inexorable.³⁵³

Por eso cabe decir que se crean normas generales (códigos, leyes, reglamentos) para que en su día, cuando sea necesario, pueda haber sentencias y resoluciones. Las leyes son siempre una obra inconclusa, su sentido se expresa en términos abstractos y generales, y queda completa cuando la norma es individualizada.³⁵⁴

No se debe perder jamás de vista que el orden jurídico positivo no consta solamente de leyes, sino consta también esencialmente del producto de la función jurisdiccional. Es más, puede haber un orden jurídico sin leyes, como acontece en las comunidades primitivas; pero no puede haber un orden jurídico sin juez. El juez es una pieza esencial e indiscartable del orden jurídico positivo. Claro que el juez debe obediencia a las leyes; pero las leyes no pueden operar por sí solas, sino únicamente a través de la interpretación.³⁵⁵

Las normas de derecho positivo son instrumentos «prácticos», elaborados y contruidos por los hombres para que, mediante su manejo, produzcan en la realidad social ciertos efectos. Las normas jurídicas no son proposiciones descriptivas, las cuales puedan ser calificadas por los atributos de verdad o falsedad.³⁵⁶

El derecho, como tal, no es una ciencia, sino un instrumento para provocar en la realidad social ciertos resultados. Claro que, sin duda, hay una ciencia del derecho que estudia ese instrumento práctico llamado derecho.³⁵⁷

³⁵³ Cfr. RECASENS SICHES, Luis. *Ob. cit.* P. 213

³⁵⁴ *Ídem*

³⁵⁵ *Ibidem.* P. 214

³⁵⁶ *Ibidem.* P. 211- 212

³⁵⁷ *Ibidem.* P. 212



2.4.3.4.2. La ofensiva contra el indebido uso de la lógica tradicional en la interpretación del derecho.

El maestro Luis Recaséns Siches, sostiene que no se puede interpretar el derecho extrayendo una consecuencia de ciertas premisas; por lo que, las normas deben ser interpretadas a la luz de la confrontación de sus efectos con el propósito que inspiró la elaboración de la norma.³⁵⁸

Recaséns, establece que la única regla general en materia de interpretación es la de que el intérprete, y muy específicamente el juez, debe interpretar precisamente de la manera que lleve a la individualización «más justa» de la norma general, de modo que lo conduzca a la solución más justa entre todas las posibles. Es decir, la interpretación por equidad.³⁵⁹

“La interpretación por equidad, no sólo en los casos excepcionales, en los que la norma que en apariencia se le antoja a uno como la pertinente, relacionada con un caso singular, extraordinario o excepcional, llevaría a un resultado incorrecto, injusto, improcedente, inadecuado; sino interpretación por equidad den *todos y cada uno de los casos, como regla universal que debe ser observada siempre y sin excepción*. A esa interpretación por equidad, creo que, afinando más las ideas, se la debe llamar interpretación mediante la *lógica de lo razonable*.”³⁶⁰

La lógica tradicional, aquella del silogismo de Aristóteles, es procedente para ciencia como las matemáticas y la física, pero es improcedente, en el tratamiento de los asuntos humanos, y por consiguiente en el campo de la jurisprudencia.

Los contenidos de las normas jurídico-positivas no pueden ser tratados por los métodos de la lógica formalista tradicional de lo racional. Un ejemplo clásico de esta sentencia, se relata de la siguiente manera:

³⁵⁸ Cfr. RECASENS SICHES, Luis. *Ob. cit.* P. 212

³⁵⁹ *Ibidem.* P. 216

³⁶⁰ *Ídem.*



A principios del siglo XX, en una estación de ferrocarril de territorio polaco sometido al imperio Ruso, había un letrero que transcribía un artículo del reglamento del servicio ferroviario cuyo texto decía: “Se prohíbe el paso al andén con perros”. Sucedió que una vez un campesino intentó penetrar en el andén acompañado de un oso. El empleado que vigilaba la puerta le impidió el acceso. Protestó el campesino que iba acompañado del oso, diciendo que aquel artículo del reglamento prohibía solamente pasar al andén con perros, pero no con otras clases de animales. Este caso suscitó una controversia jurídica, centrada en torno a la interpretación de aquel texto reglamentario.³⁶¹

No cabe la menor duda de que, si empleamos estrictamente los instrumentos de la lógica formal, tendremos que reconocer que la persona que iba acompañada del oso tenía indiscutible derecho a entrar ella junto con el oso al andén. Y es que acudiendo a todas las reglas de la lógica formal descubiertas hasta ahora, no hay alguna que nos indique como convertir un oso en perro. No hay modo de incluir a los osos dentro de la categoría perro. A la luz de la lógica de lo racional, tendríamos que dar la razón al campesino para entrar con el oso.³⁶²

Sin embargo, no sólo todo jurista, sino incluso cualquier persona con sentido común, habrá de reputar como descabellada esta interpretación, aunque ella se incontrovertiblemente correcta, desde el punto de vista de la lógica formal. Pero la decisión de aquel empleado en este sentido no fue propiamente racional. Pero indudablemente fue razonable. Ahora bien, lo razonable pertenece al campo de la “Razón” al igual que lo meramente racional desde el ángulo formalista.³⁶³

La razón por la cual parece debido interpretar aquella prohibición como aplicable también a las personas que fuesen acompañadas de osos, es que: el legislador pensó crear esta norma con la finalidad de proteger la seguridad y comodidad de los viajeros

³⁶¹ Cfr. RECASÉNS SICHES, Luis. *Ob. cit.* P. 217

³⁶² *Ibidem.* P. 218

³⁶³ *Ídem.*

que utilizan el andén; entonces, en aras de la protección de este interés, la prohibición se hace extensiva para los osos o cualquier otro animal que ponga en riesgo dichos intereses.³⁶⁴

2.4.3.4.3. Análisis de la lógica de lo razonable

Es un hecho que la existencia humana, no puede ser conocida o comprendida a través de métodos de análisis basados en el manejo de categorías que emplean las ciencias formales y las experimentales. Los hechos humanos: poseen sentido o significación y, además, están relacionados con «valoraciones». El ser humano, ante los objetos y los fenómenos de la naturaleza, se halla frente a algo externo y extraño a él; por el contrario, el hombre frente a las conductas humanas y a las obras humanas, se encuentra con algo que es expresión de vida humana, con algo que es homogéneo a él, con algo que puede ser entendido o comprendido.

En el tratamiento y en la solución de los problemas humanos, entre ellos de los problemas jurídicos, no se puede conseguir nunca una respuesta que sea completamente cierta y exacta. Esto es imposible, precisamente en virtud de la enorme y complicadísima multitud de componentes heterogéneos que intervienen en la conducta humana, y muy especialmente en los problemas suscitados en las relaciones humanas. Por eso, es difícil poder abarcar mentalmente todos esos factores y todas las recíprocas influencias entre dichos factores.³⁶⁵

Entre esa variedad de factores, existe la realidad los problemas sociales, que tienen ante sí el legislador, el jurisconsulto y el juez; contorno o mundo, el cual está integrado por muchas clases de diversos componentes, pero que comprende sobre todo una particular situación social histórica.³⁶⁶

³⁶⁴ Cfr. RECASÉNS SICHES, Luis. *Ob. cit.* P. 219

³⁶⁵ *Ibidem.* P. 255

³⁶⁶ *Ídem.*



La realidad de esa situación social histórica está impregnada por sentidos o significaciones, que deben ser interpretados por el encargado de resolver el problema o conflicto humano en cuestión; el cual debe ser valorado a la luz de «criterios estimativos», para medir la importancia o el alcance que se deba conceder respectivamente a cada uno de los hechos integrantes de tal situación.³⁶⁷

Dentro de esa circunstancia social histórica concreta, entre otros muchos y variados factores, hay los siguientes: a) el acatamiento o adhesión que las gentes de un grupo prestan a determinadas reglas colectivas de conducta, a determinadas convicciones sociales, que están en vigor en una cierta colectividad, como por ejemplo: usos, costumbres, opinión pública, normas jurídicas anteriores; y b) anhelos, afanes, aspiraciones, en suma, ideales sentidos por los integrantes de un grupo, con lo cual éstos, por así decirlo, quieren reformar la realidad presente, para reemplazar por otra futura que consideran sería mejor.³⁶⁸

En una determinada realidad social concreta, figura también la presencia o la influencia de algunos esquemas de razón, en cuanto a la *adecuación de unos ciertos medios para el logro de determinados fines*. Nótese que los valores básicos no pertenecen al campo de lo racional. Los valores, aunque sean objetivamente validos, son conocidos mediante la intuición colectiva. Aquí surge otro problema humano: el de jerarquía de los valores.³⁶⁹

El análisis de la humana existencia y, sobre todo, de la acción humana descubre los siguientes puntos:

- a) Que el hombre actúa u opera siempre en el mundo concreto, en una circunstancia real, limitada y caracterizada por rasgos y condiciones particulares.

³⁶⁷ Cfr. RECASÉNS SICHES, Luis. *Ob. cit.* P. 255

³⁶⁸ *Ídem.*

³⁶⁹ *Ídem.*



- b) Que ese modo concreto es limitado, es decir, que ofrece algunas posibilidades, pero que carece de otras posibilidades.
- c) Que la brusquedad, mediante la imaginación, de lo que es posible producir en el mundo limitado y concreto para resolver el problema de una necesidad, intervienen múltiples valoraciones: *primero*, sobre la adecuación de la finalidad o meta para satisfacer la necesidad en cuestión; *segundo*, sobre la *justificación de ese fin* desde varios puntos de vista estimativos: utilitario, moral, de justicia, de decencia, etcétera; *tercero*, sobre la *corrección ética de los medios*; y *cuarto*, sobre la eficacia de los medios.
- d) Que en todas las operaciones para establecer el fin y para encontrar los medios, los hombres se guían no sólo por las luces de sus mentes personales, sino también por las enseñanzas derivadas de sus propias experiencias y de las experiencias ajenas.

2.4.3.4.4. Características

A la vista de este esbozo de análisis de la acción humana, resulta posible darse cuenta de que la lógica de la acción humana o lógica de lo razonable, presenta, entre otras, las siguientes características:

Primero, está limitada o circunscrita, condicionada e influida, por la realidad concreta del mundo social e histórico particular en el que opera el derecho, en el cual, con el cual y para el cual son producidas las normas jurídicas, lo mismo las generales, que las individualizadas.³⁷⁰

³⁷⁰ Cfr. RECASÉNS SICHES, Luis. *Ob. cit.* P. 258



Segundo, está «impregnada de valoraciones», esto es, de criterios estimativos o axiológicos. Advierte que esa dimensión valorada es por completo ajena a la lógica formal, o cualquier teoría de la inferencia.³⁷¹

Tercero, tales valoraciones son «concretas», es decir, están referidas a una determinada situación humana real, y en consecuencia, deben tomar en cuenta todas las posibilidades y todas las limitaciones reales.³⁷²

Cuarto, las valoraciones constituyen la base o apoyo para la formación de los objetivos, esto es, para el establecimiento de las finalidades. Tales objetivos o finalidades impregnan la lógica de lo razonable; y dan a ésta su característica estructura especial.³⁷³

Quinto, pero la formulación de objetivos o establecimiento de fines, no sólo se apoya sobre valoraciones, sino que además está condicionado por las posibilidades que le ofrezca la realidad humana social concreta. El señalamiento de los fines u objetivos es el resultado de la combinación de conocimiento sobre una realidad humana social y particular, con valoraciones concebidas como pertinentes respecto de los que se debe hacer con esa realidad.³⁷⁴

Sexto, consiguientemente la lógica de lo razonable está regida por razones de congruencia o adecuación:³⁷⁵

- a) Entre la realidad social y los valores, es decir: cuáles sean los valores apropiados para la ordenación de una determinada realidad social.
- b) Entre los valores y los fines u objetivos, esto es, cuáles sean los objetivos valiosos.

³⁷¹ Cfr. RECASENS SICHES, Luis. *Ob. cit.* P. 258

³⁷² *Ídem.*

³⁷³ *Ídem.*

³⁷⁴ *Ídem.*

³⁷⁵ *Ibidem.* P. 258-259

- c) Entre los objetivos y la realidad social concreta, esto es: cuáles sean los propósitos de posible y conveniente realización.
- d) Entre los fines u objetivos y los medios, en cuanto a la adecuación de los medios para los fines.
- e) Entre los fines y los medios respecto de la corrección ética de los medios. Se trata de evitar la caída abismal en la perversa máxima de que el fin justifica los medios; máxima de intrínseca maldad, porque cuando se trata de servir un fin bueno con los medios malos, el fin pierde la bondad, contagiándose de los medios.

Séptimo, La lógica de lo razonable esta orientada por las enseñanzas extraídas de la experiencia de la vida humana y de la experiencia histórica, esto es, de la experiencia individual y de la experiencia social (presente y pasada), y se desenvuelve instruida por esa experiencia.³⁷⁶

En conclusión, la función valorativa no está reservada exclusivamente al legislador. Por el contrario, la función valorativa penetra a todos los grados en la producción del derecho.

2.4.3.5. La teoría integradora

En el punto relativo al silogismo judicial se observó como los juristas apegados a esta corriente basan la decisión judicial en la *lógica formal*, tratando de imitar los métodos de las ciencias formales y las experimentales. A continuación, cuando se trato lo concerniente a la *tópica*, *la nueva retórica* o *la lógica de lo razonable*, vimos que tenían algo en común: el rechazo al primer modelo basado en la lógica deductiva.

³⁷⁶ Cfr. RECASENS SICHES, Luis. *Ob. cit.* P. 259



Tanto Viehweg como Perelman o Recaséns no tratan simplemente de mostrar que la concepción lógico-deductiva o del silogismo jurídico tiene sus límites, sino, afirman que la construcción de argumentos jurídicos a partir de la postura de la lógica formalista es equivocada o de muy escaso valor.

Cada una de estas posiciones nos ofrece elementos relevantes en el estudio de la decisión judicial. Por lo que, en este punto analizaremos una teoría que integra tanto la postura de la lógica racional, como de lo que se denomina lógica de lo razonable en la cual se incluye la tópica y la retórica.

Para Neil MacCormick el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general, el cual cumple con la función especial de la justificación. En el caso de la argumentación jurídica tiene la particularidad de que su justificación debe estar basada conforme a los hechos establecidos y con las normas vigentes.³⁷⁷

La teoría de MacCormick no trata únicamente de «describir» bajo que condiciones una decisión jurídica puede considerarse «justificada», sino que pretende además aportar un modelo teórico bajo el cual «deben» justificarse las decisiones jurídicas.³⁷⁸

MacCormick toma como objeto de estudio las decisiones publicadas de los tribunales británicos (de Inglaterra y Escocia), pero considera que, en lo fundamental, el modelo puede extenderse a cualquier sistema jurídico evolucionado.

2.4.3.5.1. Justificación deductiva

MacCormick considerar que, al menos en algunos casos las justificaciones que deben llevar acabo lo jueces son de carácter estrictamente deductivo acudiendo a la formula del «*modus ponens*», cuyo comienzo y final es el siguiente:³⁷⁹

³⁷⁷ Cfr. ATIENZA, Manuel. *Ob. cit.* P. 132

³⁷⁸ *Ibidem.* P. 134

³⁷⁹ *Ibidem.* P. 136



$p \rightarrow q$	Cuando las dos partes contratantes se obligan recíprocamente, una, a conceder el uso o goce temporal de una cosa, y la otra, a pagar por ese uso o goce un precio cierto llamado renta, existe un contrato de arrendamiento (art. 2398 del código Civil para el Distrito Federal)
p	Una persona concedió el uso y goce de una vivienda temporalmente a otra persona quien a su vez pago una renta.
$\dots q$	En este caso se efectuó un contrato de arrendamiento

* * *

$y \rightarrow z$	Por falta de pago de la renta el arrendador puede exigir la rescisión del contrato. (Art. 2489 del código Civil para el Distrito Federal)
y	El arrendatario incumple con el pago de la renta.
$\dots z$	El arrendador esta legitimado para rescindir el contrato de arrendamiento.

Advierte que la lógica determina tanto el derecho del arrendador como la obligación del juez en su caso, de rescindir el contrato. Sin embargo, no basta que un argumento jurídico sea correcto desde el punto de vista de la lógica deductiva, sino debe atender a todo el contexto del orden jurídico, lo que da pie a los siguientes puntos de interés:

- a) En un sentido técnico la lógica de los enunciados se emplea básicamente en relación a los argumentos y las inferencias; y hay que tener en cuenta, que desde esta perspectiva “deductiva”, las premisas sólo serían ilógicas si fueran contradictorias.

- b) Desde este punto de vista una decisión judicial «lógica» viene a equivaler a decisión judicial «justa». Así que hablar de premisas y sentencias ilógicas, equivale a decir es que la decisión es inconsciente, o que va en contra del sentido común.
- c) En la práctica, el juez puede absolver al arrendatario de la rescisión del contrato, porque el arrendador podría haber omitido presentar sus pruebas dentro del procedimiento. Según MacCornick, la existencia de reglas de Derecho adjetivo que regulan la carga de la prueba pone de manifiesto la relevancia que tiene la lógica deductiva para la justificación de las decisiones jurídicas.

2.4.3.5.2. Presupuestos y límites de la justificación deductiva

La justificación deductiva tiene los siguientes presupuestos:³⁸⁰

- a) Un primer presupuesto es que el juez tiene el deber de aplicar las normas jurídicas; sin entrar en cuál sea la naturaleza o sentido de dicha norma (una de las bases y características de la dogmática jurídica).
- b) Un segundo presupuesto es que le juez a través de los criterios de validez identifica cuáles son las normas que integran el orden jurídico.

La justificación deductiva tiene sus límites, en el sentido de que la formulación de las premisas normativas o fácticas pueden plantearse los siguientes problemas.³⁸¹

³⁸⁰ Cfr. ATIENZA, Manuel. *Ob. cit.* P. 138

³⁸¹ *Ibidem.* P. 139 - 140



- a) De interpretación, el cual afecta a la premisa normativa, se dan cuando sin existir duda sobre cuál sea la norma aplicable, esta norma admite más de una lectura.
- b) De relevancia, de igual forma que la primera, afecta a la premisa normativa, plantea en cierto modo una cuestión previa a la interpretación, esto es, no cómo ha de interpretarse una determinada norma, sino si existe una tal norma, aplicable al caso.
- c) De prueba, el cual afecta a la premisa fáctica, y significa que se deben establecer proposiciones verdaderas sobre el presente y, a partir de ellas, inferir proposiciones sobre el pasado.
- d) De calificación, o de hechos secundarios, se plantea cuando no existen dudas sobre la existencia de determinados hechos primarios (que se consideran probados), pero lo que se discute es si los mismos integran o no un caso que pueda subsumirse en el supuesto hecho de la norma.

Ahora bien, aunque los problemas de interrelación y de calificación sean lógicamente equivalentes, hay razones de tipo «procesal», que tienen que ver con la distinción entre cuestiones de hecho y cuestiones de derecho para mantener aquella distinción. Por un lado, el recurso de apelación suele estar limitado a las cuestiones de derecho, de manera que sólo cabe dicho recurso si se entiende que el problema en cuestión lo es de interpretación. Por otro lado, si un problema se considera como de calificación, es decir, un problema fáctico, ello quiere decir que la decisión que se haya tomado al respecto no tiene valor de precedente, en un futuro.³⁸²

³⁸² Cfr. ATIENZA, Manuel. *Ob. cit.* P. 140



2.4.3.5.3. La justificación de los casos difíciles

El problema que se plantea en este punto es sobre lo que significa argumentar jurídicamente cuando no basta la justificación deductiva. Para la solución a esta cuestión MacCormick, afirma que justificar una decisión en un caso difícil representa, que la decisión en cuestión, cumpla con el requisito de universalidad; tenga sentido en relación con el sistema (es decir, que cumpla con los requisitos de consistencia y de coherencia) y en relación con el mundo (lo que significa que un argumento decisivo es un argumento consecuencialista).³⁸³

- a) «El requisito de universalidad», Implícito dentro de la justificación deductiva, exige que para justificar una decisión normativa, se cuente por, lo menos con una premisa que sea la expresión de una norma general o de un principio. Lo que implica no sólo mostrar sus causas, sino también sostener alguna hipótesis normativa que enlace las causas con el efecto. MacCormick llama a este requisito «exigencia de justicia formal».³⁸⁴

Se debe tomar en cuenta que puede suceder que una controversia se decida con base en el principio de equidad que puede implicar introducir a una excepción a una norma jurídica general par evitar un resultado injusto; pero el criterio utilizado en la decisión equitativa tiene que valer también, para cualquier otro caso de las mismas características, para otros casos similares, sólo así, la equidad cumple con el principio de universalidad.³⁸⁵

- b) La «consistencia» esta basada en que las premisas normativas no entren en contradicción con normas válidamente establecidas y también en la obligación de los jueces en no infringir el derecho vigente.³⁸⁶

³⁸³ Cfr. ATIENZA, Manuel. *Ob. cit.* P. 141

³⁸⁴ *Ídem*

³⁸⁵ *Ibidem.* P. 142

³⁸⁶ *Ibidem.* P. 144

- c) La «coherencia», desde las perspectivas normativa y narrativa es un requisito más que debe cumplir la decisión judicial, para la solución de casos difíciles. Una serie de normas, o una norma, es coherente si puede subsumirse bajo la serie de principios generales o de valores, que a su vez, resulten aceptables, en el sentido de que configuren una forma de vida satisfactoria. Para MacCornick, principios y valores son extensiones equivalentes.³⁸⁷

La «coherencia normativa» es un mecanismo de justificación, que presupone la idea de que el derecho, es una empresa racional, al permitir considerar a las normas como un conjunto dotado de sentido, promoviéndose la certeza del derecho, ya que la gente no puede conocer con detalle el ordenamiento jurídico, pero si puede conocer sus principios básicos. La coherencia puede ser satisfecha por un orden jurídico nazi que parta como valor supremo de la pureza de la raza. En definitiva, la coherencia sólo suministra una justificación débil, una exigencia negativa: ante un mismo caso, cabría articular dos o más decisiones coherentes que, sin embargo, fuesen entre sí contradictorias.³⁸⁸

La idea de coherencia normativa se basa en dos tipos de argumentos que juegan un papel muy importante en la solución de casos difíciles: los argumentos a partir de principios y los argumentos por analogía. Los principios son necesarios para justificar una decisión en un caso difícil, pero un argumento basado en algún principio o por la analogía no tiene carácter definitivo y concluyente, como lo tendría si se basara en alguna norma obligatoria.³⁸⁹

³⁸⁷ Cfr. ATIENZA, Manuel. *Ob. cit.* P. 145

³⁸⁸ *Ibidem.* P. 146

³⁸⁹ *Ídem.*



Por otro lado la «coherencia narrativa» suministra un examen en relación con cuestiones de hecho, cuando no cabe una prueba directa, por observación inmediata y directa de las mismas; sin embargo, la justificación es también aquí simplemente provisional, puesto que los esquemas explicativos son revisables, la información que se deriva de la percepción de los sentidos por lo regular resulta incompleta, y algunas percepciones son engañosas.³⁹⁰

- d) Los argumentos y las «consecuencias». MacCornick, expone que una decisión no sólo tiene que tener sentido con el orden jurídico, sino también debe tener relación con la realidad. Reconoce que la justificación de una decisión en los casos difíciles se produce a través de una interacción entre: los argumentos que parten de los principios, y los argumentos que se basan estrictamente en las «consecuencias» que podrían darse conforme a dicha decisión.³⁹¹

La argumentación jurídica dentro de los límites que marca los principios de universalidad, consistencia y coherencia, es esencialmente una argumentación “consecuencialista”. El resultado de la acción del juez al decidir un caso consiste en producir una norma individualizada y válida. Lo que importa son las consecuencias en el sentido de implicaciones lógicas. De esta forma, la concepción consecuencialista puede resultar compatible con la idea de que para justificar decisiones judiciales se utilizan dos tipos de razones: finalistas (una decisión se justifica porque promueve un cierto estado de cosas que considera valioso) y razones de corrección (una decisión se considera correcta o buena por sí misma, sin tener en cuenta ningún otro objetivo ulterior).

³⁹⁰ Cfr. ATIENZA, Manuel. *Ob. cit.* P. 146

³⁹¹ *Ibidem.* P. 150

Cada uno de los puntos anteriormente citados pueden resumirse de la siguiente manera:

Principios para la argumentación de un caso difícil (Teoría de Neil MacCornick)	Universalidad.-	Limitación lógica.
	Consistencia.-	Limitación de las reglas de la dogmática jurídica.
	Coherencia.-	Limitación de los principios de seguridad y justicia adoptados por la sociedad.
	Aceptabilidad de las consecuencias.-	Limitación de que la decisión debe atender a las consecuencias tanto jurídicas como sociales que pueden presentarse.

2.4.3.6. El discurso racional

2.4.3.6.1. Argumentación jurídica y razón práctica.

Cuando se trató el tema de los principios generales del derecho o simplemente principios jurídicos nos encontramos ante la tesis, del maestro Dworkin, sobre la «única respuesta correcta» de la decisión judicial, en la cual se postulaba que el requisito principal para que dicha teoría fuese correcta es la existencia de una estructura conceptual que permitiera establecer de forma clara y precisa la jerarquía de los valores (la teoría fuerte de los principios). Sin embargo, podemos afirmar, con base en la realidad, que una jerarquía o escala de valores esta regida por la emoción y subjetividad; por lo tanto, dicha idea carece de certeza para los fines teórico-prácticos de la tarea jurídica.

A pesar de lo anterior, la búsqueda de la única respuesta correcta no es abandonada, el jusfilosofo Robert Alexy, nos ofrece una vía alterna para la consecución, a través de una teoría procedimental. Este camino se abre con la comprensión de que los principios y las normas (sustantivas) no conforman por completo el orden jurídico, ya que estas necesitan del derecho adjetivo para su aplicación. Estableciendo que en un nivel se encuentran los principios y en otro las normas sustantivas, debemos complementar el orden jurídico con un tercer nivel, de normas adjetivas o procesales; los tres niveles sobre los cuales versara una teoría de la argumentación jurídica, por medio de la cual lleguemos una decisión racionalmente fundada (el paradigma de la única respuesta correcta).³⁹²

2.4.3.6.2. Los supuestos básicos de la teoría de la argumentación jurídica.

El punto de partida de la teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy, es que la aplicación del derecho es una problema básicamente práctico, por lo que, este autor crea una «teoría general de la argumentación práctica» que después proyecta al campo del derecho, para llegar a la tesis central de considerar el discurso jurídico, o la argumentación jurídica, como un caso especial del discurso práctico general. Lo que lleva a que elabore una teoría procedimental de la argumentación jurídica (permite distinguir los buenos de los malos argumentos), que a la vez, es analítica (penetra en la estructura de los argumentos) y también descriptiva (incorpora elementos de tipo empírico).³⁹³

A fin de elaborar un bosquejo de una teoría del discurso práctico racional general como paso previo para la construcción de una teoría argumentativa jurídica, Alexy utiliza fuentes muy variadas: diversas teorías de la ética analítica (especialmente, las de Hare, Toulmin y Baier), la teoría del discurso de Habermas, la teoría de la deliberación práctica de la escuela de Earlange y la teoría de la argumentación de

³⁹² Cfr. ALEXY, Robert. *Ob. cit.* Pp. 7-24

³⁹³ *Ibidem.* P. 21

Perelman. Pero, de todas ellas, la influencia fundamental es, sin duda, la de Habermas. Lo que viene a significar una sistematización y reinterpretación de la teoría del discurso habermasiana y, por otro lado, una extensión de esa tesis al campo específico del derecho.³⁹⁴

2.4.3.6.3. La teoría del discurso de Habermas

Para Jürgen Habermas son innegables las diferencias entre la lógica de la argumentación teórica (discurso descriptivo científico) y la de la argumentación práctica (discurso prescriptivo), no obstante, dichas diferencias no son tan grandes como para desterrar a esta última de ámbito de la racionalidad. Se puede afirmar que las cuestiones práctico-morales pueden ser decididas «mediante razón», mediante la fuerza del mejor argumento. Así el resultado del discurso práctico puede ser un resultado «racionalmente motivado», por una «voluntad racional» (un consenso justificado, garantizado o fundado); y que, en consecuencia, las cuestiones prácticas son susceptibles de verdad en un sentido amplio de este término. Ese sentido lato de verdad es el que viene fijado en su «teoría consensual de la verdad» que se contrapone a la «teoría de la verdad como correspondencia», esto es, a las concepciones que entienden la verdad como una correspondencia entre enunciados y hechos. De acuerdo con Habermas, un sujeto sólo se puede atribuir un predicado a un objeto, si también cualquier sujeto, que pudiera entrar en discusión, juntos atribuyesen el mismo predicado al mismo objeto; para distinguir los enunciados verdaderos de los falsos, refiriéndonos al juicio de los demás y, por cierto, al juicio de todos aquellos con los que se pudiera iniciar una discusión. La condición para la verdad de los enunciados es el potencial asentimiento de todos los demás.³⁹⁵

En el mundo teórico del discurso se encuentra, aunque escondido y oculta tras las acciones comunicativas, la «situación discursiva ideal» en donde ni la fuerza, ni el

³⁹⁴ Cfr. ATIENZA, Manuel. *Ob. cit.* P. 150

³⁹⁵ *Ídem.*



poder determinan la victoria del argumento; es el mejor argumento el que gana. El peso de la evidencia y la validez de la argumentación determinan lo que es válido o verdadero. Los argumentos surgen de tal discurso (y con los que están de acuerdo los participantes) son verdaderos. Así, Habermas adopta una teoría consensual de la verdad, más que como una teoría de la verdad como copia «realista», esta verdad forma parte del proceso de la comunicación.³⁹⁶

El consenso surge teóricamente en el discurso cuando se dan cuatro condiciones de validez aceptadas por todos los participantes.³⁹⁷

- a) La exposición del hablante ha de ser aceptadamente comprensible.
- b) Las proposiciones ofrecidas por el hablante han de ser verdaderas; es decir, el hablante ha de ofrecer un conocimiento fiable.
- c) El hablante ha de ser veraz en sus proposiciones; el hablante es fiable.
- d) El hablante ha de disponer del derecho a expresar esas proposiciones.

El consenso surge cuando se dan y se aceptan estas cuatro condiciones de validez; se rompe cuando se ponen en cuestión una o varias (por ejemplo, cuando se cuestiona el derecho del hablante a expresar ciertas proposiciones).

Ahora bien aunque en un sentido amplio los enunciados normativos o prescriptivos serían, como los descriptivos, susceptibles de verdad, en un sentido estricto, los primeros no serían exactamente verdaderos o falsos, sino correctos o incorrectos.

La base de la teoría de Habermas es una pragmática universal que trata de reconstruir los presupuestos racionales implícitos en el uso del lenguaje. Según Habermas, en todo acto del habla dirigido a la comprensión mutua, el hablante erige

³⁹⁶ Cfr. RITZER, George. *Teoría Sociológica Moderna*, Trd. María Teresa Casado Rodríguez. 5ª ed., Edit. Mc Graw Hill, España, 2002, p. 184

³⁹⁷ *Ibidem*. P. 184- 185

una pretensión de validez, es decir, pretende que lo dicho por él es válido o verdadero en un sentido amplio. Pero esa pretensión de validez significa cosas distintas según el tipo de acto de habla que se trate. En los actos del habla prescriptivos el hablante pretende que su enunciado sea verdadero; en los actos prescriptivos (mandatos, exigencias, amonestaciones, etcétera) lo que se pretende en cambio es éste sea correcto.

Habermas no considera la argumentación, el discurso, como una serie de proposiciones, sino como una serie de actos del habla; la argumentación no es (o no es sólo) un encadenamiento de proposiciones, sino un tipo de interacción, de comunicación. Dicha situación ideal del habla, no es un fenómeno empírico, ni una mera construcción teórica, sino constituye más bien una inevitable suposición que recíprocamente nos hacemos en el discurso. Las exigencias de simetría y libertad planeadas por Habermas en resumen son:³⁹⁸

- a) Todos los participantes deben tener la misma voluntad de discutir y arribar a un acuerdo.
- b) Deben usarse las palabras con el significado que todos les dan; es decir, debe haber alguna clase de unificación del sentido. Queda supuesto que, acordar sobre el significado, es una tarea previa a la discusión.
- c) Todos los participantes tienen el mismo derecho a expresarse.
- d) Todos los participantes deben contar con la información necesaria y suficiente.
- e) Todos deben expresarse con sinceridad; si hay alguna manipulación de otro, no se daría una “verdadera” discusión, y entonces estaríamos hablando de otra cosa.

³⁹⁸ Cfr. CORREAS, Oscar. *Ob. cit.* P. 225.



Si las cosas suceden de este modo, siguiendo estas reglas, no hay duda, se llegará a un acuerdo sobre la decisión correcta; que sea, si no la única, al menos racional, plausible, aceptable por todo hombre de razón. Estas reglas, constituyen el contenido de las “reglas de razón” que utiliza Alexy para su teoría de la argumentación jurídica.³⁹⁹

2.4.3.6.4. El discurso jurídico como caso especial del discurso práctico general

El discurso jurídico es, en opinión de Alexy, un caso especial del discurso práctico general. Esto quiere decir, más concretamente, que 1) en el mismo se discuten cuestiones prácticas, 2) se erige también una pretensión de corrección (la pretensión de justicia sería un caso de pretensión de corrección), pero ello 3) se hace (y de ahí que sea un caso *especial*) dentro de determinadas condiciones de limitación. En otras palabras, en el discurso jurídico no se pretende sostener que una determinada proposición es racional, sino que debe fundamentarse racionalmente en el marco de ordenamiento jurídico vigente. El procedimiento del discurso jurídico se define, pues, por un lado, por las reglas y formas del discurso práctico general y, por otro lado, por las reglas y formas específicas del discurso jurídico que, sintéticamente, expresan la sujeción a la ley, a los precedentes judiciales y a la dogmática jurídica.⁴⁰⁰

2.4.3.6.5. La teoría procedimental

El problema de la racionalidad en la fundamentación jurídica lleva a la cuestión sobre posibilidad de fundamentar racionalmente los juicios prácticos o morales en general. La discusión de este problema se ha visto obstaculizada largo tiempo por la oposición entre dos posiciones básicas extremas de las que siempre se presentan nuevas variantes: por un lado las posiciones objetivitas, cognoscitivas y racionalistas (por ejemplo, positivismo y la teoría analítica) y, por otro lado, las posiciones subjetivistas, relativistas, decisionistas y tendientes a un cálculo de lo razonable (por ejemplo, las

³⁹⁹ Cfr. ATIENZA, Manuel. *Ob. cit.* P. 150

⁴⁰⁰ Cfr. ALEXY, Robert. *Ob. cit.* Pp. 21-23

teorías sociológicas de la interpretación, la tópica y la nueva retórica). Pero, no existe ningún motivo para encasillarse en una actitud de “todo-o-nada”; es cierto que no son posibles las teorías morales “materiales” (la teoría de los principios fuerte) que para cada cuestión práctica permitan extraer con seguridad una única respuesta correcta, pero sí es posible una «**teoría moral procedimental**» que formule reglas o condiciones de la argumentación o decisión práctica racional. Esta teoría moral esta basada en la idea del discurso racional práctico.

2.4.3.6.6. Las reglas y formas del discurso práctico general

La pieza esencial de la teoría del discurso está formulada por un sistema de reglas y de principios del discurso, cuya observancia asegura la racionalidad de la argumentación y sus resultados, las cuales se presentan a continuación.

A. Las reglas fundamentales

El primer grupo de reglas del discurso práctico racional son las reglas fundamentales, cuya validez es condición para cualquier comunicación lingüística, se aplican tanto al discurso teórico como al discurso práctico. Dichas reglas enuncian los principios de no contradicción (incluyendo la no contradicción entre normas), de sinceridad, de universalidad (con una variante referida a los enunciados normativos y valorativos) y de uso común del lenguaje. Alexy las formula así:⁴⁰¹

- A.1. Ningún hablante puede contradecirse.
- A.2. Todo hablante sólo puede afirmar aquello que él mismo cree.
- A.3. Todo hablante que aplique un predicado “F” un objeto *a* debe estar dispuesto a aplicar “F” también a cualquier otro objeto igual a “a” en todos los aspectos relevantes.

⁴⁰¹ Cfr. ATIENZA, Manuel. *Ob. cit.* P. 153



A.4. Todo hablante sólo puede afirmar aquellos juicios de valor y de deber que afirmaría asimismo en todas las situaciones en las que afirmare que son iguales en todos los aspectos relevantes.

A.5. Distintos hablantes no pueden usar la misma expresión con distintos significados.

B. Las reglas de razón

Estas definen las condiciones más importantes para la racionalidad del discurso. A la primera de ellas se le puede considerar como la «regla general de fundamentación», y las otras tres contienen los requisitos de la situación ideal de habla o de diálogo habermasiana, esto es, igualdad de derechos, universalidad y no coerción. En relación con cuestiones prácticas, estas reglas sólo se cumplen de manera aproximada; definen un ideal al que cabe aproximarse por medio de la práctica y de medidas organizativas. He aquí cómo las formula Alexy:⁴⁰²

B.1. Todo hablante debe, cuando se le pide, fundamentar lo que afirma, a no ser que pueda dar razones que justifiquen el rechazar una fundamentación.

B.2. Quien pueda hablar puede tomar parte en el discurso.

B.2.1. Todos pueden problematizar cualquier aserción.

B.2.2. Todos pueden introducir cualquier aserción en el discurso.

B.2.3. Todos pueden expresar sus opiniones, deseos y necesidades.

B.3. A ningún hablante puede impedírsele ejercer sus derechos fijados en B.2. y B.2.1., mediante coacción interna o externa al discurso.

⁴⁰² Cfr. ATIENZA, Manuel. *Ob. cit.* P. 157



C. Las reglas sobre la carga de la argumentación

El uso sin límites de las reglas de la razón y en especial las variantes de «*todos pueden problematizar cualquier aseveración*» podría llevar a bloquear la misma argumentación por lo que es necesario añadir las siguientes reglas:⁴⁰³

- C.1. Quien pretende tratar a una persona A de manera distinta que a una persona B, está obligado a fundamentarlo.
- C.2. Quien ataca una proposición o una norma que no es objeto de la discusión debe dar una razón para ello.
- C.3. Quien ha aducido un argumento sólo está obligado a dar más argumentos en caso de contra-argumentos.
- C.4. Quien introduce en el discurso una afirmación o manifestaciones sobre sus opiniones, deseos o necesidades que no se refieran como argumento a una anterior manifestación tiene, si se le pide, que fundamentar por qué introdujo esa afirmación o manifestación.

D. Las formas de los argumentos

El cuarto grupo lo constituyen las formas de argumento específicas del discurso práctico. Alexy, parte de que, básicamente, hay dos maneras de fundamentar un enunciado normativo (N):⁴⁰⁴

- a) Por referencia a una regla (R), en donde debe suponerse un enunciado (H) relativo a un hecho que describa las condiciones de aplicación de la misma ejemplo:

H	<i>x</i> ha mentido
R	Es malo mentir
<hr/>	
N	<i>x</i> ha actuado mal

⁴⁰³ Cfr. ATIENZA, Manuel. *Ob. cit.* P. 158

⁴⁰⁴ *Ibidem.* P. 159

b) O bien señalando las consecuencias (C) del enunciado normativo (N), implicando que existe una regla que dice que la producción de ciertas consecuencias es obligatoria, o es algo bueno.

C	Al mentir, x causa sufrimiento innecesario
R	Es malo causar sufrimiento innecesario
N	x ha actuado mal

E. Las reglas de fundamentación

Como las reglas anteriores han dejado un amplísimo campo de indeterminación, hay que añadir un quinto grupo, las reglas de fundamentación, que se refieren específicamente a las características de la argumentación práctica y regulan la forma de llevar a cabo la fundamentación mediante las formas anteriores. Por un lado, Alexy formula tres variantes del principio de universalidad (al que Habermas considera, en el discurso práctico, como el equivalente al principio de inducción en el discurso teórico), que se vinculan, respectivamente con el principio de intercambio de roles, del principio del consenso y el principio de publicidad. Téngase en cuenta que entre las dos primeras formulaciones existe esta diferencia: mientras que en el primer caso parte de las concepciones normativas de *cada* hablante, el segundo se refiere a las opiniones *comunes* por obtener en el discurso. He aquí las reglas:

E.1.1. Quien afirma una proposición normativa que presupone una regla para la satisfacción de los intereses de otras personas, debe poder aceptar las consecuencias de dicha regla también en el caso hipotético de que él se encontrara en la situación de aquella persona.⁴⁰⁵

E.1.2. Las consecuencias de cada regla para la satisfacción de los intereses de cada uno deben poder ser aceptadas por todos.

E.1.3. Toda regla debe poder enseñarse en forma abierta y general.

⁴⁰⁵ Cfr. ATIENZA, Manuel. *Ob. cit.* P. 159

Un segundo subgrupo de reglas de fundamentación se dirige a garantizar la racionalidad de las reglas a través de su génesis social e individual.⁴⁰⁶

E.2.1. Las reglas morales que sirven de base a las concepciones morales del hablante deben poder pasar la prueba de su génesis *histórico-crítica*. Una regla moral no pasa semejante prueba: a) si aunque originariamente se pueda justificar racionalmente, sin embargo ha perdido después su justificación, o b) si originariamente no se pudo justificar racionalmente y c) se pueden aducir tampoco nuevas razones que sean suficientes.

E.2.2. Las reglas morales que sirven de base a las concepciones morales del hablante deben poder pasar la prueba de su formación *histórico-individual*. Una regla moral no pasa semejante prueba si se ha establecido sólo sobre la base de condiciones de socialización no justificables.

En fin, la última regla de este grupo trata de garantizar que se pueda cumplir con la finalidad del discurso práctico, que no es otra que la resolución de las cuestiones prácticas existentes de hecho.⁴⁰⁷

E.3. Hay que respetar los límites de realizabilidad dados de los hechos.

F. Las reglas de transición.

Para formular el sexto y último grado de reglas, se parte del hecho de que el discurso práctico surgen problemas que obligan a recurrir a otros tipos de discurso; puede tratarse de problemas sobre hechos (discurso teórico empírico), de problemas lingüísticos y conceptuales (discurso de análisis del lenguaje) o de cuestiones concernientes a la propia discusión práctica (discurso de teoría del discurso). Ello da lugar a estas tres últimas reglas:

⁴⁰⁶ Cfr. ATIENZA, Manuel *Ob. cit.* P. 161

⁴⁰⁷ *Ibidem.* P. 162



- F.1. Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso teórico (empírico).
- F.2. Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso de análisis del lenguaje.
- F.3. Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso de teoría del discurso.

2.4.3.6.7. Los límites del discurso práctico general

Las reglas del discurso no garantizan que pueda alcanzarse un acuerdo para cada cuestión práctica (es decir, que se puedan resolver todos los problemas de conocimiento), ni tampoco que, en caso de que se alcanzase dicho acuerdo, todo el mundo estuviera dispuesto a seguirlo (problema de cumplimiento). Las razones para lo primero son, básicamente, estas tres:

- a) Algunas de las reglas del discurso (B.1., B.2.) sólo pueden cumplirse de manera aproximada;
- b) No todos los pasos de la argumentación están determinados, esto es, entre la formación del juicio y la formación de la voluntad: saber lo que es correcto no significa necesariamente estar dispuesto a actuar en ese sentido; y
- c) Todo discurso debe empezar a partir de las convicciones normativas de los participantes, las cuales están determinadas históricas y son, además, variables.

Estas limitaciones de las reglas del discurso práctico hacen que sea necesario establecer un orden jurídico que sirva, en cierto sentido, para cerrar esta laguna de racionalidad. El derecho resulta, pues, justificado discursivamente tanto en su



dimensión normativa, esto es, en cuanto conjunto de normas que, moviéndose dentro del campo de lo discursivamente posible, hacen que aumente la posibilidad de resolución de cuestiones prácticas, como en su dimensión coactiva, esto es, en cuanto que sus normas pueden imponerse también a quienes no están dispuestos a seguirlas de buen grado.⁴⁰⁸

Alexy distingue tres tipos de procedimiento jurídico que habría que añadir al procedimiento del discurso práctico general regulado por las reglas anteriores.

El primero de estos procedimientos jurídicos es el de la *creación estatal de normas jurídicas*. Como las reglas del discurso práctico establecen que ciertas reglas son discursivamente imposibles, otras discursivamente necesarias, pero otras muchas tan sólo discursivamente posibles, ello podría llevar a que, sin contravenir las reglas del discurso pudiesen fundamentarse normas incompatibles entre sí. El establecimiento de normas jurídico-positivas tiene, pues, el sentido de seleccionar tan sólo algunas de estas normas discursivamente posibles. Sin embargo, ningún sistema de normas jurídicas puede garantizar por sí mismo que todos los casos jurídicos puedan resolverse en forma puramente lógica, mediante el uso exclusivo de las normas vigentes y de la información sobre los hechos. Las razones que Alexy da para ello son, básicamente: la vaguedad del lenguaje jurídico, la imprecisión de las reglas del método jurídico y la imposibilidad de prever todos los casos posibles.⁴⁰⁹

Por lo anterior, es justificado un segundo procedimiento, al que Alexy denomina *argumentación jurídica* o *discurso jurídico*. Ahora bien, el discurso jurídico tiene también sus límites, en cuanto que no proporciona siempre una única respuesta correcta para cada caso. Se necesita por ello un tercer procedimiento que cierre esta laguna de racionalidad y que no es otro que el *proceso judicial*; una vez que se

⁴⁰⁸ Cfr. ATIENZA, Manuel. *Ob. cit.* P. 163

⁴⁰⁹ *Ibidem.* P. 164

termina este último procedimiento, sólo queda una respuesta de entre las discursivamente posibles.⁴¹⁰

2.4.3.6.8. La idea regulativa de la única respuesta correcta

En todo caso, está claro que en la realidad no existe un procedimiento que permita, con una seguridad, llegar en cada caso a una «única respuesta correcta»; no obstante, esto no nos obliga a renunciar a dicha idea. El punto decisivo, para Alexy, es que los respectivos participante en un discurso jurídico, si sus afirmaciones y fundamentos han de tener un pleno sentido, deben —independientemente de que exista la única respuesta correcta— elevar la pretensión de que su respuesta es la única correcta. Esto significa que deben presuponer la única respuesta como idea regulativa.⁴¹¹

La idea regulativa de la única respuesta correcta no presupone que exista para cada caso una única respuesta correcta; sólo, presupone que en algunos casos se puede dar una única respuesta correcta y aunque no se sepa en casos ocurre dicha situación, vale la pena procurar encontrar en cada litigio dicho paradigma. Las respuestas que se encuentren, en el marco de este intento, sobre la base del los niveles de normas, principios y argumentación jurídica racional, también responden entonces, aunque no sean las únicas respuestas correctas, a las exigencias de la razón práctica y, en este sentido, son al menos **relativamente correctas**.

⁴¹⁰ Cfr. ATIENZA, Manuel. *Ob. cit.* P. 164

⁴¹¹ Cfr. ALEXY, Robert. *Ob. cit.* P. 24



CAPÍTULO 3. INSTITUCIONES Y FUNCIONES DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA, POLÍTICA Y ÉTICA SOBRE LA CONSTITUCIÓN MEXICANA.

3.1. MODELO DE ANÁLISIS DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL.

3.1.1. Particularidades de la interpretación constitucional.

3.1.1.1. Los elementos de la constitución como consideraciones para su interpretación.

En este capítulo llegamos al punto medular del presente trabajo de investigación, en el cual integraremos tanto los conocimientos vertidos sobre los conceptos de la Ciencia Constitucional y constitución (supra capítulo 1), como aquellos sobre la teoría de la Ciencia Jurídica e interpretación (supra capítulo 2). Dicha fusión de conceptos nos tiene que llevar a la consecución de un modelo teórico que nos permita entender a qué nos referimos cuando hablamos de la «interpretación constitucional»; quién la realiza; qué elementos se deben tener en cuenta; y en qué debe basarse una “correcta” interpretación constitucional. Para finalizar, confrontaremos dicho modelo con la práctica interpretativa de la constitución del sistema jurídico mexicano.

El primer capítulo se presentó un concepto de constitución integrado por tres elementos: el jurídico, político y ético; cada uno de los cuales es necesario para entender tanto el concepto central de constitución como los principales preceptos de la Ciencia Constitucional.



En el segundo capítulo se pudo analizar que los juristas basan sus decisiones en argumentos y no tanto en métodos hermenéuticos; por lo tanto, la interpretación se convierte en una serie de argumentos que sustentan el sentido de una norma. Por lo tanto, si nos adherimos al concepto integrado de constitución, su interpretación tendrá que estar sustentada por tres tipos de argumentos siguientes:

- a) Jurídicos. Argumentos relacionados con las reglas de validez de una norma.
- b) Políticos. Argumentos basados en fundamentos de la Ciencia Política.
- c) Sociales. Un conjunto de principios éticos, cuya consecución representa la legitimidad de la decisión de los órganos creadores y aplicadores del derecho.

3.1.1.2. Las consideraciones jurídicas.

3.1.1.2.1. El formalismo jurídico.

La constitución, como parte del derecho, es un discurso de carácter prescriptivo, dirigido a ciertos individuos (órganos), que tienen que acatarlo y posteriormente aplicarlo. Los órganos constituidos deben seguir las normas, dictadas por el soberano, con el objeto de aplicar el derecho y así desarrollar el orden social y político previsto en la ley fundamental. Pero, para que un órgano aplique el derecho constitucional es necesario que «establezca el significado» de las normas que tiene que aplicar.⁴¹²

Propiamente, cuando interpretamos la constitución confrontamos sus prescripciones jurídicas con un hecho de la realidad, ya sea la conducta de un particular u órgano de gobierno, un acto administrativo o una ley. **Se interpreta para darle a dicho acto o hecho un sentido constitucional o inconstitucional.**

⁴¹² Cfr. TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *“Interpretación constitucional...”* P. 115



Cuando el órgano aplicador establece el significado de lo dicho por la ley fundamental, se presenta la «interpretación positiva» de la constitución; de ese significado dependerá tanto la ejecución como la creación sucesiva del orden jurídico. La interpretación positiva de la constitución se manifiesta, sobre todo, en los actos donde se establecen nuevos materiales jurídicos (tratados, leyes, reglamentos y cualquier acto que aplique inmediatamente la constitución) que continúan y complementan el orden jurídico.⁴¹³

Desde la perspectiva de la dogmática jurídica, la interpretación de la constitución tiene las siguientes características:⁴¹⁴

- a) La interpretación constitucional puede ser positiva y doctrinal; la primera se manifiesta en actos de aplicación tales como leyes y reglamentos; y la segunda se limita a brindarnos la significación, cognición, descripción y valoración de la constitución.
- b) La constitución como discurso prescriptivo, no tiene ninguna diferencia con las demás normas que integran el orden jurídico; sólo es diferente en cuanto a que es la norma más mediata del sistema y por lo tanto, se relaciona con la totalidad de los actos y normas que forman el sistema jurídico. En consecuencia no existe ninguna diferencia entre el ejercicio hermenéutico de una norma fundamental respecto de cualquier norma del orden jurídico.
- c) El acto de interpretación relativo a establecer el significado de cualquier material jurídico es un acto de «decisión discrecional». El órgano intérprete decide el sentido de la norma, según su discreción (conjunto de aspectos culturales, inquietudes, emociones, sentimientos, apetitos y deseos).
- d) Las únicas restricciones a la discrecionalidad del órgano intérprete son los límites impuestos por el acto jurídico (norma, convención o acuerdo) que

⁴¹³ Cfr. TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *“Interpretación constitucional...”* P. 115

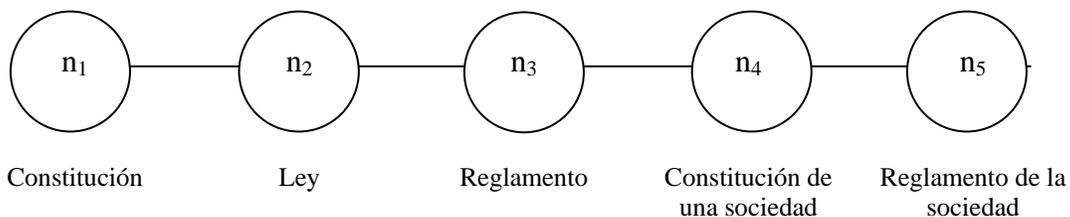
⁴¹⁴ *Ibidem.* P. 114-116

faculta a dicho órgano; de manera que cualquier acto jurídico que no contradiga o exceda lo descrito en la norma facultativa será un acto «regular» de aplicación.

- e) Para la dogmática jurídica, los métodos de interpretación no representan la obtención de una respuesta correcta, sino un mayor número de posibilidades de interpretar un determinado material jurídico y en consecuencia un mayor número de posibilidades en la toma de decisiones.
- f) Desde este punto de vista no es posible una interpretación cualitativa o sustancial de la constitución.

3.1.1.2.2. La calidad de las normas constitucionales.

La constitución al igual que cualquier otra norma jurídica, determina las características que han de tener los actos que la aplican, es decir, determina el «cuadro de regularidad» de los actos facultados. Desde este punto de vista, la constitución no es diferente a los demás actos jurídicos. Por lo que, los teóricos dogmáticos, consideran una falacia el afirmar que las normas constitucionales tienen una calidad diferente a otras normas jurídicas por ser el primer acto condicionante; entonces habría de reconocerse que sería tan diferente como la norma n_2 de n_3 y la norma n_4 de n_5 como podemos apreciar en el siguiente esquema.⁴¹⁵



Desde la perspectiva dogmática «la constitución del orden jurídico» es una «función» que puede realizar cualquier material jurídico para condicionar los actos jurídicos que

⁴¹⁵ Cfr. TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. “Interpretación constitucional...” P. 120

lo aplican. Por lo que, cualquier acto jurídico condicionante puede ser el primer acto condicionante de un orden jurídico (parcial). Una ley puede ser considerada como “la constitución” de un orden jurídico parcial (por ejemplo, la ley que determinaba la organización de una Colonia o el Estatuto de Gobierno de algún territorio del Estado); o, también un acto jurídico entre particulares puede ser considerado “la constitución” de un orden jurídico parcial (como es el caso de un contrato de sociedad). Y de esta misma forma sucede con la constitución de un orden jurídico nacional. La circunstancia de aparecer como primer acto condicionante del orden jurídico, no es elemento esencial del material jurídico llamado constitución, de modo que esa circunstancia no produce cambio alguno en el objeto de conocimiento; sin embargo no se debe perder de vista que este planteamiento es de corte formalista, y que por supuesto hace a un lado los contenidos sociales, políticos y éticos del derecho.⁴¹⁶

En este sentido, otra objeción es el argumento de que la norma constitucional tiene un especial contenido en sus disposiciones, ya que para la visión formalista la constitución del orden jurídico es una norma como cualquier otra, y su única particularidad es de ser la norma que cumple con la «función constitucional del orden jurídico».⁴¹⁷

Para la dogmática jurídica, considerar que la constitución es diferente de las otras normas jurídicas en atención al «contenido» es una «falacia cualitativa», ya que sostener dicha concepción es afirmar que la constitución es tan diferente como lo es un contrato de hipoteca celebrado entre *a* y *b*, de un matrimonio celebrado ente *c* y *d*; resulta obvio, que materiales jurídicos cuyo contenido es diferente, dice cosas diferentes. Sobre este particular es necesario señalar que «todo fenómeno se

⁴¹⁶ Cfr. TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. “*Interpretación constitucional...* P. 121

⁴¹⁷ V. *Supra* 1.2.1.5. La constitución como derecho, pp. 29-31.

presenta de cierta manera que le es exclusiva». Ahí donde un material jurídico prescribe en una materia en particular, no puede valer para otra.⁴¹⁸

Por lo tanto, es una falacia insistir en que la constitución y, en consecuencia, el derecho constitucional son esencialmente diferentes (cualitativamente diferentes) de los demás materiales jurídicos; y que por lo tanto los métodos de interpretación de la constitución deben ser diferentes a los demás métodos de interpretación jurídica. Para la escuela formalista las posibilidades de «aplicación regular» de la constitución se encuentran limitadas por las características que señala la misma constitución; entonces la interpretación constitucional es un acto de decisión, un acto de voluntad del órgano aplicador. Todo acto de aplicación de normas jurídicas ciertamente supone un acto de significación de conocimiento, pero este resulta siempre del acto de voluntad que decide el curso de la creación sucesiva del derecho; y por lo tanto, no existe ninguna diferencia formal entre la interpretación de una norma constitucional y una norma de cualquier nivel del orden jurídico.⁴¹⁹

3.1.1.2.3. Crítica a la concepción formalista.

Los formalistas podrán argumentar la pureza teórica, y la falacia de la interpretación cualitativa, acudiendo, por supuesto, a la magnífica «teoría del sistema jurídico» como una serie de normas y facultades, la cual se explicó en el primer capítulo. Esta doctrina opta por la solución del llamado «caso difícil» a través de la teoría de la «discrecionalidad del órgano aplicador», estableciendo los límites de la ciencia jurídica con base en la forma y no en el contenido o cualidad. Sin embargo, la constitución no sólo es un texto, sino también su fenomenología esta compuesta de decisiones políticas fundamentales (como los derechos fundamentales) y en principios rectores de la comunidad (decisiones sobre las formas de gobierno y Estado). Estos son las críticas más evidentes ante la postura formalista:

⁴¹⁸ Cfr. TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *“Interpretación constitucional...”* Pp. 121-122

⁴¹⁹ *Ibidem.* P. 122



1) La discrecionalidad del órgano aplicador puede derivar en una indeterminación constante de la norma constitucional que puede transformarse en actos de arbitrariedad.

2) El órgano jurisdiccional rompe con el principio de división de poderes al crear derecho y aplicarlo en forma retroactiva.

“No hay libertad si el poder de juzgar no está bien deslindado del legislativo y del poder ejecutivo. Si no está separado del poder legislativo, se podría disponer arbitrariamente de la libertad y vida de los ciudadanos; como que el juez sería legislador. Sino esta separado del poder ejecutivo, el juez podría tener fuerza de opresor”.⁴²⁰

3) Se desdeñan otros marcos conceptuales (Economía, Ciencia Política, Sociología, etcétera) en la solución de problemas de interpretación de la constitución.

4) Los teóricos formalistas han construido una sólida estructura teórica, una buena teoría del derecho, pero no han podido hacerla patente en la experiencia cotidiana de los profesionales del derecho.⁴²¹

5) Tratar de elaborar una teoría de la interpretación o argumentación jurídica sin darse cuenta de la función política que la dogmática jurídica cumple en la sociedad, es negarse a ver lo evidente, lo que está al alcance de la experiencia cotidiana de los profesionales del derecho.⁴²²

La postura formalista no resuelve convincentemente los problemas de interpretación de los «casos difíciles» y que forzosamente se tiene que recurrir a elementos meta-jurídicos para la solución de problemas de interpretación, y es ahí donde la Ciencia Constitucional se define como un cuerpo de doctrina que integra cocimientos, tanto de

⁴²⁰ MONTESQUIEU. *Del espíritu de las leyes*. Trc. de Nicolás Estévez. 16ª ed., Edit Porrúa, S.A. de C.V., México, 2005, Colección “Sepan cuantos” Núm. 191, p. 146

⁴²¹ Cfr. CORREAS, Oscar. *Ob. cit.* P. 163

⁴²² *Ibidem.* P. 165

la ciencia jurídica como de la ciencia política, para la solución de los problemas e interpretación de la constitución.

3.1.1.3. Especialidad de la Interpretación Jurídica.

A pesar de la espléndida teoría dogmática sobre la norma jurídica y su aplicación, atendiendo a la forma, no podemos en la realidad separar que la norma también es contenido. En los hechos los jueces, como los doctrinarios, muchas veces en su tarea interpretativa califican además de lo jurídico, el aspecto político y las consecuencias sociales de las decisiones jurisdiccionales. La realidad no está dividida y el órgano aplicador no sólo basa sus decisiones en las reglas de derecho para resolver un problema de interpretación; sino, se allega además de criterios racionales o científicos que proporcionan otras disciplinas del conocimiento como la Ciencia Política, la Sociología o la Ética.

El sentido literal del texto no brinda las respuestas a todas las cuestiones que se le presentan al interprete, por lo tanto deberá tener en cuenta la teoría constitucional del sistema jurídico-político al que pertenece y los principios morales, acuñados por la sociedad.

La interpretación de la constitución, no es igual a la interpretación de cualquier otra norma jurídica, sino se constituye en una «especialidad de la interpretación», la cual debe ser llevada por los órganos facultados, no sólo atendiendo al texto normativo, sino ante el producto de una decisión política como lo es la constitución, por lo que debe tener en cuenta las consecuencias políticas que traiga consigo dicho acto; sin pasar por alto los principios acuñados por la sociedad, ya que sólo de esta forma se puede legitimar su decisión. En conclusión, **el órgano aplicador consigue a través de la interpretación integral de la constitución, que su decisión sea formalmente legal, políticamente responsable y moralmente legítima.**

3.1.1.4. Las consideraciones políticas.

3.1.1.4.1. Planteamiento

Cuando se trató lo referente a las dos posturas de los órganos aplicadores respecto a la interpretación de los materiales jurídicos se estableció una primera posición que va de la mano con la teorías de corte jurídico-formalista, sobre la «decisión discrecional» que esta basada en la llamada «estructura abierta» de las normas y que deja al órgano aplicador actuar con discreción en la solución de casos difíciles, con la única salvedad de las restricciones establecidas por la misma norma que lo facultó.

La segunda postura es la búsqueda de una «respuesta única correcta», basada en la aplicación de “principios” a la tarea argumentativa, la cual podría resultar un buen camino para encontrar un modelo de interpretación abierto al concepto de constitución multidimensional o integrador de sus aspectos normativo, político y ético.

La búsqueda de un modelo de interpretación constitucional, quedaría estructuralmente incompleto si sólo estuviera sostenido por la perspectiva de los argumentos de la dogmática jurídica. Las otras columnas del modelo deben ser proporcionadas: una por las «consideraciones políticas», es decir por un cuerpo de doctrina política, que nos indique las pautas para entender la constitución del Estado, como un fenómeno de poder; y otra columna establecida por las consideraciones morales, las cuales nos proporcionarían los fines éticos del Estado. Estas tres columnas argumentativas nos proporcionarían los elementos para sustentar la toma de decisiones de los órganos estatales que aplican el derecho ante un caso (ya sea casuístico o “difícil”) de interpretación de la constitución.

Al involucrar los argumentos teóricos políticos en el modelo de interpretación, la constitución no sólo será considerada como forma, sino como contenido, lo que va a establecer problemas particulares y conocimientos doctrinales especiales que derivan de la Ciencia Política. Para muestra existen dos órganos constituidos que reciben una



influencia política diferente, por un lado el órgano político por antonomasia como es un congreso o parlamento; y por otro lado tenemos, al órgano judicial, que a pesar de su supuesta autonomía política, observamos como los tribunales constitucionales dejan de ser vigilantes de la legalidad para convertirse en órganos de control de político de los órganos legislativo y ejecutivo.

Este análisis teórico político no debe confundirse con el análisis de voluntad política, la cual si es cierto en ocasiones esta dirigido a decidir qué es lo mejor en cada caso para los ciudadanos como miembros de una comunidad, en la mayoría de veces cuida, ante todo, por los intereses del poder, ya sea propios del individuo en el poder o de terceros cercanos a él.

Los argumentos teórico políticos están sustentados en un discurso basado en juicios sobre la forma de vida de una comunidad políticamente organizada, llevados dentro de un contexto de certidumbre concreta en cuanto a su cultural y costumbres. En estos argumentos los participantes (sociedad y gobierno) tratan de solucionar problemas de entendimiento y comunicación entre ellos (canales de opinión y participación), de identidad como miembros de una comunidad (nación o Estado). Con base en estos acuerdos se determinan nuevas pautas de conducta, por ejemplo, el trato deseado de unos con los otros, o el trato hacia las minorías o con los grupos marginados. Estos acuerdo definen el tipo de sociedad queremos vivir; es decir, se definen: el tipo de Estado y la forma de gobierno.⁴²³

3.1.1.4.2. Objeciones a la discrecionalidad de los jueces.

Una consideración importante sobre la interpretación constitucional desde la perspectiva política es su resistencia al poder discrecional de los órganos jurisdiccio-

⁴²³ Cfr. HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Trc. Manuel Jiménez Redondo, 2ª edi., Edit. Trotta, S.A., España, 2000, p. 357



nales. Dos son las objeciones al poder creativo del juez en este contexto:⁴²⁴

- a) La primera sostiene que en un sistema democrático una comunidad debe ser gobernada por hombres y mujeres, elegidos por la mayoría y estas sean responsables ante aquélla. Como los jueces, en el mayor de los casos, no son electos, y en la práctica no son responsables ante el electorado de la manera en que lo son los legisladores, el que los jueces legislen parece comprometer esa proposición.
- b) La segunda objeción expresa que si un juez legisla y aplica retroactivamente la ley al caso que tiene en manos, entonces la parte perdedora será castigada por haber infringido algún deber que tenía, sino un nuevo deber creado después del hecho.

Estos dos argumentos se combinan en apoyo de la idea tradicional de las funciones y competencia del los órganos jurisdiccionales, los cuales deben estar tan subordinados a la ley como sea posible.

3.1.1.4.3. La tesis de los derechos y los principios

Las teorías de la función judicial (interpretación de la ley y argumentación de sus decisiones) se han vuelto cada vez más complejas y sutiles, pero las más populares siguen subordinándola a la legislación. Los jueces aplican el derecho promulgado por otras instituciones, de acuerdo con la doctrina, no deben hacer leyes nuevas; sin embargo, por diferentes razones, no se puede llevar plenamente a la práctica. Las leyes y las normas de derecho consuetudinario suelen ser vagas, y es necesario interpretarlas antes de que se puedan aplicar a casos nuevos; además, en algunos casos se plantean problemas, de tanta novedad, que no es posible resolverlos ni siquiera interpretando las normas existentes, de manera que los jueces en ocasiones

⁴²⁴ Cfr. GONZÁLEZ COMPEÁN, Miguel y BAUER, Meter. *Jurisdicción y democracia*. Los nuevos rumbos del Poder Judicial en México. Coedición de CIDAC y Cal y Arena, México, 2002. P. 335 y Cfr. DWORKIN, Ronald. *Ob. cit.* P. 150



deben legislar, ya sea encubierta o explícitamente. Pero cuando lo hacen, deben actuar como representantes del poder legislativo, promulgando el derecho que, en su sentir, promulgaría éste de verse enfrentado al problema.⁴²⁵

Teóricamente quien debería tomar las decisiones políticas es el órgano legislativo, sin embargo el órgano jurisdiccional al integrar y crear nuevo derecho, al parecer también toma decisiones de índole política y por lo tanto ofrece, a quien va dirigida su resolución, argumentos políticos. Por lo tanto, la interpretación constitucional debe incluir, además de reglas jurídicas, principios teórico-políticos de conformación del Estado y gobierno, reconociendo estos, no solamente como argumentos base de las decisiones políticas, sino como directrices de la decisión judicial.

Los argumentos teórico-políticos justifican una decisión tanto del legislador como la de los tribunales al demostrar que favorece o protege alguna meta colectiva de la comunidad. Por ejemplo, un argumento a favor de la no privatización de la energía eléctrica, por ser un elemento necesario para el desarrollo del país, es un argumento político.⁴²⁶

Es un hecho que, las respuestas a los casos difíciles no se pueden resolver desde una teoría puramente jurídica. La teoría constitucional integral (hecho, valor y norma), nos da pautas para establecer una especie de control doctrinal que establezca límites a la discrecionalidad de la interpretación. Los contenidos de la Ciencia Política cierran la discrecionalidad de los órganos de aplicación de la constitución desde el punto de vista político.

Por lo anterior es indispensable la consecución de **una teoría constitucional, propia del sistema jurídico, integrada tanto de contenidos de Dogmática Jurídica, como de Ciencia política, para una interpretación ordenada y congruente del orden constitucional.** En nuestro punto referente al estudio de la constitución mexicana y

⁴²⁵ Cfr. DWORKIN, Ronald. *Ob. cit.* P. 147

⁴²⁶ *Ibidem.* P. 148



sus antecedentes, indagaremos sobre la teoría constitucional del Estado mexicano, la cual es un reflejo de las decisiones de los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y veremos directamente la influencia tanto de la Teoría Política como de la voluntad política sobre el orden jurídico.

3.1.1.4.4. Los principios teórico-políticos. (Tipos de Estado y forma de gobierno)

Dichos principios son el producto de la observación empírica realizada por diversos estudiosos de los fenómenos políticos y los cuales nos muestran las constantes en la descripción de los Estados y sus formas de gobierno.

Establecimos en el capítulo primero que la constitución tiene una dimensión política, la cual es abordada como un “ser” y no un “deber ser”, en esta perspectiva el Estado “es” una forma o manera de ser del poder político. La definición del Estado es en rigor, la determinación de su constitución. Qué es el Estado y cuáles son sus rasgos definitorios en cada caso (tipo de Estado), es una interrogante equivalente al que puede plantearse en torno a “cuál” es su constitución.⁴²⁷

El Estado “es”, lo que es idéntico a sostener que “está constituido” de alguna manera específica, es decir, que tiene determinada constitución (democrática, autoritaria, etcétera). Pero también la «constitución política» comprende a la forma de gobierno, esto es, al andamiaje institucional y estructural derivado del tipo de Estado, a partir del cual se pretenden concretar los principios y fines (la naturaleza ética) que dotan de sentido al ser estatal.⁴²⁸

El tipo de Estado es una abstracción y su descripción es estática, la forma de gobierno es, en cambio, concreta, dinámica y funcional. La constitución es por ende, “forma de ser” del poder político (Estado) y “forma de hacer” del poder político (forma de

⁴²⁷ Cfr. COVIAN ANDRADE, Miguel. *Teoría constitucional*. P. 269

⁴²⁸ *Ibidem*. P. 270

gobierno), por tanto, para conocer la esencia constitucional de una sociedad políticamente organizada, es necesario preguntarse por ambos elementos, es decir, el “qué” y el “para qué”, por una parte y el “cómo”, por otra.⁴²⁹

“[...] si tratamos de identificar al Estado italiano, en cuanto a los principios que sustenta su organización político-social, lo situaríamos en el modelo de Democracia social (tipo de Estado). Si inquiriéramos por su forma de gobierno, estableceríamos que es parlamentaria. Con base en estos elementos, podríamos concluir que Italia esta constituida (constitución), como una Democracia (social) parlamentaria, lo que equivale a decir que es un Estado democrático (Democracia social), con estructuras (forma de gobierno) parlamentarias. [...]”⁴³⁰

La constitución del Estado contiene, en suma, la definición programática y la estructura de gobierno, las cuales en la mayoría de los casos y en mayor o menor medida se expresan en normas jurídicas de jerarquía primaria, o normas constitucionales.

No es nuestro propósito realizar una amplia revisión de los tipos de Estado y forma de gobierno, ni explorar las diversas tipologías que se han propuesto sobre el tema. Nuestro objetivo es sólo ofrecer los fundamentos teóricos de la diferenciación conceptual de los tipos de Estado y las formas de gobierno, principios teórico-políticos necesarios para los argumentos políticos dentro de la interpretación de la constitución.

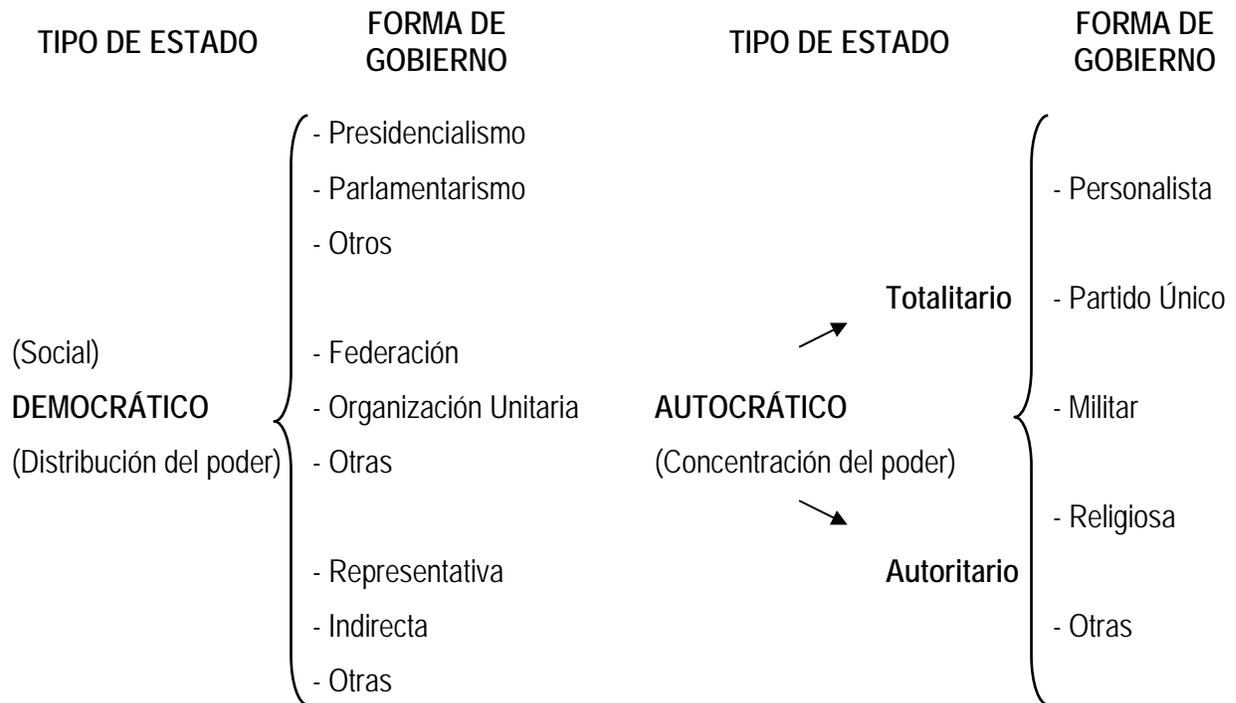
De los diversos criterios que pueden tomarse como base en la elaboración de una tipología de los modelos de Estado y de las formas de gobierno, nos inclinamos por la que basa las distinciones entre los Estados en la distribución o concentración del poder. A partir de la cual existen dos grandes tipos: el democrático y el autocrático.⁴³¹

⁴²⁹ Cfr. COVIAN ANDRADE, Miguel. *Teoría constitucional*. P. 270

⁴³⁰ *Idem.*

⁴³¹ Cfr. y esquema en: COVIAN ANDRADE, Miguel. *Teoría constitucional*. P. 272





Al anterior esquema conviene hacer las siguientes anotaciones:

- 1) Los dos tipos de Estado que se proponen sin los extremos del modelo, el cual es susceptible de presentar “casos” intermedios en cuanto los siguientes aspectos:⁴³²
 - Entre las variaciones del tipo de Estado democrático, hemos de permitir la diferenciación entre el modelo «liberal clásico burgués» y el modelo «social-demócrata» (o Democracia social), prevaleciente en el siglo XX, el cual podría ser tomado actualmente, como el tipo de Democracia predominante, quedando el liberal tradicional como su antecedente histórico inmediato.
 - La comparación empírica entre los elementos constitucionales-descriptivos y el ejercicio real del poder, con base en la cual es posible

⁴³² COVIAN ANDRADE, Miguel. *Teoría constitucional*. P. 272.

determinar si el Estado democrático específico que se analice tiende a ser realmente democrático o menos democrático en términos de ejecución del poder, o bien eventualmente acusa procesos graduales o abiertos de concentración del poder, conforme al modelo autocrático, correspondiente por ende, en el fondo, a este tipo de Estado.

2) En cuanto al modelo autocrático (concentración del poder), se distinguen dos clases o subtipos, cuyo rasgo común es la concentración del poder, pero cuya base programática, ideológica y teleológica es distinta:

- Estado autocrático-totalitario como el socialista.
- Estado autocrático- autoritario como el fascismo y el nacional-socialista, las dictaduras de base militar y en menor número las religiosas.

3) Por lo que respecta a las formas de gobierno del Estado democrático, tres son los criterios básicos que proponemos para analizar sus estructuras e instituciones:

- Las relaciones entre órganos constituidos y la distribución del poder entre unos y otros, que actualmente revisten principalmente las formas de gobierno presidencialista y parlamentario.
- La existencia de esferas competenciales autónomas, o la carencia de ellas en las diversas zonas territoriales en que se divide el Estado, bajo la organización federal o la central (unitaria). Igualmente, existe el espacio para otras variantes relativas a esta parte de la forma de gobierno, como puede ser el caso de Estados que sin haber sido creados conforme a un proceso de federación (unión), o sin haber adoptado esta forma de organización, contemplan la posibilidad de que las zonas territoriales en que se subdividen, posean autonomía, o bien,

el caso de aquellos Estados que además de lo anterior y no siendo tampoco federales, concedan grados diversos de autonomía a sus provincias, distinguiéndose éstas (por su grado menor de autonomía relativa) de las denominadas comunidades (España) o regiones (Italia) autónomas (con un grado mayor de autonomía que las provincias o las otras regiones).⁴³³

- Las formas o grados de participación ciudadana en los procesos del poder político, también forman una distinción entre: los Estados de democracia exclusivamente «representativa» cuyas instituciones son el voto activo, el voto pasivo, la participación en asuntos y las actividades políticas, foros, reuniones, peticiones, manifestaciones y, muy señaladamente, militancia en partidos y organizaciones políticas); de los demás Estados que incorporan a sus constituciones, instituciones de democracia «indirecta», como el referéndum el plebiscito, la iniciativa popular y eventualmente (poco usual), la revocación del mandato. En el apartado “otras” se puede intentar un análisis y una clasificación de los niveles reales de aplicación de estas instituciones, de las materias y asuntos susceptibles en cada caso, de ser sometidos a la decisión ciudadana por cualquiera de estas vías. Aquí es importante tener en cuenta que es una regla general que en los sistemas parlamentarios existen instituciones de democracia indirecta, mientras que la ausencia de éstas es la regla en los sistemas presidencialistas.

⁴³³ “Artículo 137. El Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las Comunidades Autónomas que se constituyan. Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses.” Del Capítulo Primero, Principios Generales; TÍTULO VIII, De la Organización Territorial del Estado; de la Constitución Española; y “Artículo 115. Las Regiones estarán constituidas en entidades autónomas con poderes y funciones propias con arreglo a los principios establecidos en la Constitución.” Del Título V, De las Regiones, Provincias y Municipios; Sección Segunda, Disposiciones Sobre Jurisdicción; de la Constitución de La Republica Italiana.



- 4) Por lo que corresponde a las formas de gobierno de los Estados autocráticos, con sus dos variantes totalitaria y autoritaria, existen: el órgano, la instancia, el punto de concentración del poder político. Esto no significa que la única estructura que configura la forma de gobierno de estos Estados sea la figura del detentador exclusivo y excluyente del poder. Inclusive, pueden encontrarse en estos modelos institucionales y formas de organización similares a las del modelo democrático, que si bien están presentes dentro de sus constituciones sólo de manera jurídico-formal y su aplicación es realmente nula.

"[...] El criterio adoptado en cuanto al centro real y eficaz en el que radica el poder en este tipo de Estado (autocrático), para clasificar sus formas de gobierno, permite además poner a salvo al investigador de la ilusión o del espejismo estructural que pueden crear muchos textos constitucionales, o supuestas prácticas o finalidades del ejercicio del poder. La constitución chilena bajo la dictadura de Pinochet lucía en el papel bastante democrática desde el punto de vista de la teoría abstracta de la representación política y de la distribución horizontal del poder ("división de poderes"). *Der dritte Reich* (el tercer *Reich* o Imperio), según sus dirigentes, luchaba por garantizar el poder y la felicidad del *deustches Volk* (pueblo alemán). Sin embargo, enano y en otros casos, es evidente que el poder estaba concentrado en un solo hombre, a pesar de los marcos estructurales e ideológicos "vigentes" formalmente y/o declarados oficialmente".⁴³⁴

- 5) Las formas de gobierno basadas en la concentración del poder en una sola persona (un *Führer* alemán un *duce* italiano); en el comité central de un partido o en su secretario general (Stalin); en una junta militar con uno o varios hombres fuertes a la cabeza (las dictaduras militares Latinoamericanas en el siglo XX); o en un Ayatolah la representación de un Dios en este mundo, mayormente concebible en naciones fundamentalistas del Medio Oriente, presentan, obviamente, muchas diferencias entre sus

⁴³⁴ COVIAN ANDRADE, Miguel. *Teoría constitucional*. P. 274



formas de gobierno, pero al corresponder al modelo de concentración de poder, se incluyen dentro del tipo de Estado autocrático.⁴³⁵

En cuanto al apartado relativo a «otras» formas de gobierno dentro del Estado autocrático, podemos encontrar modalidades que pertenecen a la historia, tales como los casos muy evidentes de las antiguas teocracias o de las monarquías absolutistas.

- 6) El Estado Monárquico Parlamentario. La conservación de la figura de un monarca, corresponde sobre todo, a razones históricas, tradicionales y hasta rituales; sin embargo, como en la mayoría de Estados europeos, prácticamente esta figura no tiene ninguna incidencia efectiva o determinante en la conformación, ni en el ejercicio del poder. En los sistemas parlamentarios europeos cuyo jefe de Estado es un monarca, no se da el caso de que éste ejerza el poder político, ni influya de manera decisiva en las determinaciones del gobierno. Sus funciones, con diferencias en cada caso específico, son oficialmente de carácter protocolario y diplomático, pero su trascendencia social es muy importante ya que el monarca es un símbolo visible e identificable del abstracto que es el Estado, entendida como la unidad de todos los connacionales del Estado en cuestión, en torno a la cual todos se identifican, independientemente de diferencias ideológicas, políticas, económicas, religiosas o de proyecto general de sociedad. En conclusión, estos Estados corresponden al tipo «social democrático», con una forma de gobierno «parlamentaria».

⁴³⁵ COVIAN ANDRADE, Miguel. *Teoría constitucional*. P. 274.



3.1.1.5. Las consideraciones sociales

3.1.1.5.1. Interpretación conforme a principios.

Tratar sobre consideraciones sociales es tratar sobre las consideraciones éticas de la interpretación de la constitución. Entonces debemos plantearnos las siguientes preguntas ¿Qué principios éticos deben ser los determinantes en la interpretación de la constitución? ¿Qué principios debe tomar en cuenta el órgano encargado de la interpretación para llevar a cabo una interpretación del texto constitucional congruente con los principios de una sociedad? Ya en el primer capítulo pudimos ver como Hermman Heller nos daba ciertas pautas. Pues bien continuemos con el análisis y precisemos dichos principios, aunque claro no es posible separarnos de la carga subjetiva que esto implicaría y de que esto funcione de forma plausible conforme a la realidad jurídica y política.

En la actualidad se puede reconocer la existencia de imperativos normativos de diferentes clases; pueden distinguirse las normas que son establecidas como sencillas prescripciones de conducta, y los «principios del orden establecido». Existen dos clases bien definidas de este tipo de principios que dan orden a la sociedad: la seguridad jurídica (valores jurídico formales); y la justicia (valores éticos de la comunidad)». ⁴³⁶

La posibilidad de integrar a los principios, como parte del orden jurídico, confirma que la Interpretación de la ley ordinaria difiere sustancialmente de la interpretación de la constitución, ya que, mientras las normas legislativas son primordialmente sólo normas, las prescripciones constitucionales comprenden, además, principios.

Por ejemplo, los argumentos de principio justifican una decisión del gobierno cuando se demuestra con ellos el respeto de algún derecho, individual o de grupo social. Por ejemplo el argumento a favor de leyes que se oponen a la discriminación de grupos

⁴³⁶ Cfr. GONZÁLEZ COMPEÁN, Miguel y BAUER, Meter. *Ob. cit.* P. 321



indígenas y que sostiene que una minoría tiene derecho a igual consideración y respeto, es un argumento de principio.

Dado que las normas establecen un nexo inmediato entre el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica, según las condiciones de aplicación determinadas por la propia norma, es difícil que pueda presentarse una colisión entre dos normas jurídicas. Las antinomias entre normas, en todo caso, pueden resolverse mediante criterios como el jerárquico, de especialidad o el cronológico; pero, sólo una norma puede mantenerse vigente en el orden jurídico frente a otra que le sea contraria.⁴³⁷

En cambio, si encontramos una confrontación de dos o más principios, por supuesto, no les son aplicables los criterios de resolución de antinomias de las normas jurídicas, para suprimir la vigencia de uno y mantener la vigencia del otro; los dos se mantienen vigentes en el orden jurídico, aunque sólo uno de ellos termine por aplicarse al caso concreto. De lo anterior se deriva un de las características específicas y esenciales de los principios: tienen una dimensión de peso o importancia en su aplicación.⁴³⁸

Al afirmar la idea de que los principios en sí mismos tienen una dimensión de peso o importancia en su aplicación, implica una nueva técnica de interpretación, la cual no está presente en los métodos tradicionales de la interpretación de la ley. La jurisprudencia de los tribunales constitucionales ha desarrollado una nueva técnica interpretativa de «razonabilidad», «proporcionalidad» o «ponderación», en la aplicación de las normas constitucionales que consagran derechos de igualdad, sobre todo cuando dos o más principios o derechos fundamentales entran en colisión o conflicto. Esta técnica implica la necesidad de brindar «buenos argumentos» que justifiquen o hagan razonable el fallo, no sólo ante las partes en litigio, sino ante la sociedad.⁴³⁹

⁴³⁷ Cfr. GONZÁLEZ COMPEÁN, Miguel y BAUER, Meter. *Ob. cit.*. Pp. 323-324

⁴³⁸ *Ibidem.* P. 324

⁴³⁹ *Ibidem.* P. 325



La interpretación de la constitución desde la perspectiva de los principios, supone también una diferencia entre la “discrecionalidad” de la esfera legislativa y la judicial; la cual esta basada en que: el legislador atiende particularmente a motivos políticos y, en el discurso, sus razones (expuestas en exposiciones de motivos) en muchas de las ocasiones atienden a elementos emotivos y retóricos, mientras que el discurso argumentativo del órgano jurisdiccional pretende estar sustentado por una depurada argumentación jurídica racional (estrictamente fundada y motivada).⁴⁴⁰

3.1.1.5.2. La legitimación del poder a través de la seguridad jurídica.

Los órdenes estatales de las sociedades occidentales modernas basan su legitimidad en la “fe de la sociedad” sobre la «legalidad» del ejercicio del poder. La racionalidad de esta “dominación legal” se debe, más que a otras cosas, a los valores de la seguridad jurídica y a la especialización de los órganos e instituciones constituidas, muy diferente a las épocas en las cuales la dominación estaba basada en la «fe», «tradición» o en el «carisma».

Bajo esta premisa, apoyando las tesis jus-positivistas, la fuerza legitimadora de las formas jurídicas no puede provenir de una relación estrecha entre el derecho y la moral. El derecho moderno se legitima en virtud de sus propias cualidades formales y la dominación es ejercida en forma de derecho. Tales cualidades o propiedades han sido acreditadas como «racionales».⁴⁴¹

Sin embargo, con la aparición de los modernos problemas de desigualdad entre las clases sociales, empiezan a plantearse a la ciencia y práctica del derecho exigencias de tipo material por una parte de los destinatarios de él (por ejemplo, los trabajadores o campesinos) y por los ideólogos sociales, los cuales exigen la aparición de un

⁴⁴⁰ Cfr. GONZÁLEZ COMPEÁN, Miguel y BAUER, Meter. *Ob. cit.* P. 325

⁴⁴¹ Cfr. HABERMAS, Jürgen. *Ob. Cit.* P. 535



derecho social basado en postulados éticos como la justicia o la dignidad humana. Pero esto pone radicalmente en cuestión el formalismo del derecho.⁴⁴²

Los juristas velan por el «formalismo del derecho» ya que este brinda las siguientes ventajas al orden social:

- 1) El establecimiento de un «sistema normativo», configura un conjunto de normas vigentes abarcable y controlable.⁴⁴³
- 2) La forma de ley abstracta y general, ni cortada a la medida de contextos particulares, ni tampoco dirigida a determinados destinatarios, da al sistema jurídico una estructura unitaria.⁴⁴⁴
- 3) La vinculación entre el valor de la seguridad y la administración de la ley, garantiza una aplicación de la justicia formal más o menos predecible, atendida a reglas procesales, y asimismo una implementación fiable de esas leyes.⁴⁴⁵

Las desviaciones respecto de este modelo liberal pueden entenderse entonces como una merma de las cualidades formales del derecho. La creación del «Estado social de derecho» convierte en insostenible la imagen clásica del sistema de derecho privado y público, así como la jerarquía de la norma fundamenta y la ley simple. También se hace insostenible el dogma de un sistema jurídico bien ordenado.⁴⁴⁶

Por otro lado, ante esta presión social, la actividad legislativa tiende a cumplir sus tareas de configuración, planificación o redistribución social, con efectos difícilmente pronosticables. Y lo que antes eran rasgos y elementos externos al derecho

⁴⁴² Cfr. HABERMAS, Jürgen. *Ob. Cit.* P. 537

⁴⁴³ *Ídem.*

⁴⁴⁴ *Ídem.*

⁴⁴⁵ *Ibidem.* P. 538

⁴⁴⁶ *Ídem.*

encuentran cabida, cada vez con más abundancia, en las determinaciones y disposiciones jurídicas.⁴⁴⁷

Desde el punto de vista formalista el derecho esta concebido para brindar seguridad jurídica y para esto necesita de un orden jurídico basado en leyes abstractas y generales; así como de estrictos procedimientos seguidos por los tribunales y los órganos administrativos. Desde esta visión se cumplen empíricamente las condiciones para poder garantizar la seguridad jurídica de forma universal y para todos por igual. Sin embargo, el valor de la «seguridad»⁴⁴⁸ tan importante para los derechos fundamentales de primera generación como la vida, la libertad y la propiedad, viene a competir con decisiones políticas que en aras del beneficio social crea los términos de igualdad de oportunidades, o de una igual distribución de ventajas y recompensas. La cuestión, por ejemplo, de si se está dispuesto a introducir políticas de las del tipo Estado social, que sólo pueden realizarse con ayuda de conceptos jurídicos más bien imprecisos e indeterminados, aun a costa de sacrificar cierto grado de predicibilidad de las decisiones judiciales, es una cuestión de ponderación moral entre dos principios diversos.⁴⁴⁹

La forma clásica de la ley abstracta y general no se legitima por si misma, el poder ejercido en tales formas acude sólo al cumplimiento de requisitos funcionales para la persecución racional con de intereses particulares; entonces, para que exista un beneficio social cada individuo tendría que tener la posibilidad de acceder en términos de igualdad de oportunidades en una sociedad de mercado, y, aun entonces, sólo bajo el supuesto de que no se pudiese encontrar una alternativa preferible a las formas de vida en las que se vuelven tan determinantes los mecanismos monetarios y burocráticos.⁴⁵⁰

⁴⁴⁷ *Cfr.* HABERMAS, Jürgen. *Ob. Cit.* P. 538

⁴⁴⁸ *V. Supra.* 1.2.3.2. La seguridad y 1.2.3.3. Los requisitos de la seguridad jurídica, pp. 47-51.

⁴⁴⁹ *Cfr.* HABERMAS, Jürgen. *Ob. Cit.* P. 541

⁴⁵⁰ *Idem.*



Resumiendo podemos decir que las cualidades formales del derecho sólo hubieran podido, en condiciones sociales especiales, posibilitar la legitimidad de la legalidad en la medida de que hubieran podido ser consideradas «racionales» en un sentido práctico-moral.

Si en las sociedades de nuestro tipo puede ser posible una legitimidad a través de la legalidad, la fe en la legitimidad, la cual ya no puede contar con las certezas colectivas suministradas antaño por la religión y la metafísica, en algún sentido habrá de poder apoyarse en la racionalidad del derecho. Pero no se ha confirmado que la base de la fuerza legitimadora de la legalidad sea una racionalidad autónoma, es decir, exenta de moralidad, inmanente al derecho como tal. Una dominación o ejercicio del poder a través de las formas del derecho positivo, obligado siempre a dar razones y fundamentos, debe su legitimidad al contenido moral implícito de las cualidades formales del derecho (requisitos de la seguridad jurídica). Pero la fuerza legitimadora la tiene más bien los procedimientos que institucionalizan exigencias de fundamentación y motivación (argumentación) y las vías por las que ha de procederse al desempeño argumentativo de tales exigencias. En los procedimientos jurídicos cabe señalar que existe un núcleo racional, cuando se analiza a través de la idea de imparcialidad (tanto en la fundamentación como en la aplicación de normas) y que sirve para establecer una conexión entre derecho vigente, procedimientos legislativos y el núcleo de la razón práctica.⁴⁵¹

3.1.1.5.3. Los principios como derechos.

La legitimación del derecho y el ejercicio del poder, por medio de la seguridad jurídica, no es el único valor que interesa a la argumentación de la constitución y por lo tanto a

⁴⁵¹ Cfr. HABERMAS, Jürgen. *Ob. Cit.* P. 555



los individuos que conforman la sociedad, en quien repercute los efectos de esta labor hermenéutica.⁴⁵²

La búsqueda del argumento de lo justo dentro de la argumentación constitucional, podríamos basarlo en la tesis de concebir al órgano encargado de la interpretación constitucional como «la rama gubernamental que sirve de entidad ejemplar de la razón pública». Esto significa que el órgano encargado intérprete tiene la tarea de realizar la mejor interpretación de la constitución, utilizando sus conocimientos y los casos constitucionales precedentes.⁴⁵³

En la interpretación constitucional, el órgano aplicador no puede invocar su propia moral o el ideal general de la moralidad, sino que deben recurrir a los valores que pertenezcan a la comprensión más razonable de la concepción pública de la justicia, y a sus valores políticos de justicia y de razón pública. Éstos son los valores en los que creen de «buena fe», como lo exige el «deber de civilidad», y que se espera que suscriban todos los ciudadanos en tanto estos sean sujetos razonables y racionales.⁴⁵⁴

La recurrencia a dichos valores de la concepción pública de la justicia sólo puede darse cuando la constitución los invoque expresa o implícitamente.⁴⁵⁵

Sin duda, esta concepción moral es una ideal de la labor judicial en su actividad interpretativa; sin embargo, este postulado guarda una distancia considerable con la realidad judicial y la instrumentación interpretativa de los actores de la practica jurídica. La «buena fe» o el «deber de civilidad» exigido a los jueces, la mayoría acostumbra a apoyarse en más o menos amplias concepciones del bien, o a esconder

⁴⁵² *V. Supra* 1.2.3.4 La justicia; 1.2.3.5. Legalidad y legitimidad; 1.2.3.6. En busca del principio moral fundamental; 1.2.3.7. El Logos dador de sentido; y 1.2.3.8. La democracia, pp. 51-58.

⁴⁵³ *Cfr.* GONZÁLEZ COMPEÁN, Miguel y BAUER, Meter. *Ob. cit.* P. 329

⁴⁵⁴ *V. Supra*. 1.2.3.6. En busca de un principio moral fundamental, 1.2.3.7. El Logos dador de sentido y 1.2.3.8. La democracia, pp. 54-56

⁴⁵⁵ *Cfr.* GONZÁLEZ COMPEÁN, Miguel y BAUER, Meter. *Ob. cit.* P. 329



su invocación de valores particulares en un lenguaje ambiguamente neutral. La realidad es que con este modelo y los temas fundamentales para la sociedad que son resueltos en las decisiones de la jurisdicción constitucional, se restringe la discusión abierta de las cuestiones de interés público: ¿Por qué no pensar que son los mismos individuos los que deben encontrar sus puntos básicos de acuerdo?; ¿Por qué correr el riesgo de que algunos teóricos o jueces limiten indebidamente la discusión pública, a partir del uso de una distinción —la distinción entre razones públicas y no públicas— tan difícil de precisar?; ¿Por qué y cómo impedir que se discutan plenamente las cuestiones básicas de justicia en ámbitos gubernamentales? Estas preguntas dan pie a la participación de la sociedad civil, a través de su organización y opinión, y en el caso de las asociaciones de profesionales del derecho, que en discusiones, foros y otros espacios, en donde actúen como factores en la búsqueda de la mas correcta interpretación de la nuestra constitución.⁴⁵⁶

3.1.1.5.4. La ponderación.

La interpretación de la constitución, que toma en cuenta los aspectos jurídicos, políticos y a los principios, aporta una nueva dimensión teleológica de la decisión judicial, que por sí misma tiene un peso político de enorme importancia en la sociedad. Por ejemplo, a través del criterio de «proporcionalidad», el juez constitucional «pondera» entre los daños que se causan y los beneficios que se obtienen con su decisión, atendiendo de ello a valoraciones, no sólo de técnica jurídica, sino morales, políticas, económicas o de orden social. Se dice que este juicio de «ponderación» no se realiza en el vacío, sino que tiene que estar motivado en una argumentación de razón práctica. Por ello, la solución que el empleo de esta técnica pueda dar a un caso concreto, sacrificando un principio constitucional a favor de otro,

⁴⁵⁶ Cfr. GONZÁLEZ COMPEÁN, Miguel y BAUER, Meter. *Ob. cit.* Pp. 329-330



no es una solución válida para todos los casos futuros, que implique excluir de la vigencia normativa el principio que en el caso particular no fue aplicado.⁴⁵⁷

“Lo característico de la ponderación es que con ella no se logra una respuesta válida para todo supuesto, no se obtiene, por ejemplo, una conclusión que ordenen otorgar preferencia siempre a la seguridad pública sobre la libertad individual o a los derechos civiles sobre los sociales, sino que se logra sólo una preferencia relativa al caso concreto que excluye una solución diferente en otro caso; se trata, por tanto, de una jerarquía móvil que no conduce a la declaración de invalidez de uno de los bienes o derechos constitucionales en conflicto, sino a la preservación de ambos, por más que inevitablemente ante cada conflicto sea preciso reconocer primacía a uno u otro”.⁴⁵⁸

De lo anterior se aprecia un esfuerzo por recuperar el punto de vista sustantivo o material del orden jurídico, el reconocimiento del contenido valorativo de las normas constitucionales que consagran los derechos fundamentales en búsqueda de la igualdad y la justicia de los miembros de una comunidad política establecida. Así por ejemplo, frente al lenguaje sumamente abstracto que contiene la mayoría de las constituciones contemporáneas, en lo referente a la declaración de los derechos fundamentales, Dworkin propone una lectura moral de la constitución, a la luz de una moralidad política. Para la consecución de dicho propósito, formula un método interpretativo que atiende a dos instrumentos fundamentales: 1) la reconstrucción histórica del contexto que dio origen a la norma a interpretar; y, 2) la reconstrucción sistemática del conjunto normativo de la constitución (*constitucional integrity*). Bajo estos dos instrumentos, que al propio tiempo son límites al poder discrecional de los jueces, debe regirse la actividad interpretativa.⁴⁵⁹

El procedimiento de ponderación racionalmente estructurado lo prevé la teoría de los principios. Los principios como mandatos de optimización. Como tales, implican lo que

⁴⁵⁷ Cfr. GONZÁLEZ COMPEÁN, Miguel y BAUER, Meter. *Ob. cit.* P. 326

⁴⁵⁸ *Idem.*

⁴⁵⁹ Cfr. DWORKIN RONALD. *Ob. cit.* Pp. 232- 233; y GONZÁLEZ COMPEÁN, Miguel y BAUER, Meter. *Ob. cit.* Pp. 327-328



la terminología alemana se llama regla de proporcionalidad (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*). Esta regla comprende tres subreglas:⁴⁶⁰

- 1) la regla de adecuación (*Grundsatz der Geeignetheit*). Implicada con el hecho de que los principios son normas que debe realizarse en la mayor medida tácticamente posible. Supongamos que el legislador crea la norma *N* con la intención de mejorar la seguridad del Estado (a este principio le llamaremos *P*₁). Sin embargo *N* infringe la libertad de expresión, derecho individual fundamental que se basa en un principio (al cual le llamaremos *P*₂). Supongamos ahora que la norma *N* no es adecuada para promover la seguridad del Estado, y sin embargo, infringe la libertad de expresión. En este caso de «inadecuación», existe la posibilidad fáctica de cumplir ambos principios conjuntamente en una mayor medida, declarando inválida a *N*. Aceptar la validez de *N* no conlleva ninguna ganancia para *P*₁ sino sólo pérdidas para *P*₂.⁴⁶¹
- 2) La regla de necesidad (*Grundsatz der Erforderlichkeit*). Supongamos que hay una alternativa *N'* a *N*, que es suficientemente adecuada para promover *P*₁, y que infringe menos *P*₂ que *N*. En esta situación, *P*₁, y *P*₂ prohíben conjuntamente *N* ya que esta no es necesaria para realizar *P*₁, porque *P*₁ puede realizarse a un costo menor.⁴⁶²
- 3) La regla de proporcionalidad en sentido estricto (*Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*). Esta regla se vuelve relevante cuando un acto es adecuado y necesario. Consideramos a un legislador que quiere prevenir, de la manera más perfecta posible, que la gente contraiga SIDA. Propone una ley que prescribe que todos los sujetos infectados por SIDA deben ser puestos en cuarentena de por vida. No hay duda que la

⁴⁶⁰ Cfr. ALEXY, Robert. *Ob. Cit.* P. 36

⁴⁶¹ *Ídem.*

⁴⁶² *Ibidem.* P. 37

salud pública y, por tanto, la protección de las personas no infectadas es una meta valiosa. Ahora supongamos que la cuarentena de por vida es una medida tanto adecuada como necesaria para que el SIDA sea controlado en la mayor medida posible. Esta situación, la regla de proporcionalidad en sentido estricto requiere que se tome en cuenta el derecho de aquéllos infectados de SIDA. Prohíbe que se siga sólo un principio, esto es, el ser fanáticos. El contenido de la idea de proporcionalidad en sentido estricto puede expresarse de la siguiente manera:⁴⁶³

Cuando más intensa sea la interferencia en un principio, más importante tiene que ser la realización del otro principio.

La regla nos dice como argumentar cuando sólo se puede cumplir un principio a costa de otro. Tenemos que investigar la intensidad de la interferencia, en nuestro ejemplo, la intensidad de interferencia con los derechos de aquéllos que serían puestos en cuarentena de por vida, y la importancia de las razones para tal interferencia. Pero es claro que la regla sólo nos dice la dirección del argumento. No prescribe ningún resultado. Alguien que no considere a los derechos individuales como algo con gran valor puede aplicar la regla para favorecer el bien colectivo de la salud pública. Al hacer esto, llegaría al resultado de que la cuarentena de por vida está justificada. Alguien para quien los derechos individuales son muy valiosos llegaría al resultado contrario aplicando la misma regla de ponderación.⁴⁶⁴

Un crítico de la teoría de los principios podría sostener que al interpretar o argumentar sobre una prescripción marcada en la constitución existieran varios resultados, consideraría al concepto de ponderación como inútil. Pero esto sería un error. En el

⁴⁶³ Cfr. ALEXY, Robert. *Ob. Cit.* Pp. 37 - 38

⁴⁶⁴ *Ibidem.* P. 38



razonamiento práctico general, así como en el razonamiento jurídico, no se puede esperar el tener un método que nos permita llegar a una conclusión definitiva para cada caso difícil. Pero, lo que se puede crear son estructuras racionales para la argumentación. La propuesta debe ser intermedia, por lo tanto, habrá que considerar que los derechos fundamentales están basados en principios, los cuales a su vez, implican una estructura racional de argumentación; la solución de problemas de contradicción de principios a través del concepto de ponderación; y que una estructura racional de argumentación jurídica implica que los derechos fundamentales tienen que basarse en principios.⁴⁶⁵

3.1.1.5.5. La «constitución a detalle».

La discrecionalidad y de indeterminación jurídica que privilegia la lectura moral de la constitución, la cual podría ser superada con un modelo de «constitución a detalle», en oposición al modelo de «constitución de principios abstractos». Según este modelo, una constitución debe contener disposiciones específicas que eviten amplios márgenes de discrecionalidad en su interpretación. La abstracción de las prescripciones constitucionales contribuye a que el los tribunales atribuyan al Poder Constituyente sus personales convicciones morales y políticas, lo cual es objetable desde un punto de vista democrático, ya que la norma que se somete al control del juez es una ley aprobada por un parlamento elegido por sufragio universal.⁴⁶⁶

La especificidad de las disposiciones constitucionales es un límite a la interpretación de la constitución. Esta especificidad es el único parámetro al que se sujeta al tribunal para cuestionar la validez de una ley. No obstante, es imposible evitar el uso de abstracción en las normas constitucionales. En estos casos, las disposiciones abstractas sólo vinculan al legislador en su interpretación política y originaria de la ley suprema, para la confección de las leyes ordinarias. Pero en el caso de la

⁴⁶⁵ Cfr. ALEXY, Robert. *Ob. Cit.* P. 39

⁴⁶⁶ Cfr. GONZÁLEZ COMPEÁN, Miguel y BAUER, Meter. *Ob. Cit.* P. 331



interpretación jurisdiccional de la constitución, el tribunal sólo puede conducirse en los términos específicos de las normas constitucionales, y no puede transitar por la red de la abstracción normativa, zona reservada al órgano legislativo.⁴⁶⁷

Sin embargo, debe reconocerse que la tesis de la «constitución de detalle» entraña ciertas dificultades para adaptar la normatividad constitucional a las cambiantes necesidades que demanda la realidad social en el transcurso del tiempo. Efectivamente, este modelo propone una ordenación formalista de los principios y valores constitucionales que resulta difícilmente compatible con la heterogeneidad política que caracteriza a las sociedades democráticas, la coexistencia de valores y principios, sobre la que hoy debe basarse necesariamente una constitución para no renunciar a sus cometidos de unidad e integración y al mismo tiempo no hacerse incompatible con su base material pluralista, exige que cada uno de tales valores y principios se asuman con carácter no absoluto, compatible con aquellos otros con los que debe convivir.⁴⁶⁸

El derecho políticamente establecido de una comunidad jurídica, para ser legítimo, tiene que estar al menos en consonancia con principios morales, los cuales pretenden también validez general allende la comunidad jurídica concreta.

3.1.2. Funciones.

3.1.2.1. Orientación.

La interpretación constitucional, dentro de la experiencia o práctica jurídica, va a cumplir específicamente con tres funciones necesarias para el funcionamiento de un orden jurídico, ya que cotidianamente la orientación, aplicación y el control, son

⁴⁶⁷ *Cfr.* GONZÁLEZ COMPEÁN, Miguel y BAUER, Meter *Ob. Cit.* P. 331

⁴⁶⁸ *Ibidem.* P. 334



necesarios para el desarrollo de los actos jurídicos de todos los órganos constituidos. Los tres tipos de funciones no se excluyen entre sí. Por ejemplo, el órgano legislativo, puede interpretar la constitución para orientarse su comportamiento legislativo, puede aplicar reglas constitucionales interpretándolas como una base normativa de sus decisiones, y la constitucionalidad de las leyes promulgadas podría ser controlada por el mismo órgano legislativo.

La función de orientación consiste en ofrecer información para establecer qué comportamiento es acorde o contrario a las normas constitucionales. Por ejemplo, el legislador esta obligado a actuar de acuerdo con las reglas constitucionales y esto, en casos de duda, depende de la interpretación constitucional.⁴⁶⁹

Pero en general, en un régimen basado en la legalidad, todos los órganos del estado y demás destinatarios de la constitución, hipotéticamente actúan teniendo en cuenta las normas constitucionales y, en ocasiones, su actuar cotidiano depende de la orientación que brinda la interpretación constitucional.

3.1.2.2. Aplicación.

La función de aplicación aparece cuando la interpretación es un acto de aplicación de un órgano determinado y dicha interpretación arroja como consecuencia la producción de algún derecho u obligación, es decir, la operación hermenéutica es la base de la decisión de algún órgano constituido; entonces, nos encontramos ante lo que se conoce como interpretación positiva u orgánica. El ejemplo más inmediato se da cuando los órganos legislativo y ejecutivo actúan sobre las base de la interpretación

⁴⁶⁹ Cfr. WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Trc. Arantxa Azurza, Edit. Civitas, España, 1988. P. 94



de normas constitucionales, las cuales otorgan directamente sus competencias. Pero, no se debe olvidar que en los sistemas jurídicos contemporáneos muchas de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales y libertades de los ciudadanos son directamente aplicables.⁴⁷⁰

3.1.2.2.1. La interpretación Positiva.

La interpretación positiva es un acto que acompaña siempre al proceso de aplicación del derecho, pero este acto de interpretación adquiere relevancia cuando el lenguaje de los materiales jurídicos (constitución, ley, etcétera) son confusos, contradictorio u omiso. Es confuso, la mayoría de veces, gracias a que el significado gramatical del material jurídico, por lo general, no es unívoco. Es contradictorio cuando el órgano aplicador (legislador, administrador, juez), en virtud de ciertos elementos, “descubre” una discrepancia entre la “voluntad” del órgano creador (constituyente o legislador) y la expresión de esa “voluntad”; otra situación similar se presenta cuando las disposiciones de un mismo material jurídico (constitución, ley, etcétera) se contradicen entre sí, en todo o en parte. Finalmente, es omiso, cuando la indeterminación del material jurídico se debe a la existencia de *lagunas*.⁴⁷¹

No obstante la aparente diferencia en el establecimiento del significado, todos estos casos de indeterminación más o menos acentuada de los materiales jurídicos se resuelven (como sucede en la normalidad de los casos) en el acto de aplicación del órgano respectivo (el órgano que tiene que aplicar el derecho); en efecto, en todos estos casos se ofrecen varias posibilidades de aplicación. Así, por ejemplo, el órgano aplicador, por un lado, puede escoger cualquiera de las posibles significaciones del material jurídico considerado. Puede, atenerse a la “letra” del texto constitucional o de la ley, buscar la “voluntad” del órgano creador; o basar su decisión en la interpretación integral de la constitución (modelo propuesto en esta tesis). Lo verídico

⁴⁷⁰ Cfr. WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. P. 94

⁴⁷¹ Cfr. TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *“Interpretación constitucional...”* P. 124



es que en todos los casos se presentan muchas posibilidades de aplicación de entre las cuales el órgano constituido escogerá una que convertirá en derecho positivo. Esto es, la mayor o menor indeterminación de los materiales jurídicos que se han de aplicar se resuelve siempre en el acto de aplicación que los continúan o completan.⁴⁷²

Por medio de la interpretación la constitución es completada y, por ende, no es posible el orden jurídico que ella propone. Una situación semejante a ésta se presenta en los casos de delegación (expresa o tácita) en la cual el órgano aplicador se encuentra habilitado para completar el material jurídico condicionante (constitución, ley, etcétera) en el acto de aplicación. En la delegación tácita no se menciona el acto de habilitación, simplemente se deja una libre apreciación. Por ejemplo, el artículo 6° de la constitución mexicana hace mención del “ataque a la moral” o “de la perturbación del orden público” sin definirlos y por lo tanto deja al órgano del Estado que lo interprete de acuerdo a su perspectiva.⁴⁷³

En resumen, cualquier acto que complete regularmente la constitución será el que determine el sentido o significado que tenga el lenguaje del constituyente.⁴⁷⁴

3.1.2.2.2. Interpretación auténtica de la constitución.

En el lenguaje común, la interpretación de cualquier texto se considera auténtica sólo si la realiza por el mismo sujeto autor del texto interpretado. En el lenguaje jurídico se llama “auténtica”, típicamente, a la interpretación de la ley realizada por el órgano Legislativo mediante una ley sucesiva.⁴⁷⁵ Sin embargo, en la interpretación constitucional se dan las siguientes situaciones:

- a) En primer lugar, se puede entender que la interpretación de un documento normativo es auténtica sólo si la realiza el mismo órgano que ha aprobado

⁴⁷² Cfr. TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. “*Interpretación constitucional...* P. 125

⁴⁷³ *Ídem.*

⁴⁷⁴ *Ídem.*

⁴⁷⁵ Cfr. GUASTINI, Ricardo. *Estudio de teoría constitucional*. Distribuciones Fontamara, S.A., México, 2003, p. 260.

el documento en cuestión. En tal caso se deberá distinguir entre constituciones “concedidas” por el soberano y constituciones aprobadas por asambleas populares. Para la interpretación auténtica de una «constitución otorgada» es necesario un acto soberano. Por su parte, la interpretación auténtica de una «constitución popular», es una hipótesis poco probable, ya que comúnmente, las asambleas constituyentes, una vez que han aprobado el texto constitucional, se disuelven, habiendo agotado el mandato para el que fueron creadas.⁴⁷⁶

- b) En segundo lugar, se puede considerar auténtica la interpretación de un documento normativo realizada mediante un documento dotado del mismo *nomen juris* que el documento interpretado. En tal caso, la posibilidad misma de una interpretación auténtica de la constitución parece excluirse: una «constitución sucesiva» sería obviamente entendida no como interpretación auténtica de la precedente, sino como una nueva constitución.⁴⁷⁷
- c) En tercer lugar, se puede entender como auténtica la interpretación de un documento normativo realizada mediante un documento dotado de la misma “fuerza” jurídica que el documento interpretado. En tal caso, hay que distinguir entre constituciones flexibles y constituciones rígidas. Si la constitución es rígida, entonces se podrá considerar auténtica la interpretación constitucional realizada mediante reformas o leyes constitucionales (siempre que la constitución lo prevea).⁴⁷⁸
- d) En cuarto lugar, se puede considerar auténtica la interpretación de un documento normativo realizado por un órgano que tenga, por así decirlo, la última palabra en materia, es decir, un órgano cuya interpretación no pueda

⁴⁷⁶ Cfr. GUASTINI, Ricardo. *Ob. Cit.* P. 261

⁴⁷⁷ *Ídem.*

⁴⁷⁸ *Ídem.*



ser contradicha o modificada por algún otro órgano y sea vinculante para todos. También en este caso, hay que distinguir entre «constituciones flexibles» y «constituciones rígidas». Si la constitución es flexible, cualquier acto legislativo puede valer como interpretación auténtica. Si la constitución es rígida y está garantizada por un órgano de la justicia constitucional, vale como su interpretación auténtica toda decisión del juez constitucional.⁴⁷⁹

3.1.2.2.3. El carácter provisional de la interpretación positiva.

Todo acto jurídico puede siempre ser remplazado por otro. Las reformas legislativas, los procedimientos de anulación, la revolución, etcétera, son prueba de ello; el legislador puede interpretar la constitución, pero esa tarea hermenéutica sólo dura el tiempo en que el órgano legislativo funciona como tal. Cuando otra legislación deroga a la anterior se constituye un nuevo significado de la constitución.⁴⁸⁰

Uno de los asuntos más interesantes que plantea el carácter provisional de la interpretación se presenta cuando en un orden jurídico se estatuyen órganos específicos de interpretación que deciden en última instancia el sentido de la norma constitucional; y por lo tanto, existen procedimientos de anulación de los actos de aplicación de una norma. En el caso de la aplicación de la constitución, esta situación se produce cuando los actos que la aplican pueden ser anulados y modificados por la decisión de un tribunal constitucional. En todos estos casos, la interpretación del órgano que aplica la constitución puede verse substituida por una interpretación hecha por una instancia última, e incluso el mismo tribunal constitucional puede cambiar su criterio.⁴⁸¹

⁴⁷⁹ Cfr. GUASTINI, Ricardo. *Ob. Cit.* Pp. 261-262.

⁴⁸⁰ Cfr. TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *“Interpretación constitucional...”* Pp. 125 - 126

⁴⁸¹ *Ibidem.* P. 126

3.1.2.3. Control.

3.1.2.3.1. Concepto de «control de la constitucionalidad».

En un sistema político de características democráticas, el poder se origina por voluntad mayoritaria de la ciudadanía y sólo se justifica en la medida en que sus fines corresponden a sus intereses y aspiraciones de esa comunidad.⁴⁸²

Uno de los errores que cometen los análisis contemporáneos sobre la democracia de un sistema político consiste en concebir a la democracia en un sentido estrictamente político y sólo referido al proceso de elecciones de cargos públicos. Se afirma, que la construcción de un sistema democrático depende únicamente de la etapa de la conformación del poder. Por lo que dichos estudios sobre la implementación de la democracia en un Estado, están basados en la estructura y la dinámica de los partidos políticos y instituciones electorales, así como en las condiciones de equilibrio y legalidad de la competencia por el poder.⁴⁸³

La democracia, entendida como sistema político, es un “todo integral”, la cual debe estar presente tanto en el origen y los fines del ejercicio del poder. Sólo así el poder político puede ser legítimo de origen a fin.⁴⁸⁴

Un Estado cuyo sistema político aspire a ser democrático, esta basado en el modelo jurídico del Estado constitucional de derecho el cual está organizado bajo los siguientes supuestos:

- 1) El poder está limitado por el Derecho.
- 2) La constitución organiza y delimita el poder.
- 3) La constitución es la ley suprema del Estado.

⁴⁸² Cfr. COVIAN ANDRADE, Miguel. *La teoría del rombo. Ingeniería constitucional del sistema político democrático*. Centro de Estudios de Ingeniería Política y Constitucional, A.C., México, 2000, p. 157

⁴⁸³ *Ibidem*. P. 158

⁴⁸⁴ *Ídem*.



- 4) Todas las leyes derivan de ella en una sucesión piramidal en cuya base está la ley fundamental.
- 5) El valor jurídico de superioridad o supremacía constitucional crea y determina la jerarquía de las normas jurídicas, las cuales están subordinadas las unas a las otras (constitución, ley, reglamento, sentencia, etc.).

El respeto al orden constitucional y al Estado de derecho esta garantizado por los principios que observamos en el capitulo primero: Supremacía constitucional, rigidez constitucional y los límites al ejercicio del poder mediante la distribución de competencias y derechos fundamentales, plasmados en la constitución.

En teoría, se requeriría que los poderes constituidos actuaran dentro de la competencia que les asigna la ley fundamental y que sus titulares cumplieran su juramento solemne de “guardar” la constitución; sin embargo, es un hecho, que en innumerables ocasiones los órganos de gobierno vulneran los derecho fundamentales, actuando fuera del ámbito que les asigna la constitución; invaden la esfera de competencia de otro u otros órganos, y en el peor de los casos destruyen todo el orden constitucional, como cuando sucede un «golpe de Estado».⁴⁸⁵

Por lo anterior, es indispensable contar con medios de defensa constitucionales que garanticen la vigencia del Estado de Derecho y la consecución de la legitimación del ejercicio del poder político.⁴⁸⁶

En los casos de irregularidad parcial del orden jurídico, entendiendo por tal su observancia momentánea y fragmentaria por actos de gobierno, **los sistemas de defensa y de control de constitucionalidad se traduce en el más importante medio de preservación del Estado de derecho para conjurar los efectos del acto anticonstitucionalidad.**

⁴⁸⁵ Cfr. COVIAN ANDRADE, Miguel. *El control de la constitucionalidad en el derecho comparado*. Centro de Estudios de Ingeniería Política y Constitucional, A.C., México, 2001. P. 23

⁴⁸⁶ *Ibidem*. P. 25

Por su parte, la interpretación constitucional tiene una «función de control» en caso de que existan determinadas instituciones cuya tarea consista en controlar la observancia de la constitución.

El control de la constitucionalidad es la verificación de que las decisiones (actos u omisiones) de quienes ejercen el poder político por disposición de las normas jurídicas, corresponden a lo establecido en la constitución, con el propósito de que si se determina que esa correspondencia no existe, sean anulados los efectos de esas decisiones.⁴⁸⁷

La interpretación constitucional es una herramienta de los medios de control constitucional. Y es precisamente esta función la que mejor puede ilustrarnos las particularidades de la interpretación constitucional. Existen dos formas principales de esta función conectadas con instituciones especiales de control: el control constitucional de la legislación en general y de la promulgación de leyes en particular, y la institución de responsabilidad constitucional de algunas personas por un comportamiento contrario a las reglas constitucionales, y algunas veces también contrario a las reglas legales.⁴⁸⁸

En cualquier caso, el control de la constitucionalidad presupone que el órgano de control formula un juicio de correspondencia entre una norma y otra del tipo «la norma legal NL es consistente o inconsistente con una norma constitucional NC». Las propiedades semióticas de este tipo de juicios son más bien complejas, pero aquí basta con tratar dos problemas:⁴⁸⁹

- a) Para formular un juicio de correspondencia es necesario precisar tanto el significado de la *norma legal* como el de *norma constitucional*, puesto que ello es necesario para realizar la comparación que se expresa en este juicio.

⁴⁸⁷ Cfr. COVIAN ANDRADE, Miguel. El control de la constitucionalidad en el derecho comparado. P. 23

⁴⁸⁸ Cfr. WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Pp. 94-95

⁴⁸⁹ *Ibidem*. P. 99



Es una justa hipótesis pragmática la de que el legislador, en situaciones ordinarias, no actúan intencionalmente contra la constitución y, por tanto, promulga leyes que, según él, son consistentes con la constitución. Si esto es así, es cada planteamiento de constitucionalidad se partirá de una duda; duda consistente en si el significado atribuido a la norma legal o constitucional, es o no es el significado apropiado: un control de constitucionalidad exige una interpretación constitucional.⁴⁹⁰

- b) El juicio de correspondencia tiene una estructura dividida en dos ramas, que la *norma legal* sea constitucional o no sea constitucional. Esta estructura corresponde a la institución del control en cuestión. Sin embargo, el problema consiste en si, aplicando algunas normas constitucionales, esta dicotomía podría o no conservarse sin convenciones conceptuales arbitrarias. Si no es éste el caso, entonces deberíamos vérnoslas con varios grados de inconstitucionalidad, más en términos de coherencia que de consistencia.⁴⁹¹

3.1.2.3.2. Instituciones y control de la constitucionalidad.

Existen dos formas principales de esta función conectadas con instituciones especiales de control:⁴⁹²

- a) El «control de constitucionalidad» de la legislación general y de la promulgación de las leyes en particular; y
- b) La institución de «responsabilidad constitucional» de algunas personas por un comportamiento contrario a las reglas constitucionales, y algunas veces también contrario a las reglas legales.

⁴⁹⁰ Cfr. WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. P. 99

⁴⁹¹ *Ibidem*. P. 100

⁴⁹² *Ibidem*. P. 94



A su vez, hay tres tipos básicos de «control constitucional» de la legislación, que se realizan a través de:

- 1) Un «cuerpo político», el cual tiene por objeto el control a través de una institución que se considera como emanación del Parlamento, es decir, es un cuerpo que, al menos en parte, se elige por el Parlamento y entre sus miembros. Ejemplo de instituciones de este tipo es el *Conseil Constitutionnel* francés. El control efectuado por un cuerpo político es o bien preventivo o solamente tiene lugar después de la promulgación de una ley.⁴⁹³

Las consecuencias de la inconstitucionalidad que marca la constitución francesa es que conforme a su artículo 62: “*Une disposition déclarée inconstitutionnelle ne peut être promulguée ni mise en application.*”⁴⁹⁴

- 2) «Órganos jurisdiccionales», cuyo control se realiza por medio de un órgano del tipo de un tribunal de justicia, a través de tribunales constitucionales especiales; o bien dicha competencia corresponde a un Tribunal Supremo.

Las consecuencias de la declaración de inconstitucional son diferentes: la no aplicación de una ley en un caso concreto o *preventive injuntión* (por ejemplo en estados Unidos de América); la devolución de la ley al Parlamento y, en caso de que el Parlamento no cambie el texto, su derogación.

- 3) El «autocontrol» de la constitucionalidad de la ley significa que sólo el órgano legislativo se controla a sí mismo cuando se promulga una ley.⁴⁹⁵

⁴⁹³ Cfr. WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Pp. 95-96

⁴⁹⁴ “Una disposición declarada inconstitucional no puede ser promulgada ni puesta en aplicación.”

⁴⁹⁵ Cfr. WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. P. 95

La función controladora de la interpretación constitucional se muestra también en casos de «responsabilidad constitucional» de personas que ocupan determinados puestos en el Estado y, en especial, los jefes de Estado y los altos funcionarios del gobierno. Tomemos ejemplo típico a los miembros del Consejo de ministros de un Estado republicano.⁴⁹⁶

Hay muchas formas de responsabilidad de estas personas: una responsabilidad común penal, civil o administrativa que podría o no estar relacionada con la función oficial de aquellas; una responsabilidad parlamentaria unida a su elección y destitución por el Parlamento; una forma especial de responsabilidad política dentro de la organización política, generalmente un partido al que pertenecen y con el que se vinculan en su actividad. Por último, podría haber una responsabilidad constitucional referida a la observancia de reglas constitucionales y, a veces, también de reglas legales.⁴⁹⁷

La responsabilidad constitucional se parece funcionalmente a la responsabilidad parlamentaria porque se refiere a la no satisfacción de expectativas que conciernen a la actividad constitucionalmente correcta de los altos funcionarios. Si se opina que basta con la responsabilidad parlamentaria más la ordinaria, no habrá razones para la responsabilidad constitucional. Sin embargo, hay argumentos en contra de que esto sea suficiente y, por ello, es necesaria una forma especial de responsabilidad constitucional.⁴⁹⁸

Las reglas procedimentales determinan el órgano competente para decidir la responsabilidad constitucional en cuestión, el procedimiento de toma de decisión y las sanciones por actuación inconstitucional.

⁴⁹⁶ Cfr. WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. P. 100

⁴⁹⁷ *Ídem*.

⁴⁹⁸ *Ibidem*. P. 101



Para decidir si la persona constitucionalmente responsable ha violado o no normas constitucionales es necesario aplicar estas normas, y por lo tanto, interpretarlas. La decisión sobre problemas de responsabilidad constitucional implica confrontar los hechos realizados, por el sujeto titular del órgano constituido, con el sentido de las normas constitucionales.⁴⁹⁹

3.1.2.3.3. Sistemas de control de la constitucionalidad.

Los sistemas de control de la constitucionalidad funcionan propiamente en los llamados “sistemas políticos democráticos”, estos son el “difuso” o americano y el “concentrado” o austriaco. Los caracteres fundamentales son los siguientes.⁵⁰⁰

- A. Sistema de control de la constitucionalidad por tribunales ordinarios.
 - 1) El sistema es “difuso”, pues cualquier juez puede plantear la cuestión de constitucionalidad.
 - 2) Esta se plantea por vía incidental o de excepción.
 - 3) Los alcances de la resolución tienen efectos constreñidos al caso concreto.
 - 4) Rige el principio de “*stare decisis*”.
 - 5) Una corte suprema se pronuncia en última instancia sobre la cuestión de constitucionalidad, emitiendo jurisprudencia obligatoria para los demás jueces.

- B. Sistema de control conferido a un tribunal especial.
 - 1) El sistema es “concentrado”, pues la cuestión de constitucionalidad la pronuncia un solo tribunal, estando limitado el número de instancias que pueden plantearla.

⁴⁹⁹ Cfr. WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. P. 102

⁵⁰⁰ Cfr. COVIAN ANDRADE, Miguel. *La teoría del rombo*. P. 281



- 2) Normalmente se presenta la pregunta sobre la constitucionalidad por vía de acción, sin excluir algunos casos de vía de excepción.
- 3) Los alcances del pronunciamiento tiene efectos *erga omnes*.
- 4) No rige el principio de "*stare decisis*".
- 5) Debe ser un solo tribunal que emita la única resolución obligatoria para todos los casos.

Las ventajas del sistema concentrado ante el difuso son las siguientes:⁵⁰¹

- 1) Permite por principio quitar de las manos de las jurisdicciones de derecho común la verificación de la constitucionalidad de las leyes, obligándolas a reenviar, bajo la forma de cuestiones prejudiciales, todas las dificultades serias de interpretación de la constitución, lo que asegura una homogeneidad de inmediata jurisprudencia, sobre este punto.
- 2) Además, se obtiene una confirmación o anulación definitiva, y oponible a todos (*erga omnes*) de la disposición legislativa atacada; resultando más satisfactorio que el efecto relativo de la cosa juzgada, para la claridad del orden jurídico.
- 3) En fin, encierra en un cuadrado más estricto de inconstitucionalidad, puesto que se ejerce directamente: apelación restringida y término más o menos largo, de manera que se reduce la inseguridad jurídica que acarrea todo control jurídico abierto indefinidamente.

3.1.2.3.4. Principios y el control de la constitucionalidad.

En el caso de los derechos fundamentales, ya sea porque colisionan entre sí, ya sea por leyes simples, emitidas a la luz de un derecho fundamental, colisionan con otros

⁵⁰¹ Cfr. COVIAN ANDRADE, Miguel. *La teoría del rombo*. P. 283



derechos fundamentales, en muchos casos y en muchos niveles de la administración de justicia entran en juego principios que hacen necesaria una interpretación constructiva del caso particular. Ciertamente, las decisiones del tribunal constitucional tienen casi siempre el carácter de decisiones acerca de principios. De ahí que la tarea del control de la constitucionalidad —tendencia de los tribunales superiores— se acumulen y agudice la problemática de la «indeterminación del derecho».⁵⁰²

El Tribunal Constitucional alemán abordó ofensivamente esta problemática en una resolución del 14 de febrero de 1973, refiriéndose al artículo 20 sección 3 de la *Grundgesetz* (Ley Fundamental):

“El derecho no se identifica con la totalidad de las leyes escritas. Frente a lo positivamente establecido por el poder del Estado puede haber a veces un *plus* en lo que toca al derecho, que tiene su fuente en el orden constitucional considerando como una totalidad de sentido y que puede actuar como correctivo frente a la ley escrita; encontrar ese *plus* y realizarlo en sus decisiones es tarea de la jurisprudencia constitucional.”⁵⁰³

Otras formulaciones, que atribuyen al tribunal constitucional es la función de desarrollar el derecho «interpretándolo y aplicándolo en términos creativos»; lo que nos lleva nuevamente al problema de la ruptura con el principio de división de poderes. Sin embargo, la interpretación nos sirve para responder a cuestiones de derecho constitucional dando amplitud y apertura al sentido de la norma o principio constitucional. A los tribunales, la concretización de tales normas puede ofrecer mayores dificultades, sobre todo de argumentación, como lo hemos visto a lo largo de este punto; ya que la labor legislativa, desde el punto de vista jurídico y social puede atender exclusivamente a argumentos jurídicos o políticos como se puede observar en la exposición de motivos de cualquier norma; y además por supuesto tiene la ventaja de que dicho producto sea revisado por el órgano judicial. Los tribunales constitucionales no tienen más oportunidad que basar sus decisiones en argumentos

⁵⁰² Cfr. HABERMAS, Jürgen. *Ob. Cit.* P. 316

⁵⁰³ *Ibidem.* P. 317



sólidos y racionales ya que buscan obtener decisiones validas, políticamente correctas, y legítimas, como lo exigen las sociedades modernas.⁵⁰⁴

3.1.2.3.5. Limites a la interpretación de la constitución.

Los procesos jurisdiccionales de control de la constitucionalidad, existe el problema de los alcances de las sentencias del tribunal constitucional, los cuales están directamente relacionados con los limites para interpretar la constitución en su esencia política y en sus preceptos jurídicos, limites que deben establecerse para evitar que los ministros o jueces constitucionales en lugar de dedicarse a proteger la constitución, modifiquen su contenido y su sentido al tomar sus decisiones y particularmente, al emitir sus sentencias.⁵⁰⁵

El modelo o sistema de interpretación dentro de los sistemas de control de la constitucionalidad tiene gran relevancia, no sólo como objeto de análisis teórico, sino particularmente en el ámbito de la aplicación f los procesos constitucionales en la materia.⁵⁰⁶

Dentro de la teoría del control de la constitucionalidad la interpretación de las normas constitucionales se denomina con el titulo de «sentencias interpretativas», las cuales tienes muy diversas variantes, como las «sentencias aditivas, substitutivas, reductivas y manipulativas», entre otras denominaciones que pueden emplearse con relación a este tema en los distintos países en los que se ha analizado este tema.

Cuando un tribunal constitucional conoce de un recurso de control de la constitucionalidad mediante el cual se impugna una decisión (acto concreto, omisión de cualquier naturaleza o una norma general) tiene dos opciones genéricas para

⁵⁰⁴ Cfr. HABERMAS, Jürgen. *Ob. Cit.* P. 317

⁵⁰⁵ Cfr. COVIAN ANDRADE, Miguel. *La Suprema Corte y el control de la constitucionalidad (diez años de fallas e imprecisiones)*. Centro de Estudios de Ingeniería Política y Constitucional, A.C., México, 2005, p. 401

⁵⁰⁶ *Ibidem.* P. 402



resolver el juicio respectivo (además de los casos de improcedencia o de sobreseimiento), a saber: emitir una sentencia estimatoria o una desestimatoria.⁵⁰⁷

En el caso de la sentencia estimatoria, el tribunal constitucional determina la anticonstitucionalidad de la decisión impugnada, mientras que en la sentencia desestimatoria que ésta es constitucionalmente válida. En términos sencillos, cuando se concluye un juicio, el órgano de control puede considerar que la decisión cuya constitucionalidad se cuestiona, no contradice a la constitución (desestimatoria), o bien, puede resolver lo contrario, anulando sus efectos (estimatoria).⁵⁰⁸

En este esquema simplificado, podría parecer que no existe ninguna dificultad que realmente exija al tribunal constitucional para ejercer su competencia en calidad de interprete y guardián de la constitución. Pero, es innegable que para cumplir con esta función se debe realizar una interpretación tanto de la norma constitucional como de las disposiciones jurídicas sujetas al procedimiento de control de la constitucionalidad.

Al ejercer su competencia, los ministros de la Suprema Corte de Justicia actúan como un órgano constituido y por lo tanto, como un órgano de poder, con la peculiaridad de que sus decisiones son obligatorias e inatacables, toda vez que se trata de sentencias judiciales irrecurribles tomadas producto de una instancia única y excluyente. En consecuencia, a diferencia de lo que ocurre en cualquiera de los órganos constituidos, cuyas decisiones pueden ser cuestionadas jurídicamente en su totalidad, las sentencias de un tribunal constitucional o de una corte de constitucionalidad son definitivas, por lo que el problema de la limitación de la facultad de interpretación de las normas jurídicas de estos órganos es muy relevante.⁵⁰⁹

En Europa, las resoluciones de los tribunales constitucionales genéricamente conocidas como “interpretativas” son las que se basan en un criterio de interpretación

⁵⁰⁷ Cfr. COVIAN ANDRADE, Miguel. *La Suprema Corte y el control de la constitucionalidad*. P. 403

⁵⁰⁸ *Ibíd.* P. 404

⁵⁰⁹ *Ibíd.* Pp. 404-405



de los jueces mediante el cual se modifica el contenido y el sentido de las disposiciones sujetas a control al determinar su constitucionalidad o anticonstitucionalidad. No se piense en absoluto que esta modificación es caprichosa o acomodaticia, no que los magistrados inventan normas que no existen o ignoran otras que están vigentes. Lo que ocurre es que en ocasiones, mediante la interpretación de los tribunales constitucionales se trata de “salvar” a las normas deficientemente redactadas por el legislador, o “darle sentido” a lo que de manera incompleta o confusa fue aprobado por él, sin cambiar el texto normativo, sino simplemente, suponiendo que “dice” algo adicional o distinto.⁵¹⁰

En estas condiciones, estas sentencias se han clasificado teóricamente con base en el tipo de modificación interpretativa de las disposiciones jurídicas que realizan los jueces para emitir las, existiendo las aditivas, las reductivas, las substitutivas y las manipulativas, entre otras, según se trate del cambio que se realice al contenido o al sentido de las normas que se analizan y se interpretan en cuanto a su constitucionalidad. Por ejemplo, si a una norma jurídica se le “agrega” alguna condición suspensiva al momento de interpretarla (“... siempre y cuando no...”), la sentencia en la que determine si es o no constitucionalmente válida se considera “aditiva”, mientras que si como consecuencia de su interpretación se “suprime” alguna parte de su contenido (“... sólo en los casos en que...”), la sentencia en la que se establezca si es o no constitucional, será reductiva.⁵¹¹

Se debe subrayar que, si bien es cierto que teóricamente se podría justificar el intento de “guardar o proteger” la constitucionalidad de las normas jurídicas mediante la interpretación de los tribunales constitucionales, considerando que “es preferible regular una situación determinada que carecer de regulación”, no se puede dejar de pensar en el problema relativo al hecho de que la decisión de abrir la posibilidad de que los tribunales constitucionales se conviertan en órganos legislativos, así sea sólo

⁵¹⁰ Cfr. COVIAN ANDRADE, Miguel. *La Suprema Corte y el control de la constitucionalidad*. Pp. 405-406

⁵¹¹ *Ibidem*. P. 406

con alcances complementarios, es demasiado riesgosa en países donde la vocación democrática no ha sido consolidada.⁵¹²

3.1.3. Sujetos.

3.1.3.1. Instituciones.

Para identificar a los agentes de la interpretación constitucional, se debe identificar primero a los destinatarios de las normas constitucionales, porque, de hecho, la constitución es interpretada típicamente por sus destinatarios. ¿Quiénes son entonces los destinatarios de las normas constitucionales? Esta pregunta, sin embargo, no ofrece una sola respuesta, ya que variar el modo de concebir la «función política de la constitución», ya que a grandes rasgos la ley fundamental responde:⁵¹³

- 1) Una primera puede a la función de «limitar el poder político», la cual induce a pensar que las normas constitucionales se dirigen a los órganos constitucionales supremos (las cámaras, el gobierno, el jefe de Estado, la Corte Constitucional, etcétera) y que éstos son los únicos intérpretes “autorizados” de la constitución. En otras palabras, desde este punto de vista, el texto constitucional —a diferencia de las leyes ordinarias— no es susceptible de interpretación y aplicación judicial directa por parte de los jueces comunes.⁵¹⁴
- 2) La función de «modelar las relaciones de poder», la que al contrario, sugiere que la constitución es, como cualquier otra ley, susceptible de interpretación y aplicación directa por parte de los jueces comunes para la solución de las

⁵¹² Cfr. COVIAN ANDRADE, Miguel. *La Suprema Corte y el control de la constitucionalidad*. P. 406

⁵¹³ Cfr. GUASTINI, Ricardo. *Ob. Cit.* P. 256.

⁵¹⁴ *Ibidem.* Pp. 256-257.



controversias a ellos sometidas. En general, esta concepción se dirige a favorecer:⁵¹⁵

- La interpretación conforme a la legislación ordinaria: las leyes son interpretadas de modo que su contenido normativo se haga coherente con la constitución (previamente interpretada).
- La interpretación del texto constitucional de forma que se puedan recabar (implícitamente) reglas y principios idóneos para disciplinar directamente las relaciones sociales y resolver las controversias relativas.

Otra variable que puede presentarse es la exclusividad de competencia en la aplicación la ley fundamental, lo que nos lleva a diferenciar entre constituciones flexibles y rígidas. Estos son los efectos:

- 1) Si la constitución es de competencia restringida al órgano legislativo, de modo que no existe algún control jurisdiccional sobre la constitucional de las leyes, el único interprete “oficial” (es decir, dotado de autoridad) del texto constitucional —incluso de las disposiciones que confieren derechos de libertad— no es otro mas que el mismo legislador. La constitución es sustraída, de hecho, de la interpretación de los jueces comunes.
- 2) Si la constitución es de competencia amplia, se puede distinguir:⁵¹⁶
 - En donde el control de legitimidad constitucional de las leyes es ejercido de forma difusa por todos los jueces, como sucede en Estados Unidos, no existe algún intérprete privilegiado: la constitución —como cualquier otra ley— es interpretada, en última instancia, por los jueces.

⁵¹⁵ Cfr. GUASTINI, Ricardo. *Ob. Cit.* P. 256-257.

⁵¹⁶ *Ibidem.* P. 258.

- En donde, por el contrario, el control de legitimidad constitucional de las leyes es ejercido por un juez constitucional (único órgano hipotéticamente competente para decidir las controversias sobre la legitimidad constitucional de las leyes), como sucede en muchos regímenes constitucionales europeos, entonces existe un intérprete privilegiado de la constitución, y este intérprete es precisamente el juez constitucional.

En donde, por el contrario, el control de la legitimidad constitucional de las leyes es ejercido por un juez constitucional (único órgano hipotéticamente competente para decidir las controversias sobre la legitimidad constitucional de las leyes), como sucede en muchos regímenes constitucionales europeos, entonces existe un intérprete privilegiado de la constitución, y este intérprete es precisamente el juez constitucional.⁵¹⁷

En donde el control del juez constitucional se ejerce *a posteriori* y por vía de excepción, los jueces comunes necesariamente desarrollan una función de filtro en relación con el juez constitucional. En estas circunstancias, también los jueces comunes —salvo que tengan la obligación de remitir al juez constitucional toda cuestión planteada por las partes y al mismo tiempo no tengan el poder de plantear cuestiones de oficio—, interpretan y hacen uso directo de la constitución, ya sea juzgándola infundada (o manifiestamente infundada), y por tanto no merecedora de ser remitida al juez constitucional. Todo juicio sobre la fundamentación de una cuestión de legitimidad constitucional supone, de hecho, la interpretación de la constitución.⁵¹⁸

⁵¹⁷ Cfr. GUASTINI, Ricardo. *Ob. Cit.* P. 258.

⁵¹⁸ *Ídem.*



«El contenido normativo de la Constitución» es una tercera variable es el contenido normativo de la Constitución ya que, obviamente, no todas las constituciones presentan el mismo contenido normativo.⁵¹⁹

- a) Algunas constituciones, por ejemplo, contienen exclusivamente normas sobre la organización de los poderes públicos (no incluyen un catálogo de derechos, ni contienen normas programáticas o de principio).⁵²⁰

En general, las normas que distribuyen el poder entre los diversos órganos del Estado no están sujetas a la interpretación judicial: los únicos intérpretes de estas normas son los mismos órganos a los que se dirigen (las cámaras, el gobierno, el jefe de Estado, etcétera). Sin embargo en estos sistemas políticos puede surgir una controversia por la violación de las normas de competencia entre los órganos de gobierno. Ahora bien, nace entonces la necesidad de solucionar dichos conflictos en una sede jurisdiccional, o mediante una acción política.⁵²¹

Cuando los conflictos entre poderes no pueden dirimirse ante un tribunal, los únicos intérpretes “autorizados” de las disposiciones constitucionales en cuestión son esos mismos órganos del Estado a los que dichas normas se refieren, ya que la interpretación ofrecida por tales órganos no está sujeta a algún control jurisdiccional.⁵²²

Por el contrario, cuando los conflictos entre poderes son susceptibles de solución jurisdiccional por parte de un tribunal constitucional —como

⁵¹⁹ Cfr. GUASTINI, Ricardo. *Ob. Cit.* P. 259.

⁵²⁰ *Ídem.*

⁵²¹ *Ídem.*

⁵²² *Ídem.*



sucede, por ejemplo, en Italia y en Alemania— el intérprete privilegiado, o “último”, de las disposiciones en cuestión es el juez constitucional.⁵²³

- b) Muchas constituciones incluyen, junto a las normas sobre la organización del poder, también declaraciones de derechos.⁵²⁴

Ahora bien, la controversia que típicamente puede nacer de la violación —o presunta violación— de las normas que confieren derechos (especialmente derechos de libertad) a los ciudadanos es una controversia relativa a la legitimidad constitucional de una ley. Puede, por tanto, preguntarse ¿qué órgano es el competente para solucionar controversias de este tipo? La respuesta a esta pregunta depende del sistema de control de la constitucionalidad adaptado en dicho sistema.⁵²⁵

- c) Finalmente, muchas constituciones, incluyen, junto a la declaración de derechos y a las normas sobre la organización del Estado, también una gran variedad de normas pragmáticas y de principio. ¿Qué órgano es competente para interpretar las disposiciones de este tipo? La respuesta a esta demanda depende, por un lado, del modo de concebir la función política de la constitución; por otro, del sistema de control de la constitucionalidad ya sea concentrado o difuso.⁵²⁶

3.1.3.2. Doctrinarios.

La tarea de interpretación consiste en establecer el significado de ciertos materiales jurídicos, el estudio de los doctrinarios que realizan esta labor hermenéutica, forjan la base doctrinal mediante la cual el órgano interprete va a sostenerse su decisión de

⁵²³ Cfr. GUASTINI, Ricardo. *Ob. Cit.* P. 259.

⁵²⁴ *Ídem.*

⁵²⁵ *Ibidem.* Pp. 259-260.

⁵²⁶ *Ibidem.* P. 260.



tomar un sentido u otro de la norma y brinda los argumentos que sustentan dicho fallo. Sobre la interpretación hecha por os doctrinarios conviene resaltar los siguientes puntos:

- a) La constitución como material jurídico es un lenguaje prescriptivo, mientras que el lenguaje de la ciencia jurídica es descriptivo o declarativo.⁵²⁷
- b) La ciencia del derecho nos permite reconocer cuál es el cuadro de regularidad que establece para los actos que la aplican o la continúan.⁵²⁸
- c) La única interpretación de la constitución que tiene carácter prescriptivo es la que realizan los órganos que la aplican, la interpretación positiva dice lo que la constitución dice realmente.⁵²⁹
- d) El órgano facultado establecerá el significado que cree corresponde a los materiales jurídicos que aplica, basándose, ya sea en criterios de decisión discrecionales (visión formalista) o en la búsqueda de la única respuesta correcta (visión integradora). Para la doctrina de corte formalista es el órgano constituido quien traduce las normas jurídicas, conforme a lo que considera como el significado (“adecuado”, “conveniente”, “justo”) que corresponde a la norma dictada por la constitución. Mientras que para las teorías de tendencia sustancial, el significado de la norma, no es sólo una decisión discrecional, sino que, se trata de un análisis minucioso de cuestiones apartadas de algún modo de la dogmática jurídica, pero que son parte de la Ciencia Constitucional⁵³⁰

⁵²⁷ Cfr. TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. “*Interpretación constitucional...* P. 127

⁵²⁸ *Ídem.* P. 127

⁵²⁹ *Ibidem.* P. 116

⁵³⁰ *Ibidem.* Pp. 115-116

3.2. ANTECEDENTES.

Una de las constantes en los trabajos de investigación en materia jurídica es el apartado referente a los antecedentes, que describe los cambios de una institución jurídica, como una “historia interna” integrada de explicaciones sobre las incidencias de la iniciativa y debates dentro del proceso legislativo, la identificación de las reformas que entraron en vigor y, finalmente una descripción de éstas últimas. Como el objeto de este trabajo son las relaciones entre la interpretación y la constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en este apartado, se hará un breve panorama de la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824, las Bases Constitucionales y las Bases Orgánicas de 1843, El Acta Constitutiva y de Reformas de 1847 y la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1857, y por supuesto haremos énfasis en lo que estos documentos determinaron en materia de interpretación constitucional. Respecto a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1910 (hasta antes de las reformas de 1995) además del análisis del texto constitucional, también haremos referencia a las reformas y adiciones, así como a los criterios jurisprudenciales del principal órgano intérprete: La Suprema Corte de Justicia de la Nación. Todo esto necesario para comprender la actualidad sobre la interpretación constitucional en nuestro país y verificar la posible existencia de una tradición o metodología en materia de interpretación constitucional en nuestro sistema jurídico.

3.2.1. Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824.

Los documentos constitucionales del México independiente —Acta Constitutiva y Constitución de 1824 fueron copia y síntesis de la constitución norteamericana de 1787 y de la española 1812; por ejemplo, la importación del federalismo, fue de la

norteamericana, en tanto que la intolerancia religiosa y la soberanía nacional, se tomaron de la de Cádiz. Los constituyentes evaluaron el pensamiento político prevaleciente en su época y tomaron decisiones que suscitaron la división permanente de los dos partidos principales en nuestra historia: centralistas y federalistas en los primeros años de nuestro país independiente, conservadores y liberales durante la época de la reforma, reaccionarios y revolucionarios durante la mayor parte del siglo XX.⁵³¹

A la consumación de la independencia, en un principio, el constituyente consideró que la nación emergente debería basarse en el Plan de Iguala y los Tratados de Córdoba, que optaba por una monarquía moderada; sin embargo, los constituyentes, pensaron en la construcción de un Estado independiente, en el que prevalecieran los principios de organización política mas avanzados de la época, principalmente inspirados en las ideas del “estado de naturaleza” y del “pacto social” de Rousseau.⁵³²

Los textos del acta constitutiva y constitución contienen algunas disposiciones repetidas; por lo que dichos documentos para su estudio se consideran como un todo orgánico-constitucional, que cae bajo el nombre genérico de “Constitución de 1824”. En síntesis las disposiciones fundamentales de ambos documentos fueron:

- a) Acta Constitutiva de la Federación Mexicana. Sancionada el 31 de enero de 1824. Consta de 36 artículos, dentro de los rubros que a continuación se señalan:
 - *Forma de gobierno y religión.* La soberanía reside esencialmente en la nación (artículo 3º.); se constituye una República representativa popular federal (artículo 5o.); la religión de la nación mexicana es y será perpetuamente la católica, apostólica, romana (artículo 4º.).

⁵³¹ Cfr. RABASA, Emilio O. *Historia de las constituciones mexicanas*. 3ª ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, p. 9.

⁵³² *Ibidem*. P.15



- *División de poderes.* El poder supremo de la Federación se divide, para su ejercicio, en Legislativo, Ejecutivo y Judicial (artículo 9º).
- *Poder Legislativo.* Residirá en una Cámara de Diputados y en un senado, que conformarán el Congreso general (artículo 10).
- —*Poder Ejecutivo.* Será depositado en el individuo o individuos que la constitución señale (artículo 15). (La constitución de 1824 —artículo 74— hizo residir el supremo Poder Ejecutivo de la Federación a un solo individuo, denominado presidente de los Estados Unidos Mexicanos).
- *Poder Judicial.* El Poder Judicial de la Federación se depositó en una Corte Suprema de Justicia, y en los tribunales que se establecieran en cada estado para impartir justicia pronta, completa e imparcial (artículo 18); todo hombre debe ser juzgado “por leyes dadas y tribunales establecidos antes del acto por el cual se le juzgue”; quedan prohibidos los juzgamientos por comisiones especiales, así como la retroactividad (artículo 19).
- *Gobierno particular de los estados.* Se establecen tres poderes (artículo 20); Legislativo —Congreso compuesto del número de individuos determinados por las Constituciones estatales, electos popularmente— (artículo 21); Ejecutivo —confiado, por determinado tiempo establecido por su constitución respectiva— (artículo 22); Judicial —formado por los tribunales que considere la Constitución estatal— (artículo 23).
- *Previsiones generales.* “La nación está obligada a proteger por leyes sabias y justas los derechos del hombre y del ciudadano” (artículo 30); y a preservar la libertad de escribir, imprimir y publicar ideas políticas, sin previa censura (artículo 31).
- Vigencia. El acta sólo puede variarse en el tiempo y términos que prescriba la Constitución general (artículo 35).⁵³³

⁵³³ Cfr. RABASA, Emilio O. *Ob. Cit.* Pp. 17 - 18

b) La Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, fue aprobada el 3 de octubre de 1824, esta formada por siete títulos que contienen 171 artículos, y establece con más detalle varios de los rubros descrito en La Acta Constitutiva; para nuestro estudio nos interesa en especial el Título VII, relativo a: “Observancia, **interpretación** y reforma de la constitución”, en donde se establece que sólo el Congreso puede resolver dudas sobre el sentido de estos documentos.⁵³⁴

“165. Sólo el congreso general podrá resolver las dudas que ocurran sobre inteligencia de los artículos de esta constitución y de la acta constitutiva.

166. Las legislaturas de los Estados podrán hacer observaciones, según les parezca conveniente, sobre determinados artículos de esta constitución y de la acta constitutiva; pero el congreso general no tomará en consideración sino precisamente el año de 1830.

168. el congreso siguiente, en el primer año de sus sesiones ordinarias, se ocupará de las observaciones sujetas a su deliberación, para hacer las reformas que crea convenientes; pues nunca deberá ser uno mismo el congreso que haga la calificación prevenida en el artículo anterior, y el que decrete las reformas.

171. Jamás podrán reformar los artículos de esta constitución y de la acta constitutiva que establecen la libertad e independencia de la nación mexicana, su religión, forma de gobierno, libertad de imprenta, y división de los poderes supremos de la federación y de los Estados”.⁵³⁵

Se puede observar que la interpretación positiva de la constitución únicamente podía ser realizada por un órgano de carácter político y función legislativa. Este modelo estaba inspirado en la pureza del principio de «división de poderes»; creado para proteger el sistema de organización republicano y federalista; legitimado en un gobierno representativo producto de la soberanía nacional.

⁵³⁴ “Constitución de los Estados Unidos Mexicanos (1824)” en *Leyes Fundamentales de México*. Dirección y efemérides de TENA RAMÍREZ, Felipe. 5ed., Edit. Porrúa, S.A., México, 1973. P.193.

⁵³⁵ *Ídem.*



3.2.2. Las Bases Constitucionales (1835 – 1836) y las Bases Orgánicas de 1843

Promulgada la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824, surgió el anhelo de una próspera era para la nueva nación mexicana; sin embargo, lo que sucedió fueron desacuerdos y violencia.⁵³⁶

Uno de los principales motivos del desorden fue la forma de elegir al presidente y al vicepresidente que determinaba la Constitución de 1824; sería presidente el que reuniera la mayoría absoluta de votos de las legislaturas y el que lo siguiera en sufragios, sería el vicepresidente, durando ambos, en sus cargos, cuatro años. El hecho de que el presidente fuera el vencedor de una votación y el primer vencido fuera el vicepresidente, trajo como consecuencia que surgieran las divisiones ideológicas y políticas. La historia nos confirma el hecho de este caos, porque conforme a los hechos durante los primeros diez años de independencia hubiera ocho presidentes.⁵³⁷

Esta serie de pronunciamientos y levantamientos debilitaron y desprestigiaron el régimen federal encaminado a la República “al constitucionalismo centralista”.

En junio 23 de 1835, se publicó una convocatoria sesiones extraordinarias del Congreso General hecha por el Consejo de Gobierno en uso de las atribuciones que le fueron conferidas en el artículo 116, fracción III de la constitución federal expedida en 1824, señalando que la primera junta preparatoria sería el 16 de julio y que las sesiones se abrirían el 19 de ese mismo mes, en las que se tomarían en consideración y se resolvería sobre las públicas manifestaciones de cambio de la forma de gobierno.⁵³⁸

⁵³⁶ Cfr. RABASA, Emilio O. *Ob. Cit.* P. 27

⁵³⁷ *Ibidem.* P. 28

⁵³⁸ *Ibidem.* P. 33



Este documento fue claramente violatorio de la Constitución, pues entre los asuntos a resolver estaba lo relativo a las “públicas manifestaciones sobre el cambio de la forma actual de gobierno”, contraviniendo lo señalado expresamente en el artículo 171 de la citada carta de 1824 que a la letra decía: “Jamás se podrán reformar los artículos de esta Constitución y de la Acta Constitutiva que establezcan la libertad e independencia de la nación mexicana, su religión, *forma de gobierno*, libertad de imprenta y división de los poderes supremos de la Federación y de los estados”.⁵³⁹

El día previsto se inauguró el nuevo periodo de sesiones y después que la comisión nombrada para examinar las propuestas hechas por ayuntamientos, legislaturas y reuniones de vecinos, debatió sobre el pro y el contra del sistema federal, finalmente el Congreso General expidió una ley, el 9 de septiembre, declarándose Congreso Constituyente investido para variar la forma de gobierno. Fue así como se dio un nuevo campo de batalla para la pugna entre los centralistas y los que preferían régimen federal.⁵⁴⁰

En sesiones del Congreso general de 24 y 25 de septiembre de 1835, se presentaron dos proyectos de leyes por la comisión formada por Francisco Manuel Sánchez de Tagle, Antonio Pacheco Leal, José María Cuevas, José Ignacio de Anzonera y Miguel Valentín.⁵⁴¹

El primero de los proyectos, con clara tendencia centralista, contenía las medidas que se debían de tomar para prevenir males, dar una organización provisional a los órganos de gobierno que no la tuvieren y uniformar a todos para alejarlos del peligro que según ese proyecto, entrañaba el federalismo.⁵⁴²

⁵³⁹ *Cfr.* RABASA, Emilio O. *Ob. Cit.* P. 34

⁵⁴⁰ *Idem.*

⁵⁴¹ *Ibidem.* P. 35

⁵⁴² *Ídem.*



El segundo proyecto de ley de la comisión, se refería a la contenía las «Bases Constitucionales para la nueva Constitución» y se publicó el 23 de octubre de 1835. En su articulado se señalaron los temas que serían motivo de leyes constitucionales. Es importante señalar que, como su nombre lo indica, se establecieron principios en que se fundamentaron las Siete Leyes que posteriormente se expidieron.⁵⁴³

3.2.2.1. Las Bases Constitucionales (1835 – 1836)

En este nuevo documento constitucional continuó la religión católica como oficial, sin permitirse el ejercicio de ninguna otra; pero, se suprimió la denominación y la estructura de las entidades federativas, dividiéndose el territorio nacional en departamentos y, para su gobierno, habría gobernadores y juntas departamentales.⁵⁴⁴

De importancia es conocer la «Segunda Ley Constitucional», la cual compuesta de 23 artículos, contempló la creación del «Supremo Poder Conservador», compuesto por cinco miembros que podían ser reelectos. Para ser miembro era necesario, entre otros requisitos, tener una renta anual de tres mil pesos y haber desempeñado algún cargo como presidente de la República, vicepresidente, senador, diputado, secretario de despacho o magistrado de la Suprema Corte de Justicia. Las atribuciones del Supremo Poder Conservador eran: declarar la nulidad de una ley o decreto, la de los actos del Poder Ejecutivo y los de la Suprema Corte de Justicia. Asimismo, declarar la incapacidad física o moral del Presidente de la República, suspender a la Suprema Corte de Justicia, y hasta por dos meses las sesiones del Congreso General, reestablecer constitucionalmente a cualquiera de los tres poderes, en el caso, en el caso de que hubieran sido disueltos por una revolución, declarar la voluntad de la nación cuando fuera conveniente, negar u otorgar la sanción a las reformas constitucionales y calificar las elecciones de los senadores. El Supremo Poder sólo

⁵⁴³ Cfr. RABASA, Emilio O. *Ob. Cit.* P.36

⁵⁴⁴ *Ídem*



era responsable ante Dios y la opinión pública (artículo 17) y sus individuos en ningún caso podrían ser juzgados ni reconvenidos por sus opiniones.⁵⁴⁵

Esta constitución fue terminada el 6 de diciembre de 1836, permitiendo a los conservadores tomar el poder y conducir el destino de México. Inmediatamente restituyeron los privilegios y riquezas a quienes habían visto afectados sus intereses durante la vigencia de la anterior constitución.⁵⁴⁶

Con la puesta en vigor de la constitución centralista, se pensaba que iban a resolver los problemas internos de la joven nación; sin embargo, la realidad fue muy diferente, ya que el país no encontró la tan deseada estabilidad política sino, por el contrario, se desencadenaron hechos muy graves.⁵⁴⁷

Otra vez las revueltas y pronunciamientos, provocados por los partidarios tanto del centralismo como del federalismo, envolvieron al país en la confusión: se produjo la separación de Texas, el intento de Yucatán por proclamar su independencia y la amenaza de intervención extranjera.⁵⁴⁸

En cuanto a la interpretación constitucional, en la Séptima Ley Constitucional relativa a las variaciones de las leyes constitucionales, en su artículo 1, párrafo 5º, establece que “Sólo al Congreso general toca resolver las dudas de artículos constitucionales”⁵⁴⁹; sin embargo, tampoco debemos olvidarnos de la amplia discrecionalidad del llamado Supremo Poder Conservador como órgano aplicador de la constitución.

3.2.2.2. Bases Orgánicas de la República Mexicana (1843)

Las Bases Orgánicas de 1843 (202 artículos y XI títulos) reiteraron la independencia de la nación y la organización en República centralista, conservaron la división

⁵⁴⁵ Cfr. RABASA, Emilio O. *Ob. Cit.* P. 37

⁵⁴⁶ *Ibidem.* P. 39

⁵⁴⁷ *Ibidem.* Pp. 39-40

⁵⁴⁸ *Ibidem.* P. 40

⁵⁴⁹ “Constitución de los Estados Unidos Mexicanos (1824)” en *Leyes Fundamentales de México.* P. 245.



territorial establecida en 1836, dejando a una ley secundaria precisar el número y los límites de los departamentos, suprimió el Supremo Poder Conservador, y declaró que el país profesaba y protegía la religión católica.⁵⁵⁰

Pero, estas «Bases Orgánicas» no fueron suficientes para que el país, al fin conociera la estabilidad. Fueron calificadas como “un producto militar” que necesariamente provocó un “despotismo constitucional”.⁵⁵¹

Apenas se rebasaron los tres años de vigencia de estas Bases; las tensiones internas del país se agudizaron, surgiendo de nuevo las ideas monárquicas. El propio Santa Anna manifestó a los gobiernos de Inglaterra y Francia su convicción de que el restablecimiento de una monarquía constitucional, podría terminar con la crisis política que sufría en ese entonces México.⁵⁵²

Por otro lado, la anexión de Texas a los Estados Unidos sucedió en julio de 1845; y para el abril de 1846, el gobierno estadounidense comenzó la invasión a la República Mexicana y dicho conflicto terminó a través de la firma del Tratado de Guadalupe Hidalgo en 1848.⁵⁵³

3.2.3. El Acta Constitutiva y Reforma de 1847

Las Bases Orgánicas de 1843, rigieron por un poco más de tres años, pero habrían de sucumbir a pronunciamientos y revueltas que deseaban convocar a un nuevo constituyente para poner en vigor otra vez los documentos constitucionales del 1824. Fue el propio Antonio López de Santa Anna que, ante el evidente juego político de la época, se declaró liberal, demócrata, federalista y en contra de toda monarquía. El General José Mariano Salas, quien era la figura política predominante del momento,

⁵⁵⁰ Cfr. RABASA, Emilio O. *Ob. Cit.* P.46

⁵⁵¹ *Ibidem.* P. 48

⁵⁵² *Ídem.*

⁵⁵³ *Ídem.*



se había levantado en la Ciudadela de la Ciudad de México el 22 de agosto 1846, y expidió dos decretos, por los cuales convocó al Congreso, a la vez que le otorgó también facultades de constituyente. Con un país dividido en grupos políticos antagónicos, con una invasión encima, el Congreso inició sus labores el 6 de diciembre de 1846, bajo la presidencia de José Joaquín de Herrera y con dominio de moderados, “como Lafragua, Espinosa de los Monteros, Comonfort y Mariano Otero”.⁵⁵⁴

La mayoría de la Comisión y del Congreso estaba por el restablecimiento de la Constitución de 1824 “mientras no se publiquen todas las reformas que determine hacerle el presente Congreso”.⁵⁵⁵

Mariano Otero disintió del dictamen de la mayoría y en su voto particular propuso “III. Que el Acta Constitutiva y la Constitución federal, sancionadas el 31 de enero y 24 de octubre de 1824, forman la única Constitución Política de la República”, pero añadió: “IV. Que además de esos códigos debe observarse la siguiente Acta de Reformas”. Los razonamientos de Otero contenidos en ese célebre “voto particular” hicieron que la mayoría aceptase el voto de la minoría por lo que, con algunas pequeñas modificaciones, se convirtió en el Acta Constitutiva y de Reformas.⁵⁵⁶

En síntesis el voto particular del jurisconsulto jalisciense establecía:⁵⁵⁷

- 1) La conservación del sistema federal.
- 2) Se incluyeron dentro de los derechos fundamentales de los ciudadanos el derecho a votar en elecciones populares, el de ejercer el derecho de petición, la prerrogativa de reunirse para discutir asuntos públicos y el derecho de pertenecer al Guardia Nacional.

⁵⁵⁴ Cfr. RABASA, Emilio O. *Ob. Cit.* P. 52

⁵⁵⁵ *Ídem.*

⁵⁵⁶ *Ídem.*

⁵⁵⁷ Cfr. RABASA, Emilio O. *Ob. Cit.* P.p. 52-53 y “Voto particular de D. Mariano Otero” en en *Leyes Fundamentales de México*. Pp. 443-468

- 3) La nueva constitución debía establecer las garantías individuales para todos los habitantes del territorio de la República, y sin distinción de nacionales y extranjeros; fijando dentro del texto los derechos individuales y su inviolabilidad, dejando a una ley posterior, general y de carácter muy elevado, el detallarlos. Estableciendo el único caso en que pudieran suspenderse las garantías.
- 4) En cuanto a la formación de las leyes se requería el voto de dos tercios de la cámara iniciadora, unido al poco más de un tercio de la revisora. En todas formas se exigía para toda ley la aprobación de la mayoría en una y otra Cámara.
- 5) En relación con el Poder Ejecutivo, debería suprimirse el cargo de vicepresidente que establecía la Constitución de 1824, y que siempre había sido el rival vencido del Presidente y, por lo tanto, su permanente adversario.
- 6) También fijaba nuevas reglas por delitos de altos funcionarios, correspondiendo a la Cámara de Diputados la función acusatoria y, al Senado, el de jurado de sentencia.
- 7) Otero propuso la facultad del Congreso de la Unión para declarar nulas las leyes de los Estados que implicasen una violación al pacto federal, o fueran contrarias a las leyes generales; pero, también en defensa de las entidades federativas, se planteó que por mayoría de las legislaturas de “los Estados” tuvieran el derecho de decidir en todo caso si las resoluciones del Congreso general eran «anticonstitucionales».
- 8) Finalmente los tribunales de la Federación ampararían a cualquier habitante de la República en el ejercicio y conservación de los derechos concedidos por la Constitución y las leyes constitucionales contra todo ataque de los poderes legislativos y ejecutivos, ya sea de la Federación, o de los



“Estados”, limitándose dichos tribunales a impartir su protección en el caso particular, sin hacer ninguna declaración general respecto de la ley o del acto que lo motivare. Con el amparo, los derechos del hombre no serían una mera declaración lírica, sino garantía constitucionalmente protegida.⁵⁵⁸

El Acta de reformas, propuesta por Otero en su voto particular, fue aprobada casi en su totalidad y sancionada el 18 de mayo de 1847. Unidas el Acta Constitutiva y la Constitución de 1824, conformaron la ley fundamental del Estado Mexicano.

Se debe subrayar que en este ordenamiento fundamental existe un sistema de control de la constitucionalidad más avanzado, fundado en los siguientes artículos:⁵⁵⁹

“Art. 22.— Toda ley de los Estados que ataque la Constitución ó las leyes generales, *será declarada nula por el Congreso*; pero esta declaración solo podrá ser iniciada en la Cámara de senadores”.

“Art. 23.— Si dentro de un mes de publicada una ley del Congreso general, fuera reclamada como anticonstitucional, ó por el Presidente, de acuerdo con su Ministerio, ó por diez diputados, ó seis senadores, ó tres legislaturas, la Suprema Corte, ante la que se hará el reclamo, someterá la ley al examen de las Legislaturas, las que dentro de tres meses, y precisamente en un mismo día, darán su voto.

Las declaraciones se remitirán á la Suprema Corte, y esta publicará el resultado, quedando anulada la ley, si así lo resolviere las mayoría de las Legislaturas”.

“Art. 24.— En el caso de los dos artículos anteriores, el Congreso general y las Legislaturas á su vez, se contraerán á decir únicamente si la ley de cuya invalidez se trate es ó no *anticonstitucional*; y en toda declaración afirmativa se insertarán la letra de la ley anulada y el texto de la Constitución ó ley general á que se oponga”.

“Art. 25.— Los Tribunales de la Federación ampararán á cualquier habitante de la República en el ejercicio y conservación de los derechos que le concedan esta Constitución y las leyes constitucionales, contra todo ataque de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, ya de la Federación, ya de los Estados; limitándose dichos tribunales á impartir su protección en el

⁵⁵⁸ Cfr. RABASA, Emilio O. *Ob. Cit.* P. 54

⁵⁵⁹ “Constitución de los Estados Unidos Mexicanos (1824)” en *Leyes Fundamentales de México*. Pp. 474 - 475

caso particular sobre que verse el proceso, sin hacer ninguna declaración general respecto de la ley ó del acto que motivare”.

“Art. 29.— En ningún caso se podrán alterar los principios que establecen la independencia de la Nación, su forma de Gobierno republicano representativo, popular, federal, y la división, tanto de los poderes generales como de los de los Estados”.

En cuanto al tema de la interpretación constitucional, podemos observar que sigue siendo el Congreso General, un órgano político legislativo, el protagonista de la aplicación de la Constitución, y por lo tanto el órgano intérprete principal de ésta, sin embargo, ya se observa una sujeción al poder político de las legislaturas de las entidades federativas que actuando en mayoría podrían declarar la inconstitucionalidad de una decisión tomada por el Congreso. Por otro lado, al otorgársele a los tribunales federales la defensa de los derechos fundamentales del hombre, inicia la era en que los órganos jurisdiccionales tienen la facultad de aplicar la constitución y por lo tanto interpretarla en la solución de conflictos de los gobernados por actos de los órganos de gobierno que violentarán sus garantías individuales establecidas en la Constitución.

3.2.4. La Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1857

3.2.4.1. La Revolución de Ayutla

El Plan de Ayutla fue proclamado el 1° de marzo de 1854. En dicho Plan, sustancialmente, se cesaba en el ejercicio del poder público a Antonio López de Santa Anna, quien el 9 de agosto de 1855, salió de la Capital rumbo a Veracruz, donde se embarco, dejando en definitiva su papel en la historia de México; Además, se convocaba a elegir un Presidente interino de la República por representantes de cada

Estado y Territorio, y se convocaba a un Congreso Extraordinario para constituir a la nación bajo la forma de “República representativa popular”.⁵⁶⁰

A los pocos días, el 11 de marzo de 1854, el Plan de Ayutla fue reformado en el Puerto de Acapulco, para realizar la elección de Presidente Interino por representantes, ya no de los Estados, sino de los Departamentos, lo que parecía implicar una tendencia centralista. El Congreso Constituyente debería reunirse a los cuatro meses de expedida la convocatoria.⁵⁶¹

Por su parte el iniciador de la Revolución de Ayutla, el General Juan Álvarez, en Cuernavaca nombró el 1° de octubre de 1855, la junta de representantes que habría de elegir al Presidente interino de la República, quedando electo el propio Álvarez “por mayoría de 13 votos contra 7, divididos entre Vidaurri, Comonfort y Ocampo”. Sin embargo al poco tiempo, Álvarez, por motivos de salud, persuadió a Comonfort a que ocupara la presidencia interina.⁵⁶²

3.2.4.2. El Constituyente de 1856-1857

La *Convocatoria* para un “Congreso extraordinario” —así calificado por el artículo 1°— fue dada por el ciudadano Juan Álvarez en Cuernavaca el 16 de octubre de 1855, en cumplimiento del artículo 5° del Plan de Ayutla. La hizo circular Melchor Ocampo, entonces Ministro de Relaciones Interiores y Exteriores. El Congreso habría de constituir “libremente a la nación bajo la forma de república democrática representativa”.⁵⁶³

3.2.4.3. Contenido.

La Constitución aprobada en 1857 constó de 128 artículos, albergados en ocho títulos, y un transitorio:

⁵⁶⁰ Cfr. RABASA, Emilio O. *Ob. Cit.* P.59

⁵⁶¹ *Ídem.* 59

⁵⁶² *Ibidem.* P.60

⁵⁶³ *Ibidem.* P.65

Título I, IV secciones: los derechos del hombre, los mexicanos, los extranjeros (sic) y los ciudadanos mexicanos.

Título II, II secciones: soberanía nacional y la forma de gobierno, y las partes integrantes de la Federación y del territorio nacional.

Título III, III secciones, división de poderes: Poder Legislativo, Poder ejecutivo y Poder Judicial.

Título IV, responsabilidad de los funcionarios públicos.

Título V, estados de la Federación.

Título VI, prevenciones generales.

Título VII, reformas de la Constitución.

Título VIII, inviolabilidad de la Constitución

Artículo transitorio: “con excepción de las disposiciones relativas a las elecciones de los supremos poderes federales y de los estados, no comenzará a regir hasta el día 16 de septiembre (1857) próximo venidero [...]”⁵⁶⁴

El esquema de la Constitución comprendía, en forma sumaria, todos los elementos del constitucionalismo liberal avanzado del siglo XIX. Era breve, sobria y tendía a ser conciliatoria. Las adiciones y reformas que, sobre el pasado constitucional federal de México estableció, la identifican como progresista.⁵⁶⁵

Dentro de esta constitución de 1857, no se restauraron, plenamente, el Acta y la Constitución de 1824, aun cuando varias de sus disposiciones fueron copiadas. En resumen estas son las disposiciones fundamentales de México en 1857:

- a) Se aceptó, por unanimidad, el federalismo.
- b) Se suprimió el que la nación profesara perpetuamente la religión católica, atribuyendo en exclusiva, a los poderes federales en materia de culto religioso “la intervención que asignen las leyes” (artículo 123).
- c) *Los derechos del hombre*, fueron claramente formulados en 29 artículos (igual número de los contenidos en la Constitución vigente).

⁵⁶⁴ “Constitución de los Estados Unidos Mexicanos (1857)” en *Leyes Fundamentales de México*. Pp. 606-629.

⁵⁶⁵ Cfr. RABASA, Emilio O. *Ob. Cit.* P. 72

- d) La libertad fue extendida a la enseñanza, trabajo, expresión de ideas, imprenta, petición, asociación, portación de armas y tránsito. El famoso artículo 14, prohibió la retroactividad de las leyes, prescribiendo que juicio y sentencia estuvieran fundados en leyes previas y dictadas por autoridad competente. El proceso criminal fue dotado de nuevas garantías, aun cuando se rechazó la idea del jurado popular. Se prohibieron los monopolios. En casos graves —y merced a la concurrencia del Ejecutivo y Legislativo— podían suspenderse las garantías individuales.
- e) *La soberanía nacional* (artículo 39), se hizo residir “esencial y originalmente en el pueblo”, como notoria modificación a lo establecido por el Acta y Constitución de 1824 y retomando, así, el revolucionario concepto que Morelos había plasmado en la Constitución de Apatzingán (artículo 5°).
- f) *El Poder Legislativo sería unicameral* (artículo 51), es decir, depositado en una sola asamblea de diputados y suprimiendo la de senadores.
- g) *En el amparo* consignado en los artículos 101 y 102, y en este último se estuvo a punto de establecer dos absurdos, al momento de su aceptación; primero, se otorgaba el conocimiento del amparo tanto a los tribunales de la Federación, como los de los estados; y, en segundo lugar, en el mismo 102, determinaba colocar, al lado del juez, a “un jurado compuesto de vecinos del distrito respectivo”. Gracias a Arriaga, Mata y Ocampo, los dos desatinos fueron superados.
- h) *La responsabilidad de los funcionarios públicos* (artículos 103 al 108), dividió a los delitos, que aquéllos pudieran cometer, en comunes y oficiales. En los comunes, el Congreso de la Unión, erigido en gran jurado, declaraba si se procedía, o no, contra el acusado. El primer caso, se le ponía a disposición de los tribunales comunes. Por lo que hace a los delitos



oficiales, el jurado de acusación lo era el Congreso de Unión y, el de sentencia, la Suprema Corte de Justicia.

- i) En cuanto a la interpretación de la constitución, desapareció de nuestro derecho constitucional el control político, para ser remplazado por el judicial, a cuyo conocimiento quedaron sometidas las violaciones de las garantías individuales y las invasiones de la esfera federal en la local, y viceversa.

La Constitución fue jurada y firmada por los diputados constituyentes el 5 de febrero de 1857. ese día también concurrió y prestó juramento el presidente sustituto Ignacio Comonfort, quien la promulgó el 12 de febrero, apareciendo publicada por bando solemne el 11 de marzo de ese mismo año.

Así, la Constitución de 1857, formalmente, y con reformas, fue vigente hasta la aprobación, también un 5 de febrero, de la de 1917, pero de facto, por la Guerra de Tres Años, la Intervención francesa, la aplicación especial que realizó el Presidente Juárez de ella y la teórica observación efectuada por el Presidente Porfirio Díaz; por lo que realmente fue intermitente su aplicación.⁵⁶⁶

3.2.5. La Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1917

En los términos anteriores, la Constitución de 1857, la gran Constitución liberal que, como toda ley máxima, aspira prioritariamente a lograr la unidad del pueblo que va a regir, tuvo una agitada vida, conformada por revoluciones y dictaduras, rompimiento social y desunión nacional. Es muy posible que la cuestión religiosa fuera el elemento más turbador que fraccionara al país.⁵⁶⁷

⁵⁶⁶ Cfr. RABASA, Emilio O. *Ob. Cit.* P. 74

⁵⁶⁷ *Ibidem.* P. 77



La mayoría de las reformas constitucionales se dieron durante la larga dictadura porfiriana, sobre todo para fortalecer y mantener al autócrata. En resumen, los siete presidentes que desfilaron durante la vigencia de la Constitución de 1857, en total reformaron 83 artículos.⁵⁶⁸

El Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, convocante al Congreso de 1916 y presentador del proyecto de Constitución respectivo, Venustiano Carranza y varios de los diputados que le siguieron, que consideraban que se trata de un mero “Proyecto de Reforma” a la ley fundamental de 1857 y, por la otra, muchos constituyentes que hablaron de “nueva constitución”; entre ellos, uno de los más distinguidos y miembro de la importante Segunda Comisión de Constitución, Hilario Medina. Esas diferentes evaluaciones o calificativos habrían de prevalecer, tanto durante las sesiones de la Asamblea de Querétaro, como tiempo después de concluida su obra.⁵⁶⁹

El título original y completo, se impuso, al menos, la tesis de Venustiano Carranza y sus seguidores, ya que el documento elaborado en Querétaro, se denominó así: Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que reforma la del 5 de febrero de 1857; pero, cuando el presidente del Congreso, Luis Manuel Rojas, hace entrega al “ciudadano Primer Jefe” en la sesión de clausura del Constituyente (31 de enero de 1917) del documento por éste elaborado, expresamente lo califica de “nueva Constitución de 1857, reformada en esta ciudad”. Sin embargo, en la misma sesión, Rojas se apresura en aclarar que todas las ideas fundamentales aportadas por Carranza no sólo en su proyecto de reformas, sino inclusive las que informaron, los proyectos y leyes de Veracruz, sobre la cuestión agraria y obrera, han sido completamente aceptadas por la representación nacional.⁵⁷⁰

La verdad es que el proyecto de Carranza sufrió importantísimas modificaciones, de tal modo que la constitución que promulgó el 5 de febrero de 1917 no fue una reforma

⁵⁶⁸ Cfr. RABASA, Emilio O. *Ob. Cit.* P.78

⁵⁶⁹ *Ídem.*

⁵⁷⁰ *Ibidem.* P. 80

a la de 1857 (aunque de ella herede principios básicos, como son: forma de gobierno, soberanía popular, división de poderes y derechos individuales), sino una nueva ley que, olvidando los límites del derecho constitucional clásico y vigente entonces en el mundo, recogió en sus proyectos los ideales revolucionarios del pueblo mexicano, les dio forma y creó originales instituciones sociales y económicas en su beneficio. Esto se hizo patente, sobre todo, en la elaboración y aprobación de los artículos 3°, 8°, 27, 123, 130 y 131 de la Constitución de Querétaro.⁵⁷¹

3.2.5.1. Leyes preconstituyentes.

El propio Carranza lo intuyó con las *adiciones* que, por decreto de 12 de diciembre de 1914 hizo al *Plan de Guadalupe*. En su carácter de Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, encargado del poder ejecutivo, expidió leyes que incluirían varios de los nuevos anhelos revolucionarios como fueron, entre otras: la Ley del Municipio Libre y la del Divorcio (25 de diciembre de 1914); la Ley agraria (6 de enero de 1915); las reformas al Código Civil (29 de enero de 1915); y la de Abolición de las tiendas de Raya (22 de junio de 1915).⁵⁷²

La Constitución de 1857 no se ajustaba a las nuevas reformas porque la vida había superado alguno de los principios básicos y el derecho debe nombrar la existencia real de los hombres. Así, con sagaz visión del presente y del futuro, fue surgiendo entre los principales jefes carrancistas la idea de convocar a un Congreso Constituyente que reformara la ley suprema, y la pusiera acorde con el nuevo México que de la Revolución estaba surgiendo.⁵⁷³

⁵⁷¹ Cfr. RABASA, Emilio O. *Ob. Cit.* P. 80

⁵⁷² *Ibidem.* P. 86

⁵⁷³ *Ídem.*



3.2.5.2. Contenido.

Ya sea que se acepte la idea de una mera «reforma» o la elaboración de toda una «nueva constitución», la verdad es que en el documento de 1917 hay dos partes, perfectamente distinguibles y separadas: la «liberal» y la «social».⁵⁷⁴

La Constitución de 1857, fue receptáculo y, a la vez, promotora de las ideas liberales predominantes en el siglo XIX. En aquel entonces se trataba del liberalismo clásico, esto es, el «liberalismo positivista». Por raro que ahora nos parezca, el célebre grupo de “los científicos”, adherido a, y heraldo de Porfirio Díaz, resultaba ser el grupo “revolucionario” de su época al considerar que la política debía manejarse como una ciencia.⁵⁷⁵

El «liberalismo político jurídico», se encuentra radicado, tanto en el «Proyecto» como en el «Mensaje» de Venustiano Carranza al constituyente (diciembre 1º de 1916. Desde la introducción, hasta la exhortación final, las garantías individuales, la cuestión electoral, el municipio y los poderes federales, dominan su pensamiento. El imperio de la ley es la guía permanente de la ideología carrancista.⁵⁷⁶

El proyecto de reformas tuvo una exaltación de los derechos humanos, llamados por nuestra doctrina «garantías individuales» y una reforma política en su Proyecto de constitución. Otorgaba facultades al Congreso para legislar en materia de trabajo, se fortalecía el Municipio Libre y, en materia agraria, ya se contaba con la Ley Agraria de 1915. Todo ello no fue suficiente para calmar y colmar el ímpetu social de las fuerzas progresistas radicadas en el Congreso de Querétaro.⁵⁷⁷

El «liberalismo económico social», tuvo sus momentos estelares en la elaboración, debate y aprobación de los artículos 3º, 5º y 123, 27, 28, 24 y 130 resultaba

⁵⁷⁴ Cfr. RABASA, Emilio O. *Ob. Cit.* P. 96

⁵⁷⁵ *Ídem.*

⁵⁷⁶ *Ibidem.* P. 97

⁵⁷⁷ *Ídem.* P.97

apropiado detenerse, aunque sea fugazmente, en lo ocurrido al debatirse los mencionados preceptos.⁵⁷⁸

Artículo 3º. Carranza proponía la plena libertad de enseñanza en lo general, pero laica tratándose de establecimientos de educación públicos, fue estimado demasiado breve, por lo que se amplió para excluir a las corporaciones religiosas de la instrucción primaria que, por otro lado, se declaró gratuita cuando se realizara en los establecimientos oficiales.

Artículo 5º y 123. Aún cuando, por supuesto, los artículos 5º y 123 fueron considerados, debatidos y votados por separado, la verdad es que el presente proyecto del artículo 5º de Carranza condujo, finalmente a que se aprobara un nuevo Título Sexto sobre el «trabajo y la previsión social». Entre los impulsores de la legislación obrera encontramos a Héctor Victoria, Alfonso Cravioto y Pastor Rouaix.⁵⁷⁹

Artículo 27. En unión del artículo 123, el artículo 27 resultó ser otra aportación social del constituyente de 1917. En el proyecto Carranza, este artículo se refería a las condiciones de la expropiación pública, a la prohibición de la propiedad privada por parte de las “corporaciones religiosas” y, en cuanto a los ejidos de los pueblos, los relegaba a una futura ley. Nótese la ausencia de materia tan importante como la relativa a la propiedad de la nación sobre los bienes naturales.⁵⁸⁰

Los constituyentes advirtieron la enorme trascendencia del tema agrario y, por ende, se declararon en sesión permanente para desahogarla. Se nombró una Comisión especial en la que, otra vez, participo Pastor Rouaix pero, muy especialmente Andrés Molina Enríquez, por su famoso trabajo “los problemas fundamentales de México”. Esta obra sirvió de esquema básico para la reforma agraria.⁵⁸¹

⁵⁷⁸ Cfr. RABASA, Emilio O. *Ob. Cit.* P. 97

⁵⁷⁹ *Ibidem.* P. 98.

⁵⁸⁰ *Ibidem.* Pp. 98-99

⁵⁸¹ *Ibidem.* P. 99



Se produjo así la concesión de la propiedad de los recursos naturales del subsuelo a la nación y se fijó la prohibición de los extranjeros para ser propietarios de tierras en una faja de 100 kilómetros de la frontera y 50 kilómetros de las playas.

En cuanto a la «Reforma Agraria», propiamente dicha, ésta se desprendió, sobre todo, de la Ley de 6 de enero de 1915.

Artículo 28. el proyecto de Carranza mejoraba el precepto de 1857, especialmente al finalizar con un concepto nítido de monopolio: "... y en general a todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio al público en general o de determinada clase social".⁵⁸²

Lo fundamental de la disposición fue la creación del Banco Único de emisión o Banco Central lo que, más adelante, se convertiría en el «Banco de México». Con ello terminó el caos financiero y monetario creado por la Revolución.⁵⁸³

Artículos 24 y 130. Como es sabido y se destacó en el capítulo relativo al Constituyente de 1856-1857, el tema más discutido y divisorio de esa Asamblea, que enfrentó a conservadores con liberales, fue el concerniente a la religión. Finalmente, el artículo 123, concedió a los poderes federales la competencia en materia de culto religioso.⁵⁸⁴

Con estos antecedentes, Carranza propuso un artículo 24 en el que se establecía la libertad de conciencia y, con respecto a la de los cultos, deberían estar circunscritos a los templos y bajo vigilancia del la autoridad federal.⁵⁸⁵

Sin embargo, el radicalismo prevaleció en la Asamblea y, en adición al artículo 24, se aprobó el 130 en el que, además de aceptar las propuestas de carranza sobre la

⁵⁸² *Cfr.* RABASA, Emilio O. *Ob. Cit.* P. 99

⁵⁸³ *Ídem.*

⁵⁸⁴ *Ídem.*

⁵⁸⁵ *Ibidem.* P. 100

independencia del Estado y la Iglesia y otros principios de las «Leyes de Reforma», los constituyentes negaron toda personalidad jurídica a las agrupaciones religiosas denominadas Iglesias y a los ministros de culto les limitó severamente sus derechos civiles.⁵⁸⁶

En síntesis la constitución aprobada en Querétaro, fundamentalmente contuvo:⁵⁸⁷

- 1) Una gran parte de la Constitución Liberal de 1857, especialmente en lo concerniente a derechos humanos, ahora calificados y designados como “garantías individuales”.
- 2) Las reformas propuestas por Carranza, esencialmente para reforzar al Poder Ejecutivo, establecer la no reelección y suprimir la vicepresidencia, dando mayor autonomía al Poder Judicial y soberanía a las entidades federativas y creando el municipio libre.
- 3) Las adiciones en materia social de los artículos 3º, 27, 123 y 130, propuestas y aprobadas por los constituyentes.

3.2.6. Interpretación constitucional entre 1917 y 1994

3.2.6.1. El periodo constitutivo (1917-1927)

La Suprema Corte de Justicia de la Nación y Poder Judicial de la Federación en este periodo conforme a los artículos constitucionales tenían las siguientes características:

- El artículo 94 disponía que el Poder Judicial de la Federación depositaría su ejercicio en una Suprema Corte de Justicia, y en Tribunales de Circuito y

⁵⁸⁶ Cfr. RABASA, Emilio O. *Ob. Cit.* P. 100

⁵⁸⁷ *Ibidem.* P. 101



Distrito; que la Corte se integraría por once miembros, funcionaría en pleno, sesionaría públicamente y precisaba el quórum de asistencia y de votación.

- En el 95 estipulaba cuáles debían ser los requisitos para ser designado ministro, entre los cuales estaban los de ciudadanía, edad, profesión, reputación y residencia en el país.
- En el 96 se precisaba el procedimiento que debía seguirse para llevar a cabo la designación de los miembros de la Suprema Corte por parte del Congreso de la Unión, Legislaturas Locales (las cuales tenían derecho a proponer cada una un candidato), y los supuestos a seguir en caso de que no se diera la designación en primera votación.
- El artículo 97 disponía que la Suprema Corte designaría a los jueces y magistrados, fijando su duración en el cargo, los supuestos y procedimientos de remoción y las reglas relativas a su adscripción; también se daban atribuciones a la Corte para nombrar jueces o magistrados supernumerarios para auxiliar la pronta impartición de justicia; y determinaba la obligación de los ministros de visitar juzgados y tribunales. Se le confería a la Suprema Corte facultades para designar a uno o más de sus miembros, un juez, un magistrado o comisionados especiales para, a solicitud de ciertos funcionarios, averiguar sobre la conducta de algún juez o magistrado o algún hecho que constituyera violación a una garantía individual, al voto público o algún otro delito castigado por la ley; y en este artículo también se establecía el procedimiento de designación del Presidente de la Corte.
- El 98, determinaba la forma de sustitución de las faltas de los ministros de la Corte.
- El artículo 99 regulaba los supuestos de la renuncia del cargo de ministro.



- En el 101, se establecía la prohibición para que ministros, magistrados, jueces y secretarios de la Corte, desempeñaran empleos o cargos remunerados por la Federación o los Estados de la República, además de empleos o cargos particulares, salvo honoríficos en asociaciones científicas, literarias o de beneficencia.
- En el 102, se precisaba la organización del Ministerio Público , así como sus funciones y la del Procurador.
- En el 103, se establecían las competencias de los tribunales federales, y en los artículos 104 y 105, las correspondientes a la suprema Corte de Justicia.
- Por último en los artículos 106 y 107, se establecía, respectivamente, la competencia de los tribunales federales en materia de amparo y los elementos fundamentales de ese proceso.

El diseño del Poder Judicial en la Constitución 1917 estuvo basado en ideas políticas clásicas, como el sistema de pesos y contrapesos; de la defensa de las garantías fundamentales frente a actos de gobierno; la imparcialidad de los tribunales; la autonomía del Poder Judicial; la necesidad de preservar el orden federal y la división de poderes mediante la actuación de los órganos jurisdiccionales.

En esta primera etapa, que es de constitución, podemos considerar que la interpretación constitucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en esta primera etapa se centro en cuestiones de entrada en vigor, resolución de conflictos temporales y de jerarquía de las normas con respecto a la constitución; como por ejemplo:

“CONSTITUCION DE 1857. No pudo considerarse vigente durante el tiempo en que no hubo Poderes establecidos conforme a sus disposiciones para la sanción y aplicación de sus preceptos, porque nadie estuvo encargado de cumplirla y hacer que se cumpliese.”



Amparo penal directo ante la Suprema Corte. Rivera G. José Antonio. 25 de agosto de 1917. La publicación no menciona la votación ni el nombre del ponente.

Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, p. 72, Pleno, tesis aislada, materia constitucional, registro: 292,061.

“CONSTITUCION DE 1917. Comenzó a regir, en la República, el día primero de mayo del año de su promulgación, según su artículo 1o. transitorio.”

Amparo penal directo. Granda Higinio. 24 de octubre de 1917. Mayoría de seis votos. Disidentes: Enrique García Parra, Enrique Moreno, Manuel E. Cruz y Victoriano Pimentel. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, I, p. 804, Pleno, materia constitucional, tesis aislada, registro: 292,447.

“CONSTITUCION FEDERAL. Como Ley Suprema, está por encima de las legislaciones locales, y, por tanto, los Jueces tienen la obligación de ajustar sus actos al texto de aquella.”

Amparo penal en revisión. Harlan Eduardo y coacusados. 9 de enero de 1918. Unanimidad de once votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, II, p. 84, Pleno, materia constitucional, tesis aislada, registro: 290,964.

“GOBIERNO PRECONSTITUCIONAL. Todas las leyes y disposiciones dictadas por él, deben estimarse en vigor mientras no sean derogadas y en cuanto no estén en pugna con la Constitución actual.”

Amparo administrativo. Revisión del auto de sobreseimiento. Baigts José. 23 de enero de 1918. Unanimidad de once votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, II, p. 161, Pleno, materia común, tesis aislada, registro: 291,017.

“LEY SUPREMA DE LA NACION. Conforme al artículo 133 de la Constitución, ésta, las leyes del Congreso que de ella emanen, y los tratados que, con aprobación del mismo, hiciere el presidente de la República, constituyen esa Ley Suprema.”

Amparo penal directo interpuesto ante la Suprema Corte. Vélez Luis. 18 de marzo de 1918. Mayoría de seis votos. Ausentes: Enrique M. de los Ríos, Enrique Moreno y Alberto M. González. Disidentes: Agustín de Valle y Victoriano Pimentel. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, II, p. 885, Pleno, materia constitucional, tesis aislada, registro: 291,490.

“CONSTITUCION DE 1857. La usurpación de Victoriano Huerta rompió el orden constitucional, y la Constitución de 1857, prácticamente, quedó en suspenso y sin aplicación, en parte; pero no hubo ley alguna que la derogara expresamente y, por el contrario, la Revolución reconoció su vigencia, por lo cual, durante el periodo a que se ha dado el nombre de preconstitucional, la Constitución de 1857 existió como ley, por más que la observancia de muchos de sus preceptos quedara en suspenso, por imposibilidad física o por incompatibilidad absoluta.”

Amparo civil en revisión. Cirerol de Díaz Mercedes y coagraviados. 26 de marzo de 1920. Mayoría de ocho votos, respecto al primer punto resolutive. Disidentes: Alberto M. González y Antonio Alcocer. Mayoría de seis votos, por lo que hace al segundo punto resolutive. Disidentes: Adolfo Arias, Agustín Urdapilleta, Gustavo A. Vicencio y José María Mena. Excusa: Patricio Sabido. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, VI, p. 571, Pleno, materia constitucional, tesis aislada, registro: 810,743.

“CONSTITUCION FEDERAL. Sus disposiciones deben prevalecer sobre cualesquiera leyes que se dicten y que sean contrarias a su espíritu.”

Amparo administrativo en revisión. Olazcoaga viuda de Barbosa Francisca. 6 de noviembre de 1918. Unanimidad de nueve votos. Ausentes: Agustín Urdapilleta y Enrique M. de los Ríos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, III, p. 1180, Pleno, materia constitucional, tesis aislada, registro: 290,787

“CONSTITUCION FEDERAL. Debe ser observada, a pesar de las disposiciones que pueda haber en contrario, en las Constituciones Locales.”



Amparo administrativo en revisión. Compañía Comercial de Puebla, S. A. 2 de mayo de 1919. Unanimidad de ocho votos. Ausentes: José M. Truchuelo, Manuel E. Cruz y Enrique M. de los Ríos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, IV, p. 983, Pleno, materia constitucional, tesis aislada, registro: 289,922.

A pesar del trabajo relacionado con la solución de conflictos de vigencia y positividad de la constitución, la Suprema Corte también realizó consideraciones relativas a:⁵⁸⁸

a) **Las garantías individuales.** La Corte sostuvo que las mismas “eran un factor indispensable para la existencia del orden social”;⁵⁸⁹ que “del sentido natural” del artículo 4º se garantiza la propiedad del trabajo, pero no así los productos de él derivados;⁵⁹⁰ que por su espíritu, el artículo 14 se viola cuando los individuos se les priva de sus propiedades, posesiones o derechos;⁵⁹¹ que el artículo 17 se viola por medio de cualquier disposición que tienda a impedir que se administre justicia;⁵⁹² y ordena la existencia de tribunales expeditos para impartir justicia;⁵⁹³ respecto del 27, determina que la utilidad pública y el destino de las tierras justifica la expropiación;⁵⁹⁴ respecto del 33, que facultad del Presidente de la República de expulsar inmediatamente y sin juicio a todo extranjero que juzgue pernicioso, es tan terminante, que no admite interpretación alguna.⁵⁹⁵

b) **El estatus que la Corte otorgó a los órganos de representación respecto del texto constitucional.** En primer lugar, se dice que el

⁵⁸⁸ Cfr. COSSÍO, José Ramón. *La teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia*. Distribuciones Fontamara, S.A., México, 2004, p. 92-97

⁵⁸⁹ RESPETO A LAS GARANTIAS INDIVIDUALES. S.J.F., 5ª, II, p. 1193, Pleno, común, tesis aislada, abr. 1918.

⁵⁹⁰ ARTICULO 4o. CONSTITUCIONAL. S.J.F., 5ª, XX, p. 189, Pleno, constitucional, tesis aislada, ene. 1927.

⁵⁹¹ ARTICULO 14 CONSTITUCIONAL. S.J.F., 5ª, III, p. 1163, Pleno, constitucional, tesis aislada, nov. 1918.

⁵⁹² DERECHO DE PETICION. S.J.F., 5ª, V, p. 417, Pleno, común, tesis aislada, sep. 1919.

⁵⁹³ ARTICULO 17 CONSTITUCIONAL. S.J.F., 5ª, XXII, p. 605, Pleno, común, tesis aislada, mar. 1928.

⁵⁹⁴ ADQUISICION DE TIERRAS PARA DOTAR A LOS PUEBLOS. S.J.F., 5ª, II, p. 1049, Pleno, administrativa, tesis aislada, abr. 1918.

⁵⁹⁵ ARTICULO 33 CONSTITUCIONAL. S.J.F., 5ª, p. 323, Pleno, constitucional, administrativa, tesis aislada, feb. 1919.

Congreso Constituyente “radica la facultad suprema de modificar las leyes y las instituciones, sin más límites que los que fijan el interés nacional, la civilización y los derechos naturales del hombre”,⁵⁹⁶ y que el mismo puede, por razones de orden social, expedir leyes retroactivas para que se apliquen de la misma manera.⁵⁹⁷ En lo que hace al Poder Legislativo, sostuvo que es absoluto, salvo donde la constitución le ha impuesto límites, “sea que obre según la justicia natural, o no, en cualquier caso especial”.⁵⁹⁸

- c) **Los criterios que definen la posición de la constitución dentro del sistema de fuentes del derecho, de forma adicional al criterio de supremacía.** La Corte sostuvo la aplicación inmediata del texto constitucional ante la ausencia de Ley de Amparo,⁵⁹⁹ de la Ley Reglamentaria del Artículo 123,⁶⁰⁰ y de la ley que debía establecer las profesiones que requerían título profesional.⁶⁰¹
- d) **Lo que a juicio de la Corte es constitución.** Esto puede entenderse, primero, en relación con sus fines, por ejemplo: “el postulado supremo de toda sociedad organizada, de que el imperio de la ley y no la violencia, debe ser la fuente de los derechos y deberes tanto de los individuos como del poder público”.⁶⁰² Segundo, en este apartado tiene que ver con los contenidos que le otorga a ciertos preceptos o expresiones relevantes; así, por ejemplo, estableció que la autoridad en el régimen democrático emanaba de la soberanía popular, “ejercida por medio del sufragio, o de los nombramientos que con arreglo a la ley, hacen los funcionarios electos por

⁵⁹⁶ PODER CONSTITUYENTE DE LA NACION. S.J.F., 5ª, III, p. 587, Pleno, constitucional, tesis aislada, ago. 1918

⁵⁹⁷ RETROACTIVIDAD. S.J.F., 5ª, XIX, p. 380, Pleno, constitucional, tesis aislada, ago. 1926.

⁵⁹⁸ PODER LEGISLATIVO. S.J.F., 5ª, II, p. 1136, Pleno, Administrativa, tesis aislada, abr. 1918.

⁵⁹⁹ AMPARO, JUICIO DE. S.J.F., 5ª, II, p. 1164, Pleno, común, tesis aislada, abr. 1918.

⁶⁰⁰ ARTICULO 123 CONSTITUCIONAL. S.J.F., 5ª, XIV, p. 1596, Pleno, laboral, tesis aislada, jun. 1924.

⁶⁰¹ LEY REGLAMENTARIA DEL ARTICULO 4o. CONSTITUCIONAL. S.J.F., 5ª, II, p. 1353, Pleno, administrativa, tesis aislada, may. 1918.

⁶⁰² CONFLICTOS CONSTITUCIONALES. S.J.F., 5ª, XI, p. 969, Pleno, constitucional, tesis aislada, jun. 1922.



el pueblo”,⁶⁰³ que la división de poderes es la esencia de nuestro sistema de gobierno,⁶⁰⁴ que las facultades extraordinarias que el Legislativo concede al Ejecutivo significan una cooperación o auxilio y no una abdicación de funciones,⁶⁰⁵ mientras que el objeto de las leyes se dijo que era “mantener la existencia de los derechos de los particulares entre sí y en sus relaciones con el Poder Público”.⁶⁰⁶

e) **La forma en que la Suprema Corte se asignó su papel constitucional.**

En cuanto a sus restricciones, afirmó que no le correspondía resolver sobre la legalidad de las funciones de los miembros ya reconocido de los otros Poderes.⁶⁰⁷ Respecto de los alcances de sus competencias, sostuvo que su competencia para resolver ciertos conflictos constitucionales no significaba que tuviera supremacía respecto del resto de los poderes,⁶⁰⁸ y que su tarea consistía en “mantener el equilibrio de las fuerzas activas del gobierno, velando para ello constantemente por el respeto a la constitución”.⁶⁰⁹ En un conjunto de criterios que muestran las formas de relación entre la constitución recién expedida y el régimen de control de la constitucionalidad, la Corte consideró carecer de competencia para analizar la proporcionalidad y equidad de las contribuciones,⁶¹⁰ pues tales tareas le parecían propias del pueblo al momento de ejercer su derecho al voto.⁶¹¹ Igualmente, sostuvo que el pueblo, al hacer la elección del primer magistrado, “ha confiado en la

⁶⁰³ AUTORIDAD. S.J.F. 5ª, II, p. 1131, Pleno, administrativa, tesis aislada, abr. 1918.

⁶⁰⁴ DIVISION DE PODERES. S.J.F. 5ª, XVI, p. 937, Pleno, constitucional, administrativa, tesis aislada, abr 1925.

⁶⁰⁵ FACULTADES EXTRAORDINARIAS. S.J.F., 5ª, V, p. 489, Pleno, constitucional, tesis aislada, sep. 1919.

⁶⁰⁶ LEYES, OBJETO DE LAS. S.J.F., 5ª, II, p. 1193, Pleno, administrativa, tesis aislada, abr. 1918.

⁶⁰⁷ LEGALIDAD DE LAS AUTORIDADES. S.J.F., 5ª, VII, p. 629, Pleno, común, tesis aislada, ago 1920.

⁶⁰⁸ CONFLICTOS CONSTITUCIONALES. S.J.F., 5ª, XI, p. 970, Pleno, constitucional, tesis aislada, jun. 1922

⁶⁰⁹ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA. S.J.F., 5ª, p. 74, Pleno, constitucional, administrativa, tesis aislada, ago. 1917

⁶¹⁰ CONTRIBUCIONES. S.J.F., 5ª, I, p. 809, Pleno, administrativa, tesis aislada, dic. 1917. Posteriormente esta tesis fue modificada y la Corte admitió tener competencia para resolver sobre estos asuntos, ver: IMPUESTOS. S.J.F., 5ª, XVII, p. 1014, Pleno, constitucional administrativa, tesis aislada, oct. 1925.

⁶¹¹ IMPUESTOS LOCALES. S.J.F., 5ª, I, p. 810, Pleno, administrativa, tesis aislada, dic. 1917

discreción del electo, para hacer un buen uso de la facultad que otorga el artículo 33 constitucional” de modo que no podía intervenir en ella.⁶¹²

De los incisos anteriores podemos concluir que la Suprema Corte de Justicia de la Nación lejos de tratar de construir una interpretación propia de las normas constitucionales, en muchos casos determinó que su sentido era tan evidente que podía limitarse a reproducir su literalidad. Otro punto a subrayar, es que el sentido de las normas constitucionales era muy parecido al que les dio el Constituyente, de tal forma que la Corte limitaba sus posibilidades de actuación a favor de lo dispuesto por los órganos legislativo y ejecutivo que estimaba como directamente relacionados con el pueblo soberano.

La actuación e interpretación de la Suprema Corte a partir de 1917 estuvo sujeta a la proximidad de la Revolución y del Congreso Constituyente. Ello implica que la principal motivación consistiera en conferirle eficacia al texto, resolver los problemas de temporalidad que se suscitaron con el cambio de régimen y constitución y, lo que es más importante, legitimar a la Suprema Corte que debía interpretarlo y aplicarlo.⁶¹³

3.2.6.2. El periodo liberal (1928-1934)

El 20 de agosto de 1928, promovida por el presidente Álvaro Obregón, se realizó la reforma de los artículos constitucionales 94, el 96 al 100 y el 111. En lo que se refiere a la Corte, los cambios fundamentales consistieron en:

- Conforme al artículo 94 se dispuso aumentar el número de ministros de once a quince, que su actuación sería en Pleno o en tres salas, que sus ingresos no podrían ser disminuidos durante su encargo, y que los ministros serían inamovibles, salvo cuando observaran mala conducta.

⁶¹² EXPULSION DE EXTRANJEROS. S.J.F., 5ª, II, p. 146, Pleno, administrativa, tesis aislada, ene 1918.

⁶¹³ Cfr. Cossío, José Ramón. *Ob. Cit.* Pp. 95-96



- El artículo 96, determinaba que los nombramientos de los ministros serían hechos por el Presidente y aprobados por el Senado.
- El artículo 98 previó el modo como el Presidente de la República cubriría las faltas de los ministros con la participación del Senado.
- El artículo 99 estableció que el presidente y el Senado calificarían las renunciaciones de los ministros.
- El artículo 111 otorgaba la facultad al Presidente de la República para pedir directamente a la Cámara de Diputados, la destitución por mala conducta de los ministros de la Suprema Corte, y de los magistrados y jueces federales y del Distrito Federal y territorios federales, correspondiendo a la Cámara de Senadores declarar en su caso la responsabilidad.
- Y en el artículo 4º transitorio de esta reforma se determinaba que los ministros que en ese momento ocupaban el cargo, debían esperar su ratificación por el Presidente y el Senado de la República.

Con motivo de esta reforma y la nueva integración de la Corte, el máximo tribunal se dispuso a dotar a las garantías individuales de un sentido amplio, dirigido a impedir que el gobierno se inmiscuyera en asuntos y negocios que pertenecían a los particulares, por lo que dicha actuación es calificación de liberal.⁶¹⁴

En este periodo la Suprema Corte de Justicia de la Nación realizó consideraciones relativas a:⁶¹⁵

- a) **Las garantías individuales.** En principio no se estableció una definición o un concepto general de las mismas, sino señalamientos específicos acerca de lo que constituye su contenido y su alcance respecto de las autoridades

⁶¹⁴ Cfr. COSSÍO, José Ramón. *Ob. Cit.* P.98

⁶¹⁵ *Ibidem.* Pp. 99-105

públicas.⁶¹⁶ En lo relativo a la libertad pública de expresión, la Suprema Corte sostuvo que aquellas manifestaciones que tienden a hacer prosélitos para determinar bandería política o ideológica, no puede constituir, entre tanto no alteren realmente el orden público, delito alguno, y reprimirlo constituye una violación a las garantías individuales.⁶¹⁷ De la libertad de trabajo “debe atenderse como un elemento primordial, para su resolución, a estos caracteres de ilicitud o de daño social, y si no existen, es indudable que se atenta contra los derechos individuales de aquel a quien se coarta su libertad para ejercitar aquella actividad que se propone desarrollar”.⁶¹⁸ De la prensa llegó a afirmarse que, como las instituciones republicanas sólo pueden fundarse en la libertad de prensa, el hecho de que la misma siga “camino extraviados” no puede conllevar a su represión, ya que “mayores males resultarían con el ahogamiento de las ideas, perenne origen de los abusos de poder”.⁶¹⁹

En lo tocante a las garantías de seguridad jurídica, la Suprema Corte sustentó en 1930 que el principio de retroactividad “es de observancia inexcusable, cualquiera que sea la ley, causa o motivo de la aplicación legal y el procedimiento en que ésta se haga”.⁶²⁰

Respecto a las garantías del acusado, en 1932 se admitió la violación de garantías en aquellos casos en que el juez no hubiera puesto a su disposición la lista de defensores, por estimar que el espíritu de la Constitución en “permitir y dar facilidades al procesado, para que pueda destruir los cargos que se le hacen”.⁶²¹ Respecto de la acción penal, se

⁶¹⁶ GARANTIAS INDIVIDUALES. S.J.F., 5ª, XXXIII, p. 1848, Primera Sala, común, tesis aislada, nov. 1931.

⁶¹⁷ LIBERTAD DE EXPRESION. S.J.F., 5ª, XXXVIII, p. 224, Primera Sala, penal, tesis aislada, may. 1933

⁶¹⁸ LIBERTAD DE TRABAJO. S.J.F., 5ª, XXVII, p. 872, Segunda Sala, constitucional, laboral, tesis aislada, oct. 1929.

⁶¹⁹ LIBERTAD DE LA PRENSA. S.J.F., 5ª, XXXVII, p. 942, Segunda Sala, constitucional, tesis aislada, feb. 1933.

⁶²⁰ ARTICULO 14 CONSTITUCIONAL. S.J.F., 5ª, XXX, p.1567, Primera Sala, constitucional, tesis aislada, nov. 1930

⁶²¹ ACUSADO, GARANTIAS DEL. S.J.F., 5ª, XXXV, p. 223, Primera Sala, constitucional, penal, tesis aislada, may. 1932.



declaró la inconstitucionalidad de las normas que le confieren a los jueces facultades para delimitar la responsabilidad penal del inculpado y para instituir procesos, agregó que “la frecuente violación de un precepto constitucional, lejos de ser por sí mismo, motivo legal para seguir incurriendo en ella, lo es más que suficiente para evitarla”.⁶²²

En materia fiscal determinó que, en términos del artículo 31, fracción IV, “es preciso no sólo que la ley establezca el impuesto, sino que, también, fije su cuantía o proporcionalidad, la cuota y forma y términos de computarla y pagarla; de otro modo, sería la autoridad fiscal y no la ley, como quiere la Constitución Federal, la que fijaría la proporcionalidad del impuesto, con lo cual la tributación tendría un carácter arbitrario”.⁶²³

Finalmente, estableció que el derecho a desempeñar un empleo público es de carácter político en cuanto su función es inherente a la ciudadanía, por lo que, al no ser una garantía individual, no es procedente el amparo contra actos de autoridad que priven al quejoso del cargo que ocupaba.⁶²⁴ De este modo la improcedencia del amparo no sólo se daba respecto de los cargos públicos derivados de elecciones, sino exclusivamente cuando se ocupara y con independencia del origen de la designación.⁶²⁵

- b) **Sobre el estatus que la Suprema Corte le asignó a los órganos de representación.** En primer término determinó en algunos casos que el criterio determinante para la comprensión de los preceptos constitucionales era la voluntad del legislador, como cuando declaró que el sentido del artículo 28 no podía reducirse a contrarrestar el acaparamiento de un

⁶²² ACCION PENAL. S.J.F., 5ª, XXV, p. 470, Primera Sala, penal, tesis aislada, ene. 1929.

⁶²³ IMPUESTOS, PROPORCIONALIDAD DE LOS. S.J.F., 5ª, LXXXVII, p. 96, Segunda Sala, administrativa, tesis aislada, ene. 1946.

⁶²⁴ CARGOS DE ELECCION POPULAR. S.J.F., 5ª, XXXVIII, p. 168, Segunda Sala, constitucional, tesis aislada, may. 1933.

⁶²⁵ EMPLEADOS PUBLICOS. S.J.F., 5ª, XXV, p. 918, Segunda Sala, administrativa, tesis aislada, feb. 1929.

artículo de consumo necesario, sino a combatir también las ventajas otorgadas a favor de ciertos productores.⁶²⁶ En el caso del fuero de guerra, la Suprema Corte consideró que ni la interpretación gramatical ni las discusiones dentro del Congreso Constituyente eran suficientes para darle sentido a dicho concepto, por lo que optaron en que debía subsistir dicho fuero.⁶²⁷

- c) **La forma en que la Suprema Corte definió la defensa de la Constitución.** En cuanto al amparo, sostuvo que se trataba de una vía de defensa de las garantías individuales,⁶²⁸ o que el “Estado” debía promoverlo en los casos en que sus derechos patrimoniales resultaran afectados.⁶²⁹ Asimismo, se determinaron dos cuestiones de la mayor importancia respecto de este proceso. Primeramente, que el amparo no sólo tenía como fin proteger las garantías individuales en provecho de los particulares, “sino, principalmente, la de procurar el cumplimiento de la Constitución”.⁶³⁰
- d) **Las funciones constitucionales de la Suprema Corte.** Finalmente y con mucha relación al inciso anterior, se formularon tesis en las que la Corte se auto asignó sus funciones constitucionales. Por ejemplo, definió que las autoridades administrativas carecían de facultades constitucionales para fijar la interpretación de las leyes, “pues esto solamente corresponde a la autoridad judicial federal, al estudiarse los juicios constitucionales”.⁶³¹

En esta etapa la nueva composición de la Suprema Corte de Justicia de la Nación produjo nuevos criterios jurisprudenciales que tuvieron un curso predominantemente liberal, que fortaleció el sentido de las garantías individuales, la restricción de órganos

⁶²⁶ MONOPOLIOS. S.J.F., 5ª, XLI, p. 426, Segunda Sala, administrativa, tesis aislada, ago. 1934.

⁶²⁷ FUERO DE GUERRA. S.J.F., 5ª, XXXIX, p. 240, Pleno, constitucional, penal, tesis aislada, dic. 1933

⁶²⁸ AMPARO. S.J.F., 5ª, XXV, p. 1210, Segunda Sala, común, tesis aislada, mar. 1929.

⁶²⁹ ESTADO. S.J.F., 5ª, XXVI, p. 1875, Primera Sala, civil, tesis aislada, ago. 1929.

⁶³⁰ AMPARO. S.J.F., 5ª, XXXVIII, p. 2467, Primera Sala, constitucional, tesis aislada, ago. 1933.

⁶³¹ LEYES, INTERPRETACION DE LAS. S.J.F., 5ª, XLV, p. 2787, Segunda Sala, administrativa, tesis aislada, ago. 1935.



de gobierno y la ampliación de las posibilidades de defensa de la Constitución. Y muy importante, fue que esta Corte demostró que los órganos jurisdiccionales pueden tener una argumentación, de sus decisiones, propia y alejada del poder político.

“[...] el “maximato” no significó ni tuvo alcances absolutos respecto de todas las posibles formas de expresión del orden jurídico. Es decir, que aun cuando los años considerados coincidan con los del dominio de Calles, la Corte estableció criterios amplios y protectores de los individuos [...]”⁶³²

Como podrá observarse en este periodo la Suprema Corte de Justicia de la Nación tampoco establece, con su labor interpretativa, un sistema constitucional de un sentido propio. Únicamente basa sus decisiones a partir de argumentos heredados de la doctrina liberal.

3.2.6.3. El periodo socialista (1934-1940)

La Reforma Constitucional del 15 de diciembre de 1934, en cargada por Lázaro Cardenas, modificó nuevamente las atribuciones y facultades de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. El artículo 94 se modificó para que el número de ministros aumentara de dieciséis a veintiuno; se previó que la Corte funcionara en cuatro salas; se estableció que los ministros durarían seis años en sus cargo; y que sólo podrían ser privados de ellos por mala conducta y siguiendo los procedimientos previstos en el artículo 111 constitucional. En el artículo 96 se modificaron los requisitos para ser designado como ministro, tanto al prever que la edad máxima de designación sería de sesenta y cinco años, como al exigir una práctica profesional de abogado de cinco años. Y el artículo 2º transitorio estableció que los ministros de la Suprema Corte en funciones al momento de entrar en vigor la reforma cesarían en su cargo el 31 de diciembre del mismo año.⁶³³

⁶³² Cfr. COSSÍO, José Ramón. *Ob. Cit.* Pp. 102

⁶³³ *Ibidem.* P. 39



La reforma se constreñía a tres extremos. A la creación de una Sala en materia de trabajo, a la supresión de la inamovilidad judicial, y a forzar el retiro de la totalidad de los integrantes de la Suprema Corte de (así como la de los jueces de Distrito y de los magistrados de Circuito y el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal). El primero de esos extremos se quiere justificar con la promulgación en 1931 de la Ley Federal del Trabajo, ya que se habían producido cambios importantes en los criterios jurisprudenciales y la acumulación de asuntos por vía de amparo directo, y en la necesidad de darle cabida en el derecho a uno de los actores principales en la revolución. En cuanto a los otros dos extremos de esta reforma, los anteriores ministros de la Corte habían sido vistos como personas que seguían o mantenían intereses tradicionales, productos de la pequeña burguesía y, por lo tanto, ajenos al sentir popular e incapaces de darle sustancia jurídica a la nueva política de masas y al nuevo entendimiento de los postulados revolucionarios. En este sentido, la reforma judicial es la preparación para llevar a cabo la juridificación de los nuevos contenidos sociales y políticos establecidos en el régimen presidencialista y la política de masas, como podremos observar en los criterios jurisprudenciales entre 1935 y 1940.⁶³⁴

a) Garantías individuales. La Corte integrada por Cárdenas sostuvo criterios, que por una parte, revocaban el sentido de las decisiones tomadas en los años precedentes y, por otra, establecían un sentido fuerte en cuanto al papel preponderante de la sociedad y del Estado, con lo que se restringía la posición del individuo frente a ambos. Por ejemplo, sobre el principio de retroactividad, sostuvo que debía determinarse no sólo a partir de lo que dispusiera la Constitución, sino, en el caso concreto, entendiendo el sentido de las disposiciones del Código Civil; afirmando que el pensamiento del legislador debía interpretarse en el sentido de que la regla debía

⁶³⁴ Cfr. COSSÍO, José Ramón. *Ob. Cit.* P. 41



establecerse “en vista de intereses de importancia, que puedan ser clasificados como sociales o colectivos”.⁶³⁵

Otra garantía definida en los términos de esta Corte cardenista es la libertad de comercio, sosteniendo que la libertad individual no existe en términos absolutos, ya que “esa libertad está siempre supeditada al bien de la colectividad”.⁶³⁶ Sobre la libertad de trabajo se sostuvieron dos importantes criterios: el primero, subordinaba la libertad de trabajo a las exigencias del “bienestar de la colectividad”;⁶³⁷ y segundo, donde se decía que la misma no era absoluta, sino limitada a las actividades lícitas, de lo que resultaba que estas últimas eran nada menos que las “permitidas por la ley”.⁶³⁸ Mediante este último criterio, la Suprema Corte delegaba en el legislador el sentido del contenido de la constitución, y por ende, una parte importante del control de la constitucionalidad. Otro cambio importante se dio al sentido de la fracción IV del artículo 31 constitucional (obligación de contribuir para los gastos públicos de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes), puesto que dejó de atribírsele el carácter de garantía individual, por lo que su violación no daba derecho a la interposición del juicio de amparo.⁶³⁹

En materia penal, se estableció la improcedencia del juicio de amparo respecto del ejercicio de la acción penal llevada a cabo por el ministerio público, en tanto la misma tenía carácter de “derecho social”.⁶⁴⁰

⁶³⁵ ARRENDAMIENTO, IRRETROACTIVIDAD DE LA PRORROGA DEL. S.J.F., 5ª, L, p. 1004, Tercera Sala, civil, tesis aislada, nov. 1936.

⁶³⁶ LIBERTAD DE COMERCIO. S.J.F., 5ª, XLV, p. 3455, Segunda Sala, civil, tesis aislada, ago. 1935.

⁶³⁷ LIBERTAD DE TRABAJO. S.J.F., 5ª, LIV, p. 1162, Segunda Sala, constitucional, laboral, tesis aislada, oct. 1937.

⁶³⁸ LIBERTAD DE TRABAJO. S.J.F., 5ª, LXI, p. 4026, Segunda Sala, común, tesis aislada, sep. 1939

⁶³⁹ ARTICULO 31 CONSTITUCIONAL, VIOLACION AL. LIBERTAD DE TRABAJO. S.J.F., 5ª, LXI, p. 2724, Segunda Sala, administrativa, tesis aislada, ago. 1939.

⁶⁴⁰ DELITOS, PERSECUCION DE LOS. S.J.F., 5ª, XLI, p. 3688, Primera Sala, Penal, tesis aislada, ago. 1934.



b) Derecho laboral. La Cuarta Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostuvo criterios en los que otorgaba amplias ventajas al trabajador en sus derechos. Se estableció que la presunción de la existencia del contrato de trabajo en tanto el trabajador ha estado presentando servicios al patrón no admite prueba en contrario.⁶⁴¹ En relación con la preferencia de los créditos, se llevó a cabo una amplísima interpretación de la fracción XXIII del artículo 123 constitucional al entender que la mención de créditos señalados en esta última y por los que se les confería preferencia a los trabajadores, era enunciativa y no limitativa.⁶⁴² De la misma forma la Cuarta Sala estableció que el trabajador que tuviera una enfermedad para que tuviera derecho a la indemnización y correspondiera al patrón la carga de la prueba de si lamisca era o no profesional y con cargo a él.⁶⁴³ Otro caso en el cual la Cuarta Sala, hizo una ampliación del texto legal a favor del trabajador se resolvió cuando admitió que la tabla de indemnizaciones por accidentes de trabajo no podría ser limitativa, pues ello era contrario a la fracción XIV del artículo 123 constitucional.⁶⁴⁴

En estos años se reiteró que la cláusula de exclusión era válida y, por lo tanto, el patrón estaba obligado a admitir y excluir trabajadores con base en lo determinado por un sindicato.⁶⁴⁵ Otro importante criterio fue, que el

⁶⁴¹ CONTRATO DE TRABAJO, PRESUNCION DEL. S.J.F., 5ª, XLVI, p. 2237, Cuarta Sala, laboral, tesis aislada, oct. 1935.

⁶⁴² OBREROS, PREFERENCIA DE LOS CREDITOS DE LOS. S.J.F., 5ª, XLIII, p. 1813, Cuarta Sala, laboral, tesis aislada, mar. 1935.

⁶⁴³ ENFERMEDAD PROFESIONALES, RESPONSABLES DE LA. S.J.F., 5ª, XLV, p. 4522, Cuarta Sala, laboral, tesis aislada, sep. 1935 y ENFERMEDAD PROFESIONAL, PRUEBA DE LA. S.J.F., 5ª, XLVII, p. 1146, Cuarta Sala, laboral, tesis aislada, ene. 1936.

⁶⁴⁴ ENFERMEDADES PROFESIONALES. S.J.F., 5ª, XLIV, p. 4156, Cuarta Sala, laboral, tesis aislada, jun. 1935.

⁶⁴⁵ CLAUSULA DE EXCLUSION, APLICACION DE LA. S.J.F., 5ª, XLIV, p. 4175, Cuarta Sala, laboral, tesis aislada, jun. 1935.



artículo 123 constitucional no era una garantía, de modo que su violación debía reclamarse en función de los artículos 14 o 16 constitucionales.⁶⁴⁶

Tratándose de la huelga, se declaró improcedente la suspensión del acto reclamado, dentro del juicio de amparo, pues la Sala consideraba que “la sociedad y el estado tienen interés en la pronta solución de esos conflictos, debe tenerse en cuenta que las propias entidades tienen interés preferente en que los trabajadores puedan ejercitar el derecho de huelga consagrado en la constitución federal”.⁶⁴⁷ En otro caso se sostuvo que no debía tampoco ordenarse suspensión de los laudos que ordenaban indemnización por el fallecimiento de un obrero, “ya que están destinados a la satisfacción de necesidades imperiosas e inaplazables de los derechos de los trabajadores, circunstancia por la cual tales prestaciones son equiparables al pago de alimentos”.⁶⁴⁸ Siguiendo este sentido, tampoco se otorgaba suspensión en contra de las resoluciones de la Junta de Conciliación y Arbitraje que ordenarán al patrón la celebración de un contrato colectivo de trabajo, por estar interesados la sociedad y el Estado, y ser una garantía de los trabajadores y un medio de fomentar la economía nacional.⁶⁴⁹

El conjunto de estos criterios da por resultado que las Salas de la Corte de este periodo llevaron a cabo un importante cambio respecto de sus antecesoras. Se le dio un nuevo sentido al ideario político de la revolución mexicana, lo que, exigió la integración de una Corte con personas afines a dicho ideario político. La Corte fue un factor determinante en la consolidación de la ideología revolucionaria. Por lo tanto, la

⁶⁴⁶ ARTICULO 123 CONSTITUCIONAL, VIOLACION DEL. S.J.F., 5ª, XLV, p. 2178, Cuarta Sala, laboral, tesis aislada, ago. 1935.

⁶⁴⁷ HUELGA, AMPARO CONTRA LA DECLARACION DE LA INEXISTENCIA DEL ESTADO DE. S.J.F., 5ª, XLV, p. 1647, Cuarta Sala, laboral, tesis aislada, ago. 1935.

⁶⁴⁸ OBREROS, INDEMNIZACION POR EL FALLECIMIENTO DE LOS. S.J.F., 5ª, XLIII, p. 3389, Cuarta Sala, laboral, tesis aislada, mar. 1935.

⁶⁴⁹ CONTRATOS COLECTIVOS DE TRABAJO, SUSPENSION EN CASO DE. S.J.F., 5ª, XLIV, p. 1353, Cuarta Sala, laboral, tesis aislada, abr. 1935.

interpretación constitucional fue la expresión ideológica a través de la cual el ejercicio del gobierno fue más de carácter social, subordinando al individuo frente a los colectivos sociales.⁶⁵⁰

3.2.6.4. El periodo estatista (1940-1994)

Este periodo de trabajo de la Suprema Corte comienza con la sustitución de la Corte “cardenista” (consecuencia del periodo de seis años para el cual fueron designados), y se prolonga hasta la sustitución llevada a cabo mediante la reforma constitucional de diciembre de 1994.⁶⁵¹

Los elementos que permiten identificar una continuidad de criterios en la interpretación de la constitución dentro de estos cincuenta y cuatro años son:

- Se dejaron de formular conceptos sobre las partes más relevantes de la constitución, como las garantías individuales o los conceptos de soberanía del Estado, división de poderes o sistema federal.⁶⁵²
- Las decisiones de la Corte perdieron generalidad, y se redujo también con ello las posibilidades de aplicación de su interpretación.⁶⁵³
- La Corte tuvo una disminución de las posibilidades de control de la constitucionalidad debido a que entre más reducida fuera la interpretación de un precepto, existen más posibilidades de que los actos de autoridad puedan considerarse validos.⁶⁵⁴
- En cuanto a los métodos de interpretación, la Corte utilizó cada vez más el recurso de sustentar sus decisiones en la denominada «voluntad del

⁶⁵⁰ Cfr. COSSÍO, José Ramón. *Ob. Cit.* P. 114

⁶⁵¹ *Ibidem.* P. 115

⁶⁵² *Ibidem.* P. 116

⁶⁵³ *Ídem.*

⁶⁵⁴ *Ídem.*



legislador» es decir la exposición de motivos de la iniciativa de reforma (legislativa o constitucional) enviada a las Cámaras por el Presidente de la República.⁶⁵⁵

Mediante este sistema de reducción de contenidos en los criterios de la corte, se pudo llevar a cabo el control de la regularidad constitucional de las normas y actos de autoridad sometidos a su conocimiento; resolvió casos concretos sin tener que recurrir a criterios generales, que no comprometieran a el Poder judicial en casos futuros; por lo que la Suprema Corte pudo amparar a un número amplio de particulares y, al mismo tiempo, no establecer criterios generales que pudieran convertirse en restricciones para el ejercicio del poder público.⁶⁵⁶

Agrupar en un sólo periodo cincuenta y cinco años de trabajo de la Suprema Corte, obedece a que sus elementos definitorios se mantuvieron constantes, y no se incorporaron elementos novedosos. Así durante esos años, diez personas ocuparon la presidencia de la República; ciento ocho ministros fueron nombrados; la constitución se reformó o adicionó 242 ocasiones; la ley de amparo se modificó en varias ocasiones; se integraron cuatro épocas del Semanario Judicial de la Federación; y se actualizaron diversas reformas relativas a la competencia de la Suprema Corte de Justicia.⁶⁵⁷

En este periodo la Suprema Corte, desde este reduccionismo, realizó las siguientes consideraciones:⁶⁵⁸

- a) **Las garantías individuales.** En este periodo se le otorgó mayor importancia a las garantías que permitían llevar a cabo el control y sometimiento a la constitución de autoridades responsables o de los actos

⁶⁵⁵ *Cfr.* COSSÍO, José Ramón. *Ob. Cit.* P. 116

⁶⁵⁶ *Ibidem.* P. 117

⁶⁵⁷ *Ibidem.* P. 129

⁶⁵⁸ *Ibidem.* Pp. 119-128

de éstas. Sin embargo, esa preponderancia y falta de desarrollo de criterios en otros contenidos de la Constitución, término por llevar al amparo a identificarse más como un medio de control de la legalidad que de constitucionalidad. Por ejemplo, el artículo 16 constitucional, en lo que se refiere al acto de «fundamentación», se dijo que no debía citarse de forma genérica un cuerpo normativo,⁶⁵⁹ sino la disposición concreta en que la autoridad pretendiera apoyar el acto correspondiente,⁶⁶⁰ que, en caso de haber desconocido su contenido, los actos de autoridad debían ser revocados para que se cumpliera con las garantías de los artículos 14 y 16;⁶⁶¹ por lo que la fundamentación se redujo a “la cita del precepto que le sirva (al acto de autoridad) de apoyo”; y que de no expresarse los fundamentos legales que le den base jurídica al acto, se violaría el propio artículo 16.⁶⁶²

En cuanto a la «motivación», la Corte sostuvo que estaba condicionada a la satisfacción de tres elementos; “uno de carácter formal, que consiste en que en el texto del mandamiento, orden o resolución, se expresen los antecedentes que provocan la acción de la autoridad, y dos elementos de fondo sea que los antecedentes o motivos tengan existencia real, es decir, que estén comprobados y que, conforme a las leyes, sean bastante para provocar el propio acto”.⁶⁶³ Años más tarde, se diría que la motivación consiste en “la manifestación de los razonamientos que llevaron a la autoridad a la conclusión de que el acto concreto de que se trate, encuadra

⁶⁵⁹ ACTO RECLAMADO, FUNDAMENTACION DEL. S.J.F., 5ª, LXXXI, p. 2852, Segunda Sala, administrativa, tesis aislada, ago. 1944.

⁶⁶⁰ ACTO RECLAMADO, FUNDAMENTACION DEL. S.J.F., 5ª, LXXX, p. 3163, Segunda Sala, común, tesis aislada, jun. 1944.

⁶⁶¹ ACTO RECLAMADO, FUNDAMENTACION DEL. S.J.F., 6ª, tercera parte, XV, p. 9, Segunda Sala, común, tesis aislada, sep. 1958

⁶⁶² FUNDAMENTACION Y MOTIVACION. S.J.F., 6ª, tercera parte, XLVIII, p. 36, Segunda Sala, constitucional, tesis aislada, jun. 1961

⁶⁶³ ACTOS DE LAS AUTORIDADES, OBLIGACION DE ESTAS DE FUNDARLOS Y MOTIVARLOS. S.J.F., 5ª, LXXIV, p. 5110, Segunda Sala, común, tesis aislada, nov. 1942.



en la hipótesis prevista en dicho precepto”,⁶⁶⁴ o en la mención de las “circunstancias cuya existencia hace aplicable al caso la norma que se invoca”, o el razonamiento emitido por la autoridad del acto concreto se ajusta las prevenciones de determinado precepto legal.⁶⁶⁵

Por otro lado, otro criterio importante, fue la determinación del contenido de garantías a partir de lo establecido en la ley; por ejemplo en la tesis sostenida en 1958, por la cual se sostuvo que los supuestos normativos de los artículos 6° y 7° constitucionales (libertad de expresión y de imprenta) quedaban limitadas por lo dispuesto en la fracción IV del artículo 1° de la Ley de Imprenta.⁶⁶⁶

- b) **En relación al estatus de los órganos de representación.** Las tesis respecto del Congreso de la Unión básicamente tienen que ver con el reconocimiento de su carácter de órgano legislativo federal y del Distrito Federal,⁶⁶⁷ o con su capacidad para establecer contribuciones en todas las materias y no sólo las mencionadas de forma expresa en la fracción XXIX del artículo 73 constitucional.⁶⁶⁸ En materia de división de poderes, se dijo que, aun cuando en principio cada una de las tres ramas de la autoridad pública debía atribuírsele una de las tres funciones del Estado, el principio no se aplicaba de forma absoluta puesto que la constitución le otorgaba al Presidente de la República, además de facultades administrativas,

⁶⁶⁴ FUNDAMENTACION Y MOTIVACION. S.J.F., 6ª, tercera parte, XLVIII, p. 36, Segunda Sala, constitucional, tesis aislada, jun. 1961.

⁶⁶⁵ FUNDAMENTACION Y MOTIVACION, GARANTIA DE. S.J.F., 6ª, tercera parte, CXXXIV, p. 47, Segunda Sala, común, tesis aislada, ago. 1968.

⁶⁶⁶ ATAQUES A LA VIDA PRIVADA (LEY DE IMPRENTA). S.J.F., 6ª, tercera parte, VII, p. 10, Primera Sala, penal, tesis aislada, ene. 1958.

⁶⁶⁷ CONGRESO DE LA UNION. FACULTADES CONCURRENTES. S.J.F., 6ª, tercera parte, XXII, p. 14, Segunda Sala, constitucional, tesis aislada, abr. 1959 y CONGRESO DE LA UNION, AMBITOS DE COMPETENCIA LEGISLATIVA DEL. S.J.F., 6ª, tercera parte, LXXXVIII, p. 34, Segunda Sala, constitucional, tesis aislada, oct. 1964

⁶⁶⁸ CONGRESO DE LA UNION, FACULTADES CONSTITUCIONALES DEL, PARA CUBRIR EL GASTO PUBLICO. S.J.F., 7ª, 26 primera parte, p. 35, Pleno, constitucional, tesis aislada, feb. 1971.

“facultades relacionadas con la función legislativa y le da competencia para ejercitar, respecto de determinada materia, una actividad jurisdiccional”.⁶⁶⁹

Lo anterior, con independencia del amplio alcance otorgado a la facultad reglamentaria de este último, también bajo la idea de que con ello se cumplimenta adecuadamente el principio de división de poderes.⁶⁷⁰

- c) **Sobre la posición de la Constitución en el sistema de fuentes.** La Corte estableció criterios que guardaban gran relación con la forma de comprensión de la legalidad: Primero, sostuvo que no podía existir contradicción entre normas constitucionales, debido a que “jurídicamente los preceptos de la Carta Magna no tienen ni pueden tener contradicciones, de tal manera que, siendo todos sus preceptos de igual jerarquía, ninguno de ellos prevalece sobre los demás”,⁶⁷¹ y debido a que “los preceptos de un ordenamiento legal deben interpretarse en el sentido de que no se contradigan”.⁶⁷² Segundo, se afirmó que la única norma que no podía resultar inconstitucional era la Constitución, con lo que se estableció una causal absoluta de improcedencia.⁶⁷³ Tercero, y en estrecha relación con el primer criterio, se sostuvo que la totalidad de sus preceptos son de igual jerarquía.⁶⁷⁴

⁶⁶⁹ DIVISION DE PODERES. S.J.F., 5ª, CXXII, p. 367, Sala Auxiliar, constitucional, tesis aislada, oct. 1954 y DIVISION DE PODERES. SISTEMA CONSTITUCIONAL DE CARACTER FLEXIBLE. S.J.F., 7ª, 151-156 Tercera Parte, p. 117, Segunda Sala, constitucional, común, tesis aislada, oct. 1981.

⁶⁷⁰ FACULTAD REGLAMENTARIA DEL EJECUTIVO. S.J.F., 5ª, CXXII, p. 283, Cuarta Sala, administrativa, constitucional, tesis aislada, oct. 1954.

⁶⁷¹ CONSTITUCION FEDERAL. SUS ESTATUTOS NO PUEDEN SER CONTRADICTORIOS ENTRE SI. S.J.F., 7ª, 39 Primera Parte, p. 22, Pleno, constitucional, tesis aislada, mar. 1972.

⁶⁷² AGRARIO. ARTICULOS 27, FRACCION XIV, Y 103 CONSTITUCIONALES, COEXISTENCIA NORMATIVA DE LOS. S.J.F., 7ª, 205-216 Tercera Parte, p. 11, Segunda Sala, constitucional, administrativa, tesis aislada, oct. 1986.

⁶⁷³ CONSTITUCION FEDERAL. SUS ESTATUTOS NO PUEDEN SER CONTRADICTORIOS ENTRE SI. S.J.F., 7ª, 39 Primera Parte, p. 22, Pleno, constitucional, tesis aislada, mar. 1972.

⁶⁷⁴ CONSTITUCION, TODAS SUS NORMAS TIENEN LA MISMA JERARQUIA Y NINGUNA DE ELLAS PUEDE DECLARARSE INCONSTITUCIONAL. S.J.F., 8ª, V, Primera Parte, p. 17, Tesis: XXXIX/90, Pleno, constitucional, tesis aislada, feb. 1990.



- d) **La definición de Constitución.** Se dijo que la Constitución era suprema respecto de toda otra legislación, y ello porque “la sociedad y el Estado tienen interés en que se apliquen desde luego los preceptos de aquélla y no los textos contrarios a la misma”.⁶⁷⁵ sostuvo también que “todo acto legislativo presupone el ejercicio de la soberanía del Estado la que tiene por límite la norma establecida por el Poder Constituyente, único que no tiene fronteras”.⁶⁷⁶
- e) **En la asignación que la Suprema Corte hizo de sus propias funciones.** En este rubro señaló que “al decidir un juicio constitucional, no puede sustituir su criterio al del Congreso de la Unión y menos el del Poder Constituyente, único que no tiene fronteras. Sólo está capacitado para restablecer el imperio de la Constitución General de la República, cuando aparezca conculcado por un acto de autoridad o una ley, sin hacer declaración alguna que tenga efectos trascendentales”.⁶⁷⁷ Con este criterio y bajo la idea de que no podía resolverse un juicio de constitucionalidad mediante resoluciones con efectos generales, terminó por no conferir efectos generales a sus criterios jurisprudenciales.

Cuando la Suprema Corte resolvió sobre la solicitud hecha por un particular para que actuara en términos del artículo 97 constitucional, reiteró el criterio sostenido desde el siglo XIX, en el sentido de que la Corte no debía intervenir en cuestiones políticas.

“SUPREMA CORTE, FACULTADES DE LA, EN MATERIA POLITICA. La facultad que atribuye el artículo 97 constitucional a la Suprema Corte, no es desde luego una facultad política, entendiendo por "política" la concepción de Hauriou, que la caracteriza como la

⁶⁷⁵ CONSTITUCION, SUPREMACIA DE LA. S.J.F., 5ª, LXXIII, p. 7848, Segunda Sala, constitucional, tesis aislada, feb. 1942.

⁶⁷⁶ LEYES. S.J.F., 5ª, CXVII, p. 998, Cuarta Sala, común, tesis aislada, sep. 1953.

⁶⁷⁷ PODER JUDICIAL FEDERAL. FACULTADES DEL. S.J.F., 5ª, CXVII, p. 998, Cuarta Sala, común, tesis aislada, sep. 1953.

creación preventiva del derecho. Es inconcuso que la Suprema Corte de Justicia forma parte del poder gubernamental, pues es uno de los tres poderes que integran el gobierno de la República, y por ello el invocado autor, entendía la palabra "política", en su acepción de gobernar. Tomada en esta acepción la Suprema Corte es un organismo político, pero no por ello cabe decir que sus funciones sean políticas, cuando se significa con el vocablo de creación preventiva del Derecho. Ya en numerosas ocasiones, esta Suprema Corte de Justicia ha decidido no intervenir en tratándose de averiguar violaciones al voto público, sosteniendo que semejante intervención la llevaría a convertirse en dictador de las cuestiones políticas, con sus incalculables consecuencias."

Petición 86/52. Leyva Joel y socios. 22 de abril de 1952. Mayoría de quince votos. Disidentes: Teófilo Olea y Leyva y Alfonso Francisco Ramírez. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, CXII, p. 380, Pleno, materia constitucional, Tesis aislada, registro: 278,289.

Otro de los criterios importantes durante esta época relativos a al papel de la Suprema Corte son el llamado "control difuso" y "control concentrado", pues a partir de ellos se impidió la intervención de los órganos locales en materia constitucional. El Pleno sostuvo que sólo la Suprema Corte podía declarar la inconstitucionalidad de las leyes y dentro de los procedimientos de los artículos 103, 105 y 107 de la Constitución, esta interpretación prevaleció durante toda la Octava Época del Semanario Judicial de la Federación, hasta llegar a sostener de un modo absoluto en años recientes.

"CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN. El texto expreso del artículo 133 de la Constitución Federal previene que "Los Jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.". En dicho sentido literal llegó a pronunciarse la Suprema Corte de Justicia; sin embargo, la postura sustentada con posterioridad por este Alto Tribunal, de manera predominante, ha sido en otro sentido, tomando en cuenta una interpretación sistemática del precepto y los principios que conforman nuestra Constitución. En efecto, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que el



artículo 133 constitucional, no es fuente de facultades de control constitucional para las autoridades que ejercen funciones materialmente jurisdiccionales, respecto de actos ajenos, como son las leyes emanadas del propio Congreso, ni de sus propias actuaciones, que les permitan desconocer unos y otros, pues dicho precepto debe ser interpretado a la luz del régimen previsto por la propia Carta Magna para ese efecto.”

Amparo en revisión 1878/93. Sucesión intestamentaria a bienes de María Alcocer vda. de Gil. 9 de mayo de 1995. Once votos. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretario: Alfredo López Cruz. Amparo en revisión 1954/95. José Manuel Rodríguez Velarde y coags. 30 de junio de 1997. Once votos. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretario: Mario Flores García. Amparo directo en revisión 912/98. Gerardo Kalifa Matta. 19 de noviembre de 1998. Unanimidad de nueve votos. Ausentes: José Vicente Aguinaco Alemán y José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Alejandro Villagómez Gordillo. Amparo directo en revisión 913/98. Ramona Matta Rascala. 19 de noviembre de 1998. Unanimidad de nueve votos. Ausentes: José Vicente Aguinaco Alemán y José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo; en su ausencia, hizo suyo el proyecto Genaro David Góngora Pimentel. Secretario: Miguel Ángel Ramírez González. Amparo directo en revisión 914/98. Magda Perla Cueva de Kalifa. 19 de noviembre de 1998. Unanimidad de nueve votos. Ausentes: José Vicente Aguinaco Alemán y José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretaria: Guillermina Coutiño Mata.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el trece de julio del año en curso, aprobó, con el número 74/1999, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a catorce de julio de mil novecientos noventa y nueve.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, X, Agosto de 1999, p. 5, tesis: P./J. 74/99, Pleno, materia constitucional, jurisprudencia, registro: 193,435.

Como causa de este reduccionismo interpretativo de la Suprema Corte de Justicia durante este periodo, se sostiene que la hipótesis principal fue la forma en que eran designados los ministros que la integraban. Esta designación llevaba consigo tres aspectos: origen, nombramiento y expectativas.⁶⁷⁸

⁶⁷⁸ Cfr. COSSÍO, José Ramón. *Ob. Cit.* P. 130

En cuanto al origen, cabe distinguir entre un ámbito interno y otro externo, constituido el primero por aquellas personas que provenían de la carrera judicial, y el segundo, por quienes básicamente, se habían desempeñado en la política. Por lo que se refiere a los ministros procedentes del Poder Judicial, dicha carrera estaba basada en el modelo tutorial, es decir, en una situación en que los funcionarios del órgano jurisdiccional aprendían el oficio al laborar cerca de los jueces, magistrados y ministros, para luego ocupar los dos primeros cargos y finalmente alcanzar el grado de ministro gracias a un nombramiento presidencial y una aprobación senatorial. En consecuencia estos ministros habían recibido su aprendizaje mediante la repetición reiterada de los criterios y las prácticas tradicionales, de forma que sus ascensos no eran el producto de la innovación en sus decisiones, ni a su rechazo a las formulas aprendidas. En lo relativo a los nombramientos hechos entre personas ajenas a la carrera judicial, podemos decir que buena parte de los integrantes de ese subconjunto abiertamente declaraban su pertenencia al Partido Revolucionario Institucional (PRI). Estos nombramientos recaían en personas que con anterioridad se habían desempeñado en la procuradurías General de la República o del Distrito Federal o en cargos de la administración pública federal, por lo que estaban acostumbrados a aplicar el derecho dentro del mismo un marco de interpretación de carácter reduccionista.⁶⁷⁹

El segundo aspecto de la designación es el proceso mismo de nombramiento, en el cual el Presidente de la República contó con amplia discreción para proponer el nombramiento de los integrantes de la Suprema Corte y, adicionalmente, lograr su ratificación por el Senado.⁶⁸⁰

El tercer aspecto que destacar es el que podríamos denominar las expectativas de los ministros. Con ello nos referimos al hecho de que, dentro la practica de la política, no se consideraba al cargo de ministro como el fin de una carrera política, sino más bien como una posición intercambiable, dentro de la estructura gubernamental, conforme a

⁶⁷⁹ *Cfr.* COSSÍO, José Ramón. *Ob. Cit.* Pp. 130-131

⁶⁸⁰ *Ibidem.* Pp. 131-132



las necesidades políticas que se fueran presentando. Esta rotación impedía la consolidación de una carrera judicial estable de los ministros y, por ende, la acumulación de experiencia como juzgador. De igual forma, es lógico que si dichas personas se desenvolvían conforme a las prácticas del sistema político entonces actuaban en consonancia con él, es decir dentro de un sistema corporativista en el cual el Presidente de la República era el máximo órgano de decisión.⁶⁸¹

Debido a que esta forma de funcionamiento del poder político en nuestro país se prolongo durante un poco más de cinco décadas, lo ministros de la Corte optaron por mantener su interpretación reducida de la constitución y generar pocos conceptos generales de sus preceptos; desarrollando más su practica en cuestiones de legalidad. Para justificar esta reducción, se mitifico el juicio de amparo, considerándolo “la mayor pieza jurídica de nuestra historia nacional y una de las más sobresalientes de la historia universal del derecho”;⁶⁸² y se olvidó que esta sólo era la parte adjetiva de todo un sistema constitucional, en el cual estaba poco desarrollado la parte sustantiva que representan las garantías individuales.

Es así como la Suprema Corte de la Nación durante todo este periodo careció de un sistema interpretativo general de la Constitución, por lo que la Corte quedó reducida a la una representación política del partido oficial, como una expresión de los fenómenos de la práctica política que se vivía en el país. Sus decisiones difícilmente estaban basadas en términos integrales de la teoría constitucional, es decir, en términos de la ciencia jurídica, teoría política y ética.

3.2.6.5. Otras reformas

- a) De 1951 a 1967, se realizaron varias reformas a la Constitución mexicana sobre el Poder Judicial, las cuales fueron encaminadas a resolver condiciones de funcionamiento de los órganos de justicia y el rezago. Al

⁶⁸¹ Cfr. COSSÍO, José Ramón. *Ob. Cit.* P. 132

⁶⁸² *Ibidem.* P. 135

instituirse claramente las relaciones entre la Suprema Corte de Justicia y el poder político, lo que se necesitaba era hacer mas eficiente el funcionamiento del órgano jurisdiccional, por lo tanto las reformas del máximo tribunal fueron en su mayoría de tipo competencial. Por ejemplo, entre las mas importantes, fue la del 19 de febrero de 1951, en donde se establecieron los tribunales colegiados de circuito para conocer de ciertos juicios de amparo cuyo conocimiento le correspondía originariamente a la corte (art. 94); y la reforma del 25 de octubre de 1967, donde se determino entre otras reformas y adiciones, que sería la ley quien fijaría los términos en que fuera obligatoria la jurisprudencia de los tribunales del Poder Judicial, así como los requisitos para su interrupción y modificación (art. 94).⁶⁸³

- b) Las modificaciones realizadas el 10 de agosto de 1987, pueden resumirse en tres grupos: uno, en aquellas reformas que tenían por objeto conferirle atribuciones originales de la Suprema Corte a los Tribunales Colegiados de Circuito, con el propósito de abatir el rezago acumulado en la propia corte (arts. 94 y 107); un segundo grupo, relativo al fortalecimiento del Pleno de la Suprema corte como órgano de gobierno y administración del Poder Judicial de la Federación en su conjunto (art. 106); y un tercero, que procuro el fortalecimiento de las garantías jurisdiccionales de los miembros del Poder Judicial de la Federación; esto es, de los medios que les permitan llevar a cabo sus tareas de manera independiente (arts. 97 y 101).⁶⁸⁴

⁶⁸³ *Diario Oficial de la Federación*. 19 de febrero de 1951, pp. 8-12 y del 25 de octubre de 1967, pp. 8-12

⁶⁸⁴ *Ibidem*. Pp. 3-5



3.3. LA ACTUALIDAD

3.3.1. Reformas constitucionales de 1994

La reforma del 31 de diciembre de 1994 se refirió, principalmente para los fines del presente trabajo, a cuestiones de tipo orgánico y procesal. En cuanto a las primeras, consistieron en: primero, el establecimiento de un impedimento para que los ministros ocuparan el cargo de diputado o senador a menos que se separaran de él dos años antes de su nombramiento (art. 55); segundo, prever que la asignación de los ministros se harían por votación de dos terceras partes del Senado y de entre la terna propuesta por el Ejecutivo (arts. 76, 89, 95, 96); tercero, introducir al Consejo de la Judicatura entre los órganos a los que corresponde el ejercicio de la función judicial (art. 94); cuarto, reducir la integración de la Corte de veintiuno a once, ministros (art. 94); quinto, determinar que la duración de los ministros sería de quince años sin posibilidad de reelección, sólo podrían ser removidos en términos del Título Cuarto y tendría derecho a un haber al concluir su periodo (art. 94); sexto, la modificación de los requisitos de designación (art. 95); séptimo, establecer el término y condiciones de designación del Presidente de la Suprema Corte (art. 97); octavo, fijar las condiciones de sustitución de ministros por faltas temporales o definitivas y del otorgamiento de licencias (arts. 98 y 100); décimo, establecer una prohibición para que aquellas personas que se hubieran desempeñado como ministros, magistrados o jueces, no puedan desempeñar el cargo de abogado patrono o representante en litigios frente a los órganos del Poder Judicial (art. 101) y, décimo primero, disponer la remoción de la totalidad de los integrantes de la Suprema Corte de Justicia a fin de llevar a cabo su integración mediante los procesos que resultaron de la reforma (segundo artículo transitorio). En cuanto a las reformas de tipo procesal o jurisdiccional, se debe considerar las siguientes: uno, facultar a la Corte para emitir acuerdos generales para la remisión a los colegiados de aquellos asuntos en los cuales hubiera establecido



jurisprudencia (art. 94); do, establecer que el juicio de amparo también era procedente frente a los actos de autoridades del Distrito Federal (art. 103); tres, establecer las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad (art. 104 y 105) y, cuatro, precisar algunos supuestos en materia de amparo, tales como la facultad de atracción, la suspensión, las contradicciones de tesis y la ejecución de las sentencias de amparo (art. 107).⁶⁸⁵

El diseño institucional que siguió la reforma estuvo encaminado a que la Suprema Corte de Justicia de la Nación adoptara las características de un tribunal constitucional del sistema concentrado de control de la constitucionalidad, por lo que, se hacía necesario dotarla de atribuciones para controlar la constitucionalidad de cualquier acto de autoridad, permitir que los órganos del Estado defendieran sus competencias, facultar el planteamiento de cuestiones de constitucionalidad de tipo abstracto, y darle a las resoluciones efectos generales. La forma que se propuso para cumplir con los objetivos apuntados fue, en materia jurisdiccional, mediante la ampliación de los supuestos de las «controversias constitucionales» y la creación las «acciones de inconstitucionalidad».⁶⁸⁶

3.3.2. Funciones.

3.3.2.1. Orientación.

La interpretación de la constitución, tiene como primera función, la de orientación, es decir brindar información para guiar a los órganos de gobierno y su actuar sea acorde a las normas de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁶⁸⁵ *Diario Oficial de la Federación*. Primera sección, 31 de diciembre de 1994, pp. 2-10

⁶⁸⁶ *Cfr.* COSSÍO, José Ramón. *Ob. Cit.* Pp. 64-65



El Estado social de derecho adoptado por la Nación mexicana, organizado como una República, federal y representativa, se basa sobre todo en un régimen de legalidad;⁶⁸⁷ naciendo entonces, la obligación por parte de los primeros destinatarios de la ley fundamental, las autoridades, a actuar conforme a dicho marco normativo y las normas que emanan de ella. El actuar cotidiano de los órganos de gobierno depende en gran medida de la función de orientación de la interpretación.

3.3.2.2. Aplicación

En el sistema jurídico mexicano, la interpretación jurídica sólo causa determinadas consecuencias de derecho cuando es realizada conforme a los artículos 72, inciso f y 73, fracción XXX de la Constitución Política, para expedir lo que suelen denominarse “leyes interpretativas”.

“Artículo 72. Todo proyecto de ley o decreto, cuya resolución no sea exclusiva de alguna de las Cámaras, se discutirá sucesivamente en ambas, observándose el Reglamento de Debates sobre la forma, intervalos y modo de proceder en las discusiones y votaciones:

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

“Artículo 73. El Congreso tiene la facultad:

XXX. Para expedir todas las leyes que sean necesarias, a objeto de hacer efectivas las facultades anteriores, y todas las otras concedidas por esta Constitución a los Poderes de la Unión.”

Sobre estas leyes interpretativas, conviene precisar lo siguiente: Si a través del proceso legislativo se expide una ley que interprete algún precepto de la Constitución mexicana, dicha ley puede no coincidir con el verdadero sentido y el correcto alcance normativo del precepto que se trate, circunstancia que provocará la inconstitucionalidad de dicha ley, la que por este vicio, puede ser enjuiciada por alguno de los medios

⁶⁸⁷ V. *Supra*. 1.3.2. Estado de derecho y constitución, pp.60-64.



de control constitucional ante los tribunales federales competentes; por otro lado, cuando en dicho proceso legislativo se crea una ley que interpreta a otra anterior, si entre ambas existe una contradicción, la segunda surtirá efectos derogatorios de la primera, atendiendo obviamente a la prevalecía aplicativa en cuanto al tiempo.⁶⁸⁸

3.3.2.3. Control.

La función de control de la constitucionalidad, que realiza la interpretación de la constitución, dentro del sistema jurídico mexicano, se desarrolla mediante los siguientes procesos jurisdiccionales:

Las «controversias constitucionales», cuya estructura de es la siguiente:

- a) El recurso se tramita ante la suprema corte de justicia, instancia única para resolverlo, actuando en pleno;
- b) Los sujetos autorizados para interponer el recurso son los que están señalados en los incisos de la fracción I del artículo 105 constitucional.⁶⁸⁹

⁶⁸⁸ V. *Supra*. 3.1.2.2.3. El carácter provisional de la interpretación positiva, p. 224.

⁶⁸⁹ “**Artículo 105.** La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:

I. De las controversias constitucionales que, con excepción de las que se refieran a la materia electoral y a lo establecido en el artículo 46 de esta Constitución, se susciten entre:

- a) La Federación y un Estado o el Distrito Federal;
- b) La Federación y un municipio;
- c) El Poder Ejecutivo y el Congreso de la Unión; aquél y cualquiera de las Cámaras de éste o, en su caso, la Comisión Permanente, sean como órganos federales o del Distrito Federal;
- d) Un Estado y otro;
- e) Un Estado y el Distrito Federal;
- f) El Distrito Federal y un municipio;
- g) Dos municipios de diversos Estados;
- h) Dos Poderes de un mismo Estado, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales;
- i) Un Estado y uno de sus municipios, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales;
- j) Un Estado y un municipio de otro Estado, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales; y
- k) Dos órganos de gobierno del Distrito Federal, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales.

Siempre que las controversias versen sobre disposiciones generales de los Estados o de los municipios impugnadas por la Federación, de los municipios impugnadas por los Estados, o en los casos a que se refieren los incisos c), h) y k) anteriores, y la resolución de la Suprema Corte de Justicia las declare inválidas, dicha resolución tendrá efectos generales cuando hubiera sido aprobada por una mayoría de por lo menos ocho votos.

En los demás casos, las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia tendrán efectos únicamente respecto de las partes en la controversia.”

- c) La decisión que se cuestiona puede ser un acto concreto o una norma general.
- d) El contenido de la decisión cuya constitucionalidad se verifica puede ser cualquiera, menos la materia electoral.
- e) El recurso debe interponerse dentro de los treinta días posteriores a la publicación del acto;
- f) El recurso es admitido sólo si se ha empleado previamente todos los medios de defensa previstos en las leyes;
- g) Para anular los efectos de la resolución que se impugna se requiere de la mayoría de votos de los ministros;
- h) Para que la sentencia tenga efectos *erga omnes*, anulando la norma general en definitiva, se requiere de ocho votos;
- i) Si sólo se emite seis o siete votos, la sentencia tiene alcances particulares, ya sea de un acto concreto o de una norma general; y
- j) La sentencia de la suprema corte no admite recurso en su contra.

Las «acciones de inconstitucionalidad», cuya estructura es la siguiente:

- a) El recurso se tramita ante la suprema corte de justicia de la Nación, instancia única para resolverlo, actuando en pleno;
- b) Los sujetos autorizados para interponer el recurso son el 33% de los miembros del órgano que expide la ley o el tratado internacional que se impugna, el Procurador General de la República en contra de cualquier ley, con excepción de las electorales, o de cualquier tratado, las dirigencias de los partidos políticos nacionales en contra de leyes electorales federales y locales y las dirigencias de los partidos políticos locales en contra de leyes electorales de aplicación en la entidad federativa correspondiente.⁶⁹⁰

⁶⁹⁰ “II. De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución.

Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma, por:



- c) La decisión que se cuestiona puede ser una ley o un tratado internacional, solamente;
- d) El contenido de la ley o del tratado internacional puede referirse a cualquier materia;
- e) El recurso debe interponerse dentro de los treinta días naturales posteriores a la publicación del acto;
- f) El recurso es admitido sólo si se han empleado previamente todos los medios de defensa previstos en las leyes;
- g) Para anular los efectos de la ley o del tratado que se impugna se requiere de ocho votos de los once ministros que integran la Corte, porque los efectos de la sentencia tienen que ser generales, de manera que si no se obtiene esa votación, la norma general no se anula y puede seguir aplicando; y
- h) La sentencia de la Corte no admite recurso en su contra.

a) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, en contra de leyes federales o del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión;

b) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes del Senado, en contra de leyes federales o del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión o de tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano;

c) El Procurador General de la República, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano;

d) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de alguno de los órganos legislativos estatales, en contra de leyes expedidas por el propio órgano, y

e) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, en contra de leyes expedidas por la propia Asamblea.

f) Los partidos políticos con registro ante el Instituto Federal Electoral, por conducto de sus dirigencias nacionales, en contra de leyes electorales federales o locales; y los partidos políticos con registro estatal, a través de sus dirigencias, exclusivamente en contra de leyes electorales expedidas por el órgano legislativo del Estado que les otorgó el registro.

La única vía para plantear la no conformidad de las leyes electorales a la Constitución es la prevista en este artículo.

Las leyes electorales federal y locales deberán promulgarse y publicarse por lo menos noventa días antes de que inicie el proceso electoral en que vayan a aplicarse, y durante el mismo no podrá haber modificaciones legales fundamentales.

Las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia sólo podrán declarar la invalidez de las normas impugnadas, siempre que fueren aprobadas por una mayoría de cuando menos ocho votos.”



El «juicio para la protección de los derechos políticos y electorales de los ciudadanos», se basa en las siguientes estructuras:

- a) Se tramita ante el Tribunal Electoral del Poder Judicial;
- b) El recurso tiene que ser promovido por un ciudadano particular, como regla general, o bien, por el representante legal de una organización o asociación política, cuando sus derechos políticos sean afectados por una decisión de la autoridad;
- c) Para que el recurso sea procedente deben agotarse todos los medios jurídicos de defensa previa de los derechos políticos o electorales infringidos;
- d) Este medio de control es procedente en contra de infracciones a los preceptos constitucionales relativos a los derechos políticos de votar y ser elegido en las elecciones federales, de asociarse libremente y de manera individual para intervenir pacíficamente en los asuntos políticos del país y de afiliarse individualmente a un partido político;
- e) La decisión que cuestiona es un acto concreto en materia electoral o cuyo contenido se refiere al ejercicio de los derechos políticos señalados;
- f) El plazo genérico para interponer el recurso es de cuatro días contados desde el momento en que se tuvo conocimiento del acto o resolución cuya constitucionalidad se cuestiona;
- g) La resolución del tribunal electoral es inatacable; y
- h) Los efectos de la resolución sólo alcanzan a las partes en el juicio.

«El juicio de revisión en materia electoral» tiene la siguiente estructura:

- a) Se tramita ante el tribunal electoral del poder judicial federal;
- b) El recurso sólo puede ser tramitado por el partido político afectado, por medio de su representante legal, el cual puede variar dependiendo del tipo de acto que impugne, pudiendo ser por ejemplo, la persona que señalen los estatutos de ese

partido o la que haya sido registrada con ese carácter ante la autoridad electoral respectiva;

- c) Para que el recurso sea procedente deben haberse agotado todos los medios de defensa jurídica establecidos en leyes aplicables a la decisión que se controvierte;
- d) Este medio de control es procedente en contra de actos o resoluciones de las autoridades competentes de las entidades federativas que organicen o califiquen los procesos electorales locales, o bien, que resuelvan los conflictos jurídicos contenciosos que surjan con motivo de ellos;
- e) La decisión que se cuestiona es un acto concreto jurídicamente definitivo que infrinja algún precepto de la constitución federal, cuyos efectos puedan haber sido determinantes para el desarrollo del proceso electoral respectivo o puedan afectar el resultado de la elección;
- f) El plazo genérico para interponer el recurso es de cuatro días contados desde el momento en que se tuvo conocimiento del acto o resolución cuya constitucionalidad se cuestiona;
- g) La resolución del tribunal es inatacable;
- h) Los efectos de la resolución sólo alcanzan a las parte en el juicio.

El «juicio de amparo» se basa en los siguientes elementos estructurales.⁶⁹¹

- a) Se tramita ante los tribunales federales, juzgados de distrito, tribunales Colegiados de Circuito y Tribunales Unitarios de Circuito, conforme a la distribución de

⁶⁹¹ “**Artículo 107.-** Todas las controversias de que habla el Artículo 103 se sujetarán a los procedimientos y formas del orden jurídico que determine la ley, de acuerdo a las bases siguientes:

...

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

...

La Suprema Corte de Justicia, de oficio o a petición fundada del correspondiente Tribunal Colegiado de Circuito, o del Procurador General de la República, podrá conocer de los amparos directos que por su interés y trascendencia así lo ameriten;...”

competencias establecida en el artículo 107 constitucional, en la Ley de Amparo y en la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal.

- b) La Suprema Corte sólo excepcionalmente es competente para conocer de un juicio de amparo, cuando se tramita ante ella la revisión de una sentencia de un tribunal federal, argumentándose la infracción directa de algún precepto constitucional o bien, cuando la importancia del asunto justifica que ella atraiga el caso.
- c) El recurso siempre tiene que ser promovido por un sujeto de derecho individual o colectivo, cuyos derechos hayan sido infringidos, sin importar si se trata de un problema de ilegalidad o de anticonstitucionalidad;
- d) En la demanda de Amparo se debe señalar el interés jurídico que justifica la promoción, el cual consiste en la afectación, o en el menoscabo de los derechos del promovente, consecuencia del acto que se cuestiona;
- e) Para que la demanda sea procedente deben agotarse todos los recursos jurídicos que tenga a su alcance el sujeto del derecho afectado, salvo los casos de excepción establecidos en la constitución y en las leyes,⁶⁹² conforme a los cuales, procede la petición de amparo directamente, o bien, de manera indistinta, tomando esta opción o el recurso jurídico procedente;
- f) El recurso se utiliza indistintamente para plantear la inobservancia de las normas jurídicas o de las normas constitucionales, por lo que se trata simultáneamente de un recurso de legalidad y de constitucionalidad, el cual se promueve por una infracción de los artículos 14 o 16 de la constitución, en el primer caso, o de cualquier otro tipo de violación a las garantías individuales, en el segundo;
- g) La decisión que se cuestiona puede ser una norma general o un acto concreto;
- h) El contenido de la ley o del acto puede ser cualquiera, menos las materias políticas y electoral (artículo 73, fracción VII, de la Ley de Amparo);
- i) El recurso se interpone como regla general, dentro de los quince días posteriores a la aplicación o a la determinación del acto que se reclama, o bien, en un plazo de

⁶⁹² Cfr. Art. 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y segundo párrafo de la fracción XIII de la Ley de Amparo.



treinta días contados desde la vigencia de las leyes que causan un perjuicio directo al sujeto de derecho, aunque no se hayan aplicado a un caso concreto, conforme a la Ley de Amparo;

- j) La sentencia de Amparo puede ser recurrida en las condiciones y en los términos que establece el artículo 107 constitucional y la ley de Amparo, siempre dentro del poder judicial federal; y
- k) La sentencia en cualquier caso y sin importar la naturaleza del acto que se cuestiona, sólo tiene efectos particularidades, los cuales por lo tanto, solamente alcanzan a las partes en el juicio.

En cuanto a los procedimientos específicos para la aplicación de estos juicios, es necesario señalar que su régimen jurídico esta determinado concretamente en tres leyes diferentes, y debe agregarse que para aquellos aspectos no previstos en ellas se aplican otras leyes federales, sin dejar de tener en cuenta que existen otras normas jurídicas adicionales relacionadas con esta materia.

Las tres leyes principales son: a) *Ley reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 constitucional*, para el caso de las controversias constitucionales y de las acciones de inconstitucionalidad; b) *Ley de amparo*, para el caso de este juicio; y c) *Ley general del sistema de medios de impugnación en materia electoral*, para los recursos relativos a la materia política y electoral.

En cuanto a las leyes que se aplican para los aspectos no previstos en los anteriores cuerpos legales, están comprendidas: a) *El código federal de procedimientos civiles*; y b) *La ley orgánica del poder judicial federal*.

Dentro de estos dos grupos de leyes se establecen cada una de las normas relativas a las diversas etapas del los procedimientos, como: a) Los plazos para la presentación de los escritos de demanda y de contestación y los requisitos que deben contener estos; b) Los plazos para la ampliación o aclaración, cuando sea procedente; c) Las



condiciones de admisibilidad de los recursos y las causas de su improcedencia y sobreseimiento; d) Los medios de prueba y su desahogo; e) Las audiencias y su desarrollo; f) Los incidente; g) Las sentencias y los requisitos que deben cumplir estas; y h) Los recursos para impugnar las resoluciones de los jueces, cuando sea procedente hacerlo.

Igualmente, deben señalarse otros cuerpos normativos que tiene relación indirecta dentro del régimen jurídico del control de la constitucionalidad, como por ejemplo: a) Las leyes orgánicas de los órganos constituidos federales; b) La ley orgánica de la procuraduría general de la República; c) La ley sobre la celebración de tratados internacionales; d) Las constituciones de cada una de las entidades federativas; e) Las leyes orgánicas locales, en general; f) El código federal de instituciones y procedimientos electorales; y g) Las leyes electorales locales.

3.3.3. Sujetos

3.3.3.1. La Suprema Corte de Justicia de la Nación.

3.3.3.1.1. Atribuciones y competencia.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, se integra por 11 ministros y es competente para conocer de las «controversias constitucionales» y de las «acciones de inconstitucionalidad» establecidas en el artículo 105 constitucional, fracciones I y II; de la misma forma es competente para conocer del recurso de revisión cuando en el juicio de Amparo se argumente una infracción a normas constitucionales o bien, cuando este tribunal atraiga el caso por su trascendencia o importancia, de conformidad con el artículo 107 constitucional, fracción VIII.



Los ministros de la corte son propuestos por el presidente de la República en ternas, de las que el senado escoge uno de los candidatos (quienes deben cumplir con los requisitos enmarcados en el artículo 95 constitucional) por el voto de las dos terceras partes, conforme al procedimiento enmarcado en el artículo 96 constitucional.

3.3.3.1.2. La idea de «tribunal constitucional».

Esta «idea» de atribuir a la Suprema Corte de la Nación las funciones de un tribunal constitucional como en el sistema concentrado de control de la constitucionalidad, es decir la asignación de la competencia de las controversias constitucionales, las acciones de inconstitucionalidad, y sus facultades de atracción en casos relevantes y de importancia para la nación, ha guiado a sus integrantes al diseño de una “teoría constitucional” que ha servido desde febrero de 1995 como criterio fundamental para la interpretación de nuestra constitución en esta última época. Sin embargo, esta teoría constitucional hasta el momento carece de muchos vacíos; por lo que, se ha incurrido en varios errores de interpretación de la ley fundamental. Pero debemos recordar que dicha teoría constitucional de la Suprema Corte es perfectible y entonces también sus actuales criterios de interpretación.

Se debe resaltar, que el quehacer jurisdiccional de la Suprema Corte se ha guiado por esa representación propia como un tribunal constitucional, es decir, sus nuevos criterios, los ha hecho y justificado a partir de la declaración de que es y actúa como tribunal constitucional.⁶⁹³

En esta nueva época de la Corte se han definido algunos importantes criterios relativos a las garantías individuales como: el sentido de la libertad de trabajo;⁶⁹⁴ de audiencia;⁶⁹⁵ del fuero o las leyes privativas;⁶⁹⁶ o del derecho a la información.⁶⁹⁷

⁶⁹³ Cfr. Cossío, José Ramón. *Ob. Cit.* Pp. 131-132

⁶⁹⁴ LIBERTAD DE TRABAJO. NO ES ABSOLUTA DE ACUERDO CON LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES QUE LA RIGEN (ARTÍCULO 5º, PÁRRAFO PRIMERO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS



A continuación presentaremos algunos de los conceptos de trascendencia para su labor interpretativa derivados de la solución a casos concretos adoptadas por la Suprema Corte de Justicia.

3.3.3.1.3. El criterio jurídico de importancia y trascendencia.

El Acuerdo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación con número 5/1999, del 21 de junio. En el cuarto considerando se sostiene que el Pleno de la Suprema Corte “es el intérprete supremo de la Constitución”, y por ello no se requiere su intervención en aquellos asuntos en lo que “no se tenga que abordar cuestiones estrictamente constitucionales o en los que ya haya emitido un pronunciamiento sobre tales cuestiones”. Conforme a esos motivos y con fundamento en los artículos 94 y 107, fracción IX, el acuerdo establece los supuestos de la revisión en amparo directo. Siendo la novedad dentro de este acuerdo la definición de «importancia y trascendencia», y la precisión de los supuestos en los que los ministros no son competentes para conocer de dichos asuntos.

“Se entenderá que un asunto es importante cuando los conceptos de violación (o del planteamiento jurídico, si opera la suplencia de la queja deficiente), se vea que los argumentos (o derivaciones) son excepcionales o extraordinarios, esto es, de especial interés; y será trascendente cuando se aprecie la probabilidad de que la resolución que se

UNIDOS MEXICANOS. S.J.F., 9ª, IX, abr. 1999, p. 260, tesis P./J. 28/99, Pleno, jurisprudencia, Acción de Inconstitucionalidad 10/98, feb. 1999.

⁶⁹⁵ AUDIENCIA, GARANTÍA DE. PARA QUE SE RESPETE EN LOS PROCEDIMIENTOS PRIVATIVOS DE DERECHOS, LA OPORTUNIDAD DE PRESENTAR PRUEBAS Y ALEGATOS DEBE SER NO SÓLO FORMAL SINO MATERIAL. S.J.F., 9ª, VII, abr. 1998, p. 21, tesis P. XXXV/98, Pleno, tesis aislada, feb. 1998.

⁶⁹⁶ FUERO. SU PROHIBICIÓN EN EL ARTÍCULO 13 CONSTITUCIONAL IMPLICA LA PROSCRIPCIÓN DE JURISDICIONES O ESFERAS COMPETENCIALES DISTINTAS, EN FUNCIÓN DE LA SITUACIÓN SOCIAL DE DETERMINADA PERSONA O CORPORACIÓN. S.J.F., 9ª, VI, sep. 1997, p. 204, tesis P. CXXXVI/97, Pleno, tesis aislada, ago. 1997.

⁶⁹⁷ DERECHO A LA INFORMACIÓN. EL ARTÍCULO 112, FRACCIÓN VII, DE LA LEY ORGÁNICA MUNICIPAL PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO, NO LO VIOLA POR LIMITAR LA EXPEDICIÓN DE COPIAS CERTIFICADAS DE DOCUMENTOS Y CONSTANCIAS DE ARCHIVO, ASÍ COMO DE ACUERDOS ASENTADOS EN LOS LIBROS DE ACTAS DE LOS AYUNTAMIENTOS, SÓLO A LAS PERSONAS QUE TENGAN INTERÉS LEGÍTIMO Y SIEMPRE QUE NO SE PERJUDIQUE EL INTERÉS PÚBLICO. S.J.F., 9ª, XI, abr. 2000, tesis P. LXI/2000, Pleno, tesis aislada, dic. 1999.

pronuncie establezca un criterio que tenga efectos sobresalientes en la materia de constitucionalidad”.⁶⁹⁸

En resumen, se estableció: primero, que un asunto es importante cuando los planteamientos son excepcionales o extraordinarios, es decir, de especial interés; segundo, se determinó que un asunto es trascendente cuando se aprecie la probabilidad de que la resolución que se pronuncie establezca un criterio que tenga efectos sobresalientes en la materia de constitucionalidad; y se estableció que dichos conceptos no operan cuando existe jurisprudencia sobre el tema de constitucionalidad planteado, los agravios no puedan resultar jurídicamente atendibles, y en los demás casos análogos a juicio de la sala que determine decidirlo.

Si el ministro ponente estimaba que el recurso de revisión era procedente en términos de lo establecido por este acuerdo, formulaba el proyecto de resolución que sometería al Pleno o a las salas; si, en cambio, decidía por el desecamiento, lo sometía a la sala a la cual estuviera adscrito, la que, en caso de aprobar dicho proyecto, declararía firme la resolución del colegiado.

En conclusión, en este acuerdo 5/1999, la Suprema Corte fijo los criterios de importancia y trascendencia en los amparos directos en revisión y estableció el trámite que debía dárseles; cumplió lo previsto en la fracción IX del artículo 107 constitucional, pero a su vez, se atribuyó una extraordinaria discrecionalidad por la forma en que definió los conceptos de importancia y trascendencia.

3.3.3.1.4. El concepto de bienestar de la persona humana.

La resolución de la Suprema Corte de Justicia que recayó a la controversia constitucional 31/97, planteada por el Ayuntamiento de Temixco, Morelos, en contra la Cámara de Diputados y del Gobernador de ese Estado, tuvo la relevancia, en cuanto

⁶⁹⁸ *Acuerdo 6/1999*, del veintidós de junio de mil novecientos noventa y nueve, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el que se determina el envío de asuntos a los Tribunales Colegiados. S.J.F., 9ª, X, jul. de 1999, Pleno.



a que ocho ministros integrantes del Pleno introdujeron un concepto novedoso en nuestro orden jurídico: el «bienestar de la persona humana».⁶⁹⁹ Lo relevante para este trabajo esta en seguir los razonamientos expuestos por la Suprema Corte, para darle sentido normativo a la expresión “bienestar de la persona humana” y encontrar que su fundamento radica en una concepción legal, política y axiológica de la constitución.

El asunto consistió en resolver por parte de la Corte si la actuación de la Cámara de Diputados del Estado de Morelos actuó conforme a derecho en el momento de extender el territorio del Municipio de Cuernavaca, respecto de una extensión de suelo que Temixco estimaba como suya.

Temixco demandó, en esencia, diversas violaciones formales a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (artículos 14 y 16), puesto que al llevarse a cabo el proceso de resolución de conflicto de límites entre municipios por la Cámara de Diputados del Entidad Federativa de Morelos, no se dio audiencia al Ayuntamiento, sino sólo a su Presidente Municipal; y no se le otorgó al Gobernador del Estado, su opinión sobre el procedimiento celebrado; no fueron valoradas las pruebas ofrecidas por el Presidente Municipal; y no fueron expresados correctamente los fundamentos legales aplicables.⁷⁰⁰

Al tratarse de un conflicto entre una entidad Federativa y uno de sus municipios, y por ser necesario para la procedencia de la controversia constitucional, el hecho de haberse afectado un precepto constitucional, inicialmente la resolución de la Suprema Corte debía analizar la procedencia de su intervención ya que en primer lugar se

⁶⁹⁹ “...lo resolvió la Suprema Corte de Justicia de la Nación, funcionando en Pleno, por mayoría de ocho votos de los señores Ministros: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Mariano Azuela Güitrón, Juventino V. Castro y Castro, Juan Díaz Romero, Humberto Román Palacios, Olga María Sánchez Cordero, Juan N. Silva Meza y Presidente Genaro David Góngora Pimentel; los señores Ministros José de Jesús Gudiño Pelayo y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia votaron en contra y por la improcedencia de la controversia constitucional. El señor Ministro José de Jesús Gudiño Pelayo manifestó que formulará voto particular. No asistió el señor Ministro José Vicente Aguinaco Alemán, previo aviso a la Presidencia.” **Resolución a la Controversia Constitucional 31/97. Ayuntamiento del Municipio de Temixco, Morelos.** Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretario: Humberto Suárez Camacho, México, 1997, pp. 139-140

⁷⁰⁰ *Cfr. Resolución a la Controversia Constitucional 31/97.* Pp. 6-17

encontraba ante un tema de legalidad y no propiamente de constitucionalidad; y en segundo lugar, su actuación podría considerarse como una invasión en la esfera de competencias de la Legislatura del Estado de Morelos; por lo tanto, la solución de este asunto debía iniciar por lo tanto con la interpretación del el artículo 105, fracción I, inciso i de la Constitución.⁷⁰¹

“Artículo 105. La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:

I. De las controversias constitucionales que, con excepción de las que se refieran a la materia electoral, se susciten entre:

...

i). Un Estado y uno de sus municipios, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales;

...”

El análisis de la Corte comenzó con la identificación de los cuatro niveles de gobierno que componen nuestro orden jurídico: a) El federal, b) el local, c) el del Distrito Federal; y d) el constitucional; cada uno con competencias propias y, por regla general, excluyentes entre sí, que implican descentralización y autonomía en cuanto a su ejercicio a cargo de las autoridades correspondientes.⁷⁰²

Ahora bien, el «orden jurídico constitucional» establece las bases de para fijar las competencias de las autoridades de los demás órdenes normativos, y de igual forma establece los mecanismos necesarios para respetar los principios rectores previstos en la Constitución Federal, ya sea en perjuicio de los gobernados, por violación de garantías individuales, o bien afectando la esfera de competencia que corresponde a las autoridades de otro orden jurídico. En la constitución se han establecido diversos medios de control de la regularidad constitucional referidos a los órdenes jurídicos Federal, Estatal y del Distrito Federal, entre los que se encuentran las controversias constitucionales, cuya resolución se ha encomendado a esta Suprema Corte, en su

⁷⁰¹ *Cfr. Resolución a la Controversia Constitucional 31/97. P. 22*

⁷⁰² *Ibidem. Pp. 69-78*



carácter de tribunal constitucional, encargado de velar que la actuación de las autoridades se ajuste a lo establecido en la Carta Magna, encontrando sustento jurídico en el artículo 105, fracción I, para preservar los dos principios que sustentan las relaciones jurídicas y políticas de los órdenes jurídicos parciales señalados con anterioridad, a saber, salvaguardar el federalismo y la supremacía constitucional. Por lo anterior, la Corte razono que:

“...declarar la improcedencia de la controversia constitucional, bajo la óptica de que examinar cualquier acto proveniente de la legislatura estatal para con sus Municipios, vulneraría la autonomía local, en virtud de que en esta clase de conflictos sólo son susceptibles de estudio los aspectos sobre invasión de esferas competenciales o de cuestiones meramente formales, conduciría prácticamente a derogar el artículo 105, fracción I, inciso i), de la Constitución, puesto que solamente reduciría la procedencia y examen de fondo en las controversias constitucionales a un reducido número de supuestos, con lo que quedarían soslayadas del control hipótesis que pudieran presentarse en las relaciones políticas entre estados y municipios, en que las autoridades estatales, teniendo facultades constitucionales para realizar actos que inciden sobre la esfera de atribuciones de las autoridades municipales y cubriendo los requisitos formales previstos en la Constitución Federal, cometan arbitrariedades o emitan actos incongruentes que redundan en la desarmonía y desajuste del orden normativo del orden jurídico parcial estatal”.⁷⁰³

Las controversias constitucionales se instituyeron como un medio de defensa entre poderes y órganos de poder, cuyo sentido final es lograr el bienestar de la población que se encuentra bajo el imperio de aquéllos, resultaría contrario al propósito señalado, así como al fortalecimiento del federalismo, cerrar la procedencia del citado medio de control por interpretaciones técnicas, lo que implícitamente podría autorizar arbitrariedades que redundarían en la transgresión del orden constitucional que se pretende salvaguardar.⁷⁰⁴

⁷⁰³ *Resolución a la Controversia Constitucional 31/97*. P. 99

⁷⁰⁴ *Ibidem*. P. 95



El razonamiento anterior viene a reforzarse cuando la Corte establece que las controversias constitucionales se instituyeron como un medio de defensa entre poderes y órganos de poder; pero, su sentido final es lograr el «bienestar de la persona humana» que se encuentra bajo el imperio de aquéllas, encuentra claro sustento en el análisis relacionado en todos los preceptos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El Título Primero, que comprende sus primeros veinticuatro artículos se ocupa de las garantías individuales que constituyen una barrera infranqueable para todas las autoridades que, de violentarlos, podrán ser señaladas como responsables en un juicio de amparo que promueva un gobernado que estime que se incurrió en esa arbitrariedad, todo ello, con fundamento en el artículo 107 de la Constitución. En el artículo 16 se establece la garantía de legalidad que exige que las autoridades sólo puedan hacer lo que la ley les permite, lo que significa que no pueden actuar fuera de su competencia. En el artículo 14 se previene la garantía de debido proceso legal, lo que obliga a cumplir con los procedimientos que las leyes establezcan antes de emitir una resolución que pueda producir una afectación.⁷⁰⁵

Lo que justifica ampliamente que los mecanismos de control constitucional previstos en la norma fundamental, entre ellos las controversias constitucionales, deben servir para salvaguardar el respeto pleno de la constitución, sin que pueda admitirse ninguna limitación que pudiera dar lugar a arbitrariedades que en esencia irían en contra del pueblo soberano.⁷⁰⁶

De acuerdo con el panorama descrito, aun cuando la materia fundamental sobre la que versen las decisiones de las controversias constitucionales se relacionen con actos de carácter político, si su expresión tiene también una connotación jurídica, son susceptibles de ser examinados por esta Suprema Corte de Justicia, dado que por la naturaleza total que tiene el orden constitucional, en cuanto tiende a establecer y

⁷⁰⁵ *Cfr. Resolución a la Controversia Constitucional 31/97*. Pp. 95-96

⁷⁰⁶ *Ibidem*. P. 97



proteger todo el sistema de un estado de derecho, su defensa a través de los medios de control de su regularidad debe ser también integral, independientemente de que pueda tratarse de la parte orgánica o la dogmática de la norma suprema, sin que se pueda parcializar este importante ejercicio por meras construcciones interpretativas.

Debe subrayarse, que la doctrina ha establecido que las garantías individuales benefician, en su carácter de derechos públicos subjetivos, a los gobernados, quienes pueden oponerlos a los actos de autoridad; sin embargo, las prevenciones constitucionales que establecen esas normas fundamentales generales disponen también obligaciones que deben cumplir las autoridades en su actuar, siendo que no existe razón jurídica para dejar de requerirlas cuando su destinatario sea otra autoridad, órgano o ente de poder, pues basta con que el acto de que se trate sea susceptible de afectar el ejercicio competencial de la entidad para que la Suprema Corte de Justicia pueda determinar su apego al estado de derecho, lo que se traduce en la salvaguarda de la supremacía constitucional, como orden jurídico total.⁷⁰⁷

Llevando los razonamientos expuestos al caso concreto que examino la Corte, es de concluirse que cuando una legislatura dirime un conflicto de límites entre municipios, respetando siempre los principios contenidos en la Constitución Federal, ejercita plenamente su autonomía, pero este ejercicio siempre será susceptible de un examen integral por la Suprema Corte para evitar arbitrariedades, pues de lo contrario se podría estar reconociendo y autorizando implícitamente la comisión de infracciones a la norma suprema, violaciones que no serían susceptibles de purgarse con posterioridad.

“CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. LA FINALIDAD DEL CONTROL DE LA REGULARIDAD CONSTITUCIONAL A CARGO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN INCLUYE TAMBIÉN DE MANERA RELEVANTE EL BIENESTAR DE LA PERSONA HUMANA SUJETA AL IMPERIO DE LOS ENTES U ÓRGANOS DE PODER. EI

⁷⁰⁷ *Resolución a la Controversia Constitucional 31/97*. P. 98



análisis sistemático del contenido de los preceptos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos revela que si bien las controversias constitucionales se instituyeron como un medio de defensa entre poderes y órganos de poder, entre sus fines incluye también de manera relevante el bienestar de la persona humana que se encuentra bajo el imperio de aquéllos. En efecto, el título primero consagra las garantías individuales que constituyen una protección a los gobernados contra actos arbitrarios de las autoridades, especialmente las previstas en los artículos 14 y 16, que garantizan el debido proceso y el ajuste del actuar estatal a la competencia establecida en las leyes. Por su parte, los artículos 39, 40, 41 y 49 reconocen los principios de soberanía popular, forma de estado federal, representativo y democrático, así como la división de poderes, fórmulas que persiguen evitar la concentración del poder en entes que no sirvan y dimanen directamente del pueblo, al instituirse precisamente para su beneficio. Por su parte, los numerales 115 y 116 consagran el funcionamiento y las prerrogativas del Municipio Libre como base de la división territorial y organización política y administrativa de los Estados, regulando el marco de sus relaciones jurídicas y políticas. Con base en este esquema, que la Suprema Corte de Justicia de la Nación debe salvaguardar, siempre se encuentra latente e implícito el pueblo y sus integrantes, por constituir el sentido y razón de ser de las partes orgánica y dogmática de la Constitución, lo que justifica ampliamente que los mecanismos de control constitucional que previene, entre ellos las controversias constitucionales, deben servir para salvaguardar el respeto pleno del orden primario, sin que pueda admitirse ninguna limitación que pudiera dar lugar a arbitrariedades que, en esencia, irían en contra del pueblo soberano.”

Controversia constitucional 31/97. Ayuntamiento de Temixco, Morelos. 9 de agosto de 1999. Mayoría de ocho votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Disidentes: José de Jesús Gudiño Pelayo y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretario: Humberto Suárez Camacho.

Semanario Judicial de la Federación y su gaceta, 9ª época, X, No. R. 193,257, Jurisprudencia, septiembre de 1999, P./J. 101/99, p. 708.

La Suprema Corte de Justicia, al establecer el criterio de «bienestar de la persona humana», en el futuro, puede determinar una serie de criterios que le permitirían ampliar sus competencias tan lejos como sea necesario en la búsqueda de tal fin; y con ello se puede tomar el riesgo de que dicho órgano pase de ser un órgano



discrecionalidad a uno arbitrario; sin embargo, el sistema es perfectible y se encamina hacia un sistema de interpretación más racional. Ciertamente el diseño de esta Corte, tiene como propósito la consolidación democrática del país, y todavía al igual que muchas instituciones que conforman el sistema jurídico y político mexicano, se encuentran en un proceso de aprendizaje, perfeccionamiento y de enfrentamiento contra las prácticas y vicios antidemocráticos.

3.3.3.1.5. El reconocimiento expreso de valores en la constitución.

El 23 de septiembre de 1998, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia resolvió por unanimidad de once votos la acción de inconstitucionalidad 6/98, interpuesta por el Partido de la Revolución Democrática (PRD) en contra del artículo 229 del Código de Instituciones y Procedimientos Electorales del Estado de Quintana Roo (CIPEEQROO).⁷⁰⁸ El PRD planteó la impugnación de este artículo conforme lo

⁷⁰⁸ “ARTÍCULO 229.- Para la asignación de Diputados electos por el principio de representación proporcional, se determinará cuales partidos están en los casos del Artículo 54 de la Constitución Política del Estado, y se sujetará a las siguientes bases:

I.- Al partido político que hubiere obtenido la mitad o más de las constancias de mayoría relativa y el 40% de la votación total de la elección de diputados, se le asignarán diputaciones por el principio de representación proporcional, hasta acceder al 52% del total de diputados que integran el Congreso del Estado.

II.- A todos los partidos políticos que hayan obtenido por lo menos el 2.5% del total de la "votación estatal emitida, se le asignará una diputación, y

III.- La fórmula para asignar las diputaciones de representación proporcional restantes, en su caso tiene dos elementos:

a).- Cociente electoral; y

b).- Resto mayor.

Para la aplicación del primer elemento, después de restada de la votación efectiva, la votación del partido que obtuvo las dos terceras partes o más de las constancias de mayoría relativa, así como la utilizada para la asignación de curules a los partidos que obtuvieron el 2.5% de la votación estatal emitida, el total de votos que representa la votación ajustada se divide entre el número de curules a repartir con el cociente que resulte, se asignarán a los partidos políticos tantas diputaciones como número de veces contenga su volumen el cociente electoral obtenido.

Por votación efectiva, se entenderá la que resulte de deducir de la votación estatal emitida los votos nulos, así como los votos de aquellos partidos que no hayan alcanzado el 2.5%.

Si después de aplicar el cociente electoral, aun quedaren diputaciones por distribuir, se utilizarán en forma decreciente los restos mayores, que son los remanentes de votos que tuvieron los partidos políticos una vez restados los utilizados en las asignaciones anteriores.

En ningún caso un partido político podrá contar con más de quince diputados por ambos principios.

Los diputados electos según el principio de representación proporcional se asignan en el orden en que fueron registrados en las listas estatales de cada partido.”

establecido en el párrafo tercero de la fracción II del artículo 116 constitucional (“Las legislaturas de los Estados se integrarán con diputados elegidos según los principios de mayoría relativa y representación proporcional, en los términos que señalen sus leyes”), por considerar que el sistema establecido por la Legislatura de Quintana Roo desconocía el principio de representación proporcional en tanto introducía los principios de «premio a la mayoría» o «cláusula de gobernabilidad» y de «diputados de partido». En este caso la Suprema Corte consideró que el artículo 229 sí daba lugar a una violación constitucional y, por ende debía declararse parcialmente inválido.

La importancia de esta resolución radica en varios aspectos: primero, porque se declaró parcialmente inconstitucional el precepto impugnado; segundo, porque se llevó a cabo un razonamiento relativo a la materia electoral, que con anterioridad a 1996 no era de la competencia de la Suprema Corte de Justicia; tercero, porque la Corte se dio a la tarea de buscar y establecer un criterio para determinar la constitucionalidad de los sistemas locales de representación proporcional; cuarto, porque emitió un fuerte planteamiento sobre la llamada “cláusula de gobernabilidad” y, quinto, la mas importante para este trabajo, por que sustentó en una parte fundamental de su argumento la existencia de valores esenciales en la Constitución.

Sobre el quinto punto, la Corte pretendió legitimar su actuación en: primero, lo que consideró las atribuciones otorgadas por el órgano Constituyente con el fin de proteger el sistema federal de gobierno y; segundo, en concordancia con lo anterior, en la necesidad de establecer un criterio para evitar que las entidades federativas desconocieran la constitución federal.

El primer problema a resolver para dar solución a la presente controversia era establecer un criterio constitucional para calificar si las legislaturas de las entidades federativas habían recogido correctamente el principio de representación proporcional. Se estableció que existía una seria dificultad en establecer un criterio uniforme acerca del principio de representación proporcional, debido a la gran cantidad de



posibilidades que podían utilizarse, pero sobre todo, se tenía la necesidad de encontrar propiamente un criterio objetivo; en tal situación la Suprema Corte estimó que el principio de proporcionalidad respecto de las elecciones de las entidades federativas debía estar establecido bajo las bases del artículo 54 de la Constitución para elegir diputados federales.

Determinado el contenido “jurídicamente correcto” del principio de representación proporcional, la Corte estaba en posibilidad de estudiar el concepto de violación planteado por el PRD y decidir que debido a que dentro del sistema de representación proporcional, establecido por el artículo 54 constitucional, no estaba incluido el “premio de mayoría” o “cláusula de gobernabilidad” el artículo 229 del CIPEEQROO era declarado inconstitucional.

Por lo anterior, la Corte expresamente estableció que el análisis de una norma constitucional no sólo debía atender al texto literal de la norma, sino también al contexto de esta, en tanto establecen un sistema genérico que debe ser considerado armónicamente. En esta resolución estableció que debía “atenderse también a los fines y objetivos que se persiguen con el principio de representación proporcional y al valor de pluralismo político que tutela” la constitución.

“Ahora bien, considerando los diferentes métodos o modelos que pueden aplicarse para hacer vigente este principio de representación proporcional, en el sistema electoral mexicano sus bases generales se instituyen en el artículo 54 de la Constitución Federal, de cuyo análisis se llega al convencimiento de que la proporcionalidad en materia electoral, más que un principio, constituye un sistema compuesto por bases generales tendentes a garantizar de manera efectiva la pluralidad en la integración de los órganos legislativos, permitiendo que formen parte de ellos candidatos de los partidos minoritarios, e impidiendo, a la vez, que los partidos dominantes alcancen un alto grado de sobre-representación. Esto explica por qué, en algunos casos, se premia o estimula a las minorías y en otros se restringe a las mayorías. Por tanto, el análisis de las disposiciones que se combatan en esta vía constitucional, debe hacerse atendiendo no sólo al texto literal de cada una de ellas en lo particular, sino también al contexto de la propia norma que establece un sistema



genérico con reglas diversas que deben analizarse armónicamente, pues no puede comprenderse el principio de proporcionalidad atendiendo a una sola de éstas, sino en su conjunto; además, debe atenderse también a los fines y objetivos que se persiguen con el principio de representación proporcional y al valor de pluralismo político que tutela, a efecto de determinar si efectivamente la disposición combatida inmersa en su contexto normativo hace vigente ese principio conforme a las bases generales que lo soportan”.⁷⁰⁹

En el caso concreto de la resolución de la Acción de Inconstitucionalidad 6/98, al invocar valores, el órgano interprete logra que se cumplan dos funciones principales: por un lado, constituye un elemento a partir del cual es posible ordenar un conjunto de normas con el fin de darle contenido al principio de representación proporcional; por otro lado, se asigna a este conjunto de normas una finalidad específica, a efecto de realizar el control de la constitucionalidad de las normas impugnadas.⁷¹⁰

“MATERIA ELECTORAL. BASES GENERALES DEL PRINCIPIO DE REPRESENTACIÓN PROPORCIONAL. La abundancia de criterios doctrinarios así como de modelos para desarrollar el principio de representación proporcional, ponen de manifiesto la dificultad para definir de manera precisa la forma en que las Legislaturas Locales deben desarrollarlo en sus leyes electorales; sin embargo, esa dificultad se allana si se atiende a la finalidad esencial del pluralismo que se persigue y a las disposiciones con las que el propio Poder Revisor de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ha desarrollado dicho principio, para su aplicación en las elecciones federales. Las bases generales que tienen que observar las Legislaturas de los Estados para cumplir con el establecimiento del principio de proporcionalidad electoral en tratándose de diputados, derivadas del indicado precepto constitucional, son las siguientes: Primera. Condicionamiento del registro de la lista de candidatos plurinominales a que el partido participe con candidatos a diputados por mayoría relativa en el número de distritos uninominales que la ley señale. Segunda. Establecimiento de un mínimo porcentaje de la votación estatal para la asignación de diputados. Tercera. Asignación de diputados independiente y adicionalmente a las constancias de mayoría relativa que hubiesen

⁷⁰⁹ *Resolución a la Acción de Inconstitucionalidad 6/98. Partido de la Revolución Democrática.* Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ponente: Olga María del Carmen Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Osmar Armando Cruz Quiroz, México, 1998, p. 114. *(El subrayado es una acotación del presente trabajo).*

⁷¹⁰ *Cfr.* COSSÍO, José Ramón. *Ob. Cit.* P. 169

obtenido los candidatos del partido de acuerdo con su votación. Cuarta. Precisión del orden de asignación de los candidatos que aparezcan en las listas correspondientes. Quinta. El tope máximo de diputados por ambos principios que puede alcanzar un partido, debe ser igual al número de distritos electorales. Sexta. Establecimiento de un límite a la sobre-representación. Séptima. Establecimiento de las reglas para la asignación de diputados conforme a los resultados de la votación.”

Acción de inconstitucionalidad 6/98. Partido de la Revolución Democrática. 23 de septiembre de 1998. Once votos. Ponente: Olga María Sánchez Cordero. Secretario: Osmar Armando Cruz Quiroz”.

Semanario Judicial de la Federación y su gaceta, 9ª época, VIII, No. R. 195,152, Jurisprudencia, Noviembre de 1998, P./J. 69/98, p. 189.

3.3.3.1.6. Metodología en la interpretación.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación a partir de su quinta y hasta la octava época, y aun hoy con esta nueva Corte de 1995 (novena época) han realizado su labor interpretativa de la constitución mexicana, de tan diversas maneras y distintos métodos que es muy difícil identificar la teoría constitucional bajo la cual razonan sus criterios. Por ejemplo, los razonamientos para confrontar la realidad con las normas estaban sustentados en lugares comunes como: «la voluntad del legislador» (la cual extraían de las diversas exposiciones de motivos, dictámenes o debates legislativos), «la analogía»; en cuanto a la determinación de los fines o propósitos de la imposición de instituciones se acudía nuevamente a la «voluntad del legislador» o a los criterios llamados «teleológicos» o «funcionales»; y como lo pudimos establecer en el capítulo de antecedentes, durante el periodo *estatista*, la mayoría de resoluciones se alejaba de sustentar criterios generales de interpretación y se dedicaba a resolver litigios en concreto. Sin embargo, en esta novena época, la Corte empieza apartarse de esos criterios e introduce una nueva forma de identificar las normas y al régimen jurídico de

las instituciones les asigna una fin específico para salvaguardar un valor o principio, ya sea jurídico, político o social.⁷¹¹

La Corte empieza a reconocer que para interpretar la Constitución hay que tomar en cuenta una serie de valores, por lo que sus preceptos deben ser considerados, sistematizados en razón de éstos; por lo que, los ministros deben estimar o ponderar los valores incorporados a la constitución y los que son superiores a la misma.⁷¹²

“Hablar de la relación entre Constitución y valores es un tema corriente en, al menos, los constitucionalismos europeo y estadounidense. Las razones que explican esta situación son muy variadas y complejas, pero fundamentalmente se reducen a dos: en primer término, a la forma en que fueron representadas las experiencias totalitarias de la Unión Soviética, Alemania, Italia y España; particularmente, en cuanto a considerar que el derecho dejó de cumplir con sus funciones más elementales a fin de impedir ese tipo de regímenes políticos; en segundo término, debido a que fue imposible seguir sosteniendo la idea de que las sociedades eran homogéneas, y las Constituciones, meras representaciones de esa homogeneidad. La aceptación de este segundo fenómeno planteó, a su vez, muy complejos problemas; principalmente, el de cómo mantener unida a una sociedad en la que las diferencias entre sus integrantes eran evidentes, reconocidas y legítimas [...]”⁷¹³

El sentido de las normas ya no se determina únicamente a partir de su textualidad, sino también del sentido que se supone que les atribuyen los valores que animan el ordenamiento constitucional. Igualmente, se ha presentado una radical transformación en las formas de interpretación del derecho, así como en la forma de razonarlo: el tradicional silogismo, tan del gusto de muchos abogados, se sustituyó por los métodos de ponderación de valores, que tienen diversas especificaciones y dificultades.

Es difícil considerar que la Suprema Corte basa su sistema interpretativo bajo un concepto de constitución sistemático y bien establecido, ya que lejos de tratar de

⁷¹¹ Cfr. Cossío, José Ramón. *Ob. Cit.* Pp. 169-170

⁷¹² *Ibidem.* P. 170

⁷¹³ *Ídem.*

establecer una teoría constitucional, ha preferido interpretar de manera separada las diversas partes de ésta. La Corte en su nueva posición de “tribunal constitucional” al ampliar los criterios tradicionales, han dejado atrás las ideas de «analogía» o «mayoría de razón» y muchos otros criterios de solución de interpretación e integración del orden constitucional, y basa sus decisiones primordialmente en su posición de última autoridad de la interpretación constitucional.

Las consecuencias al utilizar la noción de tribunal constitucional como la guía en sus decisiones, obstaculiza propiamente la construcción de un cuerpo teórico ordenado y constante sobre el concepto de constitución mexicana. Sin embargo, como lo hemos expuesto, la construcción de dicha teoría esta en proceso y se va creando conforme la Suprema Corte va solucionando problemas que en épocas anteriores estaban fuera de su competencia.

El problema de actuar como autoridad última en la interpretación de la constitución y la visión fragmentaria que de ella se va teniendo, provoca que no puedan establecerse, hasta el momento, estándares constantes y significados sistematizados que nos permitan crear una doctrina de la interpretación constitucional de la novena época de la Corte.

Pero debemos tomar en cuenta, que, en estos tiempos de democratización, los profesionales del derecho, han dejado su papel pasivo del siglo pasado, y critican la actuación del máximo tribunal y fomentan el debate público; un ingrediente necesario para la corrección de criterios tomados, porque las instituciones, en parte, buscan hoy su legitimidad por medio de una opinión pública favorable. A final de cuentas, si existe alguien que vigila la actuación del órgano controlador de última instancia, que si bien



es un control de tipo social y aparentemente ineficaz, repercute y preocupa en los sujetos que encarnan el Poder Judicial Federal.⁷¹⁴

En su actuación el Poder Judicial de la Federación ha hecho uso variado (sin ninguna razón teórica para hacerlo) de criterios de interpretación, lo que al final de cuentas permite que los tribunales alcancen diverso tipos de soluciones en situaciones más o menos semejantes, y que respecto de ese uso o sus consecuencias no exista ninguna posibilidad de control. La Corte, no ha establecido reglas de interpretación ni, mucho menos, a definido en qué casos habrá de aplicar cada una de ellas. Hechos semejantes pueden llevar a soluciones muy diversas por el hecho de que los criterios de interpretación elegidos sean distintos. Esta solución sólo es posible si comienza estableciendo el entendimiento que se tiene de la constitución y de sus normas. En parte de la Novena Época del Semanario Judicial de la Federación, ha sostenido, entre otros, los siguientes criterios de interpretación:

A) Método Gramatical.

“INTERPRETACIÓN DE LA LEY. SI SU TEXTO ES OSCURO O INCOMPLETO Y NO BASTA EL EXAMEN GRAMATICAL, EL JUZGADOR PODRÁ UTILIZAR EL MÉTODO QUE CONFORME A SU CRITERIO SEA EL MÁS ADECUADO PARA RESOLVER EL CASO CONCRETO. De acuerdo con el cuarto párrafo del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el órgano jurisdiccional, al resolver la cuestión jurídica que se le plantee, deberá hacerlo 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. En este sentido, los juzgadores no están obligados a aplicar un método de interpretación específico, por lo que válidamente pueden utilizar el que acorde con su criterio sea el más adecuado para resolver el caso concreto. Sin embargo, en principio deberá utilizarse el literal, pues como lo establece el propio precepto constitucional, los fallos judiciales deberán dictarse "conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley", con lo que se constriñe al juzgador a buscar la solución del problema que se le presente, considerando en primer lugar lo dispuesto expresamente en el ordenamiento jurídico correspondiente.”

⁷¹⁴ Cfr. COSSÍO, José Ramón. *Ob. Cit.* Pp. 137, 138, 175. y COVIAN ANDRADE, Miguel. *La Suprema Corte y el control de la constitucionalidad.* Pp. 119-124

Amparo directo en revisión 1886/2003. Miguel Armando Oleta Montalvo. 31 de marzo de 2004. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Humberto Román Palacios. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Leticia Flores Díaz.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, XIX, Junio de 2004, p. 234, tesis 1a. LXXII/2004, Primera Sala, materia común, tesis aislada, registro: 181,320

B) La doctrina.

"DOCTRINA. PUEDE ACUDIRSE A ELLA COMO ELEMENTO DE ANÁLISIS Y APOYO EN LA FORMULACIÓN DE SENTENCIAS, CON LA CONDICIÓN DE ATENDER, OBJETIVA Y RACIONALMENTE, A SUS ARGUMENTACIONES JURÍDICAS. En el sistema jurídico mexicano por regla general, no se reconoce formalmente que la doctrina pueda servir de sustento de una sentencia, pues el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que establece las reglas respectivas, en su último párrafo, sólo ofrece un criterio orientador, al señalar que "En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho."; mientras que en su párrafo tercero dispone que "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 de que se trata.". Sin embargo, es práctica reiterada en la formulación de sentencias, acudir a la doctrina como elemento de análisis y apoyo, así como interpretar que la regla relativa a la materia penal de carácter restrictivo sólo debe circunscribirse a ella, permitiendo que en todas las demás, con variaciones propias de cada una, se atienda a la regla que el texto constitucional menciona con literalidad como propia de los juicios del orden civil. Ahora bien, tomando en cuenta lo anterior y que la función jurisdiccional, por naturaleza, exige un trabajo de lógica jurídica, que busca aplicar correctamente las normas, interpretarlas con sustento y, aun, desentrañar de los textos legales los principios generales del derecho para resolver las cuestiones controvertidas en el caso concreto que se somete a su conocimiento, considerando que todo sistema jurídico responde a la intención del legislador de que sea expresión de justicia, de acuerdo con la visión que de ese valor se tenga en el sitio y época en que se emitan los preceptos que lo vayan integrando, debe concluirse que cuando se acude a la doctrina mediante la referencia al pensamiento de un tratadista e, incluso, a través de la transcripción del texto en el que lo expresa, el juzgador, en lugar de hacerlo de manera dogmática, debe analizar, objetiva y racionalmente, las argumentaciones jurídicas correspondientes, asumiendo

personalmente las que le resulten convincentes y expresando, a su vez, las consideraciones que lo justifiquen.”

Amparo directo en revisión 1124/2000. Abel Hernández Rivera y otros. 17 de abril de 2001. Cinco votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: Lourdes Minerva Cifuentes Bazán.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, XIII, Mayo de 2001, p. 448, tesis 2a. LXIII/2001, Segunda Sala. materia común, tesis aislada, registro: 189,723

C) El método histórico.

“INTERPRETACIÓN HISTÓRICA TRADICIONAL E HISTÓRICA PROGRESIVA DE LA CONSTITUCIÓN. Para fijar el justo alcance de una disposición contenida en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ante la insuficiencia de elementos que derivan de su análisis literal, sistemático, causal y teleológico, es factible acudir tanto a su interpretación histórica tradicional como histórica progresiva. En la primera de ellas, con el fin de averiguar los propósitos que tuvo el Constituyente para establecer una determinada norma constitucional, resulta necesario analizar los antecedentes legislativos que reflejan con mayor claridad en qué términos se reguló anteriormente una situación análoga y cuál fue el objeto de tales disposiciones, dado que por lo regular existe una conexión entre la ley vigente y la anterior; máxime, si a través de los diversos métodos de interpretación del precepto constitucional en estudio se advierte que fue intención de su creador plasmar en él un principio regulado en una disposición antes vigente, pues en tales circunstancias, la verdadera intención del Constituyente se puede ubicar en el mantenimiento del criterio que se sostenía en el ayer, ya que todo aquello que la nueva regulación no varía o suprime de lo que entonces era dado, conlleva la voluntad de mantener su vigencia. Ahora bien, de resultar insuficientes los elementos que derivan de esta interpretación, será posible acudir a la diversa histórica progresiva, para lo cual deben tomarse en cuenta tanto las condiciones y necesidades existentes al momento de la sanción del precepto constitucional, como las que se advierten al llevar a cabo su interpretación y aplicación, ya que toda Norma Fundamental constituye un instrumento permanente de gobierno, cuyos preceptos aseguran la estabilidad y certeza necesarias para la existencia del Estado y del orden jurídico; por tanto, ante un precepto constitucional que por su redacción permite la adecuación de su sentido a determinadas circunstancias, ya sea jurídicas, o de otra índole, para fijar su alcance, sin imprimirle un cambio sustancial, debe atenderse precisamente a la estabilidad o modificación que han sufrido esas circunstancias, sin que con ello sea válido



desconocer o desnaturalizar los propósitos que llevaron al Constituyente a establecer la disposición en estudio.”

Amparo en revisión 2301/98. Justo Andrés Medina Escobedo. 28 de septiembre de 1999. Unanimidad de nueve votos. Ausentes: Mariano Azuela Güitrón y José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretario: José Carlos Rodríguez Navarro.

Amparo en revisión 2295/98. César Daniel Ruiz Vera. 28 de septiembre de 1999. Unanimidad de nueve votos. Ausentes: Mariano Azuela Güitrón y José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretario: Rafael Coello Cetina.

Amparo en revisión 536/99. Rosaura Hernández Vargas. 28 de septiembre de 1999. Unanimidad de nueve votos. Ausentes: Mariano Azuela Güitrón y José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Mariana Mureddu Gilabert.

Amparo en revisión 1323/98. Luis Alberto Muy Ceballos. 28 de septiembre de 1999. Unanimidad de nueve votos. Ausentes: Mariano Azuela Güitrón y José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Tereso Ramos Hernández.

Amparo en revisión 690/99. Edgardo Medina Durán. 28 de septiembre de 1999. Unanimidad de nueve votos. Ausentes: Mariano Azuela Güitrón y José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretaria: María del Socorro Olivares de Fabela.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy veintinueve de mayo en curso, aprobó, con el número 61/2000, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a veintinueve de mayo de dos mil.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, XI, Junio de 2000, p. 13, tesis P./J. 61/2000, Pleno, materia constitucional, Jurisprudencia, registro: 191,673.

“INSTITUCIONES DE CRÉDITO. ALCANCE DE LA RESTRICCIÓN DE SU CAPACIDAD PARA ADQUIRIR Y ADMINISTRAR BIENES RAÍCES PREVISTA EN LA FRACCIÓN V DEL ARTÍCULO 27 CONSTITUCIONAL (INTERPRETACIÓN PROGRESIVA). Para fijar el justo alcance del citado dispositivo, ante la insuficiencia de elementos que derivan de su análisis literal, sistemático, causal, teleológico e histórico, resulta necesario acudir a su interpretación progresiva, es decir, al estudio comparativo de las condiciones jurídicas que

prevalecían al expedirse la Constitución Política del cinco de febrero de mil novecientos diecisiete, en relación con las existentes actualmente. Al efecto, destaca que a diferencia de lo aducido en el dictamen rendido por la Comisión de Diputados Constituyentes que propuso el texto original y finalmente aprobado del referido precepto constitucional, en el marco jurídico vigente se reconoce plenamente personalidad jurídica a las personas jurídicas colectivas y, por ende, su capacidad para adquirir toda clase de derechos y obligaciones, entre otros, el de propiedad sobre un determinado bien inmueble, como deriva de lo dispuesto en los artículos del 25 al 28 y del 2688 al 2690 del Código Civil aplicable en materia federal; 2o., 10 y 11 de la Ley General de Sociedades Mercantiles y, 8o. y 9o. de la Ley de Instituciones de Crédito; además, actualmente las instituciones de crédito realizan actividades de banca múltiple, es decir, están facultadas para celebrar en lo individual operaciones de depósito y descuento, hipotecarias, refaccionarias, agrícolas, industriales o de fideicomiso, a diferencia de lo que acontecía en aquel entonces, donde legalmente no era posible que una misma institución gozara del acto administrativo que le permitiera realizar más de una de esas operaciones; en el mismo orden de ideas, destaca que la regulación de los procedimientos para el remate de bienes a favor de una institución de crédito se ha modificado radicalmente, pues el marco jurídico actual, generalmente, sí respeta los diversos derechos constitucionales que asisten a los gobernados, ya que el remate y la adjudicación de bienes inmuebles tiene lugar con posterioridad a la celebración de un juicio en el que se siguen las formalidades esenciales que derivan de lo dispuesto en el artículo 14, párrafo segundo, constitucional; por otra parte, del análisis de la regulación que a la fecha rige las actividades de las instituciones de crédito se advierte que entre ellas destacan las operaciones de crédito las que, por una parte, han alcanzado una gran diversificación a partir de la entrada en vigor de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el quince de septiembre de mil novecientos treinta y dos y, por otra, resalta que la actividad crediticia, conforme al marco jurídico actual, necesariamente se desarrolla a través de dos etapas, una primera en la que el acreedor pone a disposición del deudor una cantidad determinada o determinable de capital, y una segunda, en la cual se cumple con la obligación aceptada por este último, otorgar al acreedor, en una o más exhibiciones una cantidad monetaria equivalente a la que le fue puesta a su disposición y que efectivamente utilizó, obligación que de no cumplirse en los términos pactados podrá provocar que el acreedor haga valer los medios jurisdiccionales que tutelan el cumplimiento de las obligaciones de crédito, los que podrán culminar con la ejecución de la resolución correspondiente sobre un bien inmueble del deudor, de donde se sigue que en la



actualidad debe comprenderse dentro de la actividad crediticia, como uno de sus objetos directos, la recuperación de los créditos otorgados, lo que puede generar, en su caso, que ello tenga lugar a través de la adjudicación de un bien inmueble, la cual será de carácter temporal, pues únicamente será indispensable para que la respectiva institución reciba, como una forma alternativa y extraordinaria, el pago del crédito concedido, propiedad que conforme a las vigentes disposiciones administrativas de observancia general deberá trasladar en el menor tiempo posible, con el objeto de que la suma equivalente se dedique nuevamente a su fin último, la intermediación financiera. En ese contexto, de la interpretación literal, sistemática, causal, teleológica y progresiva de lo dispuesto en el artículo 27, fracción V, constitucional, se concluye que conforme al marco jurídico actual la propiedad temporal de un inmueble, sujeta a control administrativo, que una institución de crédito adquiere vía adjudicación, en tanto constituye una actividad propia de su objeto directo, es una expresión válida de su capacidad legal para obtener y administrar bienes inmuebles, pues con ello no se afectan los fines que persiguió el Constituyente de mil novecientos diecisiete, ni los que sustentaron las disposiciones del orden jurídico nacional que anteriormente establecieron restricciones de esa naturaleza, consistentes en evitar la concentración y acumulación de la propiedad del territorio nacional, en razón de las consecuencias negativas que provocan al desarrollo económico, a la distribución de la riqueza y a la soberanía nacional.”

Amparo en revisión 2301/98. Justo Andrés Medina Escobedo. 28 de septiembre de 1999. Unanimidad de nueve votos. Ausentes: Mariano Azuela Güitrón y José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretario: José Carlos Rodríguez Navarro.

Amparo en revisión 2295/98. César Daniel Ruiz Vera. 28 de septiembre de 1999. Unanimidad de nueve votos. Ausentes: Mariano Azuela Güitrón y José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretario: Rafael Coello Cetina.

Amparo en revisión 536/99. Rosaura Hernández Vargas. 28 de septiembre de 1999. Unanimidad de nueve votos. Ausentes: Mariano Azuela Güitrón y José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Mariana Mureddu Gilabert.

Amparo en revisión 1323/98. Luis Alberto Muy Ceballos. 28 de septiembre de 1999. Unanimidad de nueve votos. Ausentes: Mariano Azuela Güitrón y José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Tereso Ramos Hernández.

Amparo en revisión 690/99. Edgardo Medina Durán. 28 de septiembre de 1999. Unanimidad de nueve votos. Ausentes: Mariano Azuela Güitrón y José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretaria: María del Socorro Olivares de Fabela.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy veintinueve de mayo en curso, aprobó, con el número 60/2000, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a veintinueve de mayo de dos mil.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, XI, Junio de 2000, p. 11, tesis P./J. 60/2000, Pleno, materias Constitucional, Civil, Jurisprudencia, registro: 191,677.

D) Método sistemático y armónico.

“INSTITUCIONES DE CRÉDITO. EL ARTÍCULO 68 DE LA LEY RESPECTIVA NO RELEVA A LOS CONTADORES AUTORIZADOS POR LA INSTITUCIÓN DE CRÉDITO ACREEDORA, DE LA OBLIGACIÓN DE CONTAR CON EL TÍTULO PROFESIONAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 5o. CONSTITUCIONAL Y SU LEY REGLAMENTARIA. El artículo 68 de la ley invocada establece que los estados de cuenta certificados por contador autorizado por la institución de crédito acreedora, tienen el carácter de títulos ejecutivos. De esta disposición no puede desprenderse que los profesionistas mencionados queden relevados de la obligación de contar con el título profesional que de conformidad con el numeral 5o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 2o. de la Ley Reglamentaria del Artículo 5o. Constitucional, relativo al Ejercicio de las Profesiones, deben poseer para ejercer la profesión de contador, tomando en cuenta que cuando se impugna una norma jurídica que forma parte de un universo de disposiciones, sustantivas o procesales, el análisis debe ser sistemático y armónico, porque al no estar aisladas, sino como parte de un todo, es lógico que exista complementación, exclusión o inclusión entre todas ellas, de tal manera que permitan determinar su alcance e interpretación de forma cabal. En este sentido, debe entenderse que el hecho de que en el artículo 68 de la Ley de Instituciones de Crédito, no se señale en forma específica que los contadores a que se refiere deban reunir los requisitos constitucionales y legales necesarios para ejercer la profesión de contaduría no implica transgresión a lo dispuesto por el artículo 5o. constitucional, pues al haberse establecido en el Ordenamiento Supremo y en la ley reglamentaria respectiva, cuáles son las profesiones que requieren título para su ejercicio y los requisitos y autoridades facultadas para expedirlos, ya no se hace indispensable que en todos los ordenamientos legales en los cuales se aluda a las profesiones, en la especie la de contador, se reiteren dichas especificaciones.”



Amparo en revisión 2624/96. Constructora Dolores, S.A. de C.V. 14 de octubre de 1997. Once votos. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretario: Jorge Alberto González Álvarez.

Amparo en revisión 747/97. Fletes López Hermanos, S.A. de C.V. y coags. 12 de noviembre de 1998. Unanimidad de nueve votos. Ausentes: José Vicente Aguinaco Alemán y José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretaria: Clementina Flores Suárez.

Amparo en revisión 797/97. Santos del Ángel Valdez y coag. 12 de noviembre de 1998. Unanimidad de nueve votos. Ausentes: José Vicente Aguinaco Alemán y José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Roberto Javier Ortega Pineda.

Amparo en revisión 2032/97. Constructora Jiquipilas, S.A. de C.V. 12 de noviembre de 1998. Unanimidad de nueve votos. Ausentes: José Vicente Aguinaco Alemán y José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretaria: Felisa Díaz Ordaz Vera.

Amparo en revisión 3021/97. Jesús Antonio Salinas Escobosa y coag. 12 de noviembre de 1998. Unanimidad de nueve votos. Ausentes: José Vicente Aguinaco Alemán y José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: Mercedes Rodarte Magdaleno.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el veintiocho de enero en curso, aprobó, con el número 8/1999, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a veintiocho de enero de mil novecientos noventa y nueve.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, IX, Febrero de 1999, p. 5, tesis P./J. 8/99, Pleno, materias constitucional, civil, Jurisprudencia, registro: 194,604.

E) Método gramatical y genético-teleológico.

“INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN. ANTE LA OSCURIDAD O INSUFICIENCIA DE SU LETRA DEBE ACUDIRSE A LOS MECANISMOS QUE PERMITAN CONOCER LOS VALORES O INSTITUCIONES QUE SE PRETENDIERON SALVAGUARDAR POR EL CONSTITUYENTE O EL PODER REVISOR. El propio artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos autoriza, frente a la insuficiencia u oscuridad de la letra de la ley, utilizar mecanismos de interpretación jurídica. Al desentrañar el sentido y

alcance de un mandato constitucional deben privilegiarse aquellos que permitan conocer los valores o instituciones que se quisieron salvaguardar por el Constituyente o el Poder Revisor. Así, el método genético-teleológico permite, al analizar la exposición de motivos de determinada iniciativa de reforma constitucional, los dictámenes de las Comisiones del Congreso de la Unión y el propio debate, descubrir las causas que generaron determinada enmienda al Código Político, así como la finalidad de su inclusión, lo que constituye un método que puede utilizarse al analizar un artículo de la Constitución, ya que en ella se cristalizan los más altos principios y valores de la vida democrática y republicana reconocidos en nuestro sistema jurídico.”

Amparo en revisión 2639/96. Fernando Arreola Vega. 27 de enero de 1998. Unanimidad de nueve votos en relación con el criterio contenido en esta tesis. Ausentes: Juventino V. Castro y Castro y Humberto Román Palacios. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretario: Ariel Alberto Rojas Caballero.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el veintitrés de marzo en curso, aprobó, con el número XXVIII/1998, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a veintitrés de marzo de mil novecientos noventa y ocho.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, VII, Abril de 1998, p. 117, tesis P. XXVIII/98, Pleno, materia constitucional, Tesis aislada, registro: 196,537.

“CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES. EL REGLAMENTO DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE DEL MUNICIPIO DE OAXACA DE JUÁREZ INVADIRÍA LA ESFERA COMPETENCIAL DEL ESTADO DE OAXACA, EN LA PARTE QUE REGLAMENTA EL TRANSPORTE. De conformidad con la interpretación gramatical y genético-teleológica del artículo 115, fracción III, de la Constitución Federal, la facultad de prestar los servicios públicos que en el mismo se señalan corresponde a los Municipios y, sólo cuando fuere necesario y así lo determinen las leyes, se podrá establecer la concurrencia del Estado en dichas materias. También el artículo referido establece la facultad de las Legislaturas Locales de ampliar la esfera competencial del Municipio, a través de la autorización para prestar otros servicios públicos no contemplados en la enumeración que se hace en los incisos a) al h) de la fracción III del precepto señalado. Por otra parte, el artículo 124 de la Ley Fundamental previene que las facultades no reservadas para la Federación corresponden a los Estados. De esta forma, a éstos corresponden las facultades no



expresamente reservadas por la Constitución a la Federación y a los Municipios. La distribución de competencias entre la Federación y los Estados se complementa con lo preceptuado en los artículos 117 y 118 del Código Supremo, donde se otorgan limitaciones absolutas y condicionadas a las entidades federativas. Por otro lado, el artículo 116 de la Ley Orgánica Municipal del Estado de Oaxaca, tampoco encomienda el servicio público de transporte a los Municipios reiterándose, en lo general, las facultades señaladas en el numeral 115, fracción III, de la Constitución General de la República, por lo que debe estimarse que la facultad en materia de transporte se surte a favor de los poderes del Estado de Oaxaca. Asimismo, la fracción LIII del artículo 59 de la Constitución del Estado de Oaxaca faculta al Congreso Local a legislar en todo aquello que la Constitución General y la particular del Estado no sometan expresamente a las facultades de cualquier otro poder. Consecuentemente, la expedición por parte del Ayuntamiento de Oaxaca de Juárez del Reglamento de Tránsito y Transporte invade la esfera competencial del Estado en la parte que regula el transporte, por lo que debe declararse su invalidez constitucional.”

Controversia constitucional 2/98. Roberto Pedro Martínez Ortiz, en su carácter de Procurador General de Justicia y representante legal del Gobierno del Estado de Oaxaca, contra el Ayuntamiento del Municipio de Oaxaca de Juárez, el Presidente y el Secretario Municipal de dicho Ayuntamiento. 20 de octubre de 1998. Unanimidad de diez votos. Ausente: Juan N. Silva Meza. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretario: Ariel Alberto Rojas Caballero.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el diecinueve de noviembre en curso, aprobó, con el número 84/1998, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a diecinueve de noviembre de mil novecientos noventa y ocho.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, VIII, Diciembre de 1998, p. 821, tesis P./J. 84/98, Pleno, materia constitucional, Jurisprudencia, registro: 194,936

F) Método sistemático teleológico.

“DEFENSA ADECUADA EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA. SU EJERCICIO NO ESTÁ SUBORDINADO A QUE EL MINISTERIO PÚBLICO TENGA QUE DESAHOGAR TODAS LAS DILIGENCIAS QUE PRACTIQUE CON LA PRESENCIA DEL INculpADO O SU DEFENSOR (INTERPRETACIÓN DE LAS FRACCIONES IX Y X DEL ARTÍCULO 20 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL). Del análisis sistemático y teleológico del contenido de la exposición de motivos que dio origen a las reformas al artículo 20 de la Constitución

Federal, publicadas en el Diario Oficial de la Federación de tres de septiembre de mil novecientos noventa y tres, así como de los dictámenes de las comisiones del Congreso de la Unión y de sus debates, se advierte que con la finalidad de regir las necesidades sociales y económicas imperantes en nuestro país y erradicar viejas prácticas vejatorias e infamantes a que se encontraba sujeta una persona en la investigación de los delitos, el Poder Constituyente sentó las bases para que en la fase jurisdiccional el presunto responsable de un delito contara con una defensa adecuada consistente en dar oportunidad a todo inculpado de aportar pruebas, promover los medios de impugnación frente a los actos de autoridad que afecten los intereses legítimos de la defensa, exponer la argumentación sistemática del derecho aplicable al caso concreto y utilizar todos los beneficios que la legislación procesal establece para la defensa, pero además hizo extensiva las garantías del procesado en esa fase a la etapa de la averiguación previa, con la salvedad de que debe ser "en lo que se adapta a la naturaleza administrativa de la misma", lo que significa que según lo permita la naturaleza de las actuaciones o diligencias que deban desahogarse en la averiguación previa, podrán observarse cabalmente las garantías que el inculpado tiene en la fase jurisdiccional. Ahora bien, si se toma en consideración, de acuerdo a lo anterior, que dentro de la averiguación previa la garantía de defensa adecuada deberá observarse en todas aquellas diligencias o actuaciones en las que directa y físicamente participe o deba participar la persona involucrada en la investigación, siempre y cuando así lo permita la naturaleza de las citadas diligencias, es inconcuso que el debido cumplimiento de tal garantía no está subordinado a que el Ministerio Público forzosamente y de manera ineludible tenga que desahogar todas las diligencias que practique en la mencionada etapa investigatoria con la presencia del inculpado o su defensor y menos aún que si no lo hace así sus actuaciones carecerán de valor probatorio. Lo anterior, porque de estimar lo contrario se llegaría al extremo de transgredir el artículo 16 de la Constitución Federal, en el que se considera al Ministerio Público en la averiguación previa como una autoridad con imperio a quien exclusivamente le corresponde resolver si ejerce o no la acción penal en la investigación que practique, así como consignar los hechos ante el juzgado competente de su adscripción, en el perentorio término de 48 horas, si encuentra que se reúnen los elementos del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado."

Amparo directo en revisión 600/99. 17 de abril de 2001. Cinco votos. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Arturo Fonseca Mendoza.

Amparo directo en revisión 251/2002. 30 de agosto de 2002. Unanimidad de cuatro votos.



Ausente: Juventino V. Castro y Castro. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretaria: Martha Llamile Ortiz Brena.

Amparo directo en revisión 1317/2002. 12 de febrero de 2003. Cinco votos. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretario: Ismael Mancera Patiño.

Amparo directo en revisión 98/2003. 19 de marzo de 2003. Cinco votos. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Mariana Mureddu Gilabert.

Amparo directo en revisión 1440/2003. 10 de marzo de 2004. Cinco votos. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Ana Carolina Cienfuegos Posada.

Tesis de jurisprudencia 31/2004. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de veintiocho de abril de dos mil cuatro.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, XIX, Mayo de 2004, p. 325, tesis 1a./J. 31/2004, Primera Sala, materia penal, Jurisprudencia, registro: 181,578

G) Conforme a principios.

“ANÁLISIS CONSTITUCIONAL. SU INTENSIDAD A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DEMOCRÁTICO Y DE DIVISIÓN DE PODERES. Acorde con las consideraciones sustentadas por la Primera Sala de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis 1a. CXXXIII/2004, de rubro: "IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE HACER UN ESCRUTINIO ESTRICTO DE LAS CLASIFICACIONES LEGISLATIVAS (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS).", siempre que la acción clasificadora del legislador incida en los derechos fundamentales garantizados por la Constitución, será necesario aplicar con especial intensidad las exigencias derivadas del principio de igualdad y no discriminación. De igual manera, en aquellos asuntos en que el texto constitucional limita la discrecionalidad del Congreso o del Ejecutivo, la intervención y control del tribunal constitucional debe ser mayor, a fin de respetar el diseño establecido por ella. Para este Alto Tribunal es claro que la fuerza normativa del principio democrático y del principio de separación de poderes tiene como consecuencia obvia que los otros órganos del Estado -y entre ellos, el juzgador constitucional- deben respetar la libertad de configuración con que cuentan el Congreso y el Ejecutivo, en el marco de sus atribuciones. Conforme a lo anterior, la severidad del control judicial se encuentra inversamente relacionada con el grado de libertad de configuración por parte de los autores de la norma. De esta manera, resulta evidente que la Constitución Federal exige una modulación del juicio de igualdad, sin que eso implique ninguna renuncia de la Corte al

estricto ejercicio de sus competencias de control. Por el contrario, en el caso de normatividad con efectos económicos o tributarios, por regla general, la intensidad del análisis constitucional debe ser poco estricta, con el fin de no vulnerar la libertad política del legislador, en campos como el económico, en donde la propia Constitución establece una amplia capacidad de intervención y regulación diferenciada del Estado, considerando que, cuando el texto constitucional establece un margen de discrecionalidad en ciertas materias, eso significa que las posibilidades de injerencia del Juez constitucional son menores y, por ende, la intensidad de su control se ve limitada. En tales esferas, un control muy estricto llevaría al Juez constitucional a sustituir la competencia legislativa del Congreso -o la extraordinaria que puede corresponder al Ejecutivo-, pues no es función del Poder Judicial Federal, sino de los órganos políticos, entrar a analizar si esas clasificaciones económicas son las mejores o si éstas resultan necesarias.”

Amparo en revisión 1629/2004. Inmobiliaria Dos Carlos, S.A. de C.V. 24 de agosto de 2005. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Juan Carlos Roa Jacobo.

Nota: La tesis 1a. CXXXIII/2004 citada, aparece publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XX, diciembre de 2004, página 361.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, XXII, Noviembre de 2005, p. 33, tesis 1a. CXXXV/2005, Primera Sala, materia Constitucional, Tesis aislada, registro: 176,754.

H) La Argumentación jurídica

“REVISIÓN EN AMPARO DIRECTO. ALCANCE DE LA EXPRESIÓN "INTERPRETACIÓN DIRECTA DE UN PRECEPTO CONSTITUCIONAL" COMO SUPUESTO DE PROCEDENCIA DE ESE RECURSO. El Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a propósito de definir lo que se entiende por interpretación directa de un precepto constitucional, emitió la tesis de jurisprudencia P./J. 46/91, publicada en el Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Tomo VIII, noviembre de 1991, página 39, de rubro: "REVISIÓN EN AMPARO DIRECTO. LA INTERPRETACIÓN DIRECTA DE UN PRECEPTO CONSTITUCIONAL, COMO SUPUESTO DE PROCEDENCIA, EXISTE CUANDO A TRAVÉS DE ELLA SE DETERMINAN EL SENTIDO Y EL ALCANCE JURÍDICOS DE LA NORMA CONSTITUCIONAL SOBRE LA BASE DE UN ANÁLISIS GRAMATICAL, HISTÓRICO, LÓGICO O SISTEMÁTICO. “Ahora bien, si se toma en cuenta que "interpretar", en términos generales, significa explicar, esclarecer y, por ende, desentrañar el sentido de alguna cosa o de una expresión para descubrir lo que significa, y que



"interpretar una ley" es revelar el sentido que ésta encierra, ya sea atendiendo a la voluntad del legislador, al sentido lingüístico de las palabras que utiliza, o bien al sentido lógico objetivo de la ley como expresión del derecho cuando se considera que el texto legal tiene una significación propia e independiente de la voluntad real o presunta de sus autores, que se obtiene de las conexiones sistemáticas que existan entre el sentido de un texto y otros que pertenezcan al ordenamiento jurídico de que se trata u otros diversos, se concluye que en la interpretación de las normas constitucionales, además de concurrir las reglas generales destacadas, y dadas las especiales características derivadas de su materia y carácter supremo del órgano que las crea y modifica, entre otros, existen aspectos peculiares en la interpretación de tales normas que también pueden tomarse en cuenta, como los factores políticos, históricos, sociales y económicos, para entender su significado."

Amparo directo en revisión 1334/2002. T.V. Azteca, S.A. de C.V. 23 de octubre de 2002. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Eligio Nicolás Lerma Moreno.

Amparo en revisión 1818/2003. Gerardo Javier Rivera Gómez. 7 de enero de 2004. Cinco votos. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretario: Rogelio Alberto Montoya Rodríguez.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, XIX, Marzo de 2004, p. 312, tesis 1a. XIV/2004, Primera Sala, materia común, tesis aislada, registro: 181,861

La anterior descripción pone en evidencia que mientras la Corte no cuente con un principio guía para comprensión de la Constitución mexicana, es imposible que se cumplan con dos condiciones básicas de la justicia constitucional: i) la postulación y mantenimiento de criterios de interpretación más o menos constantes y; ii) la explícita y reiterada postulación de las condiciones en las cuales habrá de utilizar tales criterios interpretativos. La ausencia de una teoría constitucional o su reducción al uso instrumental del concepto de tribunal constitucional ha permitido una mayor discrecionalidad a la Suprema Corte, lo que se ha traducido en la imposibilidad de construir un sentido más o menos autónomo de la constitución, base fundamental de todo Estado de derecho.⁷¹⁵

⁷¹⁵ Cfr. COSSÍO, José Ramón. *Ob. Cit.* P. 176



3.3.3.2. Los Tribunales Colegiados de Circuito

3.3.3.2.1. Atribuciones y competencia.

Los tribunales colegiados de circuito fueron creados con las reformas constitucionales de 1950. Su composición es tripartita, fungiendo uno de sus integrantes como presidente. La constitución señala en el primer párrafo del artículo 94, que el Poder Judicial de la Federación se ejerce, entre otros, por estos tribunales. El artículo 97 constitucional establece que serán nombrados por el Consejo de la Judicatura Federal, con base en criterios objetivos y de acuerdo a los requisitos y procedimientos que establezca la ley. Duran 6 años en su encargo, al término de los cuales, pueden ser ratificados o promovidos a cargos superiores, y sólo pueden ser separados de sus puestos por los supuestos enumerados en el Título Cuarto de la Constitución. Y su competencia esta delimitada por los artículos 103 y 107 constitucionales, en la Ley de Amparo y en la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal.

3.3.3.2.2. El sistema de remisión de asuntos.

Dentro del proceso de reformas constitucionales de diciembre de 1994, se modificó el párrafo sexto del artículo 94, para otorgar al Pleno de la Corte la facultad de remitir asuntos a los Tribunales Colegiados en los que hubiera establecido jurisprudencia, bajo la lógica de que aquéllos limitarían su actuación a la aplicación de dicho criterio interpretativo. Sin embargo, el sistema de remisión cambió notablemente en la reforma del 11 de junio de 1999 al quedar dicho párrafo sexto (que pasó a ser séptimo) en los siguientes términos:

“El pleno de la Suprema Corte de Justicia estará facultado para expedir acuerdos generales a fin de lograr una adecuada distribución entre las Salas de los asuntos que compete conocer a la Corte, así como remitir a las Tribunales Colegiados de Circuito, para mayor prontitud en el despacho de asuntos, aquellos asuntos en los que hubiera establecido jurisprudencia o los que, conforme a los referidos acuerdos, la propia corte determine para



una mejor impartición de justicia. Dichos acuerdos surtirán efectos después de publicados”.⁷¹⁶

Por lo anterior se paso de un sistema de asignación de asuntos de tipo administrativo, a uno de asignación de competencias de corte jurisdiccional. A partir de esta reforma, la Corte puede remitir a los colegiados aquellos asuntos que originariamente fueren de su competencia, a partir de los términos que ella misma establezca. Estos términos, están definidos por los Acuerdos plenarios 6/1999 y 10/2000, los cuales marcan un hecho muy importante que repercute trascendentalmente en la interpretación de la Constitución.

Dentro del acuerdo 6/1999, sobre la remisión de asuntos de competencia de la Suprema Corte a Tribunales Colegiados, se puede observar lo siguiente: primero, los Tribunales Colegiados son competentes para conocer aquellos recursos de revisión en los que la sentencias recurridas no se hubiere entrado al conocimiento de las cuestiones de constitucionalidad; segundo, de las sentencias dictadas en amparo indirecto en las que se hubiere impugnado un reglamento federal o local; tercero, de la revisión de amparos indirectos en que se hubiere combatido una ley federal o local que no revistan un interés excepcional, no sean inéditos o no requieran la fijación de un criterio de importancia y trascendencia para el orden jurídico nacional;⁷¹⁷ cuarto, de

⁷¹⁶ *Diario Oficial de la Federación*. Primera sección, 11 de junio de 1999, p. 2.

⁷¹⁷ “...como los de manera ejemplificativa se mencionan a continuación:

1. En materia penal, cuando el tema esencial de fondo sea: A) Aseguramiento o embargo de bienes; B) Identificación administrativa del procesado; C) Aplicación de cualquier medio de apremio; y D) Reconocimiento de inocencia.

2. En materia administrativa, cuando el tema esencial de fondo sea: A) Funcionamiento de giros mercantiles; B) Determinación y cobro de derechos por el otorgamiento y revalidación de licencias de funcionamiento de giros mercantiles; C) Procedimiento administrativo de ejecución; D) Procedimientos administrativos que ordenen el aseguramiento o embargo de bienes; E) Práctica de una visita domiciliaria; F) Afectación de la actividad de los concesionarios del servicio público de transporte; G) Determinación y cobro del impuesto predial; H) Determinación y cobro del impuesto sobre nóminas; I) Determinación y cobro del impuesto sobre hospedaje; J) Multas y arrestos administrativos; K) Leyes locales de aplicación en el ámbito municipal; L) Cese o suspensión de los integrantes de los cuerpos de seguridad pública; y M) Fianzas.

3. En materia civil, cuando el tema esencial de fondo sea:

aquellos asuntos en que exista jurisprudencia de la Suprema Corte. Y quinto, de los conflictos competenciales, con excepción de los suscitados entre colegiados.⁷¹⁸

El segundo acuerdo, 10/2000, de 20 de septiembre, estableció que correspondía a los Tribunales Colegiados el conocimiento del recurso de revisión de las sentencias dictadas en todos aquellos amparos indirectos en que se hubieren impugnado la constitucionalidad de una ley local.

Estos dos acuerdos, provocan, desafortunadamente, la fragmentación de la interpretación constitucional. Dichos acuerdos asignan a los Tribunales Colegiados la competencia para decidir de manera exclusiva y definitiva todo lo relacionado con la constitucionalidad de las leyes locales y de los reglamentos federales, estatales y del Distrito Federal. Respecto de estos ordenamientos, la remisión es total, lo que conduce a una fragmentación, es decir, a que no exista una sola Constitución, sino a que exista aquélla que determina el Pleno respecto de leyes federales y tratados internacionales, y aquélla que establecen los colegiados respecto a las leyes locales y a los reglamentos de cualquier orden normativo. Provocándose con esta distinción de competencias, una fragmentación de la unidad en la interpretación de la Constitución mexicana. Es de hacer notar que la función de control de la constitucionalidad de los actos del gobierno, incluyendo la creación de leyes, se construye en razón de las normas mediante las cuales se lleva a cabo el control, y no en razón de los actos que están sometidos al mismo, es decir, "...no es posible confundir el criterio y objeto de

A) Arrendamiento inmobiliario; B) Juicio ejecutivo mercantil; C) Aplicación de cualquier medio de apremio; D) Procedimiento de ejecución de sentencia; E) Procedimiento para hacer efectiva la garantía prendaria; F) Juicio hipotecario; G) Arrendamiento financiero; y H) Efectos bajo los cuales se admite el recurso de apelación.

4. En materia laboral, cuando el tema esencial de fondo sea: A) Procedimiento de ejecución de laudo; B) Aplicación de cualquier medio de apremio; y C) Determinación de la competencia federal o local para conocer de un conflicto individual o colectivo." *Acuerdo 6/1999, del veintidós de junio de mil novecientos noventa y nueve*⁷¹⁸ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Pleno, 9ª época, X, julio 1999, p. 931, Acuerdo 6/1999, del veintidós de junio de mil novecientos noventa y nueve, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el que se determina el envío de asuntos a los Tribunales Colegiados.

control ni, mucho menos, pensar que es el segundo el que define el carácter del tantas veces mencionado tribunal constitucional".⁷¹⁹

3.3.3.3. Los Juzgados de Distrito.

Su existencia se encuentra prevista en el primer párrafo del artículo 94 constitucional. La organización y funcionamiento de estos órganos jurisdiccionales se encuentra prevista en la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación (LOPJF). El artículo 48 de este ordenamiento prevé que los juzgados de Distrito se integran por una sola persona, pueden ser de carácter mixto o especializado, de conformidad con la asignación competencial a que más adelante aludiremos. En todo caso, los distritos son las divisiones territoriales de los jueces en cuestión y se integran a un Circuito, por lo que las resoluciones que dicten en materia de amparo o de procesos federales que sean impugnables ante un tribunal colegiado o un tribunal unitario, respectivamente, deberán serlo en general ante uno de los órganos de su propio Circuito (arts. 79 a 81 LOPJF).

El artículo 97 constitucional dispone que los jueces de Distrito serán nombrados y adscritos por el Consejo de la Judicatura Federal, con base en criterios objetivos y de acuerdo a los requisitos y procedimientos que establezca la ley. Durarán seis años en el ejercicio de su encargo, al término de los cuales, si fueran ratificados o promovidos a cargos superiores, sólo podrán ser privados de sus puestos en los casos y conforme a los procedimientos que establezca la ley.

A estos órganos jurisdiccionales les corresponde el conocimiento, en primera instancia, de los juicios de amparo.⁷²⁰ Las variaciones que en este caso pueden darse

⁷¹⁹ COSSÍO, José Ramón. *Ob. Cit.* P. 149

⁷²⁰ Debe hacerse la precisión que los juzgados de Distrito también conocen de diversos procedimientos federales. Entre las atribuciones más importantes destacan las relativas a: los delitos del orden federal y procedimientos de extradición que corresponde conocer a los jueces de Distrito en materia penal (art. 50, fracciones I y II LOPJF); las controversias que se susciten con motivo de la aplicación de leyes federales en materia administrativa (art. 52, frac. I LOPJF); las controversias del orden civil cuando el actor elija la jurisdicción federal; los juicios que afecten bienes de propiedad nacional; los juicios que se susciten entre una entidad federativa y uno o más vecinos de otra,



dependen de la materia propia de estos órganos. Por ejemplo, los jueces de Distrito en materia penal conocerán en aquellos juicios de amparo que se promuevan en contra de resoluciones del orden penal; contra resoluciones que afecten la libertad personal o importen peligro de privación de la vida, deportación, destierro o alguno de los prohibidos por el artículo 22 constitucional, así como de los relativos a las resoluciones dictadas en los incidentes de reparación del daño (art. 51, fracciones I y II LOPJF). En materia administrativa, de los juicios de amparo a que se refiere a la fracción VII del artículo 107 constitucional, contra actos de autoridad judicial en las controversias que se susciten por la aplicación de leyes federales o locales, siempre que deba decidirse respecto de un acto de autoridad administrativa (artículo 52, frac. II LOPJF). En materia de trabajo, también conforme al artículo 107 constitucional, contra actos de autoridad laboral en se hubieren aplicado leyes federales o locales (art. 55, frac. I LOPJF). En materia civil, de los juicios de amparo que promuevan contra resoluciones del orden civil en los caso a que se refiere el artículo 107, fracción VII, de la Constitución.

La disposición común a todos los jueces de Distrito, sean mixtos o especializados, es el conocimiento, en primera instancia, de los juicios de amparo en que se haya reclamado la inconstitucionalidad de una ley, tratado intencional o reglamento expedido, en su caso por autoridad federal o local (artículos 51, frac. III; 52, frac. I; 54, frac. II; y 55, frac. II LOPJF)

3.3.3.4. El Tribunal Electoral del Poder Judicial Federal.

Integrado por una sala superior que funciona permanentemente, compuesta de 7 magistrados y por salas regionales que se conforman y actúan sólo durante los procesos electorales federales. En materia de control de la constitucionalidad este

siempre que alguna de las partes contendientes estén bajo la jurisdicción del juez (art. 53, frac. III LOPJF); los asuntos concernientes a miembros del cuerpo diplomático y consular (art. 53, frac. IV LOPJF); y las diligencias de jurisdicción voluntaria en materia federal (art. 53, frac. V LOPJF).



tribunal conoce de los asuntos siguientes: a) impugnaciones de actos y resoluciones de la autoridad electoral federal que violen las normas constitucionales o legales; y b) impugnaciones de actos o resoluciones que violen los derechos políticos y electorales de los ciudadanos relativos a votar, ser votado y de afiliación libre y pacífica para tomar parte en los asuntos políticos del país; de conformidad con el artículo 99, fracciones II y V de la constitución federal.

Conforme a la constitución, los requisitos que deben reunir y la forma en la que son designados los magistrados integrantes de la sala superior y de las salas regionales del tribunal electoral son las siguientes:

“Art. 99...

Para el ejercicio de sus atribuciones, el Tribunal funcionará con una Sala Superior así como con Salas Regionales y sus sesiones de resolución serán públicas, en los términos que determine la ley. Contará con el personal jurídico y administrativo necesario para su adecuado funcionamiento.

La Sala Superior se integrará por siete Magistrados Electorales. El Presidente del Tribunal será elegido por la Sala Superior, de entre sus miembros, para ejercer el cargo por cuatro años.

...

Los Magistrados Electorales que integren la Sala Superior y las regionales serán elegidos por el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de la Cámara de Senadores, o en sus recesos por la Comisión Permanente, a propuesta de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. La ley señalará las reglas y el procedimiento correspondientes.

Los Magistrados Electorales que integren la Sala Superior deberán satisfacer los requisitos que establezca la ley, que no podrán ser menores a los que se exigen para ser Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y durarán en su encargo diez años improrrogables...

Los magistrados Electorales que integren las salas regionales deberán satisfacer los requisitos que señale la ley, que no podrán ser menores da los que se exigen para ser Magistrados del Tribunal Colegiado de Circuito. Durarán en su encargo ocho años improrrogables, salvo si son promovidos a cargos superiores”.

CAPÍTULO 4. EXPERIENCIAS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA EN MATERIA DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

4.1. ESTABLECIMIENTO DE UN NUEVO CRITERIO SOBRE LA JERARQUÍA DE LAS NORMAS

4.1.1. Planteamiento.

El 11 de mayo de 1999, el pleno de la Suprema Corte de Justicia, por unanimidad de diez votos, resolvió el amparo en revisión 1475/98 promovido por el Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo; asunto que al resolverse en lo particular estableció que el artículo 68 de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado (que dice: "En cada dependencia sólo habrá un sindicato...") va en contra del Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), relativo al derecho de sindicalización; y la resolución de dicho amparo, estableció la jerarquía normativa de los tratados, que en la última época ha predominado dentro del sistema jurídico mexicano, al establecer la tesis aislada P. LXXV/99:

"TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Persistentemente en la doctrina se ha formulado la interrogante respecto a la jerarquía de normas en nuestro derecho. Existe unanimidad respecto de que la Constitución Federal es la norma fundamental y que aunque en principio la expresión "... serán la Ley Suprema de toda la Unión ..." parece indicar que no sólo la Carta Magna es la suprema, la objeción es superada por el hecho de que las leyes deben emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano constituido, como lo es el Congreso de la Unión y de que los tratados deben estar de acuerdo con la Ley Fundamental, lo que claramente indica que sólo la Constitución es la Ley Suprema. El problema respecto a la jerarquía de las demás normas del sistema, ha encontrado en la jurisprudencia y en la doctrina distintas soluciones, entre las que destacan: supremacía del derecho federal frente al local y misma jerarquía de los dos, en sus



variantes lisa y llana, y con la existencia de "leyes constitucionales", y la de que será ley suprema la que sea calificada de constitucional. No obstante, esta Suprema Corte de Justicia considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y el local. Esta interpretación del artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades. Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es la relativa a que en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio artículo 133 el presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativas. Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del artículo 133 lleva a considerar en un tercer lugar al derecho federal y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley Fundamental, el cual ordena que "Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados.". No se pierde de vista que en su anterior conformación, este Máximo Tribunal había adoptado una posición diversa en la tesis P. C/92, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Número 60, correspondiente a diciembre de 1992, página 27, de rubro: "LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA."; sin embargo, este Tribunal Pleno considera oportuno abandonar tal criterio y asumir el que considera la jerarquía superior de los tratados incluso frente al derecho federal."

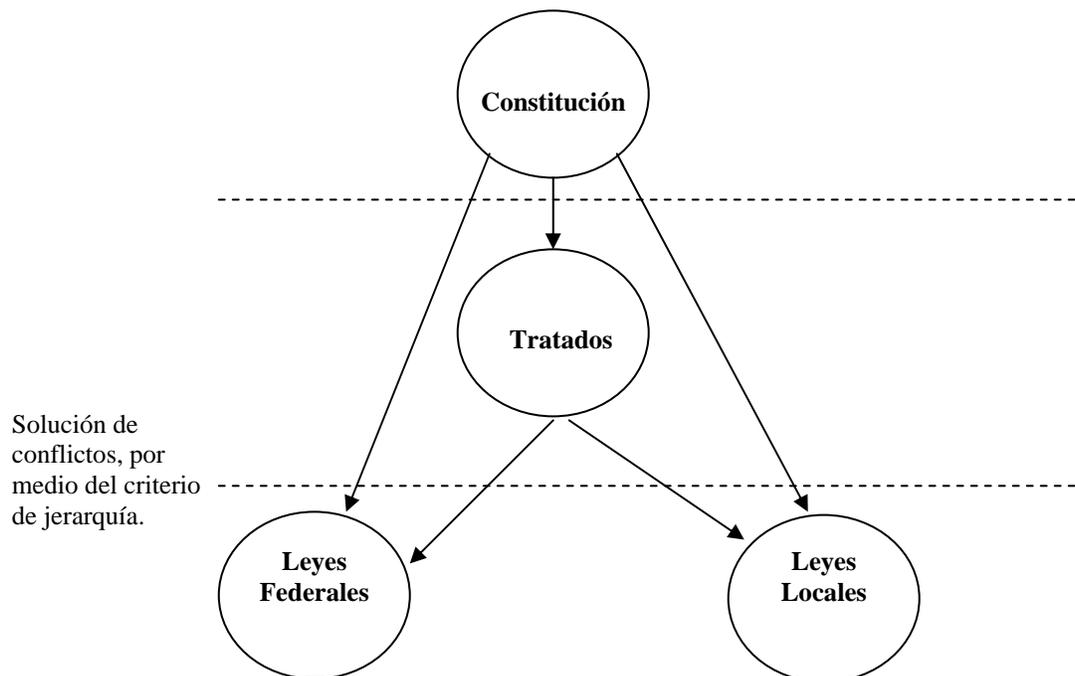
Amparo en revisión 1475/98. Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo. 11 de mayo de 1999. Unanimidad de diez votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Antonio Espinoza Rangel.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el veintiocho de octubre en curso, aprobó, con el número LXXVII/1999, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a veintiocho de octubre de mil novecientos noventa y nueve.



Nota: Esta tesis abandona el criterio sustentado en la tesis P. C/92, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Número 60, Octava Época, diciembre de 1992, página 27, de rubro: "LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA."

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, X, noviembre de 1999, p. 46, tesis P. LXXVII/99, Pleno, materia constitucional, tesis aislada, registro no. 192,867.



Este mismo criterio sería el que prevalecería en la resolución del 13 de febrero de 2007⁷²¹, cuando de nueva cuenta la Suprema Corte resolvió el Amparo en Revisión 120/2002, promovido por Mc. Cain México, S.A. de C.V. y en otros trece juicios de

⁷²¹ Cuyo acto reclamado era la aplicación del artículo 8 del decreto por el que se estableció la tasa aplicable para el 2001 del impuesto general de importación para las mercancías originarias de América del Norte, la Comunidad Europea, Colombia, Venezuela, Costa Rica, Bolivia, Chile, Nicaragua y el Estado de Israel.

garantías⁷²², en los cuales el tema común fue definir la jerarquía de los tratados internacionales dentro del orden jurídico nacional.

Durante las sesiones públicas del pleno de la Suprema Corte, celebradas los días 8, 12 y 13 de febrero de 2007, se discutió la conveniencia de reiterar la tesis P. LXXV/99 que establece la superioridad de los tratados sobre las leyes federales y locales. Sin embargo, aunque dicho criterio prevaleció, esta resolución apenas fue aprobada por seis votos; y en consecuencia no pudo forjarse jurisprudencia debido a que faltó que dicha aprobación fuera resuelta por más de 8 votos. Así fue como se establecieron las tesis aisladas P. VIII/2007 y P. XI/2007.

“SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y LEY SUPREMA DE LA UNIÓN. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL. A partir de la interpretación del precepto citado, si aceptamos que las Leyes del Congreso de la Unión a las que aquél se refiere corresponden, no a las leyes federales sino a aquellas que inciden en todos los órdenes jurídicos parciales que integran al Estado Mexicano y cuya emisión deriva de cláusulas constitucionales que constriñen al legislador para dictarlas, el principio de "supremacía constitucional" implícito en el texto del artículo en cita claramente se traduce en que la Constitución General de la República, las leyes generales del Congreso de la Unión y los tratados internacionales que estén de acuerdo con ella, constituyen la "Ley Suprema de la Unión", esto es, conforman un orden jurídico superior, de carácter nacional, en el cual la Constitución se ubica en la cúspide y, por debajo de ella los tratados internacionales y las leyes generales.”

Amparo en revisión 120/2002. Mc. Cain México, S.A. de C.V. 13 de febrero de 2007. Mayoría de seis votos. Disidentes: José Ramón Cossío Díaz, Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas, José de Jesús Gudiño Pelayo y Juan N. Silva Meza. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretarios: Andrea Zambrana Castañeda, Rafael Coello Cetina, Malkah Nobigrot Kleinman y Maura A. Sanabria Martínez.

⁷²² Amparos en Revisión Números 120/2002, 1976/2003, 74/2006, 815/2006, 1651/2004, 1738/2005, 2075/2005, 787/2004, 1576/2005, 1084/2004, 1277/2004, 1850/2004, 1380/2006 y 948/2006. Promovidos Respectivamente, el primero y el segundo por Mc. Cain México, S. A. de C. V.; Almidones Mexicanos, S. A. De C.V.; Almidones Mexicanos, S. A. De C.V.; Certeza Empresarial, S. A. de C.V.; A.R.C. de Personal, S. A.; Comercializadora Internacional de Productos Salinas, S. A. de C.V.; Comercializadora Elenita Internacional, S. A. De C.V.; Importaciones y Exportaciones La Paz, S. A. de C.V.; Corporativo Expander Internacional, S.A. de C.V.; Comercializadora de Cárnicos San Francisco de Asís. S.A. de C.V.; Consorcio G. Grupo Dina. S.A. de C.V. Bonafont, S. A. De C.V. y Distribuidora Ventamex, S. A. De C.V. 3 A 59.

El Tribunal Pleno, el veinte de marzo en curso, aprobó, con el número VIII/2007, la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a veinte de marzo de dos mil siete.

Nota: En la sesión pública de trece de febrero de dos mil siete, además del amparo en revisión 120/2002, promovido por Mc Cain México, S.A. de C.V., se resolvieron los amparos en revisión 1976/2003, 787/2004, 1084/2004, 1651/2004, 1277/2004, 1576/2005, 1738/2005, 2075/2005, 74/2006, 815/2006, 948/2006, 1380/2006, y el amparo directo en revisión 1850/2004, respecto de los cuales el tema medular correspondió a la interpretación del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a que se refiere esta tesis aislada.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, XXV, Abril de 2007, p. 6, tesis, Pleno P. VIII/2007, materia constitucional, tesis Aislada, registro no. 172667

“TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL. La interpretación sistemática del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos permite identificar la existencia de un orden jurídico superior, de carácter nacional, integrado por la Constitución Federal, los tratados internacionales y las leyes generales. Asimismo, a partir de dicha interpretación, armonizada con los principios de derecho internacional dispersos en el texto constitucional, así como con las normas y premisas fundamentales de esa rama del derecho, se concluye que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente abajo de la Constitución Federal y por encima de las leyes generales, federales y locales, en la medida en que el Estado Mexicano al suscribirlos, de conformidad con lo dispuesto en la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados entre los Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales y, además, atendiendo al principio fundamental de derecho internacional consuetudinario "pacta sunt servanda", contrae libremente obligaciones frente a la comunidad internacional que no pueden ser desconocidas invocando normas de derecho interno y cuyo incumplimiento supone, por lo demás, una responsabilidad de carácter internacional.”

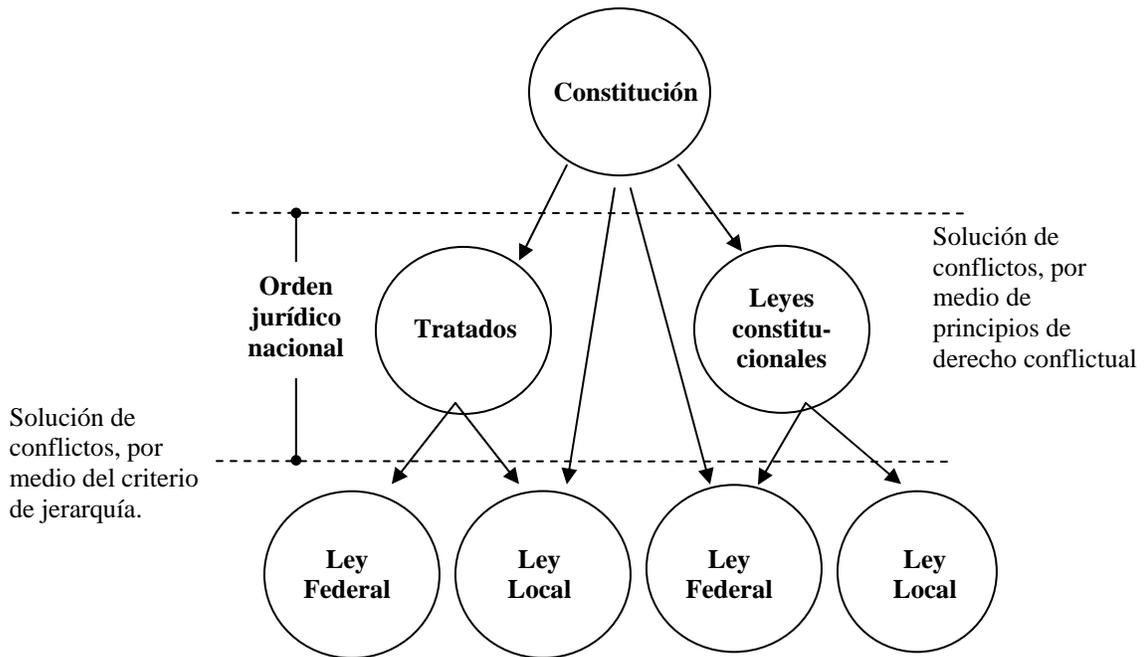
Amparo en revisión 120/2002. Mc. Cain México, S.A. de C.V. 13 de febrero de 2007. Mayoría de seis votos. Disidentes: José Ramón Cossío Díaz, Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas, José de Jesús Gudiño Pelayo y Juan N. Silva Meza.

Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretarios: Andrea Zambrana Castañeda, Rafael Coello Cetina, Malkah Nobigrot Kleinman y Maura A. Sanabria Martínez.

El Tribunal Pleno, el veinte de marzo en curso, aprobó, con el número IX/2007, la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a veinte de marzo de dos mil siete.

Nota: En la sesión pública de trece de febrero de dos mil siete, además del amparo en revisión 120/2002, promovido por Mc Cain México, S.A. de C.V., se resolvieron los amparos en revisión 1976/2003, 787/2004, 1084/2004, 1651/2004, 1277/2004, 1576/2005, 1738/2005, 2075/2005, 74/2006, 815/2006, 948/2006, 1380/2006, y el amparo directo en revisión 1850/2004, respecto de los cuales el tema medular correspondió a la interpretación del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a que se refiere esta tesis aislada

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, XXV, Abril de 2007, p. 6, tesis, Pleno P. IX/2007, materia constitucional, tesis Aislada, registro no. 172650



4.1.2. Antecedentes.

Las tesis P. LXXV/99, P. VIII/2007 y P. IX/2007, tratan de resolver el problema que se presenta sobre la interpretación y conflictos de aplicación de los tratados internacionales, cuyos antecedentes dentro de nuestro sistema jurídico estuvo plasmado en tres diversos criterios:

- A) **Ámbito de aplicación.** En varias decisiones anteriores los tribunales federales aceptaron que los tratados internacionales se encontraban dentro de la misma categoría que las leyes. Al utilizar esta idea la jurisprudencia planteo el problema de aplicación en términos de un conflicto de normas. Se reconoció, por jurisprudencia firme, el hecho de que un tratado internacional contuviera normas distintas o contrarias a los preceptos de una ley interna no constituía un problema de inconstitucionalidad de leyes propiamente dicho, sino de oposición de leyes que compete conocer en revisión a un Tribunal Colegiado. En el mismo sentido, diversos criterios de los tribunales colegiados que datan de 1981 habían aceptado que el artículo 133 no establecía la observancia preferente de los tratados sobre las leyes del Congreso de la Unión emanadas de la Constitución y que por ello las autoridades deberían sujetarse, en caso de contradicción, a las reglas de conflicto.⁷²³

Ejemplo de ello, en su sesión del 2 de marzo de 1994, el Pleno de la Suprema Corte, resolviendo una denuncia de contradicción de tesis relativa al examen de la validez formal de los poderes otorgados en el extranjero para surtir efectos en México en aplicación del Protocolo sobre Uniformidad

⁷²³ *Cfr.* LÓPEZ-AYLLÓN, Sergio. “La jerarquía de los tratados internacionales (amparo en revisión 1475/98, Sindicato Nacional de controladores de Transito Aéreo)”. *Cuestiones Constitucionales. Revista mexicana de derecho constitucional*. Número 3, julio–diciembre de 2000, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, p. 201

del Régimen Legal de los Poderes, optó claramente por un planteamiento en términos de *ámbitos de aplicación*.

“PODERES OTORGADOS EN EL EXTRANJERO. PARA QUE SURTAN EFECTOS EN MEXICO CONFORME AL PROTOCOLO SOBRE UNIFORMIDAD DEL REGIMEN LEGAL DE LOS PODERES, NO SON NECESARIOS SU REGISTRO Y PROTOCOLIZACION MIENTRAS NO LO EXIJA UNA LEY FEDERAL. De lo dispuesto por el artículo VII del Protocolo sobre Uniformidad del Régimen Legal de los Poderes del diecisiete de febrero de mil novecientos cuarenta, ratificado por México y publicado en el Diario Oficial de la Federación del tres de diciembre de mil novecientos cincuenta y tres, en el sentido de que los poderes otorgados en el país extranjero no requieren como formalidad previa a su ejercicio la de ser registrados o protocolizados en oficinas determinadas, sin perjuicio de que se practique el registro o la protocolización cuando así lo exija la ley como formalidad especial en determinados casos, se desprende, como regla general, que no son necesarios el registro y protocolización de tales poderes, sino sólo en aquellos supuestos que por sus características particulares, ameriten la observancia de estas formalidades, cuando así lo establezca la ley aplicable en el lugar en donde vaya a ejercerse el poder. En México no existe ninguna ley federal que de manera general y compatible con el Protocolo establezca los casos en que, para estos efectos, los poderes otorgados en el extranjero deben protocolizarse y registrarse, en cuya razón debe regir la norma general del tratado que libera de la observancia de estas exigencias, sin que sea obstáculo para lo anterior que alguna ley local disponga una regla de eficacia distinta, toda vez que la materia de que se trata es del orden federal, por cuanto atañe a cuestiones Jurídicas relativas al tráfico internacional, de modo que no son aplicables al caso las leyes que expidan las legislaturas locales sobre materia notarial o registral.”

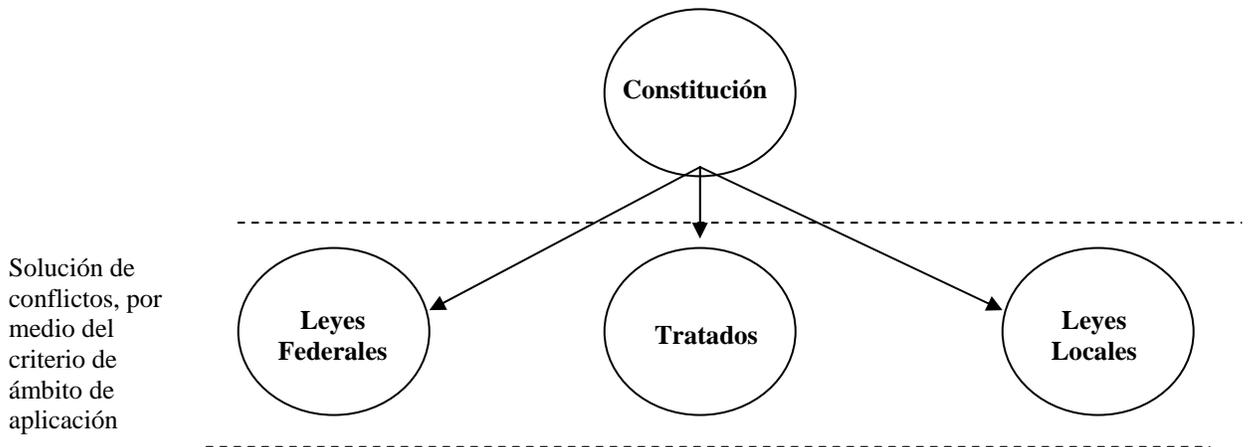
Contradicción de tesis 3/92. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Segundo del Décimo Segundo Circuito. 1o. de marzo de 1994. Por mayoría de once votos de los señores Ministros de Silva Nava, Magaña Cárdenas, Castañón León, Fernández Doblado, Llanos Duarte, Adato Green, Gil de Lester, García Vázquez, Azuela Güitrón, Díaz Romero y Presidente Schmill Ordóñez se aprobó el segundo resolutivo y el sexto considerando, correspondiente al criterio contenido en esta tesis de jurisprudencia; votaron en contra los señores Ministros Lanz Cárdenas, Montes García, Sempé Minvielle, López Contreras, Alba Leyva, Cal y Mayor Gutiérrez, González Martínez, Villagordoa Lozano y Moreno Flores. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretaria: Adriana Campuzano de Ortiz.



Nota aclaratoria: El segundo resolutivo regido por los considerandos cuarto, quinto y sexto, fue objeto de tres votaciones, porque se examinaron tres temas de contradicción de tesis.

El Tribunal Pleno en su sesión privada celebrada el martes diez de mayo en curso, por unanimidad de quince votos de los señores Ministros Presidente Ulises Schmill Ordóñez, Carlos de Silva Nava, Carlos Sempé Minvielle, Felipe López Contreras, Luis Fernández Doblado, José Antonio Llanos Duarte, Victoria Adato Green, Ignacio Moisés Cal y Mayor Gutiérrez, Atanasio González Martínez, José Manuel Villagordoa Lozano, Fausta Moreno Flores, Carlos García Vázquez, Mariano Azuela Güitrón, Juan Díaz Romero y Sergio Hugo Chapital Gutiérrez: aprobó con el número 13/1994, la tesis de jurisprudencia que antecede. Ausentes: Ignacio Magaña Cárdenas, Noé Castañón León, Samuel Alba Leyva y Clementina Gil de Lester. México, Distrito Federal, a veintitrés de mayo de mil novecientos noventa y cuatro.

Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, 78, Junio de 1994, p. 11, tesis P./J. 13/94, Pleno, materia civil, jurisprudencia, genealogía: Apéndice 1917-1995, Tomo VI, Primera Parte, tesis 380, página 256. No. Registro: 205,450.



- B) El criterio de jerarquía. Ahora bien, al tiempo que se desarrollaban los criterios anteriores se fue conformando simultáneamente otra línea de argumentación que optó por un enfoque jerárquico. En efecto, en una tesis de 1981 relativa a la aplicación del Convenio de la Unión de París para la Protección de la Propiedad Industrial se estableció que éste no era de *rango*

superior a la Ley de Invenciones y Marcas y que la *jerarquía* de ambos ordenamientos era la misma.

“MARCA NOTORIA, NOCION Y PROTECCION DE LA. NO SE REQUIERE QUE SE ENCUENTRE REGISTRADA EN EL PAIS. La marca sirve para distinguir los productos o servicios que provienen de su fabricante o de un comerciante, de los productos o servicios de sus competidores. Las fuentes del derecho a la marca, reconocidas por la doctrina y adoptadas por las legislaciones de distintos países, son el primer uso y el registro, habiéndose generalizado este último como el medio más eficaz para la protección del signo marcario. El sistema adoptado por nuestro país puede considerarse como mixto, ya que si bien es cierto que básicamente es el registro el que genera la exclusividad del derecho a la marca, también es verdad que el uso produce efectos jurídicos antes del registro, y con posterioridad a su otorgamiento. Nuestra Ley de Invenciones y Marcas prevé la posibilidad de conceder el registro de una marca que comenzó a ser usada antes que otra fuese registrada, para lo cual existen procedimientos y plazos que conducen a la anulación del registro ya otorgado para dar lugar al registro de la marca usada con anticipación (artículos 88, 89 y 93). La protección de la marca se encuentra sustentada en dos principios fundamentales: el de territorialidad y el de especialidad. De acuerdo con el principio de la territorialidad, la protección de la marca se encuentra circunscrita a los límites del país en donde ha sido registrada y, por su parte, el principio de la especialidad de la marca tiene que ver con la naturaleza de los productos, ya que el derecho exclusivo que origina el registro de la marca opera sólo en el campo de los productos o de los servicios idénticos o similares (respecto del principio de territorialidad, ver los artículos 119, 121 y 123; en cuanto al principio de especialidad, los artículos 94 y 95 de la Ley de Invenciones y Marcas). Pero la aplicación estricta de los principios de territorialidad y de especialidad de la marca, puede provocar abusos que se traducen en engaños para los legítimos dueños de las marcas y para el público consumidor, pues debido a la territorialidad, alguien poco escrupuloso se podría aprovechar de una marca extranjera que todavía no ha sido registrada en nuestro país, para obtener el registro de esa marca a su nombre, y disfrutar de la celebridad de ese signo distintivo. Es por ello que, para evitar los citados inconvenientes, el día catorce de julio de mil novecientos setenta y siete, se adoptó en Estocolmo la última revisión del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial de fecha veinte de marzo de mil ochocientos ochenta y tres; convenio que fue aprobado por el Congreso de la Unión según decreto publicado en el Diario Oficial de la



Federación de cinco de marzo de mil novecientos setenta y seis. Lo dispuesto por los artículos 6o. bis y 10 bis del ya mencionado convenio, tienen la finalidad de evitar el registro y el uso de una marca que pueda crear confusión con otra marca ya notoriamente conocida en el país de registro o de utilización, aunque esta última marca bien conocida no esté o todavía no haya sido protegida en el país mediante un registro que normalmente impediría el registro o el uso de la marca que entre en conflicto con ella. Esta protección excepcional de una marca notoriamente conocida está justificada porque el registro o el uso de una marca similar que se prestara a confusión equivaldría, en la mayoría de los casos, a un acto de competencia desleal, y también se puede considerar perjudicial para los intereses del público consumidor que puede ser inducido a error, respecto del origen o calidad de los productos amparados con esa marca similar. Al ser aprobadas por el Senado, las reformas que se hicieron en Estocolmo al Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, en las que se contienen los artículos 6o. bis y 10 bis, dicho tratado internacional forma parte de la Ley Suprema del país, en términos del artículo 133 constitucional. En concordancia con los artículos 6o bis y 10 bis del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, el legislador mexicano estableció en las fracciones XX y XXI del artículo 91 de la Ley de Invenciones y Marcas, la prohibición de registrar como marca las denominaciones, signos o figuras susceptibles de engañar al público consumidor o inducirlo a error, por tratarse de imitaciones de otra marca que la autoridad competente del país (en la actualidad Secretaría de Comercio y Fomento Industrial), estime ser notoriamente conocida, como siendo ya marca de una persona que pueda beneficiarse de ese convenio y utilizada para productos idénticos o similares; igual prohibición existe cuando la parte esencial de la marca que se trate de registrar constituya la reproducción de la marca notoriamente conocida o una imitación susceptible de crear confusión con ésta, con el objeto de asegurar una protección eficaz contra la competencia desleal.”

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 1269/84. Gucci de México, S.A. 19 de marzo de 1985. Unanimidad de votos. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretario: Guillermo Antonio Muñoz Jiménez.

Nota: En el Informe de 1985, la tesis aparece bajo el rubro "MARCAS NOTORIAS. LA PROTECCION DE LAS. FINALIDAD DE LA MARCA. LAS FUENTES DEL DERECHO A

LA MARCA: EL PRIMER USO Y EL REGISTRO. EL SISTEMA MIXTO ADOPTADO POR NUESTRO PAIS. LA PROTECCION DE LAS MARCAS NOTORIAMENTE CONOCIDAS, AUN CUANDO NO ESTEN O TODAVIA NO HAYAN SIDO PROTEGIDAS EN EL PAIS. LOS ARTICULOS 6o. BIS Y 10 BIS DEL CONVENIO DE PARIS PARA LA PROTECCION DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL."

Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, 193-198 Sexta Parte, p. 109, Tribunales Colegiados de Circuito, materia administrativa, tesis aislada, genealogía: Informe 1985, Tercera Parte, Tribunales Colegiados de Circuito, tesis 13, página 29. Registro: 805,211.

Congruente con esta línea de argumentación, el Pleno de la Corte adoptó en 1992 el criterio de que las leyes federales y los tratados internacionales tenían la misma jerarquía pues ambos ocupaban el "*rango* inmediatamente inferior a la Constitución en la jerarquía de las normas en el orden jurídico mexicano".⁷²⁴

"LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUIA NORMATIVA. De conformidad con el artículo 133 de la Constitución, tanto las leyes que emanen de ella, como los tratados internacionales, celebrados por el ejecutivo Federal, aprobados por el Senado de la República y que estén de acuerdo con la misma, ocupan, ambos, el rango inmediatamente inferior a la Constitución en la jerarquía de las normas en el orden jurídico mexicano. Ahora bien, teniendo la misma jerarquía, el tratado internacional no puede ser criterio para determinar la constitucionalidad de una ley ni viceversa. Por ello, la Ley de las Cámaras de Comercio y de las de Industria no puede ser considerada inconstitucional por contrariar lo dispuesto en un tratado internacional."

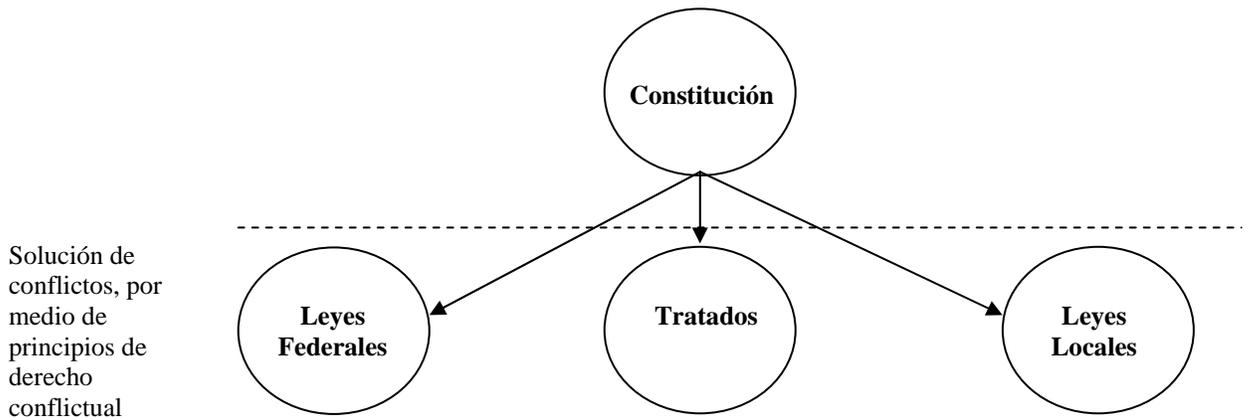
Amparo en revisión 2069/91. Manuel García Martínez. 30 de junio de 1992. Mayoría de quince votos. Ponente: Victoria Adato Green. Secretario: Sergio Pallares y Lara.

El Tribunal Pleno en su sesión privada celebrada el martes diecisiete de noviembre en curso, por unanimidad de dieciocho votos de los señores ministros Presidente Ulises Schmill Ordóñez, Carlos de Silva Nava, José Trinidad Lanz Cárdenas, Miguel Montes García, Noé Castañón León, Felipe López Contreras, Luis Fernández Doblado, Victoria

⁷²⁴ Cfr. LÓPEZ-AYLLÓN, Sergio. *Ob. Cit.* P. 203

Adato Green, Samuel Alba Leyva, Ignacio Moisés Cal y Mayor Gutiérrez, Clementina Gil de Lester, Atanasio González Martínez, José Manuel Villagordoa Lozano, Fausta Moreno Flores, Carlos García Vázquez, Mariano Azuela Güitrón, Juan Díaz Romero y Sergio Hugo Chapital Gutiérrez: aprobó, con el número C/92, la tesis que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis de jurisprudencia. Ausentes: Ignacio Magaña Cárdenas y José Antonio Llanos Duarte. México, Distrito Federal, a dieciocho de noviembre de mil novecientos noventa y dos.

Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, 60, Diciembre de 1992, Tesis: P. C/92, p. 27, Pleno, tesis aislada, registro: 205,596.⁷²⁵



- C) Criterio mixto. Una tesis interesante de un tribunal colegiado en materia administrativa de 1998 nos da los elementos para entender este criterio. En esa tesis se reconoce que los tratados deben prevalecer sobre la Ley de la Propiedad Industrial (una ley federal), pero no sobre la Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la carta magna, pues ésta tendría la misma jerarquía que los tratados internacionales, por haber sido

⁷²⁵ Como ya establecimos esta tesis ha sido abandonada con base en el criterio sustentado por el propio Tribunal Pleno al resolver, el 11 de mayo de 1999, el amparo en revisión 1475/98, promovido por el Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo, sosteniendo en dicho asunto que los tratados internacionales están en una jerarquía superior, sobre el derecho federal y el local, salvo que la Constitución General de la República señale algún caso especial. Al respecto, consúltese la tesis "TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERARQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCION FEDERAL." S.J.F. y G., 9ª, T. X, p. 46, nov. 1999, T. P. LXXVII/99.

expedida por el Congreso de la Unión, lo que le da el carácter de ley federal. Como podemos observar aquí se mezclan los dos argumentos, dando como resultado un contrasentido lógico. Se reconoce que los tratados deben prevalecer sobre una ley federal (argumento de jerarquía), pero no sobre una ley reglamentaria de la Constitución (argumento de ámbito de aplicación), en el caso la Ley de Amparo, la que tiene también el carácter de ley federal.⁷²⁶

“PERSONALIDAD DE LAS SOCIEDADES EXTRANJERAS. ORDENAMIENTO LEGAL APLICABLE PARA ACREDITARLA EN EL JUICIO DE AMPARO, CUYO ACTO RECLAMADO SE REGULA POR LA LEY DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL. De conformidad al artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la ley suprema de nuestro orden jurídico es la propia Constitución, las leyes que emanan del Congreso de la Unión y los tratados internacionales que existan de acuerdo a la misma; de tal suerte que, si bien es cierto que estos últimos deben prevalecer sobre la Ley de la Propiedad Industrial, no menos verdad resulta que ello no acontece en el caso de la Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Carta Magna, pues tiene la misma jerarquía que los tratados internacionales, por haber sido expedida por el Congreso de la Unión, lo que le da el carácter de ley federal; de ahí, que hay que observar lo que el artículo 12 del último ordenamiento legal invocado dispone, en el sentido de que para acreditar la personalidad en los juicios de garantías, hay que ajustarse a la forma que determine la ley que rija en la materia de la que emane el acto reclamado; por tanto, en caso de que el acto reclamado en el juicio de garantías se regule por la Ley de la Propiedad Industrial, las personas colectivas extranjeras acreditarán su personalidad conforme a las reglas previstas por ese ordenamiento legal.”

Amparo en revisión 2807/98. Havana Rum and Liquors, S.A. 27 de agosto de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: F. Javier Mijangos Navarro. Secretario: Gustavo Naranjo Espinosa.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, VIII, Octubre de 1998, p. 1181, tesis: I.7o.A.13 A, Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, tesis aislada.

⁷²⁶ Cfr. LÓPEZ-AYLLÓN, Sergio. *Ob. Cit.* P. 203

En esta tesis se introduce la noción relativa a las leyes que una parte de la doctrina constitucional y diversas tesis de jurisprudencia han denominado «leyes constitucionales», cuya teología es desarrollar un principio o precepto constitucional (leyes reglamentarias) o un órgano previsto por la propia Constitución (leyes reglamentarias) y tendrían una jerarquía distinta y superior respecto tanto de las leyes federales ordinarias. La jurisprudencia ha reconocido la existencia y jerarquía de tales leyes, y estas son por ejemplo: la ley de amparo o la ley del trabajo; estas son diferentes a otra leyes federales emanadas del Congreso de la Unión, como son el Código Civil y el Código de Comercio, que se consideran como leyes ordinarias del orden común e inferiores a las anteriores.⁷²⁷

De manera aún más contundente, una tesis de jurisprudencia firme estableció que:

“PETROLEOS MEXICANOS. DEBE OTORGAR FIANZA PARA LA SUSPENSION. La Ley de Amparo, por ser reglamentaria de los artículos 103 y 107 constitucionales, está colocada en un plano superior de autoridad, respecto de cualesquiera otras leyes de carácter local o federal. Por tanto, Petróleos Mexicanos no puede fundarse en un decreto de la legislación de emergencia, para eximirse de dar fianza en la suspensión, ya que el mismo no puede derogar ningún artículo de la Ley de Amparo.”

Tomo CI, pág. 192. Revisión del incidente de suspensión 369/49. Petróleos Mexicanos. 20 de agosto de 1949. Cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Tomo CII, pág. 653. Queja 286/49. Of. Ma. Cerda Juan. 22 de octubre de 1949. Cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Tomo CIV, pág. 1583. Revisión del incidente de suspensión 779/50. Petróleos Mexicanos. 3 de junio de 1950. Unanimidad de cuatro votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Tomo CXVII, pág. 25. Queja 20/53. Petróleos Mexicanos. 1º de julio de 1953. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Roque Estrada.

⁷²⁷ Cfr. LÓPEZ-AYLLÓN, Sergio. *Ob. Cit.* P. 204

Apéndice de 1954, pág. 1420. Revisión del incidente de suspensión 109/54. Petróleos Mexicanos. 30 de agosto de 1954.

Véase: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación número 86-2, pág. 12, tesis de contradicción P./J.6/95.

Apéndice de 1988, Quinta Época, parte II, tesis: 1327, p. 2153, Segunda Sala, materias administrativa, jurisprudencia. Núm. Registro: 395,217.

De admitirse la existencia de leyes constitucionales por encima de las leyes federales ordinarias, se crea de hecho un ámbito de validez "nacional", distinto y superior al ámbito federal y al ámbito local; y por lo tanto, existirían diferentes ámbitos de validez que se aplicarían a las relaciones jurídicas.

4.1.3. Análisis de los argumentos de la tesis aislada P. LXXV/99.

4.1.3.1. Los compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional.

El primer argumento que presentan los ministros, dentro de la tesis aislada P. LXXV/99, utilizando la expresión "el Estado mexicano en su conjunto" jurídicamente no tiene sentido, porque el Estado mexicano es un sujeto de derecho internacional que no actúa "por partes", porque esas partes territoriales, a las que se refieren los ministros, sólo existen jurídica y políticamente en su interior, de tal manera que México no es "un conjunto de elementos" para la comunidad internacional, sino sencillamente un Estado con personalidad jurídica, capaz de ejercer derechos y de contraer obligaciones.⁷²⁸

⁷²⁸ Cfr. COVÍAN ANDRADE, Miguel. *La suprema Corte y el control de la constitucionalidad*. P. 261

En cuanto a la afirmación de que todas las autoridades de nuestro país están obligadas a respetar los tratados internacionales; habrá que recordarse, que dentro de un régimen de legalidad, existe una obligación genérica por parte de todo servidor público, cualquiera que sea su nivel y su competencia, de respetar la constitución de la República y las normas jurídicas federales, entre las cuales están los tratados internacionales. En primer lugar, de conformidad con el artículo 89, fracción X, de nuestra constitución, el único órgano de gobierno facultado para firmar un tratado internacional, es el Presidente de la República, al cual compete dirigir la política exterior y actuar en representación del Estado mexicano; y en segundo lugar, las entidades federativas tiene expresamente prohibida la celebración de tratados y de alianzas con Estados extranjeros, de conformidad con el artículo 117, fracción I, lo cual es comprensible si se toma en cuenta que ellos no son sujetos de derecho internacional. Por lo anterior, lo que corresponde hacer a esas autoridades locales es respetar los tratados internacionales y permitir su aplicación dentro del territorio bajo su competencia, porque éstos son normas generales que forman parte del orden jurídico federal, de tal manera que su acatamiento es idéntico al que debe dispensarse para las normas federales internas. Consecuentemente, este argumento, utilizado por aquellos diez ministros de la Suprema Corte para considerar a los tratados internacionales en posición de supraordinación con relación a las leyes federales, corresponde más a un argumento de carácter político que jurídico.⁷²⁹

⁷²⁹ *Ídem.*



4.1.3.2. El Constituyente facultó al Presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades.

Este argumento afirma que los tratados internacionales obligan a las autoridades locales y federales porque son firmados por el Presidente de la República y ratificados por la Cámara de Senadores, órgano en el que están representadas las entidades federativas.⁷³⁰ No existe razón para considerar que los tratados están por encima de las leyes federales, porque en México éstas también son aprobadas por esta cámara y de acuerdo a este planteamiento, igualmente obligan a las autoridades locales, por lo que en este sentido no existiría ninguna diferencia entre las leyes federales y los tratados conforme al argumento empleado en esta tesis jurisprudencial.

Por otro lado, en la realidad, los senadores no representan a sus entidades federativas, sino a los partidos políticos a los que pertenecen y a los intereses con los que están comprometidos. Si los senadores representaran a sus entidades, entonces no serían elegidos por voto ciudadano, sino que serían designados por el Gobernador correspondiente o por la legislatura local, obviamente conforme a normas preestablecidas, como ocurre en Alemania, en donde los gobiernos de los *Länder* o provincias designan a sus senadores, los cuales integran el *Bundesrat*, órgano de representación territorial que participa en la aprobación de las leyes federales.⁷³¹

⁷³⁰ Independientemente de que esta en duda la representación de las entidades federativas esta depositada en sus senadores, toda vez que los gobiernos de éstas no designan a su representantes sino los ciudadanos en general.

⁷³¹ *Cfr.* COVÍAN ANDRADE, Miguel. *Sistema político mexicano. Legitimidad electoral y control del poder político.* Centro de Estudios de Ingeniería Política y Constitucional, A.C., México, 2004, p. 176.



4.1.3.3. Aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es la relativa a que en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas.

Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es la relativa a que en esta materia no existe limitación competencial entre la federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio artículo 133 el presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativas. Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del artículo 133 lleva a considerar en un tercer lugar al derecho federal y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 de la ley fundamental, el cual ordena que las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a las entidades federativas.⁷³²

Como puede verificarse mediante la lectura del artículo 133, en ninguna parte de este precepto se establece “expresamente” que el contenido de un tratado internacional pueda referirse a “cualquier materia”, de lo cual se deduce que la Suprema Corte fue más allá de sus facultades interpretativas y legisló un precepto inexistente en la constitución. Según los ministros de la Suprema Corte, en materia internacional “no existe limitación competencial entre federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado...”, lo cual es falso, porque por ejemplo, en un tratado internacional no se pueden condicionar, ni contradecir los contenidos de las leyes que expiden las legislaturas locales de las entidades federativas, porque aunque el presidente de la República lo firmara y los

⁷³² *Cfr.* CARPIZO, Jorge. “Los tratados internacionales tienen jerarquía superior a las leyes federales. Comentario a la tesis 192,867 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación”. *Cuestiones Constitucionales. Revista mexicana de derecho constitucional*. Número 3, julio–diciembre de 2000, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, p. 181

senadores lo ratificaran, este tratado sería inconstitucional, precisamente como consecuencia de la intromisión de los órganos federales en el ejercicio de la competencia de los órganos locales.⁷³³

Por lo anterior, el tratado internacional es una norma federal, cuyo procedimiento de creación y cuyo contenido deben ceñirse a lo establecido en las normas constitucionales, las cuales determinan los ámbitos competenciales federales y locales. El tratado, como cualquier ley federal, es de aplicación en toda la República, pero esto no significa que su contenido pueda referirse a la esfera de atribuciones y facultades de los órganos federales o de los órganos locales, indistintamente, porque si esto fuera posible, entonces los tratados internacionales no estarían por encima de las leyes federales, sino de la constitución. Por ende, siendo normas de la misma jerarquía, sus posibles contradicciones tiene que resolverse con base en los reglas de técnica jurídica para la solución de conflictos de normas, como lo son los criterios de “cronología” o “especialidad”.⁷³⁴

4.1.4. Análisis de los argumentos de las tesis aisladas P. VIII/2007 y P. IX/2007.

4.1.4.1. La existencia de un orden jurídico superior, de carácter nacional (P. VIII/2007).

En esta tesis los ministros de la Suprema Corte, que aprobaron dicha decisión, establecen que partir de la interpretación del artículo 133 constitucional, la primacía de los tratados internacionales se deriva de que estos se encuentran dentro de un orden jurídico superior, de carácter nacional.

⁷³³ Cfr. COVÍAN ANDRADE, Miguel. *La suprema Corte y el control de la constitucionalidad*. Pp. 265-266

⁷³⁴ *Ibidem*. Pp. 268-270



“En la cúspide normativa de nuestro régimen jurídico interno está la Constitución, inmediatamente abajo de la Constitución, hay normas que son vinculantes para toda la Nación, y estas son las leyes generales y los tratados internacionales, porque en ese mismo rango los coloca el artículo 133 de la Constitución.”⁷³⁵

Las leyes federales, regulan las materias del orden federal, las leyes locales, regulan las materias del orden estatal y las leyes nacionales y los tratados celebrados por el presidente de la República, con aprobación del Senado, son los que integran ese orden nacional.⁷³⁶ Y el criterio adoptando, para identificar las leyes que conforman este orden nacional, son las atribuciones concurrentes del congreso de la Unión, en donde la Federación, como por ejemplo las determinadas en los artículos 3º, 21, en las fracciones XXIX-C, XXIX-G, XXIX-I y XXXIX-J del 73, y en al artículo 123 de nuestra constitución.

Es importante subrayar que con esta decisión se generó un nuevo orden jurídico de jerarquía superior a la Federación, a los Estados, al Distrito Federal, y a los Municipios; donde, primero está la Constitución, abajo estaría un orden nacional, que es como se le ha denominado, luego el federal, luego el estatal, el del distrito y abajo un orden municipal. Lo que en consecuencia, habría que definir con precisión las leyes que lo integran, sino, caeríamos en un problema de seguridad jurídica.

Esta tesis nos lleva a pensar que la condición de validez de las leyes federales, locales, o municipales, va a depender de que satisfice los contenidos de las leyes del orden jurídico nacional. “Cuando identifiquemos cuáles son las leyes del orden jurídico nacional, las leyes locales o del Distrito Federal que no lo satisfagan, van a ser leyes, insisto, inválidas, y este no es un problema menor”.⁷³⁷

⁷³⁵ Intervención del Sr. Ministro Guillermo Ortiz Mayagoitia. En la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tribunal Pleno, sesión pública ordinaria, celebrada el martes 13 de febrero de dos mil siete. P. 4

⁷³⁶ *Cfr.* Intervención del Sr. Ministro Mariano Azuela Güitrón. En la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tribunal Pleno, sesión pública ordinaria, celebrada el martes 13 de febrero de dos mil siete. P. 32

⁷³⁷ Intervención del Sr. Ministro Ramón Cossío Díaz. En la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tribunal Pleno, sesión pública ordinaria, celebrada el martes 13 de febrero de dos mil siete. pp. 41-43

En realidad, todas las leyes del congreso de la Unión emanan de la constitución, de tal manera que aquí no se encuentra ningún elemento distintivo para crear un nuevo orden jurídico. Ahora bien, la idea de que existen esas leyes especiales que son parte de la constitución porque así lo determina ella misma, se debe a una redacción incorrecta de este precepto, que obviamente no se refleja en la realidad. Por lo que resulta errónea esta decisión de la generación de un orden jurídico nacional a partir de las facultades concurrentes del congreso de la Unión e incluir dentro de éste a los tratados internacionales.⁷³⁸

4.1.4.2. El Estado Mexicano no puede invocar normas de derecho interno para desconocer obligaciones internacionales (P. IX/ 2007).

Los argumentos de tesis aislada, van muy de la mano con lo analizado en el punto anterior, la decisión tomada por los ministros esta basada supuestamente en una “interpretación sistemática del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos” en la que nuevamente hacen la referencia a la existencia de un “orden jurídico superior, de carácter nacional”, el cual esta integrado por la Constitución Federal, los tratados internacionales y las leyes generales. Partiendo de esta idea, y ahora conforme a una “interpretación armonizada” con los principios de derecho internacional “dispersos en el texto constitucional”, así como con las “normas y premisas fundamentales” del derecho internacional, “se concluye que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente abajo de la Constitución Federal y por encima de las leyes generales, federales y locales” ya que un Estado contrae libremente obligaciones frente a la comunidad internacional que no pueden ser desconocidas invocando normas de derecho interno y cuyo incumplimiento supone, por lo demás, una responsabilidad de carácter internacional.

⁷³⁸ Cfr. COVÍAN ANDRADE, Miguel. *La suprema Corte y el control de la constitucionalidad*. Pp. 259-260

En esta misma tesis la Suprema Corte define las «normas y premisas fundamentales» como la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados entre los Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales y el principio fundamental de derecho internacional consuetudinario "*pacta sunt servanda*".

Es decir, en virtud de su capacidad soberana, los Estados contraen obligaciones por medio de los tratados mediante los cuales se auto-limitan. Después, no pueden desconocer esas obligaciones, insistimos, libremente contraídas. De acuerdo con lo anterior, es comprensible que al Estado, dentro de su interior, le toque elegir los medios para satisfacer sus obligaciones. Un principio toral, universal del derecho internacional es que todas las normas y obligaciones internacionales deben de cumplirse de buena fe (*pacta sunt servanda*). Este principio está reiterado por la jurisprudencia internacional, la Carta de Naciones Unidas en su preámbulo, su artículo 2.2 y la Declaración sobre Principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados; también por las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 sobre derecho de los tratados.⁷³⁹

Es decir, en virtud de su capacidad soberana, los Estados contraen obligaciones por medio de los tratados mediante los cuales se autolimitan. Después, no pueden desconocer esas obligaciones, insistimos, libremente contraídas. De acuerdo con lo anterior, es comprensible que al Estado, dentro de su interior, le toque elegir los medios para satisfacer sus obligaciones.⁷⁴⁰

En materia de tratados, el derecho internacional complementa el principio fundamental de *pacta sunt servanda* con la disposición del artículo 27 de la Convención de Viena de 1969, que claramente establece que un Estado no puede invocar los preceptos de

⁷³⁹ *Cfr.* BECERRA RAMÍREZ, Manuel. "Tratados internacionales. Se ubican jerárquicamente por encima de las leyes y en segundo plano respecto de la Constitución Federal (Amparo en revisión 1475/98)". *Cuestiones Constitucionales. Revista mexicana de derecho constitucional*. Número 3, julio-diciembre de 2000, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, p. 172

⁷⁴⁰ *Ibidem*. P.177

su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado, disposición que está ratificada por la tesis aislada P. IX/ 2007. Aunque, no podemos pasar por alto que la Convención de 1969 deja la puerta abierta con su artículo 46 para proteger a las normas internas de importancia fundamental lo que significa una supremacía de la Constitución en este caso.

“Art. 46 disposiciones de derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados

- 1 El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno.
- 2 Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y buena fe.”

Es pertinente mencionar que si bien el derecho internacional prevé sanciones para el caso de incumplimiento y que en algunos casos algunos tratados prevén un control internacional, mediante comisiones mixtas, inspecciones recíprocas y órganos de control, en general, por lo regular existe un cumplimiento espontáneo y voluntario de las normas internacionales; por lo que, la responsabilidad del Estado ante el incumplimiento de un tratado, debe ser analizada en su caso particular –ya que la materia y competencias tiene mucha importancia⁷⁴¹ y no puede alegarse que sea precisamente un argumento jurídico para jerarquizar a los tratados por encima de las leyes federales, o más aún, considerarlo como parte de un orden jurídico nacional.⁷⁴²

⁷⁴¹ Por ejemplo, no son las mismas sanciones las que se establecen para la violación de un tratado en materia de derecho humanos, que un tratado de orden arancelario.

⁷⁴² *Cfr.* BECERRA RAMÍREZ, Manuel. *Ob. Cit.* P. 172

4.1.3.3. Argumentos éticos y sociales sobre la jerarquía de los tratados relativos a los Derechos Humanos.

Aunque no se reflejó en la elaboración de las tesis analizadas en este punto, no se puede pasar por alto que en las sesiones públicas para la solución del problema relativo a la jerarquía de los tratados, también fueron materia de discusión las características especiales de los tratados suscritos a favor de la defensa de los Derechos Humanos.

Continuando con la lógica argumentativa de las tesis P. LXXV/99, P. VIII/2007 y P. IX/2007, el artículo 133, establece la jerarquía del sistema jurídico mexicano, en el cual, la Constitución por sobre todo lo demás; es norma y es la norma fundamental del país. A continuación se presenta un orden jurídico nacional integrado por las leyes generales y los tratados internacionales. Y a continuación un bloque integrado por las leyes de los tres niveles de gobierno: el federal, el estatal y el municipal.

Pues bien, los tratados sobre derechos humanos, pueden recibir un tratamiento diferente sobre la pirámide normativa. “[...] podemos señalar que existen cuatro rangos o categorías que pueden tener los Tratados Internacionales, en particular los relativos a derechos humanos, en el sistema jurídico interno, supra-constitucional, constitucional, supra-legal y legal [...]”.⁷⁴³

Una de las posiciones acuñadas por los ministros fue la de argumentar que tratándose de derechos humanos, dichos tratados están por debajo de la Constitución pero por arriba de todas las demás leyes, por lo que, perfectamente se pueden incluir en el criterio y conclusiones de las tesis en análisis.

“[...] en Derecho Mexicano, la Constitución está por sobre todo en la cúspide normativa y no nada más eso, sino que es un derecho de todos los habitantes de este país, un derecho público, una garantía individual, un derecho humano, y que a través del prisma de la

⁷⁴³ Intervención del Sra. Ministra Olga María Sánchez Cordero. En la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tribunal Pleno, sesión pública ordinaria, celebrada el lunes 12 de febrero de dos mil siete. pp. 28-30

Constitución se vea toda situación que signifique un aspecto relacional para su persona, bien sea a través de las autoridades o bien sea de otros derechos de observancia por los particulares, desde luego todo esto normado.”⁷⁴⁴

Sin embargo, al razonamiento anterior existe un argumento en contra que se opone a la idea de sostener la jerarquía normativa de los tratados en relación a las leyes federales; ya que por ejemplo una ley general, puede tener un principio pro omine y de derechos fundamentales superior o en contradicción con el tratado. Por lo que, se debe atender a esta categoría o categorización de los diversos tratados internacionales, sólo en algunas materia; entonces no se puede argumentar de manera tajante que los tratados van a estar jerárquicamente en una jerarquía superior a las leyes.⁷⁴⁵

Puede darse el caso de convenios internacionales que amplíen las garantías individuales o sociales y que por no estar dentro de las normas constitucionales no podrían ser aplicadas a nuestro derecho. En este caso, conviene analizar las características de la norma internacional que se pretende aplicar y en función de ella atender a la finalidad de las disposiciones constitucionales de que se trata.⁷⁴⁶

⁷⁴⁴ Intervención del Sr. Ministro Salvador Aguirre Anguiano. En la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tribunal Pleno, sesión pública ordinaria, celebrada el jueves 8 de febrero de dos mil siete. Pp. 54-55

⁷⁴⁵ “[...] y les voy a poner un caso que a mí en alguna revista o en algún periódico, ya no recuerdo, se publica en relación a un caso de Brasil, en el cual una ley general de salud, implicaba una contravención a una Ley de Patentes y Marcas, suscritas precisamente por Brasil; esta Ley General de Salud, establecía que se tenía que atender a un medicamento genérico para la cura del sida, de su población y, se le cuestionaba al Estado brasileño, si estaba violentando la Convención o el Tratado que había suscrito en materia de patentes y marcas, para poder él establecer un genérico en la cura y el tratamiento del sida, y responde que, en esta Ley General en este principio pro omine, en este derecho fundamental a la salud de su población, no podría estar condicionado a un Tratado Internacional de Patentes y Marcas para atender a este derecho fundamental de la salud de su población y en ese sentido, Brasil, en Brasil prevaleció esta Ley General de Salud, con esta disposición específica a el Tratado Internacional de Patentes y Marcas, en fin, yo creo que el tema es complicado, es complejo, es un tema que ya se decía, no está obviamente el intérprete, debe hacer este tipo de análisis constitucional sobre la jerarquía de tratados; pero yo pienso que el acercamiento a este tema, sí se debe hacer, teniendo en consideración cómo lo señala este documento, los modelos y los rangos o las categorías y sobre todo, las situaciones y los contenidos mismos de los propios tratados; no podríamos de manera categórica, tajante, a rajatabla establecer un sistema de jerarquías, cuando algunos temas pudieran estar realmente contraviniendo, por ejemplo, disposiciones legales de mayor beneficio, en materia de derechos fundamentales y en otras materias de los propios tratados.” Intervención del Sra. Ministra Olga María Sánchez Cordero. En la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tribunal Pleno, sesión pública ordinaria, celebrada el lunes 12 de febrero de dos mil siete. Pp. 28-30

⁷⁴⁶ *Cfr.* BECERRA RAMÍREZ, Manuel. *Ob. Cit.* P. 176

4.1.5. Consideraciones.

La resolución de la Suprema Corte, al tomar una decisión de manera general a un problema extremadamente complejo, y dejar de lado las serias consecuencias que tiene para el derecho mexicano admitir, sin más, la jerarquía superior de los tratados internacionales sobre la legislación interna. Lo anterior, propiamente se deriva más que de una resolución de la Suprema Corte, es consecuencia del sistema de recepción que contiene la Constitución en su artículo 133.⁷⁴⁷

A diferencia de los sistemas de recepción indirecta que requieren de un "acto de transformación" mediante la intervención legislativa, en nuestro sistema los tratados se incorporan directamente. Durante años el sistema funcionó bien pues las disposiciones normativas de dichos tratados no incidían de manera directa en el derecho interno ya que dichos convenios internacionales se limitaban a regular relaciones de cooperación entre los Estados. Sin embargo, ante los fenómenos de integración económica, los nuevos tratados modifican sustancialmente su recepción dentro del derecho interno. El sistema de recepción directa presenta, pues, serios problemas para la aplicación e interpretación de los tratados que se convierten en "ley suprema".⁷⁴⁸

El texto de los tratados es el resultado de complejas negociaciones internacionales que como todo cuerpo normativo puede tener importantes ambivalencias o lagunas; y por lo tanto, amplios márgenes de interpretación. El problema consiste en las dificultades que entraña para las autoridades administrativas y jurisdiccionales su aplicación e interpretación.⁷⁴⁹

La realidad es que nos enfrentamos ante un problema mucho más complejo que la interpretación constitucional, ya que por buena que sea, no lograría resolver del todo

⁷⁴⁷ Cfr. LÓPEZ-AYLLÓN, Sergio. *Ob. Cit.* P. 206

⁷⁴⁸ *Ídem.*

⁷⁴⁹ *Ídem.*

cada uno de los problemas sobre la interpretación, aplicación e interpretación de los tratados. En realidad nos encontramos ante la necesidad de modificar el sistema de recepción de los tratados en derecho mexicano. Siendo éste, un problema de diseño constitucional en el que se deben considerar, entre otros aspectos:⁷⁵⁰

1. El grado de intervención que deben tener los órganos legislativos nacionales en la negociación y aprobación de los tratados.⁷⁵¹
2. La conveniencia de adoptar un sistema de recepción indirecta que permita adaptar y modular legislativa y reglamentariamente las obligaciones contenidas en los tratados.⁷⁵²
3. Establecer una jerarquía especial los tratados relativos a los de derechos humanos y la conveniencia de un procedimiento especial para su adopción menos rígido que los de otras materias.⁷⁵³
4. Tomar en cuenta en la negociación de los tratados la participación, a semejanza de lo que ocurre en otros países, de las entidades federativas.⁷⁵⁴

Estos son sólo algunos de los aspectos que implica la recepción de los tratados internacionales en nuestro sistema jurídico, y que se justifican, desde el análisis que se realizó a las tesis P. LXXV/99, P. VIII/2007 y P. IX/2007. Lo que nos conduce a considerar un nuevo diseño constitucional en cuanto a la recepción, aplicación e interpretación de los tratados.

⁷⁵⁰ Cfr. LÓPEZ-AYLLÓN, Sergio. *Ob. Cit.* P. 207

⁷⁵¹ *Ídem.*

⁷⁵² *Ídem.*

⁷⁵³ *Ídem.*

⁷⁵⁴ *Ibidem.* P. 208

4.2. DECLARACIÓN DE VALIDEZ DE LA CAPITALIZACIÓN DE INTERESES EN LOS CONTRATOS DE APERTURA DE CRÉDITO

4.2.1. Planteamiento.

El 15 de diciembre de 1997, se denuncia ante la Suprema Corte de Justicia la contradicción de tesis entre: la sustentada por el Séptimo Tribunal Colegiado en materia Civil del Primer Circuito, al resolver el juicio de amparo directo 6247/97 bajo el rubro de “CREDITO ADICIONAL O REFINANCIAMIENTO, SISTEMA DE, ES UN ACTO SIMULADO QUE ENCIERRA UN PACTO DE ANATOCISMO”⁷⁵⁵; y la que sostenía el Primer Tribunal Colegiado del Séptimo Circuito, al resolver el juicio de amparo directo 215/96 bajo el rubro “ANATOCISMO, PACTO DE, NO LO CONSTITUYE EL CONVENIO CELEBRADO ENTRE LOS CONTRATANTES A FIN DE QUE EL ACREDITADO DISPONGA DISCRECIONALMENTE, EN SU CASO, DE UN CRÉDITO ADICIONAL PARA CUBRIR INTERESES DEVENGADOS E INSOLUTOS”⁷⁵⁶

Dicho expediente fue turnado al ministro ponente Juventino V. Castro y Castro, el cual solicitó que el asunto fuera conocido por el Pleno de la corte, a fin de establecer un criterio definido que determinaría certidumbre jurídica. Por otra parte, requirió a los tribunales Colegiados de Circuito, remitir copias certificadas de las resoluciones pronunciadas sobre el tema. Recibiendo 207 ejecutorias y agrupando los temas a tratar en el proyecto de resolución de la siguiente forma:

- I. El Contrato de apertura de crédito adicional para cobertura de intereses, ¿constituye anatocismo?
- II. Proyecto de viabilidad económica del acreditado en apertura de crédito con línea adicional para la aplicación de intereses, ¿es nula la cláusula por falta de proyecto de viabilidad económica?

⁷⁵⁵ S.J.F. y G, 9ª, Vol. VII, p. 415, 7º Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Feb. 1998, T. I.7o.C. J/2.

⁷⁵⁶ S.J.F. y G, 9ª, Vol. p.772, Primer Tribunal Colegiado del Décimo Séptimo Circuito. Mar. 1997, T. XVII.1o.3 C.

- III. Cláusula de crédito adicional para el pago de intereses en un contrato de apertura de crédito, ¿constituye trasgresión a la prohibición de financiamiento para el pago de pasivos?
- IV. Apertura de crédito, línea adicional al acreditado para el pago de intereses, ¿existe falsedad ideológica para cubrir la capitalización de intereses? (Simulación)
- V. Contrato de apertura de crédito, capitalización de intereses ¿es aplicable supletoriamente el Código Civil artículo 2397, a dichos contratos mercantiles?
- VI. Cláusulas adicionales para pago de intereses vencidos, las amortizaciones implican consentimiento y convalidan nulidad pretendida.
- VII. Cláusula de crédito adicional, la falta de aviso al banco acreditante sobre no disposición del crédito adicional, implica la aplicación de pago de intereses.
- VIII. Mora, está condicionado al aviso del banco acreditante.
- IX. Intereses ante la imprecisión de la tasa aplicable, para su cuantificación debe estarse al tipo legal.

El 7 de octubre de 1998, reunidos en pleno los ministros de la Suprema Corte de Justicia en sesión pública ordinaria, cuando se habían votado las tres primeras jurisprudencias, varias personas de la concurrencia levantaron pancartas y se levantaron de sus asientos y dieron la espalda al estrado que ocupaban los ministros. Lo que provocó que después de varias exhortaciones del ministro presidente, Aguinaco Alemán, a guardar compostura y el respeto debido, las cuales no fueron atendidas, éste decidiera suspender la sesión, siendo las 11:35 horas.



El ministro Vicente Aguinaco Alemán, con fundamento en el artículo 94 párrafo tercero constitucional, y 60 párrafo primero de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, siendo las 13:00 horas convocó a los demás ministros, a trasladarse a las oficinas de la presidencia y reunidos en ésta, por unanimidad de 11 votos el tribunal en pleno acordó continuar en sesión privada la discusión y resolución de dichos asuntos. A las 16:00 horas se reanudó en forma privada el pleno.

El miércoles 7 de octubre de 1998 la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la Contradicción de Tesis 31/98, fueron creadas 14 tesis jurisprudenciales —y 6 tesis aisladas que aun no forman jurisprudencia obligatoria—, sobre diversas cuestiones derivadas de los juicios relacionados con los «contratos de apertura de crédito», con la cláusula adicional para el pago de intereses vencidos y no cubiertos por los deudores. Contradicción que en lenguaje coloquial con el ambiguo término de «anatocismo», y que irónicamente se declaró oficialmente como una figura inexistente en nuestra legislación mexicana.⁷⁵⁷

Así fue como fueron aprobadas dichas tesis de jurisprudencia:

⁷⁵⁷ Cfr. CASTRO, Juventino V. *La Suprema Corte de Justicia ante la ley injusta. Un fallo histórico respecto al llamado "anatocismo"*. 4ª edi., Edit. Porrúa, S.A. de C.V., México, 2001, p. VII



Jurisprudencia	Votos a Favor	Votos en contra	Salvedades
CAPITALIZACIÓN DE INTERESES. EL ARTÍCULO 2397 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, EN MATERIA COMÚN Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA FEDERAL, NO ES APLICABLE SUPLETORIAMENTE AL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO	<p>Resuelta en el Tercer resolutive por mayoría de ocho votos:</p> <p>Aguirre Anguiano, Azuela Güitrón, Díaz Romero, Góngora Pimentel, Gudiño Pelayo, Ortiz Mayagoitia, Sánchez Cordero y Aguinaco Alemán</p>	<p>Castro y Castro Román Palacios y Silva meza</p>	<p>Diaz Romero</p>
CAPITALIZACIÓN DE INTERESES. EL ARTÍCULO 363 DEL CÓDIGO DE COMERCIO NO ES APLICABLE SUPLETORIAMENTE AL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO, PERO SÍ PUEDE SERLO COMO NORMA CONTRACTUAL, POR VOLUNTAD DE LAS PARTES.			
CAPITALIZACIÓN DE INTERESES. CUANDO SE PACTA EN UN CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO, EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 363 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, PARA DETERMINAR SUS ALCANCES NO DEBE ACUDIRSE A LA SUPLETORIEDAD DEL ARTÍCULO 2397 DEL CÓDIGO CIVIL APLICABLE EN MATERIA FEDERAL, SINO A LAS REGLAS DE INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS.			
APERTURA DE CRÉDITO PARA EL PAGO DE PASIVOS. EL CONTRATO RELATIVO PACTADO CON INSTITUCIONES DE BANCA MÚLTIPLE PARA TAL FIN, NO ESTÁ REGIDO POR EL REGLAMENTO SOBRE INSTITUCIONES NACIONALES Y ORGANIZACIONES AUXILIARES NACIONALES DE CRÉDITO, NI ES CONTRARIO A LA LEY DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO	<p>Resuelta en el Cuarto resolutive por unanimidad</p>		<p>Diaz Romero y Silva Meza</p>
VIABILIDAD ECONÓMICA DE LOS PROYECTOS DE INVERSIÓN PARA EL OTORGAMIENTO DE FINANCIAMIENTOS. LA OMISIÓN POR PARTE DE LAS INSTITUCIONES DE CRÉDITO DE REALIZAR EL ESTUDIO RELATIVO, NO INVALIDA EL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO.	<p>Resuelta en el Quinto resolutive por mayoría de ocho votos:</p> <p>Aguirre Anguiano, Azuela Güitrón, Góngora Pimentel, Gudiño Pelayo, Ortiz Mayagoitia, Román Palacios, Sánchez Cordero y Aguinaco Alemán</p>	<p>Castro y Castro, Díaz Romero y Silva Meza</p>	

Jurisprudencia	Votos a Favor	Votos en contra	Salvedades
<p>APERTURA DE CRÉDITO Y PRÉSTAMO MERCANTIL. LEGISLACIÓN APLICABLE A ESOS CONTRATOS EN MATERIA DE INTERESES</p>	<p>Resuelta en el Sexto resolutive por mayoría de diez votos:</p> <p>Aguirre Anguiano, Azuela Güitrón, Díaz Romero, Góngora Pimentel, Gudiño Pelayo, Ortiz Mayagoitia, Román Palacios, Sánchez Cordero, Silva Meza y Aguinaco Alemán</p>	<p>Castro y Castro</p>	<p>Díaz Romero</p>
<p>INTERESES. LAS TASAS VARIABLES EN LOS CONTRATOS DE APERTURA DE CRÉDITO SON DETERMINABLES, NO IMPRECISAS.</p>			
<p>APERTURA DE CRÉDITO. NO SON NULAS LAS CLÁUSULAS QUE ESTABLEZCAN LA OBLIGACIÓN DEL ACREDITADO, DE AVISAR CON ANTICIPACIÓN SI RECHAZA LA DISPOSICIÓN DEL CRÉDITO ADICIONAL PARA PAGO DE INTERESES.</p>		<p>Resuelta en el Séptimo resolutive por unanimidad</p>	<p>Díaz Romero y Silva Meza</p>
<p>APERTURA DE CRÉDITO ADICIONAL PARA EL PAGO DE INTERESES CAUSADOS, PACTADA EN EL MISMO INSTRUMENTO O EN OTRO. POR SÍ SOLA, NO CONSTITUYE SIMULACIÓN.</p>			
<p>APERTURA DE CRÉDITO ADICIONAL PARA EL PAGO DE INTERESES CAUSADOS, PACTADA EN EL MISMO INSTRUMENTO O EN OTRO. NO ENCUBRE EL ESTABLECIMIENTO ILÍCITO DE INTERESES SOBRE INTERESES.</p>			<p>Resuelta en el Octavo resolutive por unanimidad</p>
<p>APERTURA DE CRÉDITO ADICIONAL PARA EL PAGO DE INTERESES CAUSADOS, PACTADA EN EL MISMO INSTRUMENTO O EN OTRO. SU APROVECHAMIENTO NO IMPLICA LA EXISTENCIA DE FALSEDAD IDEOLÓGICA O SUBJETIVA.</p>			

Jurisprudencia	Votos a Favor	Votos en contra	Salvedades
CAPITALIZACIÓN DE INTERESES. NO LA CONSTITUYE EL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO PARA COBERTURA DE INTERESES (REFINANCIAMIENTO).	Resuelta en el Noveno resolutive por mayoría de nueve votos: Aguirre Anguiano, Azuela Güitrón, Castro y Castro, Díaz Romero, Góngora Pimentel, Gudiño Pelayo, Ortiz Mayagoitia, Sánchez Cordero y Aguinaco Alemán	Román Palacios y Silva Meza	Díaz Romero
CAPITALIZACIÓN DE INTERESES. EL ARTÍCULO 363 DEL CÓDIGO DE COMERCIO LA PERMITE EN FORMA PREVIA O POSTERIOR A LA CAUSACIÓN DE LOS RÉDITOS, A CONDICIÓN DE QUE EXISTA ACUERDO EXPRESO.			
APERTURA DE CRÉDITO. LAS AMORTIZACIONES REALIZADAS POR EL DEUDOR CONVALIDAN LA NULIDAD RELATIVA DE QUE PUDIERA ADOLESCER LA CLÁUSULA EN QUE SE PACTA UN CRÉDITO ADICIONAL PARA PAGO DE INTERESES	Resuelta en el Décimo resolutive por mayoría de diez votos: Aguirre Anguiano, Azuela Güitrón, Castro y Castro, Díaz Romero, Góngora Pimentel, Gudiño Pelayo, Ortiz Mayagoitia, Román Palacios, Sánchez Cordero y Aguinaco Alemán	Silva Meza	Díaz Romero

Como se observa en varios temas hubo puntos encontrados en los cuales no hubo unanimidad de votos aprobatorios. Cuatro ministros formularon votos contrarios a las proposiciones correspondientes, y elaboraron distintos votos particulares.

Se levantó la sesión siendo las 18:00 horas. La Suprema Corte de Justicia estableció la legalidad de la capitalización de intereses, y no la supletoriedad del Código Civil y de Comercio en lo relacionado con los contratos de crédito bancarios, al operar el principio de voluntad de las partes respecto la forma del cobro y el pago de intereses. La única obligación de las instituciones crediticias, es la de sujetarse a los lineamientos que sobre el particular señale el banco central.

La sentencia de la Suprema Corte tuvo un gran impacto en todos los ámbitos, no sólo por los resolutivos ceñidos a ella, ni por las consecuencias sociales, sino por los argumentos e interpretaciones realizadas por el máximo tribunal, los cuales al emanar de una contradicción de tesis, son de aplicación obligatoria.

Dentro de los considerandos de la resolución de la contradicción de tesis 31/98, podemos encontrar un apartado dedicado al marco constitucional y legal al cual debe ajustarse el fallo; lo que, a mi criterio, fue necesario para disminuir las críticas a esta controvertida justificación. En este mismo sentido resultan los fundamentos: el cuarto párrafo del artículo 94 y la fracción XIII del artículo 107 constitucionales, relacionados con el 192 y 197-A de la Ley de Amparo; preceptos que abordan entre otros temas, la responsabilidad de los servicios públicos al no ajustarse a las disposiciones legales y constitucionales; máxime que el ministro Juventino Castro y Castro señaló posteriormente que:

“(...) en la actualidad la interpretación que realiza el poder judicial federal esta muy alejada de las definiciones romanistas. Al sentir como limitante de la interpretación la propia ley, la cual obliga a los jueces a actuar en tal forma, a riesgo de no cumplir con su deber legal; como ejemplo citó el artículo 215 del Código Penal en materia federal, el cual considera abuso de autoridad aquel caso en que una autoridad encargada de administrar justicia se niega injustificadamente a despachar un negocio pendiente ante él.”⁷⁵⁸

Si bien es cierto que la Suprema Corte no podía abstenerse de resolver el asunto, se esperaba que realizara una labor interpretativa a la altura del máximo tribunal de la nación. Sin embargo, los ministros al tomar la decisión sobre la contradicción de tesis relativa al anatocismo, se limitaron a realizar una interpretación literal de las normas jurídicas, menospreciando la actividad creadora de la actividad hermenéutica.

⁷⁵⁸ CASTRO Y CASTRO, Juventino V. *La Suprema Corte de Justicia ante la ley injusta. 3ª edic., Un fallo histórico respecto al llamado “Anatocismo”*. Edit. Porrúa, S.A. de C.V., México, 1999, pp. 126-127.

A continuación se realizará el análisis de los principales argumentos manejados en las tesis jurisprudenciales, examinando sobre todo la juridicidad y los argumentos políticos y éticos de dichas decisiones.

4.2.2. Argumento de la ley sin defecto.

En el quinto considerando de la sentencia de la Suprema Corte para resolver la Contradicción de Tesis 31/98, se realiza el análisis de las posibles lagunas de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, respecto de la capitalización de intereses en el contrato de apertura de crédito; planteándose dos posibilidades:

- a) El contrato de apertura de crédito se encuentra perfectamente regulado por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito; o
- b) La regulación era incompleta y debía suplirse

Ahora bien la supletoriedad, tenía a su vez dos caminos:

- i. El artículo 2397 del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal⁷⁵⁹; y por lo tanto, determinar la ilegalidad de la capitalización de intereses; o
- ii. El artículo 363 del Código de Comercio y en consecuencia se desprende una prohibición de que los intereses que se hayan vencido generen a su vez intereses, sin embargo se prevé la posibilidad de que los intereses vencidos se puedan capitalizar con el previo acuerdo de las partes.

La conclusión del máximo tribunal fue establecer el argumento de la que la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en lo relativo al contrato de apertura de

⁷⁵⁹ Debemos recordar que éste era el Código vigente en el año de 1998; ya que hoy en día la Federación y el Distrito Federal manejan cada una un código distinto.



crédito no tenía defecto alguno y por lo tanto no podía aplicarse supletoriamente los artículos 2397 del Código Civil y el 363 del Código de Comercio.

El argumento anterior deriva del análisis que realizaron los ministros sobre el artículo 2° de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito:

“Artículo 2.- Los actos y las operaciones a que se refiere el artículo anterior, se rigen:

- I. Por lo dispuesto en esta ley, y en las demás leyes especiales, relativas; en su defectos;
- II. Por la legislación mercantil general, en su defecto;
- III. Por los usos bancarios y mercantiles y, en su defecto de estos;
- IV. Por el derecho común, declarándose aplicable en toda la República, para los fines de esta ley, el Código Civil del Distrito Federal.

La Corte interpretó de la lectura de este precepto deriva que la supletoriedad sólo se autoriza para el caso de la existencia de una carencia o «defecto» de la ley que se debe aplicar con preferencia.⁷⁶⁰

La aplicación supletoria del referido del artículo 2397 del Código Civil, sería contradictoria a la intención del legislador y a los principios que rigen al contrato de apertura de crédito, pues aunado a que se trata de codificaciones diferentes, la supletoriedad de una legislación a otra no puede tener lugar cuando a través de ello se adoptarían hipótesis prohibitivas o tutelares, de excepción, que únicamente pueden regir a los actos realizados al tenor del ordenamiento en que se prevén.⁷⁶¹

La omisión del legislador en la regulación del contrato de apertura de crédito, relativo a las restricciones, que en otros ordenamientos establecen, para la capitalización de intereses, no significa, en manera alguna, un defecto legislativo, por el contrario, es un

⁷⁶⁰ Cfr. *Resolución de la Contradicción de Tesis 31/98*. P. 263

⁷⁶¹ *Ibidem*. P. 264

elemento que genera plena convicción de que con ello la celebración de tal convenio se dejó a la voluntad de las partes.⁷⁶²

Las consideraciones aplicadas al Código Civil fueron también utilizadas para sustentar, la no aplicación supletoria del artículo 363 del Código de Comercio, con algunas salvedades. Dicha decisión fue justificada con base en los siguientes argumentos:

“Las razones expresadas sobre el particular son aptas asimismo para sustentar la conclusión de que el artículo 363 del Código de Comercio tampoco es aplicable supletoriamente para decidir sobre la validez de la capitalización de intereses convenida en un contrato de apertura de crédito, pues, como ya se dijo, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito no prohíbe ni condiciona ese acuerdo, sino que lo deja a la libre voluntad de las partes, motivo por el cual no requiere ser suplida.”⁷⁶³

Sin embargo, se advierte que en algunas de las ejecutorias que configuran esta contradicción, los Tribunales Colegiados de Circuito dan cuenta de la hipótesis de que, al pactar la capitalización de intereses, las partes invocaron el artículo 363 del Código de Comercio, lo cual produce una situación jurídica diferente a la supletoriedad.

La Suprema Corte ante este supuesto, sólo recurrió a un juego de ideas que se resume en la libre voluntad de las partes no tiene más restricciones que aquéllas establecidas en la ley; y que no existe prohibición alguna para que «se pacte la aplicación de leyes distintas» de las que rige el acto jurídico, cuando se quieren sustraer de ese régimen algunos de sus efectos.

“[...] motivo por el cual la decisión de los contratantes en el sentido de que la capitalización de intereses se pacta en los términos del artículo 363 del Código de Comercio, se debe respetar aunque dicho precepto no forme parte de los que rigen el contrato de apertura de crédito ni tenga el carácter de norma supletoria, pues, por encima de esas circunstancias se erige la voluntad de las partes, mediante la cual le otorgan el valor de norma contractual,

⁷⁶² Cfr. *Resolución de la Contradicción de Tesis 31/98*. P.264.

⁷⁶³ *Ibíd.* P.280

que es ley para ellas; conclusión que tiene su origen en el principio general que rige en derecho privado, conforme al cual en las convenciones cuyos efectos se limiten al ámbito personal de las partes que las celebran, por no trascender al terreno público, lo que no está prohibido por la ley, está permitido.”⁷⁶⁴

La Suprema Corte concluyó que cuando las partes pactan en un contrato de apertura de crédito la capitalización de intereses en términos del artículo 363 del Código de Comercio, ello implica que lo previsto en este precepto se sustrae de tal ordenamiento, para incorporarse al marco jurídico contractual; por lo que, para conocer su alcance, en caso de que los términos empleados generen confusión, deberá acudirse a las reglas que sobre la interpretación de los contratos prevén los preceptos citados.⁷⁶⁵

Cabe decir que el máximo tribunal, al establecer que la «voluntad de las partes» pueden estipular dentro de su contrato todo aquello no está prohibido por ninguna norma jurídica, dándoles la libertad de escoger la legislación que han de aplicar; olvidaron plantearse la posibilidad, de hacer un análisis sobre los pactos realizados en contra de normas de orden público o interés social, pues si bien, existe la libertad contractual, existe el límite de la ilegalidad; análisis que, tal vez, hubiera dado un giro diferente a su interpretación. (Y por lo tanto, la búsqueda de nuevos argumentos para sustentar su decisión sobre el anatosismo).

El argumento relativo a que la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito es una «ley sin defecto» y por lo tanto no necesita para su aplicación la supletoriedad del Código Civil o del Código de Comercio, fue el principal razonamiento que le da sustento a las tesis jurisprudenciales P./J. 48/98, P./J. 49/98 y P./J. 50/98:

“CAPITALIZACIÓN DE INTERESES. EL ARTÍCULO 2397 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMÚN Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA FEDERAL, NO ES APLICABLE SUPLETORIAMENTE AL CONTRATO DE

⁷⁶⁴ *Resolución de la Contradicción de Tesis 31/98*. P. 281

⁷⁶⁵ *Ibidem*. P. 305

APERTURA DE CRÉDITO. [...] La detallada configuración que se ha reseñado pone de manifiesto que el legislador no incurrió en olvido u omisión en cuanto a la potestad de las partes para pactar que los intereses vencidos y no pagados puedan, a su vez, generar nuevos intereses, o la capitalización de intereses en este tipo de contratos; por el contrario, la supresión realizada en la ley sobre esos puntos se debe interpretar en el sentido de que tales cuestiones se dejaron a la libre voluntad de las partes, con la única salvedad de que, cuando en tales convenciones funja como acreditante una institución de banca múltiple, deberá cumplir con las regulaciones que sobre el particular expida (como ya lo ha hecho para determinados créditos) el Banco de México...”⁷⁶⁶

“CAPITALIZACIÓN DE INTERESES. EL ARTÍCULO 363 DEL CÓDIGO DE COMERCIO NO ES APLICABLE SUPLETORIAMENTE AL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO, PERO SÍ PUEDE SERLO COMO NORMA CONTRACTUAL, POR VOLUNTAD DE LAS PARTES. Lo dispuesto en los artículos del 291 al 301 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito pone de manifiesto que el legislador, al establecer y regular el contrato de apertura de crédito, no incurrió en olvido u omisión en cuanto a la potestad de las partes para pactar que los intereses vencidos y no pagados puedan, a su vez, generar nuevos intereses, o la capitalización de intereses en este tipo de contratos; por el contrario, la supresión realizada en la ley sobre esos puntos se debe de interpretar en el sentido de que tales cuestiones se dejaron a la libre voluntad de las partes, con la única salvedad de que, cuando en tales convenciones funja como acreditante una institución de banca múltiple, deberá cumplir con las regulaciones que sobre el particular expida (como ya lo ha hecho para determinados créditos) el Banco de México...”⁷⁶⁷

⁷⁶⁶ Contradicción de tesis 31/98. Entre las sustentadas por el Octavo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros y el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros. 7 de octubre de 1998. Mayoría de ocho votos. Disidentes: Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios y Juan N. Silva Meza. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Arturo Aquino Espinosa. El Tribunal Pleno en sesión celebrada hoy emitió, con el número 48/1998, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a siete de octubre de mil novecientos noventa y ocho. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, VIII, octubre de 1998, p. 372, tesis: P./J. 48/98, Pleno, materia común, jurisprudencia.

⁷⁶⁷ Contradicción de tesis 31/98. Entre las sustentadas por el Octavo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros y el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros. 7 de octubre de 1998. Mayoría de ocho votos. Disidentes: Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios y Juan N. Silva Meza. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Arturo Aquino Espinosa. El Tribunal Pleno en sesión celebrada hoy emitió, con el número 49/1998, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a siete de octubre de mil novecientos noventa y ocho. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, VIII, octubre de 1998, p. 375, tesis: P./J. 49/98, Pleno, materia común, jurisprudencia.



“CAPITALIZACIÓN DE INTERESES. CUANDO SE PACTA EN UN CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO, EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 363 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, PARA DETERMINAR SUS ALCANCES NO DEBE ACUDIRSE A LA SUPLETORIEDAD DEL ARTÍCULO 2397 DEL CÓDIGO CIVIL APLICABLE EN MATERIA FEDERAL, SINO A LAS REGLAS DE INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS. El contrato de apertura de crédito se encuentra plenamente regulado en cuanto a sus aspectos sustantivos en los artículos del 291 al 301 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, por lo que cuando las partes celebrantes de una convención de tal naturaleza pactan la capitalización de intereses invocando el artículo 363 del Código de Comercio, esto tiene su origen en la libre voluntad de aquéllas y no en la aplicación supletoria de este último precepto...”⁷⁶⁸

4.2.3. La distinción entre la banca de desarrollo y la banca múltiple.

En el sexto considerando, de la resolución para resolver la contradicción de tesis se decidió la solución del siguiente cuestionamiento:

¿La cláusula de crédito adicional para pago de intereses en un contrato de apertura de crédito, constituye una trasgresión a la prohibición de financiamiento para el pago de pasivos, establecida en el artículo 8° del Reglamento sobre Instituciones Nacionales de Crédito y Organizaciones Auxiliares de Crédito?⁷⁶⁹

La decisión sobre este problema puede derivar en la posible nulidad de la cláusula de crédito adicional, y que podría existir la falta de facultades de la banca comercial para el otorgamiento de refinanciamiento de pasivos; por lo que, la Corte estudió la facultad de la banca para otorgar créditos adicionales haciendo un análisis respecto del inciso

⁷⁶⁸ Contradicción de tesis 31/98. Entre las sustentadas por el Octavo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros y el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros. 7 de octubre de 1998. Mayoría de ocho votos. Disidentes: Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios y Juan N. Silva Meza. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Arturo Aquino Espinosa. El Tribunal Pleno en sesión celebrada hoy emitió, con el número 50/1998, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a siete de octubre de mil novecientos noventa y ocho. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, VIII, octubre de 1998, p. 371, tesis: P./J. 50/98, Pleno, materia común, jurisprudencia.

⁷⁶⁹ *Cfr. Resolución de la Contradicción de Tesis 31/98.* P. 301

⁷⁶⁹ *Ibidem.* P. 323-324

b) del artículo 8 del Reglamento de Instituciones Nacionales y Organizaciones Auxiliares de Crédito, el cual señala:

“Artículo 8°.- Salvo casos especiales autorizados por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, las instituciones y organizaciones a que este Reglamento se refiere, no podrán efectuar las siguientes operaciones:

- a) Financiamiento para el simple cambio de propiedad de cualquiera sociedad o empresa.
- b) Financiamientos para pago de pasivo.”

Ante esta prohibición los Tribunales Colegiados, implicados en esta contradicción de tesis, resolvieron:

- a) El contrato era inválido, al encontrarse prohibido por el reglamento el financiamiento para pago de pasivos.
- b) El contrato es valido, al no aplicarse el reglamento a las instituciones de crédito privadas

La solución del pleno fue establecer, que a la «banca múltiple» no se le aplica el Reglamento sobre las Instituciones Nacionales y Organizaciones Auxiliares de Crédito debido a que las instituciones a que dicho reglamento se refiere tienen el carácter de instituciones nacionales de crédito, que en la actualidad se conocen como «banca de desarrollo», puesto que sus actividades se encuentran constreñidas al fomento y aplicación de los programas dirigidos a beneficiar diversas actividades dentro de las finalidades específicas para las que fueron creadas dichas instituciones; de lo que se sigue, que el artículo en comento resulta inaplicable tratándose de las actualmente denominadas instituciones de banca múltiple.⁷⁷⁰

Igualmente debe destacarse que con posterioridad a la citada ley de mil novecientos cuarenta y uno, se expidió la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, publicada en el Diario Oficial de la Federación del treinta y uno de diciembre

⁷⁷⁰ Cfr. *Resolución de la Contradicción de Tesis 31/98*. Pp. 323-324



de mil novecientos ochenta y dos, donde se estableció la autorización en favor de las instituciones de crédito, tanto de banca múltiple como de banca de desarrollo, de otorgar préstamos o créditos, y «no prohíbe el otorgamiento de tales créditos para el financiamiento de pasivos»; de manera que al regular la mencionada ley de que se trata la materia relativa al financiamiento de pasivos bajo circunstancias y lineamientos distintos y opuestos a lo estipulado en el Reglamento a que se alude, debe concluirse que el mismo quedó abrogado por disposición del artículo segundo transitorio de la ley en comento, en el que se consignó la derogación de todas aquellas disposiciones que se opusieran a dicha ley; máxime, si se toma en consideración que en nuestro sistema jurídico los reglamentos constituyen disposiciones jerárquicamente subordinadas a las leyes que reglamentan, por lo que no pueden exceder sus alcances ni contrariarlas.⁷⁷¹

De lo anterior se desprende la tesis de jurisprudencia P./J. 51/98:

“APERTURA DE CRÉDITO PARA EL PAGO DE PASIVOS. EL CONTRATO RELATIVO PACTADO CON INSTITUCIONES DE BANCA MÚLTIPLE PARA TAL FIN, NO ESTÁ REGIDO POR EL REGLAMENTO SOBRE INSTITUCIONES NACIONALES Y ORGANIZACIONES AUXILIARES NACIONALES DEL CRÉDITO, NI ES CONTRARIO A LA LEY DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO. Cuando en la celebración de un contrato de apertura de crédito, las partes convienen a la vez un crédito adicional que permita al acreditado, de serle necesario, cubrir el importe de los intereses a su cargo, evidentemente se está en presencia de un crédito para el pago de pasivos, operación que se encontraba prohibida por el artículo 8o., inciso b), del Reglamento sobre las Instituciones Nacionales y Organizaciones Auxiliares Nacionales de Crédito; sin embargo, tal disposición no resulta aplicable a la hipótesis examinada, en virtud de que, por una parte, en el propio artículo se restringió su aplicación exclusivamente a las instituciones que actualmente se conocen como banca de desarrollo, y a las organizaciones nacionales auxiliares de crédito, por lo que tal precepto nunca fue aplicable a la banca comercial, conocida actualmente como banca múltiple. Asimismo, debe resaltarse que el artículo 46, fracción VI, de la Ley de Instituciones de Crédito, faculta a dichas instituciones para otorgar préstamos o créditos, y

⁷⁷¹ Cfr. *Resolución de la Contradicción de Tesis 31/98*. Pp. 335-336



el artículo 106 de la propia ley que establece cuáles son las actividades prohibidas a tales instituciones, no contempla la prohibición de referencia.⁷⁷²

4.2.4. El estudio de viabilidad económica es una obligación administrativa.

En el séptimo considerando se planteó, si resultaba nula la cláusula de crédito adicional de los contratos de apertura de crédito, por el incumplimiento de la obligación, de realizar el proyecto de viabilidad económica en las inversiones, prevista en el artículo 65 de la Ley de Instituciones de Crédito. Previo al estudio, la Suprema Corte separó el tema en dos puntos:

- a) La no aplicabilidad de la teoría de la imprevisión, y la diferencia entre caso fortuito o de fuerza mayor; y
- b) El proyecto de viabilidad económica.

La Corte omitió la aplicación de la «teoría de la imprevisión» en esta contradicción de tesis, basando su razonamiento: primero, en señalar que no participan en esta contradicción los criterios expresados por los Tribunales Colegiados; y segundo, llegando a la conclusión de que dicha teoría es inaplicable por la vía jurisdiccional en el sistema jurídico mexicano pues, en todo caso corresponde al legislador la creación de normas generales que equilibren las obligaciones contractuales.⁷⁷³

Por lo que se refiere a lo relativo al caso fortuito o fuerza mayor, señaló que la devaluación de la moneda no es un caso fortuito o de fuerza mayor, que hubiera

⁷⁷² Contradicción de tesis 31/98. Entre las sustentadas por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros. 7 de octubre de 1998. Once votos. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Arturo Aquino Espinosa. El Tribunal Pleno en sesión celebrada hoy emitió, con el número 51/1998, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a siete de octubre de mil novecientos noventa y ocho. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, VIII, octubre de 1998, p. 369, tesis: P./J. 51/98, Pleno, materia común, jurisprudencia.

⁷⁷³ *Resolución de la Contradicción de Tesis 31/98*. P. 356-357



tomado imposible la realización de los pagos, toda vez que, para la existencia del caso fortuito se requiere de tres cosas: debe ser irresistible, imprevisible y exterior, y la devaluación monetaria, para los ministros, no fue un hecho irresistible.

Ahora bien, conviene en este punto hacer una crítica a tan simplista interpretación de la Corte al distinguir dentro del proyecto de viabilidad económica, el caso fortuito o la fuerza mayor, a fin de evitar la compatibilidad de ambas; renunciando a brindar un estudio detallado de la posible aplicación de la excepción de caso fortuito o fuerza mayor, confundiendo entre una forma de liberar la obligaciones y una justificación para el incumplimiento, que hace imposible el cobro de la indemnización moratoria.

El Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 2111 señala que: “Nadie está obligado al caso fortuito sino cuando se ha dado causa o contribuido a él, cuando ha aceptado expresamente esa responsabilidad o cuando a ley se lo impone.”

La expresión caso fortuito se refiere a aquellos supuestos en que el incumplimiento de una obligación, obedece a una causa externa, imprevisible, y por lo tanto inevitable, de modo que el incumplimiento no depende de la voluntad del deudor, el efecto del caso fortuito es la no imputabilidad del incumplimiento del deudor.⁷⁷⁴

En este sentido la devaluación monetaria ocurrida en 1995, fue un hecho no previsto, inevitable, que hace procedente la excepción de caso fortuito o fuerza mayor, cuyo efecto es la no imputabilidad del deudor por el incumplimiento en el pago del crédito. Motivo por el cual, el incumplimiento se encuentra justificado, lo que implica la improcedencia del pago de intereses moratorios, producto de indemnización moratoria. La ausencia de este análisis, hacen que la interpretación sea reducida, y no se consideran la totalidad de las alternativas de plan de acción, por ello el argumento que evita considerar al caso fortuito o fuerza mayor es ilegítimamente motivado.

⁷⁷⁴ ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Derecho Civil Mexicano*. 7ª ed., Edit. Porrúa S.A. de C.V., México, 1998, Tomo I, Volumen 2, pp. 379-384.

Otra de las conclusiones de la Suprema Corte fue que la falta del proyecto de viabilidad económica en las inversiones, no invalida el contrato de apertura de crédito ya que esta es una «obligación de carácter administrativo», que se impone a las instituciones de crédito, pero no está relacionado directamente con los elementos del contrato de apertura de crédito como lo son el consentimiento y el objeto.⁷⁷⁵

El contrato de apertura de crédito que se celebra entre el acreditante y el acreditado, tiene por objeto que el primero ponga a disposición del segundo una suma de dinero, o se obligue a contraer por cuenta del acreditado una obligación, y la cual el segundo debe pagar el principal y los accesorios convenidos. Por tanto, si en el aludido dispositivo no se precisa como elemento del contrato la realización del estudio de viabilidad económica, ni se precisa que sea la condición indispensable para su otorgamiento (consentimiento), es evidente que la falta de realización de ese estudio, no puede traer como consecuencia la nulidad del contrato.⁷⁷⁶

Esto es así, si se considera que las causas de nulidad de un contrato deben estar expresamente establecidas en la ley que regule el acto jurídico, y a falta de ésta se debe recurrir a la supletoriedad del ordenamiento legal aplicable.⁷⁷⁷

Si como ya quedó asentado en líneas precedentes las causas de nulidad de un contrato deben estar expresamente consignadas en la ley; al no estar establecido en la Ley de Instituciones de Crédito como causa de anulación del contrato la falta de elaboración del proyecto de viabilidad económica, sino que únicamente se prevé la imposición de una sanción administrativa, es de concluirse que esa omisión por parte de la institución de crédito resulta insuficiente, por sí sola, para que se declare la nulidad del contrato.⁷⁷⁸

⁷⁷⁵ Cfr. *Resolución de la Contradicción de Tesis 31/98*. Pp. 422-423

⁷⁷⁶ *Ibidem*. P. 416

⁷⁷⁷ *Idem*.

⁷⁷⁸ *Ibidem*. P. 420



La Corte establece la premisa de distinguir entre obligaciones legales y «obligaciones administrativas», estas últimas que no forman parte de la regulación del contrato de apertura de crédito. Este peculiar razonamiento resulta forzado e innovador, al establecer una nueva clasificación de las obligaciones. Sobre el particular, es bueno resaltar que de las operaciones activas realizadas por los bancos, el 92% del dinero prestado proviene de los depositantes, y sólo el 8% restante del capital del banco.⁷⁷⁹ De igual forma puede considerarse, que es el Estado quién ejerce la rectoría del sistema financiero, la cual comprende el apoyo y la vigilancia. En este contexto, el hecho de que la obligación de vigilancia del Estado, se realice mediante la Secretaría de Hacienda y crédito Público y la Comisión Nacional Bancaria; no disminuye la obligación de la banca para cumplir sus obligaciones, máxime si pone en riesgo el dinero de sus ahorradores. Por todo lo anterior, resultaba latente e indispensable el estudio por parte del máximo tribunal, de la definición y alcance del proyecto de viabilidad económica, el cual es señalado por el artículo 65 de la Ley de Instituciones de Crédito, como un proyecto de inversión donde se consideren los plazos de recuperación, la relación que guarden entre sí los distintos conceptos financieros, o la situación económica de los acreditados, y la calificación administrativa o moral de estos últimos, para a su vez establecer montos, plazos, regímenes de amortización, y en su caso, periodos de gracia.

Sin embargo, la Suprema Corte sostiene que la nulidad debe estar expresamente señalada en la ley que rige el acto, y dicho ordenamiento no sanciona la falta de proyecto de viabilidad económica con nulidad, sino que sólo establece una sanción administrativa; de este razonamiento derivó la tesis jurisprudencial P./J. 52/98:

“VIABILIDAD ECONÓMICA DE LOS PROYECTOS DE INVERSIÓN PARA EL OTORGAMIENTO DE FINANCIAMIENTOS. LA OMISIÓN POR PARTE DE LAS INSTITUCIONES DE CRÉDITO DE REALIZAR EL ESTUDIO RELATIVO, NO INVALIDA

⁷⁷⁹ Cfr. MEZA MÉNDEZ, Martha Angélica. *Análisis racionalmente motivado del discurso de la contradicción de tesis sobre el anatocismo*. México, 2003, XXV, Tesis de Licenciatura. Asesor Arturo Berumen Campos, Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Derecho, p. 183.

EL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO. El artículo 65 de la Ley de Instituciones de Crédito establece que éstas tienen la obligación de que, previo al otorgamiento de financiamientos, realicen el estudio de viabilidad económica de los proyectos de inversión respectivos, [...]. Estos requisitos tienen como finalidad buscar la seguridad de las operaciones, previendo la viabilidad del crédito que se otorgue, a efecto de que se obtenga su recuperación en los términos y condiciones que fije la política bancaria y con apego a las sanas prácticas que propicien la seguridad de sus operaciones. [...]; sin embargo, el incumplimiento de la obligación de mérito de ninguna manera incide en los elementos fundamentales del contrato de apertura de crédito, como son el objeto y el consentimiento, traducidos, el primero, en que se ponga a disposición del acreditado una suma de dinero, o se obligue el acreditante a contraer por cuenta del acreditado una obligación, la cual debe restituir a este último en los términos y condiciones pactados y, el segundo, en el acuerdo coincidente de voluntades sobre este objeto, por lo que carece de trascendencia para la validez del acto jurídico la omisión del indicado estudio. Además, en cualquier caso esa situación perjudicaría a la institución de crédito y no así al deudor, ya que la primera es quien sufriría el perjuicio por no recuperar el dinero prestado sin prever la situación económica, solvencia y capacidad de pago del segundo, en cambio, éste de todos modos recibió el beneficio del crédito. Por tanto, no existe razón jurídica alguna para que la omisión de la realización del estudio de viabilidad económica del proyecto respectivo dé lugar a declarar la nulidad del contrato de apertura de crédito.”⁷⁸⁰

4.2.5. El derecho bancario tiene un sistema cerrado de interpretación.

Otra contradicción resuelta por la Suprema Corte fue la que existía entre el Primer Tribunal Colegiado en materia civil del Vigésimo Circuito, el cual, en los amparos 484/96, 48/97 y 509/97, manifestó: la tasa de interés pactada en el contrato de apertura de crédito es «imprecisa», por lo cual debe aplicarse el interés legal

⁷⁸⁰ Contradicción de tesis 31/98. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Séptimo y Octavo en Materia Civil del Primer Circuito y el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Séptimo Circuito y otros. 7 de octubre de 1998. Mayoría de ocho votos. Disidentes: Juventino V. Castro y Castro, Juan Díaz Romero y Juan N. Silva Meza. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Arturo Aquino Espinosa. El Tribunal Pleno en sesión celebrada hoy emitió, con el número 52/1998, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a siete de octubre de mil novecientos noventa y ocho. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, VIII, octubre de 1998, p. 378, tesis: P./J. 52/98, Pleno, materia común, jurisprudencia.



establecido en el artículo 352 del Código de Comercio. Mientras el Primer tribunal Colegiado en materia civil del Vigésimo Segundo Circuito, sostenía en el amparo 211/98: la tasa de interés aplicable es «determinable», con base a los procedimientos establecidos en el propio contrato.⁷⁸¹

La Suprema Corte concluyó sobre esta contradicción que el derecho bancario tiene un «sistema cerrado de interpretación», por ello los contratos de apertura de crédito se rigen por las disposiciones del Banco de México, lo cual hace a la tasa de interés determinable, líquida y exigible; siguiendo el argumento citado en el octavo considerando de su resolución:

“Los artículos 291 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y 78 del Código de Comercio, establecen, en materia de intereses, el principio de libertad contractual en los contratos de apertura de crédito, sin embargo, es de estimarse que estas normas no pueden interpretarse literalmente, sino en el contexto de aquéllas que rigen la intermediación financiera, pues no debe pasar inadvertido que el ejercicio de dicha actividad se encuentra sujeta a regulación, inspección y vigilancia por parte del Estado.

...

[...] los contratos de apertura de crédito, la materia relativa a los intereses, se encuentra regulada por el artículo 48 de la Ley de Instituciones de Crédito, que establece:

“Las tasas de interés, comisiones, premios, descuentos u otros conceptos análogos, montos, plazos y demás características de las operaciones activas, pasivas, y de servicios, así como las operaciones con oro, plata y divisas, que realicen las instituciones de crédito y la inversión obligatoria de su pasivo exigible, se sujetarán a lo dispuesto por la Ley Orgánica del Banco de México, con el propósito de atender necesidades de regulación monetaria y crediticia.”

...

Esto es, en los contratos de apertura de crédito, el pacto de intereses se encuentra sujeto a la normatividad que al efecto emita el Banco de México, de conformidad con lo que dispone

⁷⁸¹ Cfr. Resolución de la Contradicción de Tesis 31/98. Pp. 457-460

el precepto mencionado y los artículos 3º, fracción I, 26 y 27, de la actual Ley del Banco de México...

En ese sentido, es de señalarse que el artículo 118-A, de la Ley de Instituciones de Crédito, establece la atribución de la Comisión Nacional Bancaria para revisar que los modelos de los contratos realizados por las instituciones crediticias se apeguen a dicha ley y a las disposiciones emitidas conforme a los ordenamientos aplicables.

En consecuencia de lo anterior, debe estimarse, conforme al principio de jerarquía normativa, que obliga a la aplicación de las normas jurídicas atendiendo al nivel especificado por la ley aplicable al caso concreto, que el derecho bancario tiene un sistema de interpretación cerrado y sólo a falta de norma aplicable (lo que no ocurre en materia de intereses), podrá recurrirse a la legislación mercantil, a los usos bancarios y mercantiles y, por último, a la legislación común, como lo manda, incluso, el artículo 6º, de la Ley de Instituciones de Crédito...

Por tanto, puede concluirse que el derecho bancario es una especialidad del derecho mercantil y, en consecuencia, los contratos de préstamo mercantil y los contratos de apertura de crédito, se rigen por sus normas específicas, de tal manera que, en materia de intereses, si bien a los primeros les es aplicable el artículo 362 del Código de Comercio, a los segundos les resultan aplicables, en primer término, las disposiciones contenidas en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en la de Instituciones de Crédito y en la del Banco de México.⁷⁸²

Ahora bien sobre el problema de la tasa determinable, la Suprema Corte argumentó:

“El banco no cuantifica arbitrariamente entre las tasas de referencia mencionadas en el contrato, sino que espera que los datos que la realidad objetiva arroja, indiquen cuál será la tasa de referencia que resultará base para la aplicable, para un período determinado, de conformidad con las reglas que, para estos efectos, los contratantes han establecido.

El deudor puede llegar a conocer el monto líquido de su obligación en el momento en que se genera la obligación de pago, con recurrir a la mecánica del contrato de que se trate o, acudir al banco para obtener la información correspondiente...

De conformidad con las ejecutorias en contradicción de tesis, la imprecisión de la tasa aplicable se hizo derivar del pacto relativo a que se tuviera como base aquello que la

⁷⁸² *Resolución de la Contradicción de Tesis 31/98*. Pp. 460-466

costumbre bancaria ha bautizado como “*tasa líder*” y que no es sino la tasa de referencia que resulte más alta entre varias que específicamente se señalan en el propio contrato de apertura de crédito, ya sea que se tome como punto de partida la tasa de referencia que se haya publicado en determinada fecha o según se calcule por el promedio que estuvo vigente.

El hecho de que la tasa de interés pactada sea determinable y no determinada no la hace de suyo imprecisa, arbitraria o ilegal; el procedimiento para su determinación, podrá resultar complejo, pero dicha complejidad no se traduce en imprecisión, en tanto que puede hacerse líquida en términos de lo dispuesto por el artículo 2189 del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.⁷⁸³

Estos argumentos de la Corte dieron como resultado la creación de las jurisprudencias P./J. 53/98 y P./J. 54/98.

“APERTURA DE CRÉDITO Y PRÉSTAMO MERCANTIL. LEGISLACIÓN APLICABLE A ESOS CONTRATOS EN MATERIA DE INTERESES. Del análisis de la normatividad relativa a los contratos de préstamo mercantil y a los contratos de apertura de crédito, conforme al principio de jerarquía normativa, que exige la aplicación de la norma específica frente a la genérica, de acuerdo con la naturaleza del contrato de que se trate, se colige que, en materia de intereses, lo previsto en el artículo 362 del Código de Comercio, resulta aplicable para los primeros, pero no para los segundos, que tienen regulación específica en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, cuyo artículo 2o. hace aplicable la Ley de Instituciones de Crédito y que, conforme al artículo 6o. de ésta, también resulta aplicable la Ley del Banco de México, reglamentaria de los párrafos sexto y séptimo, del artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En efecto, de lo previsto por los artículos 358, 361 y 362 del Código de Comercio, relativos a los contratos de préstamo mercantil, se desprende que el legislador, en el precepto citado en último término, no limitó la libertad contractual en materia de intereses, sino que en defecto de la voluntad de las partes, estableció la aplicación de una tasa de interés del seis por ciento anual, para el caso de mora. Sin embargo, tratándose de los contratos de apertura de crédito, que encuentran regulación en los artículos 291 a 301 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en relación con los artículos 46, fracción VI, y 48 de la Ley de Instituciones de Crédito, que establecen que respecto a los intereses, resultan aplicables

⁷⁸³ *Resolución de la Contradicción de Tesis 31/98*. Pp. 481-482

las disposiciones generales que al efecto emita el Banco de México, en términos de lo dispuesto en el artículo 3o., fracción I, de la ley que regula a dicha institución financiera, no debe pasar inadvertido que por mandato del precepto constitucional mencionado, compete al banco central regular la intermediación y los servicios financieros.”⁷⁸⁴

“INTERESES. LAS TASAS VARIABLES EN LOS CONTRATOS DE APERTURA DE CRÉDITO SON DETERMINABLES, NO IMPRECISAS. El pacto de tasas variables, en operaciones activas, se encuentra permitido, según se infiere de lo dispuesto en los artículos 291 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y 78 del Código de Comercio, relacionados con las circulares que emite el Banco de México, por lo que la remisión a índices inequívocos no le resta precisión, pues si bien pudiera existir cierta dificultad sobre la forma de llegar a conocer exactamente el monto de las obligaciones de los deudores, la determinación de cuál es la tasa de interés aplicable a cada vencimiento es objeto de consentimiento recíproco de las partes desde el momento del nacimiento del contrato. El banco no puede, válidamente, escoger a su arbitrio la tasa conforme a la cual se determinarán los intereses, sino que debe esperar a que los datos que la realidad objetiva arroje, indiquen cuál será la tasa de interés que resultará aplicable para un periodo determinado, de conformidad con las reglas que, para estos efectos, los contratantes han establecido. El deudor puede llegar a conocer el monto líquido de su obligación de pago en el momento en que se genera, con recurrir a la mecánica del instrumento de que se trate o, simplemente, acudiendo al banco para obtener la información correspondiente. Sostener lo contrario llevaría a considerar que el establecimiento de fórmulas que, en ocasiones, resultan complicadas para cumplir con obligaciones de pago, provocaría que se estimaran contrarias a derecho, aun cuando con la realización de ciertas operaciones aritméticas y la reunión de determinados datos informativos, se podría cumplir con la obligación. El hecho de que la tasa pactada sea determinable y no determinada no la hace, de suyo, imprecisa, arbitraria o ilegal. El procedimiento podrá resultar complejo, pero esa complejidad no se traduce en imprecisión.”⁷⁸⁵

⁷⁸⁴ Contradicción de tesis 31/98. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Primer Circuito y el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Segundo Circuito. 7 de octubre de 1998. Mayoría de diez votos. Disidente y Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Arturo Aquino Espinosa. El Tribunal Pleno en sesión celebrada hoy emitió, con el número 53/1998, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a siete de octubre de mil novecientos noventa y ocho. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, VIII, octubre de 1998, p. 370, tesis: P./J. 53/98, Pleno, materia común, jurisprudencia.

⁷⁸⁵ Contradicción de tesis 31/98. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Primer Circuito y el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Segundo Circuito. 7 de octubre de 1998. Mayoría de diez

Los argumentos analizados en este punto, pueden considerarse de los más endebles dentro de la resolución que realizó el máximo tribunal. Ya que se puede considerar que dicho razonamiento parte de tres premisas falsas:

- a) La existencia del principio de libertad contractual en materia de intereses, consagrada en el citado artículo 291 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, lo cual es falso pues el numeral aludido sólo define al contrato de apertura de crédito, y establece al acreditante la obligación de disponer del crédito en la forma, términos y condiciones convenidas.
- b) Existe una contradicción con el quinto considerando y la jurisprudencia aprobada, referente a la aplicación supletoria del artículo 48 de la Ley de Instituciones de Crédito, en lo relativo a intereses; precepto que supuestamente sujeta a las tasas de interés a lo dispuesto por el Banco de México; aún cuando en el quinto considerando, la Corte resolvió que el contrato de apertura de crédito, se encontraba «perfectamente regulado» por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, motivo por el cual, la prelación de supletoriedad establecida en el artículo 2 de dicha ley, era inaplicable.
- c) El artículo 48 de la Ley de Instituciones de Crédito establece que las tasas de interés se sujetaran a la Ley Orgánica del Banco de México, y no a la voluntad de la institución; sin embargo, la Ley del Banco de México, sólo hace mención de características del servicio y no de la contratación de las partes como es el caso de la determinación de intereses. En este mismo sentido, la Ley de Instituciones de Crédito remite a la inexistente Ley “Orgánica” del Banco de México, y no a la Ley del Banco de México,

votos. Disidente y Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Arturo Aquino Espinosa. El Tribunal Pleno en sesión celebrada hoy emitió, con el número 54/1998, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a siete de octubre de mil novecientos noventa y ocho. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, VIII, octubre de 1998, p. 378, tesis: P./J. 54/98, Pleno, materia común, jurisprudencia.



existiendo sólo un Reglamento Interior del Banco de México, el cual es omiso en relación a los intereses.

Por todo lo anterior, es irracional el argumento que establece el sistema cerrado de interpretación del derecho bancario, así como también resulta poco sustentable la negativa para aplicar supletoriamente el Código de Comercio por las circulares del Banco de México. Porque, la Ley de Títulos no planteó excepciones en materia de intereses, por lo cual se debe acudir a las reglas generales de los contratos mercantiles, establecidas en el Código de Comercio, es decir, ante la imprecisión de la ley, debe aplicarse el interés legal del 6%.

4.2.6. La posibilidad de no disponer del crédito adicional.

Otro conflicto que se trato dentro del proceso de resolución, a la controversia de tesis, fue que si dentro de la cláusula de crédito adicional ¿la falta de aviso al banco por parte del acreditado sobre la no disposición del crédito adicional, implica aceptar la aplicación del pago de intereses? Esta cuestión estaba condicionada por dos hechos:

- a) La expresión de la voluntad del deudor para no utilizar el crédito adicional.
- b) Que dicha expresión, se realiza al banco con anterioridad a la erogación.

Los Tribunales Colegiados Primero, Tercero y Quinto del Primer Circuito, Primero del Séptimo Circuito, coincidieron que la omisión del aviso por parte del acreditado, conlleva a una aceptación del crédito adicional, y por consecuencia no es nula la cláusula que establece tal obligación. Por su parte los Tribunales Colegiados Primero en materia civil del Vigésimo segundo y Vigésimo Tercer Circuito, sostuvieron que el acreditado no tiene libre posibilidad de disponer o no del crédito adicional, porque el aviso tendría que darse antes de general los intereses y resulta materialmente difícil,



la posibilidad de que si los acreditados desconocían el monto de los réditos, pudieran comunicar al banco su pago y que no deseaban utilizar su crédito adicional.

La opinión de la Corte fue validar las cláusulas que establecen la obligación del acreditado, de avisar con anticipación si rechaza la disposición del crédito adicional. En este caso, la Suprema Corte aplicó supletoriamente al artículo 78 del Código de Comercio, para establecer el principio de libertad contractual; con lo que sostiene que la aceptación de la voluntad de las partes como norma suprema de los contratos, implica la validez de las cláusulas, que establecen la obligación del acreditado de dar aviso al banco, con anticipación sobre la no disposición del crédito adicional para el pago de intereses. Luego entonces, si por voluntad del deudor se obligó a dar un aviso con anticipación, para la no utilización del crédito adicional; la falta de ese aviso necesaria y lógicamente, traería como consecuencia que la institución crediticia aplicara automáticamente el multicitado crédito adicional.⁷⁸⁶

Como podrá observarse, la Corte había establecido que no se aplicaría supletoriamente el Código Civil y el Código de Comercio, a las disposiciones del contrato de apertura de crédito, con ese mismo fundamento; sin embargo, si aplicó dicha supletoriedad para validar su razonamiento en esta cuestión.

Aunado a lo anterior, la Corte determinó que tampoco es correcta considerar como nula la cláusula que establece la obligación del acreditado de dar el aviso previo al banco de que no va a disponer del crédito adicional para pago de intereses, bajo el razonamiento de que las tasas para la cuantificación de tales productos son determinables. Para la corte el hecho de que se desconozca por parte del acreditado la cantidad exacta de los intereses que se causarán en el mes, no impide dar el aviso previo de que rechaza la disposición del crédito adicional para el fin convenido, y por ende tampoco es nula dicha cláusula relativa; en virtud de que tiene como antecedente el pago que realizó el mes anterior; y además, no es presupuesto de

⁷⁸⁶ Cfr. *Resolución de la Contradicción de Tesis 31/98*. Pp. 500 - 501

validez de ese pacto, el que se deba tener conocimiento exacto del monto de la obligación, ya que basta con que exista una previsión económica para que se pueda ejercitar válidamente la opción de avisar que no se dispondrá del crédito adicional.⁷⁸⁷

En resumen, la Suprema Corte, para no dejar en duda su argumentación hace referencia a varias argumentaciones de corte metajurídicas, las cuales se sustentan sólo en suposiciones; y con la máxima: de todo lo que no está prohibido, esta permitido. De los razonamientos vertidos por el pleno de la Corte nace la jurisprudencia P./J. 55/98:

“APERTURA DE CRÉDITO. NO SON NULAS LAS CLÁUSULAS QUE ESTABLECEN LA OBLIGACIÓN DEL ACREDITADO, DE AVISAR CON ANTICIPACIÓN SI RECHAZA LA DISPOSICIÓN DEL CRÉDITO ADICIONAL PARA PAGO DE INTERESES.”⁷⁸⁸

4.2.7. Naturaleza del crédito adicional.

En el décimo considerando se abordó la solución de las siguientes cuestiones:

- a) ¿La apertura de crédito adicional para el pago de intereses constituye, o no, un acto simulado?
- b) ¿La apertura de crédito adicional para el pago de intereses, encubre el establecimiento ilícito de intereses sobre intereses?
- c) ¿La apertura de crédito adicional para el pago de intereses, implica la existencia de falsedad ideológica o subjetiva, como una forma de simulación?

La Corte solucionó este problema, asumiendo que los créditos adicionales no encubren un acto simulado, falsedad ideológica o hecho ilícito, basándose como en la

⁷⁸⁷ *Resolución de la Contradicción de Tesis 31/98*. Pp. 501-502

⁷⁸⁸ S.J.F. y G., 9ª, VIII, p. 368, Pleno, oct. 1998, T. P./J. 55/98.

mayoría de los casos, en la voluntad de las partes, y la máxima jurídica de que todo lo que no está prohibido, se encuentra permitido.

4.2.7.1. La excepción de falsedad ideológica.

Los tribunales Colegiados en materia Civil: 1° del 23° Circuito, 1° del 22° Circuito, 2° del 19° Circuito, 2° del 17° Circuito, 2° del 16° Circuito, 7° y 8° del 1° Circuito determinaron que el crédito adicional es un acto simulado para capitalizar intereses devengados y no pagados; por tanto, encubre el pacto de anatocismo, prohibido por los artículos 367 del Código Comercio y 2397 del Código Civil para el Distrito Federal, la que está comprobado con el propio instrumento público en que consta el esquema financiero. Por lo que, consideraron fundada la excepción de falsedad ideológica por dinero no entregado, lo que origina la nulidad de la operación contenida en el contrato o en la cláusula, pues no hace entrega de dinero y sólo se producen movimientos contables, para que la cantidad correspondiente quede a favor del banco acreditante.

La excepción de falsedad ideológica o subjetiva consiste en que las partes hacen constar en un pagaré algo que en realidad no sucedió, como es el caso en que los deudores no recibieron del acreedor cantidad de dinero alguna. Esta excepción está implícitamente comprendida en el artículo 8o., fracción VI, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, al prescribir que contra las acciones derivadas de un título de crédito pueden oponerse las siguientes excepciones y defensas: la de alteración del texto del documento o de los demás actos que en él consten. Un medio adecuado para comprobar esta excepción es la confesión judicial del actor en la que reconoce expresamente que nunca entregó cantidad alguna a los demandados.⁷⁸⁹

Por su parte los Tribunales Colegiados 2°, 5° y 9° en materia civil del 1° Circuito, 2° del 5° Circuito, 1° y 2° del 7° Circuito, 1° y 3° del 12° Circuito, 2° del 14° Circuito, 1° del 16° Circuito, y 1° y 2° del 21° Circuito, coinciden en que no existe simulación en la

⁷⁸⁹ TITULOS DE CREDITO, FALSEDAD IDEOLOGICA O SUBJETIVA EN LOS. S.J.F., 7ª, Vol. 163-168, Cuarta Parte, P. 117, Tercera Sala, Tesis Aislada, Materia Civil, octubre de 1982.

celebración del crédito adicional, en un contrato de apertura de crédito, al no haberse acreditado la disconformidad entre la voluntad real y lo declarado por las partes, en los contratos de reestructuración, para que existiera simulación en el contrato, era necesario la realización de un acto aparente, el cual no se realizó ya que ambas parte convinieron textualmente en suscribir los contratos de crédito de referencia.

4.2.7.2. La inexistencia de un acto simulado

De Conformidad con el artículo 2180 del Código Civil para el Distrito Federal, se entiende por acto simulado, aquel en que las partes declaran o confiesan falsamente lo que en realidad no ha pasado, o no se ha convenido entre ellas. Por otra parte, el artículo 2181 del mismo ordenamiento, distingue entre la simulación absoluta y relativa. Será absoluta cuando el acto simulado nada tiene de real, y relativa cuando un acto jurídico, se le de una falsa apariencia que oculte su verdadero carácter. Dichos preceptos la Corte los interpretó de la siguiente manera:

“Del texto de los artículos 2180, 2181 y 2183 del Código Civil invocado, de la jurisprudencia y de la doctrina imperantes sobre la simulación, es posible establecer, por lo tanto, que los requisitos fundamentales de la acción contra la simulación son los siguientes: 1º. Una declaración que deliberadamente no corresponde a la intención. 2º. Concertada entre las partes. 3º. Para perjudicar a terceras personas o para transgredir la ley.

...

Dichas características no inciden en los contratos de apertura de crédito adicional que se examinaron en los asuntos que originaron esta contradicción, pues el refinanciamiento que comprenden tales contratos no es un acto jurídico aparente que encubra, por vía de simulación, la existencia de una capitalización de intereses, en tanto que las partes que intervinieron en los mencionados contratos no acordaron el pago de intereses sobre intereses, sino un nuevo crédito para cubrir los intereses derivados de otro crédito.”⁷⁹⁰

Por lo tanto, para la Suprema Corte no se está en presencia de una simulación, ya que uno de los elementos requeridos para su ejercicio es que exista un acuerdo de

⁷⁹⁰ *Resolución de la Contradicción de Tesis 31/98*. P.523-525



voluntades entre las partes que contenga la declaración deliberada y disconforme con la intención, situación que no puede acontecer si la intención de simular sólo se atribuye a una de las partes, y no a la otra.⁷⁹¹ En este sentido se funda el argumento principal de la jurisprudencia P./J. 56/98:

“APERTURA DE CRÉDITO ADICIONAL PARA EL PAGO DE INTERESES CAUSADOS, PACTADA EN EL MISMO INSTRUMENTO O EN OTRO. POR SÍ SOLA, NO CONSTITUYE SIMULACIÓN. [...] en el contrato de apertura de crédito adicional que celebra una persona con un banco con objeto de disponer del crédito necesario para cubrir los intereses devengados con motivo de otro contrato bancario celebrado en el mismo instrumento o en uno distinto, no adolece de simulación, en primer lugar, porque no se ve que haya ningún tercero que pueda resultar perjudicado ni, obviamente, la dañada intención de los contratantes en este sentido...”⁷⁹²

4.2.7.3. La inexistencia de un hecho ilícito

Para la Suprema Corte no existe un hecho ilícito al establecer la cláusula de crédito adicional para el pago de intereses en los contratos de apertura de crédito, porque estando regulado dicho contrato en los artículos 291 a 301 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, como un contrato mediante el cual el acreditante se obliga a poner una suma de dinero —entre otras posibles obligaciones— a disposición del acreditado, para que éste haga uso del crédito “en la forma y en los términos y condiciones convenidos”, debe admitirse que no está vedada la convención que permita disponer de dicho crédito para el eventual pago de intereses. Este argumento se refuerza con la interpretación de los artículos 2º y 291 a 301 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en relación con la Ley del Banco de México, se

⁷⁹¹ *Resolución de la Contradicción de Tesis 31/98*. P.526

⁷⁹² Contradicción de tesis 31/98. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Tercer Circuito y otros y el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros. 7 de octubre de 1998. Once votos. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Arturo Aquino Espinosa. El Tribunal Pleno en sesión celebrada hoy emitió, con el número 56/1998, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a siete de octubre de mil novecientos noventa y ocho. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, VIII, octubre de 1998, p. 365, tesis: P./J. 56/98, Pleno, materia común, jurisprudencia

sostiene que en los contratos de apertura de crédito puede, válidamente, pactarse la capitalización de intereses.⁷⁹³

En este rubro la Suprema Corte establece la jurisprudencia 57/98:

“APERTURA DE CRÉDITO ADICIONAL PARA EL PAGO DE INTERESES CAUSADOS, PACTADA EN EL MISMO INSTRUMENTO O EN OTRO. NO ENCUBRE EL ESTABLECIMIENTO ILÍCITO DE INTERESES SOBRE INTERESES. Esta Suprema Corte, interpretando los artículos 2o. y 291 a 301 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en relación con la Ley del Banco de México que resulta aplicable por la remisión que hace el artículo 6o. de la Ley de Instituciones de Crédito, ha establecido que en los contratos de apertura de crédito puede, válidamente, pactarse la capitalización de intereses. Por lo tanto, no cabe admitir la objeción de que los contratos de apertura de crédito adicional para disponer del crédito necesario para pagar los intereses causados con motivo de otro contrato bancario celebrado en el mismo instrumento o en uno distinto, encubra la capitalización de intereses o un pacto de pagar intereses sobre intereses, en virtud de que el pretendido engaño que invoca el acreditado parte, necesariamente, del supuesto de que estos actos son ilícitos, cuando lo cierto es que no lo son dentro del contrato de apertura de crédito y que, por ello, no es dable aceptar la intención dolosa de la institución bancaria...”⁷⁹⁴

4.2.7.4. La inexistencia de falsedad ideológica.

Para finalizar el estudio para determinar la posible nulidad de la cláusula de crédito adicional, figura la posibilidad de que la misma encubriera una falsedad ideológica; Pero la Suprema Corte, sin entrar con minuciosidad al estudio del tema concluyó que no existen elementos para aseverar que existe falsedad ideológica, en virtud de que la naturaleza jurídica de esta figura no conlleva a la nulidad. La inaplicación de la citada

⁷⁹³ *Cfr. Resolución de la Contradicción de Tesis 31/98*. P. 526

⁷⁹⁴ Contradicción de tesis 31/98. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Tercer Circuito y otros y el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros. 7 de octubre de 1998. Once votos. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Arturo Aquino Espinosa. El Tribunal Pleno en sesión celebrada hoy emitió, con el número 57/1998, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a siete de octubre de mil novecientos noventa y ocho. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, VIII, p. 5, Pleno, materia común, jurisprudencia, octubre de 1998, tesis: P./J. 57/98

figura debido al hecho de que la figura jurídica de la apertura de crédito es distinta a la de un título valor, como el pagaré; y además de que en aquel contrato las partes hicieron constar lo que sucedió en la realidad y que, cuando llegó la fecha del pago, tuvo plena y válida ejecución, sin que sea obstáculo para esta conclusión el hecho de que no se haya entregado materialmente al acreditado el dinero para pagar los intereses, sino que solamente se hayan efectuado asientos contables por el acreditante, ya que aquél recibió, de igual manera, el beneficio de ver liquidados los intereses a su cargo.⁷⁹⁵

La aplicación de la falsedad ideológica para obtener la nulidad de un contrato de apertura de crédito, implicaría desconocer la naturaleza consensual del propio contrato, en virtud de que dicho contrato no requiere, para su perfeccionamiento de la entrega del dinero.⁷⁹⁶

“Para arribar a tal conclusión, se toma en cuenta que en los contratos que fueron examinados en los asuntos de los que emana esta contradicción, las partes expresamente acordaron el esquema financiero bajo el cual se otorgó el crédito adicional con el propósito de cubrir los intereses devengados respecto de un diverso crédito y, adicionalmente, acordaron que las transacciones financieras se llevarían a cabo mediante cargos y abonos, registros contables o transferencias electrónicas, sin que se realizara entrega física del dinero.”⁷⁹⁷

Por lo anterior, aceptar que el contrato de apertura de crédito adicional es un «contrato consensual», implica que para su perfeccionamiento no se requiere entrega física del dinero, sino sólo del acuerdo de voluntades. Sin embargo, la Corte no estableció cuales son los atributos y características de un contrato consensual y porque convertía al contrato de apertura de crédito para el pago de pasivos como tal, el cual no es un contrato principal, tampoco autónomo.

⁷⁹⁵ *Resolución de la Contradicción de Tesis 31/98*. P. 532

⁷⁹⁶ *Ibidem*. P. 533

⁷⁹⁷ *Ibidem*. Pp. 528-529

Este razonamiento fue vertido en la jurisprudencia 58/98:

“APERTURA DE CRÉDITO ADICIONAL PARA EL PAGO DE INTERESES CAUSADOS, PACTADA EN EL MISMO INSTRUMENTO O EN OTRO. SU APROVECHAMIENTO NO IMPLICA LA EXISTENCIA DE FALSEDAD IDEOLÓGICA O SUBJETIVA. [...] existe falsedad ideológica o subjetiva cuando en un título de crédito las partes hacen constar en él, algo que en realidad no sucedió. Este criterio, sin embargo, no es aplicable a los contratos de apertura de crédito adicional [...]; la inaplicación deriva no sólo del hecho de que la apertura de crédito es una figura jurídica distinta de un título de crédito, sino también y fundamentalmente, de que en aquel contrato las partes hicieron constar lo que sucedió en la realidad y que, en su oportunidad, tuvo plena y válida ejecución, sin que sea obstáculo para esta conclusión el hecho de que no se haya entregado materialmente al acreditado el dinero para pagar los intereses, sino que solamente se hayan efectuado asientos contables por el acreditante, ya que aquél recibió, de igual manera, el beneficio de ver pagados los intereses a su cargo, además de que siendo el contrato de naturaleza consensual, no requiere para su perfeccionamiento de la entrega del dinero, y de que el artículo 52 de la Ley de Instituciones de Crédito permite esta clase de asientos y les da, en su caso, efectos liberatorios.”⁷⁹⁸

Es importante observar que con base en un argumento meta legal, como lo es mencionar que los movimientos contables lejos de ser una falsedad, se identifican con un beneficio económico que implica la reducción del crédito inicial; y que nunca se tomo en cuenta que el problema suscitado y que dio origen a la problemática de 1998, fue el excesivo aumento de las deudas, al incrementarse al capital los intereses, y sobre estos el nuevo cobro de intereses; este razonamiento de la Corte, no sólo cristaliza la falta apreciación de la realidad por parte de los ministros, sino su inflexibilidad hacia una problemática social, y la renuncia a su facultad interpretativa.

⁷⁹⁸ Contradicción de tesis 31/98. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Tercer Circuito y otros y el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros. 7 de octubre de 1998. Once votos. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Arturo Aquino Espinosa. El Tribunal Pleno en sesión celebrada hoy emitió, con el número 58/1998, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a siete de octubre de mil novecientos noventa y ocho. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, VIII, p. 366 , Pleno, materia común, jurisprudencia, octubre de 1998, t. P./J. 58/98



4.2.8. Son substancialmente diferentes la capitalización de intereses y el contrato de crédito para cobertura de intereses (refinanciamiento).

La cuestión de que si constituía anatocismo el contrato de apertura de crédito adicional para cobertura de intereses, se abordó en el décimo primer considerando de la resolución de contradicción de tesis. Existían dos posturas al respecto:

- a) Por una parte los Tribunales Colegiados 7° y 8° del 1er Circuito, 2° del 3er Circuito, 1° del 7° Circuito, 2° del 10° Circuito, 2° del 16° Circuito, 2° del 17° Circuito, 1° y 2° del 22° Circuito y 1° del 23° Circuito, todos en materia civil, al analizar el crédito adicional, estimaron que se trataba de una forma de ocultar la capitalización de intereses de forma anticipada, lo cual se encontraba prohibido por el artículo 363 del Código de Comercio.
- b) Mientras que los Tribunales Colegiados 1° y 2° del Primer Circuito, 1° del Tercer Circuito, 1° y 2° del Séptimo Circuito, 2° del Décimo Primer Circuito, 1° del 16° Circuito, y 1° y 2° del Vigésimo Primer Circuito, todos en materia civil; sostuvieron que el crédito adicional no constituye pacto de anatocismo, en virtud de que la finalidad del crédito adicional no es la capitalización de intereses, sino la posibilidad de que el acreditado cubra los intereses a su cargo. Aseveraron que no existe disposición en el Código de Comercio, que prohíba de antemano la capitalización de intereses y también establecieron que al no establecerse en el artículo 363, el momento en que se puede hacer la capitalización de intereses, es incuestionable que puede pactarse antes o después de que se generen, porque donde la ley no distingue, el juez no debe distinguir.

Los ministros de la Suprema Corte de Justicia después de un análisis al Código Civil, Código de Comercio, Ley de Instituciones de Crédito, dedujeron que no existe la figura



jurídica del anatocismo dentro de nuestro sistema jurídico, dicho vocablo sólo se encuentra reservado a la doctrina.

Precisado lo anterior, fue necesario para la suprema Corte definir si el contrato de apertura de crédito para cobertura de intereses implica una capitalización de intereses; y por lo tanto tenían que definir:

- 1) Cuando al contrato de apertura de crédito se le pretende equiparar a la capitalización de intereses; y
- 2) Cuando las partes pactan expresamente la capitalización e invocan al efecto el artículo 363 del Código de Comercio.

La primera cuestión, la resolvieron diciendo que la apertura de crédito para cobertura de intereses, pactada en el mismo instrumento o en otro, no se equipara ni encubre el establecimiento de intereses sobre intereses, ni su capitalización; ya que la naturaleza y los fines, por una parte, del mencionado contrato, y por la otra, de la capitalización de intereses son diversos, por lo que no pueden confundirse. Las diferencias que encuentran los ministros pueden resumirse en:

- a) La Suprema Corte, en una interpretación forzada establece que la capitalización de intereses implica la acción de agregar al capital originario de un préstamo o crédito los intereses devengados, vencidos y no pagados para computar sobre la suma resultante réditos ulteriores. Esa capitalización no se presenta en el convenio celebrado entre las partes en un contrato de apertura de crédito a fin de que el acreditado disponga discrecionalmente, en su caso, de un crédito adicional para cubrir intereses devengados en otro crédito distinto.
- b) La capitalización de intereses existen intereses vencidos y no pagados, mientras que en el contrato de crédito adicional, aún cuando existen



intereses vencidos, estos son cubiertos por el crédito adicional, por lo que no hay incumplimiento en las obligaciones del deudor.⁷⁹⁹ Se puede observar que la interpretación de los conceptos, en relación semántica de las palabras, se le otorga un significado extensivo según convenga, para desvirtuar los indicios de que la capitalización de intereses, y el crédito adicional como equiparables.

- c) Con la misma metodología, coincidieron en que en la capitalización de intereses, los intereses siguen la suerte del principal, mientras que para el pacto del contrato de crédito adicional, este puede realizarse en instrumento diverso, sin contemplar la variante, cuando el crédito adicional, nace de una de las cláusulas del contrato de apertura de crédito. De esta diferencia resulta que en la capitalización, los intereses se incorporan al capital, lo que no acontece en la apertura de crédito para cobertura de intereses, donde el capital dispuesto produce sus propios intereses.⁸⁰⁰

Por lo anterior la Corte afirma que el contrato de apertura de crédito adicional, jurídicamente no implica el pago de intereses sobre intereses, ni capitalización de los mismos, sino se trata de un acto jurídico independiente, autorizado por la ley y en consecuencia válido. Lo cual en la realidad para una persona común y corriente podría interpretarse sin ningún esfuerzo que existe un cobro de intereses sobre intereses, como consecuencia de un crédito adicional, ya que al disponer de sumas de dinero para el pago de intereses, dichas erogaciones se suman a la deuda con el banco, y a ese nuevo monto se le cobran intereses; y segundo, no es un acto jurídico independiente, ya que su existencia depende del crédito principal, que habrá de cubrirse con el adicional.

⁷⁹⁹ *Resolución de la Contradicción de Tesis 31/98*. P. 574

⁸⁰⁰ *Ibídem*. P. 575

Esta forzada interpretación de la realidad hecha por la Corte estableció la jurisprudencia P./J. 59/98:

“CAPITALIZACIÓN DE INTERESES. NO LA CONSTITUYE EL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO PARA COBERTURA DE INTERESES (REFINANCIAMIENTO). La naturaleza y los fines del contrato de apertura de crédito para cobertura de intereses son diversos a los de la capitalización de intereses, y no deben confundirse. En efecto, la capitalización de intereses implica la acción de agregar al capital originario de un préstamo o crédito los intereses devengados, vencidos y no pagados, para computar sobre la suma resultante réditos ulteriores. Esa capitalización no se presenta en el convenio celebrado entre las partes en un contrato de apertura de crédito a fin de que el acreditado disponga de un crédito adicional para cubrir intereses devengados en otro crédito distinto. Entre la capitalización de intereses y el contrato de crédito para cobertura de intereses (refinanciamiento), existen sustanciales diferencias. La capitalización a que se refiere el artículo 363 del Código de Comercio, supone la existencia de un contrato de préstamo mercantil, sobre la base de intereses vencidos y no pagados. En cambio, en el contrato de apertura de crédito para cobertura de intereses (refinanciamiento), llegado el momento de vencimiento de pago de intereses devengados por otro crédito, el deudor se ve en situación de pagar al acreedor las sumas en cuestión, lo cual podrá hacer con recursos propios o con los recursos de que pueda disponer por virtud de dicho contrato. Por otra parte, mientras que los intereses, por regla general, siguen la suerte de la obligación principal, el refinanciamiento se logra a través de un contrato de apertura de crédito diverso al originalmente pactado, con el destino específico de pagar total o parcialmente los intereses vencidos. Además, en el contrato de apertura de crédito para cobertura de intereses (refinanciamiento) el acreditante asume la obligación de poner a disposición del acreditado una suma de dinero (obligación de hacer), a fin de que no incurra en el incumplimiento de pago de otro crédito, y el acreditado asume la obligación de pagar intereses sobre las sumas dispuestas (obligación de dar). Corrobora lo anterior, la circunstancia de que el referido contrato se puede celebrar en el mismo instrumento en que consta el diverso jurídico, o en otro, y con el primer acreditante o con uno diferente. La conclusión obtenida no se desvirtúa por el hecho de que en algunos casos se observe que en los contratos de apertura de crédito las partes convengan la capitalización de intereses e invoquen para ello el artículo 363 del Código de Comercio, toda vez que, aun cuando es innegable que en esta hipótesis sí existe pacto de capitalización de intereses, la misma deriva del convenio



expreso de las partes en ese sentido, que se celebra con fundamento en el artículo 78 del Código de Comercio, y en razón de que en esa materia los contratantes gozan de plena libertad para acordar lo que les convenga, con la limitante, desde luego, de que no se contravengan disposiciones de orden público.”⁸⁰¹

En el anterior argumento los ministros con un lenguaje poco claro, señalan que está indebidamente asociado, el contrato de apertura de crédito adicional o la cláusula de crédito adicional, con la figura de capitalización de intereses ya que en opinión del pleno, son dos figuras completamente diferentes. La capitalización de intereses, consiste en agregar al capital original, los intereses vencidos y no pagados, para computarlos y que generen nuevos intereses. Mientras en el contrato de apertura de crédito adicional o la cláusula de crédito adicional, “no se encuentra presente dicha capitalización”, sin que el máximo tribunal exponga porque asume dicha posición.

4.2.9. La libertad contractual y la temporalidad del pacto de capitalización de intereses.

En este mismo décimo primer considerando fue analizado un segundo punto de contradicción mediante el cual se tenía la obligación de determinar si el pacto de capitalización de intereses a que se refiere el artículo 363 del Código de Comercio, puede celebrarse antes o después de que se vengzan, o si está prohibido que las partes lo convengan de antemano como sucede en materia civil.

“Se impone, en consecuencia, la transcripción y análisis de los artículos 363 del Código de Comercio y 2397 del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.

⁸⁰¹ Contradicción de tesis 31/98. Entre las sustentadas por el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros y el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros. 7 de octubre de 1998. Mayoría de nueve votos. Disidentes: Humberto Román Palacios y Juan N. Silva Meza. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Arturo Aquino Espinosa. El Tribunal Pleno en sesión celebrada hoy emitió, con el número 59/1998, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a siete de octubre de mil novecientos noventa y ocho. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, VIII, octubre de 1998, p. 376, tesis: P./J. 59/98, Pleno, materia común, jurisprudencia.

“Artículo 363.- Los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses.

Los contratantes podrán, sin embargo, capitalizarlos.

“Artículo 2397.- Las partes no pueden, bajo pena de nulidad convenir de antemano que los intereses se capitalicen y que produzcan intereses.

Las normas transcritas tienen en común que autorizan la capitalización de intereses por acuerdo expreso de las partes; la capitalización, en ningún caso, puede operar de manera automática, sino que «requiere de la expresión de la voluntad de los contratantes».⁸⁰²

Sin embargo, se diferencian en cuanto al momento en que puede celebrarse el pacto correspondiente. Mientras que la norma civil prohíbe que ese acuerdo de voluntades sea anterior al vencimiento y al no pago de los intereses que habrán de capitalizarse, el artículo 363 del Código de Comercio no contiene ninguna exigencia de temporalidad para su realización. De allí que, en materia mercantil, el pacto de capitalización pueda recaer sobre intereses ya vencidos que no han sido pagados (pacto posterior), o bien, sobre los que tengan vencimiento futuro y no fueren pagados cuando sean exigibles (convenio anticipado), toda vez que en ambas hipótesis el convenio se refiere a intereses vencidos y no pagados, que es el único requisito exigido por esta norma.⁸⁰³

La expresión “vencidos y no pagados” que contiene el artículo 363 no debe interpretarse en relación con una temporalidad, sino sólo como una reiteración especificativa de qué intereses pueden ser objeto de dicha capitalización, a saber, únicamente los que se adeuden por ser de plazo cumplido. Dicho precepto, en su interpretación gramatical, autoriza a capitalizar los intereses vencidos y no pagados, sin que dicho enunciado contenga visos del momento en que ha de realizarse dicha expresión de voluntad.⁸⁰⁴

⁸⁰² *Resolución de la Contradicción de Tesis 31/98*. P. 579

⁸⁰³ *Ibíd.* Pp. 579-580

⁸⁰⁴ *Ibíd.* Pp. 593-592

El alegato de que la capitalización sólo puede ser posterior a que los réditos se encuentren vencidos y no pagados, implica introducir una prohibición o una restricción contraria a la regla de interpretación conforme a la cual, donde la ley no distingue no debe distinguir el intérprete.⁸⁰⁵ Sobre este estudio se estableció la jurisprudencia tesis P./J. 60/98:

“CAPITALIZACIÓN DE INTERESES. EL ARTÍCULO 363 DEL CÓDIGO DE COMERCIO LA PERMITE EN FORMA PREVIA O POSTERIOR A LA CAUSACIÓN DE LOS RÉDITOS, A CONDICIÓN DE QUE EXISTA ACUERDO EXPRESO. [...] el precepto en estudio, en su interpretación gramatical, autoriza a capitalizar los intereses vencidos y no pagados, sin que dicho enunciado contenga visos de temporalidad. La perspectiva histórica reafirma esta consideración. [...] Además, existen argumentos lógico-jurídicos que conducen al mismo resultado, a saber, que no se pueden hacer interpretaciones que deroguen tácitamente la regla general de libertad contractual; que la distinción relativa a que la capitalización sólo puede ser posterior a que los réditos se encuentren vencidos y no pagados implica una prohibición o una restricción contrarias a la regla de interpretación conforme a la cual, donde la ley no distingue no debe distinguir el intérprete; y que resulta lógico que el acuerdo de capitalización pueda ser convenido como una previsión contractual para el caso de una eventualidad posterior; o bien, como un acto posterior, circunstancia que no perjudica al deudor en razón de que de ese modo puede tener previo conocimiento de la extensión de la obligación que asume y, por tanto, ejecutar los actos necesarios para evitar que los intereses se capitalicen.”⁸⁰⁶

Como puede observarse, la Suprema Corte realiza una interpretación particular del artículo 363 del Código de Comercio, para afirmar que dicho precepto a diferencia del Código Civil, no establece una limitante en la temporalidad para la capitalización. Lo cual implica que en materia mercantil, el pacto de capitalización pueda recaer sobre

⁸⁰⁵ *Cfr. Resolución de la Contradicción de Tesis 31/98*. Pp. 595-596

⁸⁰⁶ Contradicción de tesis 31/98. Entre las sustentadas por el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros y el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros. 7 de octubre de 1998. Mayoría de nueve votos. Disidentes: Humberto Román Palacios y Juan N. Silva Meza. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Arturo Aquino Espinosa. El Tribunal Pleno en sesión celebrada hoy emitió, con el número 60/1998, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a siete de octubre de mil novecientos noventa y ocho. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, VIII, octubre de 1998, p. 374, tesis: P./J. 60/98, Pleno, materia común, jurisprudencia.

intereses ya vencidos que no han sido pagados (convenio posterior), o bien, sobre los que tengan vencimiento futuro y no fueren pagados cuando sean exigibles (convenio anticipado). Aseverando que la expresión de “vencidos y no pagados”, contenida en el artículo 363 del Código de Comercio, no debe, ni puede interpretarse como la estipulación de una temporalidad, sino sólo como una reiteración de que intereses pueden ser objeto de dicha capitalización.

Los razonamientos de la corte pueden ser contradictorios entre sí. Pues como ella misma lo señala, dicha reiteración del precepto interpretado, especifica el objeto de la capitalización, luego entonces, si la especificación es capitalizar los intereses vencidos, no puede capitalizarse aquellos, cuyo vencimiento no se ha efectuado. Sin que tenga aplicación al presente caso la máxima jurídica, de que donde la ley no distingue, no tenemos que distinguir, porque la ley si distingue, y fueron los ministros quienes no quisieron distinguir. De lo anterior, se evidencia la deficiente interpretación, que deriva en plantearse pocas opciones de acción, careciendo de lógica sus razonamientos, otorgando un indeterminado referente el artículo 363 del Código de Comercio, mediante la utilización de un lenguaje engañoso.

4.2.10. La convalidación de la nulidad relativa

El último tema abordado por la Suprema Corte fue determinar si los pagos efectuados por los deudores a las instituciones de crédito, convalidaron la posible nulidad que pudiera haber existido. Las posturas eran:

- a) Al efectuar los deudores el pago de intereses con base en el estado de cuenta, expresaron su conformidad, por lo que no pueden aducir la nulidad de lo pactado.
- b) El hecho de que se efectuaran diverso pagos por parte de los acreditados, no convalida la nulidad de lo pactado, toda vez que, aunque el artículo 2234



del Código Civil, sostiene que el cumplimiento voluntario ratifica tácitamente, y extingue la acción de nulidad, el artículo 8 de mismo ordenamiento, señala que los actos ejecutados contra en tenor de leyes prohibitivas son nulos, y la simulación pactada en el contrato de apertura de crédito, infringe lo dispuesto por los artículos 363 del Código de Comercio y 2397 del Código Civil.

Para resolver la problemática, los ministros hicieron referencia a varios hechos ya analizados en el cuerpo de su resolución, llegando a la conclusión de que si existe nulidad en la cláusula de crédito adicional, ésta sería relativa. Cuando la fracción II de la Ley de Título y Operaciones de Crédito señala como aplicable supletoriamente al contrato de apertura de crédito la legislación mercantil general, si bien se refiere al Código de Comercio, no se refiere a la totalidad de sus normas, sino sólo a aquellas que sean aplicables a todas las operaciones mercantiles, pues las que sólo se refieren a una operación específica, aun cuando estén contenidas en el Código de Comercio, no son legislación general sino especial.⁸⁰⁷

En virtud de lo anterior, son aplicables a todas las operaciones mercantiles las disposiciones contenidas en el Capítulo II (*De los contratos mercantiles en general*) del Título Primero (*De los actos de comercio y de los contratos mercantiles en general*) del Libro Segundo (*Del comercio terrestre*) del Código de Comercio. Luego, si el artículo 81 del Código de Comercio establece que son aplicables a los actos mercantiles las disposiciones del Código Civil del Distrito Federal acerca de las causas que invalidan los contratos, y si el de apertura de crédito participa de esa naturaleza, según se precisó anteriormente, para analizar la nulidad de éste, habrá que atender a tales disposiciones. Conviene resaltar la que establece que la nulidad absoluta no desaparece por la confirmación o la prescripción (artículo 2226) y la que establece que el cumplimiento voluntario por medio de pago, novación o cualquier otro

⁸⁰⁷ *Resolución de la Contradicción de Tesis 31/98*. Pp. 619



modo, se tiene por ratificación tácita y extingue la acción de nulidad (artículo 2234); en virtud de que de ellas se infiere de modo indubitable que la nulidad absoluta no es convalidable, a diferencia de la relativa que sí lo es.⁸⁰⁸

Estos argumentos son el alma de la jurisprudencia P./J. 61/98:

“APERTURA DE CRÉDITO. LAS AMORTIZACIONES REALIZADAS POR EL DEUDOR CONVALIDAN LA NULIDAD RELATIVA DE QUE PUDIERA ADOLESCER LA CLÁUSULA EN QUE SE PACTA UN CRÉDITO ADICIONAL PARA PAGO DE INTERESES. [...] Luego, si al celebrar un contrato de apertura de crédito, las partes convienen en que se otorgue al acreditado un crédito adicional para el pago de intereses, dado que no existe disposición legal alguna que prohíba tal convención, la cláusula relativa no adolece de nulidad absoluta. En tal virtud, las amortizaciones realizadas por el acreditado en los términos pactados, en todo caso, convalidarían, si la hubiere, por otra razón, la nulidad relativa, pues de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2234 del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, el cumplimiento voluntario se tiene por ratificación tácita y extingue la acción de nulidad.”⁸⁰⁹

Esta interpretación carece de profundidad en el análisis, sus juicios jurídicos son muy endebles, y aun más se olvidan de hacer alguna referencia a cuestiones de éticos, lo que nos recuerda la fase “estatista” de la Suprema Corte, donde sus criterios reduccionistas se realizaban para beneficiar algún proyecto del Poder ejecutivo Federal. Esta decisión es el un producto de las pocas opciones analizadas por los ministros, al evitar la tematización de factores determinantes para la configuración de la figura del anatosismo, de ello surge el detrimento en la legitimidad del fallo.

⁸⁰⁸ Cfr. *esolución de la Contradicción de Tesis 31/98*. Pp. 619-634

⁸⁰⁹ Contradicción de tesis 31/98. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros. 7 de octubre de 1998. Mayoría de diez votos. Disidente: Juan N. Silva Meza. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Arturo Aquino Espinosa. El Tribunal Pleno en sesión celebrada hoy emitió, con el número 61/1998, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a siete de octubre de mil novecientos noventa y ocho. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, VIII, octubre de 1998, p. 367, tesis: P./J. 61/98, Pleno, materia común, jurisprudencia.

4.3. DETERMINACIÓN SOBRE EL COMPUTO DE PRESCRIPCIÓN EN EL DELITO DE GENOCIDIO

4.3.1. Planteamiento.

El diez de junio del año dos mil dos José de Jesús Martín del Campo Castañeda presentó, ante la «fiscalía especial para la atención de hechos probablemente constitutivos de delitos federales cometidos directa o indirectamente por servidores públicos, en contra de personas vinculadas con movimientos sociales y políticos del pasado» (en adelante fiscalía especial), el escrito de denuncia de hechos probablemente constitutivos del delito de genocidio y los que resulten. En el cual relataba que los crímenes cometidos en agravio de su hermano Edmundo Martín del Campo Castañeda, Jorge Calleja Contreras, Raúl Juárez García y otros, no son otra cosa que una secuela de los hechos de Tlatelolco, una cadena de crímenes de Estado dotados de una misma caracterización e identidad ideológica y finalista.

Igualmente, adujo que los hechos consistentes en la matanza del dos de octubre como la del diez de junio de mil novecientos setenta y uno constituyen una acción de genocidio preparado y ejecutado por funcionarios del Gobierno Federal y que la agresión criminal fue ejecutada alevosamente por un grupo paramilitar conocido como Los Halcones.

4.3.2. Antecedentes.

El veintidós de julio de dos mil cuatro, el agente del Ministerio Público de la Federación adscrito a la oficina del fiscal especial, una vez integrada la averiguación previa, ejerció acción penal en contra de Luis Echeverría Álvarez, Mario Augusto José Moya y Palencia, Luis de la Barrera Moreno, Miguel Nazar Haro, José Antonio González Aleu, Manuel Díaz Escobar Figueroa (a) “El Maestro”, Rafael Delgado



Reyes (a) "El Rafles", Sergio San Martín Arrieta (a) "El Watusi", Alejandro Eleazar Barrón Rivera (a) "El Pichín", Sergio Mario Romero Ramírez (a) "El Fish" y Víctor Manuel Flores Reyes (a) "El Coreano", como probables responsables de la comisión del «delito de genocidio», previsto en el artículo 149 bis del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, vigente en el año de mil novecientos setenta y uno.

Del asunto correspondió conocer, por razón de turno, al Juez Segundo de Distrito de Procesos Penales Federales en el Distrito Federal, quien mediante proveído de veinticuatro de julio de dos mil cuatro, determinó declarar extinguida por prescripción la acción penal respecto del delito de genocidio, a favor de los inculpados, decretando el sobreseimiento de la causa penal.

Inconformes con dicha determinación, el Ministerio Público de la Federación y el adscrito al juzgado de referencia, interpusieron recurso de apelación, los cuales fueron admitidos en efecto devolutivo, remitiéndose los autos al Tribunal Unitario del Primer Circuito en turno.

De los recursos de apelación, correspondió conocer al Quinto Tribunal Unitario en Materia Penal del Primer Circuito, que señaló el día dieciocho de agosto de dos mil cuatro, para que se verificara la audiencia de vista, el Ministerio Público de la Federación, comisionado en la oficina del fiscal especial, mediante escrito presentado el dieciocho de ese mismo mes y año, formuló agravios, adhiriéndose a los mismos el agente del Ministerio Público de la Federación adscrito.

Una vez celebrada la audiencia pública y estando pendiente el dictado de la resolución respectiva, el Procurador General de la República, solicitó que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ejerciera su facultad de atracción para conocer del recurso de apelación, con fundamento en los artículos 105, fracción III, de la Constitución General de la República; 10, fracción XI, 21, fracción I, 25,



fracción V y 141, tercer párrafo, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

El trece de octubre de dos mil cuatro, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, resolvió ejercer la facultad de atracción para conocer de los recursos de apelación.

El día quince de junio de dos mil cinco, por mayoría de tres votos de los ministros José de Jesús Gudiño Pelayo, Sergio A. Valls Hernández y José Ramón Cossío Díaz (Ponente) en contra del voto de los señores Ministros Juan N. Silva Meza y Presidenta Olga Sánchez Cordero de García Villegas, la Segunda Sala resuelve dicha apelación en este sentido:

“PRIMERO.- En lo que es materia competencia de esta Primera Sala como Tribunal de Apelación extraordinaria, se modifica el auto impugnado dictado por el Juez Segundo de Distrito de Procesos Penales Federales en el Distrito Federal, en el proceso penal 114/2004-I.

SEGUNDO.- Se declara que no ha prescrito la acción penal respecto del delito de GENOCIDIO, únicamente por lo que hace a los inculpados LUIS ECHEVERRÍA ÁLVAREZ Y MARIO AUGUSTO JOSÉ MOYA Y PALENCIA, en términos de lo establecido en el considerando SÉPTIMO de la presente resolución.

TERCERO.- Se declara extinguida la acción penal respecto del delito de GENOCIDIO, a favor de los inculpados LUIS DE LA BARREDA MORENO, MIGUEL NAZAR HARO, JOSÉ ANTONIO GONZÁLEZ ALEU, MANUEL DÍAZ ESCOBAR FIGUEROA (a) “EL MAESTRO”, RAFAEL DELGADO REYES (a) EL RAFLES, SERGIO SAN MARTÍN ARRIETA “EL WATUSI”, ALEJANDRO ELEAZAR BARRÓN RIVERA (a) “EL PICHÍN”, SERGIO MARIO ROMERO RAMÍREZ (a) “EL FISH” Y VÍCTOR MANUEL FLORES REYES (a) “EL COREANO”.

CUARTO.- Devuélvanse los autos al Quinto Tribunal Unitario en Materia Penal del Primer Circuito, tribunal de origen, para los efectos señalados en el considerando OCTAVO de la presente resolución.”

Para llegar a dicha resolución, se tuvieron que analizar los cuatro agravios esgrimidos por el Ministerio Público y que se resumen de la siguiente forma:

<p><i>Agravios esgrimidos por el Ministerio Público Federal</i></p>	<p><i>Análisis de la Segunda Sala de la SCJN</i></p>
<p><i>PRIMERO.- El juez de la causa no consideró aplicables el artículo I, inciso B) de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, en relación con lo establecido por los artículos 5, sección 1 y 15 del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos; los artículos II, inciso a) y V de la Convención para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio; y, los artículos 19 inciso c), 20, 26 y 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados; así como los principios de Ius Cogens sobre inexistencia de aplicación retroactiva e imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad.</i></p>	<p><i>INFUNDADO, atento a lo siguiente:</i></p> <p><i>La garantía de irretroactividad se encuentra consagrada en el artículo 14 constitucional y se resume en que la aplicación retroactiva de la ley, en perjuicio de la persona, está prohibida, hecha excepción de cuando le es favorable. Este principio rige también para los tratados internacionales.</i></p> <p><i>La Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad fue firmada el tres de julio de mil novecientos sesenta y nueve, la cual fue enviada a la consideración de la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión, con la Declaración Interpretativa respectiva, siendo aprobada por dicha Cámara el diez de diciembre de dos mil uno.</i></p>

<p align="center"><i>Agravios esgrimidos por el Ministerio Público Federal</i></p>	<p align="center"><i>Análisis de la Segunda Sala de la SCJN</i></p>
<p><i>SEGUNDO.- Señala que el juez de la causa, aplicando los artículos 105, 110, 111 y 118 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal vigente en la época en que se desarrollaron los hechos, en relación a que el tiempo requerido para que opere la prescripción de la acción penal es de treinta años, concluyó que en el caso la misma operó, al estimar que habían transcurrido treinta y un años –del diez de junio de mil novecientos setenta y uno hasta el nueve de julio de dos mil dos– <u>sin que existiera diligencia alguna</u>, según el acervo probatorio que consta en autos, que interrumpiera el plazo idóneo para ello; sin embargo, la representación social de la Federación considera que el citado juez, para resolver lo anterior, <u>omitió la consideración y valoración de algunas constancias que obran integradas en el expediente</u>, lo que conllevó a que la sentencia impugnada carezca de la adecuada motivación y fundamentación.</i></p>	<p><i>INFUNDADO, atento a lo siguiente:</i></p> <p><i>Se estima que ninguna de las constancias ofrecidas por la representación social son aptas para acreditar la existencia de actuaciones que hubiesen interrumpido el citado plazo, ya que no todo acto del procedimiento puede interrumpir la citada prescripción, sino sólo las actuaciones, practicadas por el Ministerio Público o la autoridad judicial, que se practiquen en averiguación del delito y del probable responsable, siempre y cuando no se realicen después de que haya transcurrido la mitad del lapso necesario para que la misma opere, pues en caso contrario, la prescripción no se interrumpirá sino con la aprehensión del inculpado.</i></p>



<p align="center"><i>Agravios esgrimidos por el Ministerio Público Federal</i></p>	<p align="center"><i>Análisis de la Segunda Sala de la SCJN</i></p>
<p><i>TERCERO.- Se hace valer que el auto impugnado transgrede lo dispuesto por los artículos 100, 101 y 102 del entonces Código Penal; en relación con los artículos 363 del Código Federal de Procedimientos Penales, y con los artículos 14, segundo párrafo; 17; 21, párrafo primero; 102; y 136 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; por cuanto hace a los tres últimos artículos mencionados, se reclaman como violados los vigentes en el año de mil novecientos setenta y uno.</i></p> <p><i>Lo anterior lo considera así en función a cuestionar la independencia de las instancias encargadas de procurar justicia en la época de los hechos motivo de la consignación, las cuales, indica, carecían de la autonomía necesaria para poder avocarse a la investigación y persecución de los ilícitos cometidos por los presuntos responsables, dada la calidad de Presidente de los Estados Unidos Mexicanos de Luís Echeverría Álvarez y las condiciones imperantes en el país en aquellos tiempos. Según su dicho, esto</i></p>	<p><i>INFUNDADO, atento a lo siguiente:</i></p> <p><i>No puede considerarse fundado, toda vez que son los artículos 21 y 102 constitucionales, los que otorgan a la institución del Ministerio Público, la función investigadora, la titularidad del monopolio de la acción penal y la representación de la sociedad.</i></p> <p><i>En tales circunstancias, si bien es cierto que el Ministerio Público tenía —y tiene hasta la fecha— el monopolio del ejercicio de la acción penal, siendo el único detentador de la facultad de investigación y persecución de los delitos, y que sus determinaciones en la averiguación previa eran inatacables y no sujetas a control judicial alguno en la época en que se dieron los hechos motivo de la consignación, también lo es que dicho sistema de procuración de justicia se ajustaba al mandato constitucional establecido en los artículos constitucionales referidos, de manera que el mismo no podía resultar violatorio de garantía individual alguna, toda vez que las normas constitucionales no pueden vulnerar los derechos previstos en</i></p>



<p align="center"><i>Agravios esgrimidos por el Ministerio Público Federal</i></p>	<p align="center"><i>Análisis de la Segunda Sala de la SCJN</i></p>
<p><i>ocasionó que las víctimas del delito y sus familiares no tuvieran efectivamente expeditos los derechos a una tutela penal efectiva, a la debida procuración y administración de justicia, y a la reparación del daño, entre otros.</i></p> <p><i>Por otro lado por la representación social argumenta que el régimen encabezado por Luís Echeverría Álvarez subvirtió e interrumpió la observancia del orden constitucional en nuestro país, actualizándose la hipótesis prevista en el artículo 136 de la Constitución Federal.</i></p>	<p><i>otras normas constitucionales, por no poder existir contradicción entre ellas.</i></p> <p><i>Por otro lado, el que Luís Echeverría Álvarez, en su calidad de Presidente de la República, tuviera el control directo sobre el Ministerio Público Federal y del Distrito Federal, así como el Gobernador del Distrito Federal, derivaba también de un mandato constitucional, específicamente de lo dispuesto por los artículos 73, fracción VI, bases 3ª y 5ª; 89, fracción II, y 102, por lo cual tampoco en este caso se habría podido actualizar la violación de garantía individual alguna.</i></p> <p><i>Ahora bien, el argumento de que argumenta que el régimen encabezado por Luís Echeverría Álvarez subvirtió e interrumpió la observancia del orden constitucional resulta infundado, ya que la representación social de la Federación no justifica la razón de su dicho.</i></p>



<p align="center"><i>Agravios esgrimidos por el Ministerio Público Federal</i></p>	<p align="center"><i>Análisis de la Segunda Sala de la SCJN</i></p>
<p><i>CUARTO.- Se hace valer la violación a lo establecido por los artículos 100, 101 y 102 del entonces Código Penal, y el artículo 363 del Código Federal de Procedimientos Penales en relación con los artículos 108, 109 y 111, todos de la Constitución, en cuanto a sus versiones vigentes en el año de mil novecientos setenta y uno.</i></p> <p><i>Considera lo anterior en función a que Luis Echeverría Álvarez y Mario Augusto José Moya y Palencia se desempeñaron desde el primero de diciembre de mil novecientos setenta hasta el treinta de noviembre de mil novecientos setenta y seis como Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, el primero, y Secretario de Gobernación..</i></p> <p><i>Estima lo anterior relevante en virtud de que, por lo que hace al Presidente de la República Mexicana, éste «sólo podía ser procesado por el delito de traición a la patria o por aquellos delitos, del orden común, considerados como graves», siempre y cuando la Cámara de Diputados formulara una acusación y la Cámara de Senadores dictaminara sobre la</i></p>	<p><i>Se estima FUNDADO por las siguientes consideraciones:</i></p> <p><i>En las relatadas condiciones, el Ministerio Público de la Federación estaba impedido para ejercitar acción penal contra los referidos inculcados, dado que era necesario remover la condición subjetiva de punibilidad, consistente en el fuero constitucional que los amparaba.</i></p> <p><i>El Título IV de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, relativo a las Responsabilidades de los Funcionarios Públicos (actualmente Responsabilidades de los Servidores Públicos), que comprende de los artículos 108 al 114, fue reformado integralmente mediante reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el 28 de diciembre de mil novecientos ochenta y dos y estableció, de manera expresa, en el segundo párrafo del artículo 114 constitucional, el principio de que los plazos de prescripción se interrumpirán tratándose de delitos cometidos por servidores públicos a cuyos cargos hace</i></p>

<p align="center"><i>Agravios esgrimidos por el Ministerio Público Federal</i></p>	<p align="center"><i>Análisis de la Segunda Sala de la SCJN</i></p>
<p><i>remoción de la protección constitucional que tenía; mientras que respecto a los demás altos funcionarios de la Federación —entre ellos el Secretario de Gobernación— y los estados, para poder proceder penalmente en contra de ellos, por delitos del orden común, la Cámara de Diputados, erigida en Gran Jurado, debía hacer la declaratoria correspondiente, por mayoría absoluta.</i></p> <p><i>Al respecto, la apelante manifiesta que respecto a ninguno de los mencionados inculcados se iniciaron los procedimientos correspondiente para que se les pudiese instruir averiguación previa y mucho menos proceso penal en su contra, por lo cual, estima inconducente sostener que mientras estuvieron amparados por el fuero constitucional en razón de su cargo, podía correr en su beneficio el término de la prescripción.</i></p>	<p><i>referencia el artículo 111, en tanto tales servidores continúen desempeñando dicha función.</i></p> <p><i>Esta reforma constitucional, no obstante es de mil novecientos ochenta y dos, puede tener efectos sobre hechos que ocurrieron en mil novecientos setenta y uno. Ello, toda vez que a prohibición de retroactividad, consagrada en el artículo 14 constitucional, no es aplicable a normas del mismo nivel jerárquico, esto es, a normas que se incorporan al texto constitucional mediante el procedimiento establecido en el artículo 135.</i></p>



4.3.3. Análisis de argumentos.

Habrà de resaltarse que la resoluci3n al presente caso fue formulada con una estructura muy clara para el lector; en la cual, en primer lugar, present3 una sntesis de los resultandos y considerandos que llevaron a los puntos resolutivos. Dicho resumen es sumamente ilustrativo y està elaborado para una inmediata comprensi3n de los argumentos que elabora al 3rgano jurisdiccional para sostener sus razonamientos.

En los resultandos o vistos hace, como es costumbre, un relato de los antecedentes del proceso penal y resoluci3n tomada por el Juzgado de Distrito en Materia Penal, asì como la petici3n del Ministerio Pùblico Federal para solicitar a la Segunda sala ejerza sus facultades de atracci3n para resolver la apelaci3n.

En cuanto a la los considerandos podemos observar un orden bastante claro, comenzando en primer lugar por establecer las razones jurìdicas que llevaron al 3rgano jurisdiccional a resolver como procedente la petici3n de atracci3n.

“CUARTO.- Es importante destacar que al ejercer la facultad de atracci3n para conocer del presente asunto, esta Primera Sala sostuvo que es un caso excepcional que prevé la fracci3n III del artìculo 105 constitucional, por virtud de la cual, esta Suprema Corte puede atraer para su conocimiento un recurso de apelaci3n, en el cual, si bien decidirán asuntos de legalidad, tambi3n deben contener un rango de constitucionalidad.”⁸¹⁰

Fue hasta el s3ptimo considerando, donde continu3 con su labor interpretativa de la constituci3n y la ley cuando entra al estudio del nùcleo de este litigio. Comienza, su estudio, haciendo un estudio dogmàtico jurìdico y asì como un anàlisis del marco jurìdico aplicable de la prescripci3n (figura principal a tratar dentro de toda la resoluci3n); y despu3s entra con un basto marco conceptual y jurisprudencial al anàlisis de cada uno de los cuatro agravios esgrimidos. Para los efectos del presente

⁸¹⁰ *Resoluci3n al Recurso de Apelaci3n 1/2004-PS*. 2ª Sala, p. 18.



trabajo de investigación nos centraremos en el análisis de los argumentos que dan sustento a la decisión final de la Segunda Sala, los cuales están basados en una serie de interpretaciones a la constitución.

4.3.3.1. Estudio sobre la «prescripción».

En principio dentro de la resolución y antes de entrar al estudio de los agravios se procede a presentar un estudio dogmático de figura de la prescripción el cual lleva el siguiente orden:

a) La definición establecida en el Diccionario de la Lengua Española:

“La palabra “prescripción” deriva del término latino “prescribere” que significa adquirir un derecho real o extinguirse un derecho o acción de cualquier clase por el transcurso del tiempo en las condiciones previstas por la ley.”⁸¹¹

b) Establecer el concepto acuñado por la ciencia jurídica en materia penal:

“La prescripción en materia penal consiste en que el Estado, monopolizador del *ius puniendi*, por el simple transcurso del tiempo, pierde la facultad para: investigar la comisión de hechos considerados como delitos, perseguir a sus autores o, incluso, hacer efectivas las sanciones que se hayan impuesto al declarado responsable de un delito.

Debe distinguirse la prescripción de la acción de la prescripción de la pena: la prescripción de la acción supone una inactividad del Ministerio Público o del órgano jurisdiccional, por todo el tiempo que la ley señala como suficiente para extinguirse por su no ejercicio o actuación de esa facultad de persecución o imposición de penas, respectivamente; y, en cambio, la prescripción de la pena supone el incumplimiento de la sentencia.

...

En consecuencia, podemos señalar que la prescripción, es una institución del derecho sustantivo penal, conforme la cual, en razón del simple transcurso del tiempo previsto en la ley, se limita la facultad represiva del Estado, al impedírsele el ejercicio de la acción persecutora o la ejecución de las sanciones impuestas.

⁸¹¹ Cfr. *Resolución al Recurso de Apelación 1/2004-PS*. 2ª Sala, p. 57.

Con independencia de lo anterior, cabe mencionar que esta concepción de la prescripción se ha visto adicionada con la nueva filosofía que se adopta en la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, la cual se justifica por razones excepcionales y es aplicable en México a partir de la entrada en vigor de la mencionada Convención, como ya se determinó al contestar el primer agravio.”⁸¹²

c) Hace mención de la teleología de dicha figura:

“Sólo por medio de la prescripción, la sociedad obtendrá certeza y confianza en que la persecución y sanción de los delitos no se realizarán indefinidamente; y sólo así es como se limita la intranquilidad, sufrimiento y lesión que los mismos producen. De ahí, que no puede considerarse posible que el individuo este indefinidamente sujeto a la zozobra que implica el saber que en cualquier momento puede ser sancionado.

“Si el Estado tiene la facultad legal de invadir la esfera de libertad de los individuos, es lógico que también esa facultad esté sometida a ciertas limitaciones, oriundas en la propia ley que rige la actividad estatal, para proteger al ciudadano. Esto es, las leyes que regulan la figura de la prescripción crean, además de una limitación al poder del Estado, una esfera de derechos a favor de los individuos, que tendrán siempre un derecho individual oponible al derecho general del Estado de sancionar a quien se ubique en el supuesto correspondiente. Este derecho –como se indicó- es justamente, su seguridad jurídica.”

Una vez que define teóricamente el concepto de prescripción se avoca a realizar el estudio de su regulación, tanto en el Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en Materia de Fuero Común y para toda la Republica en Materia de Fuero Federal, vigente al ocurrir los hechos, como en el actual Código Federal Penal. Llegando a las siguientes conclusiones:⁸¹³

- a) La regulación de la prescripción de la acción penal, ambos ordenamientos coinciden en esencia siendo, por ende, igualmente benéficos para los inculcados, por lo que el criterio que debe utilizarse para determinar el término necesario para que opere la figura a estudio, tratándose de delitos

⁸¹² *Resolución al Recurso de Apelación 1/2004-PS*. 2ª Sala, pp. 57-62.

⁸¹³ *Ibidem*. pp. 62-68.

que ameritan penas privativas de la libertad, es el relativo al término medio aritmético de la pena, previsto en ambos ordenamientos.

- b) Para la prescripción de la acción penal por delitos que tengan señalada pena privativa de libertad, el tiempo para su procedencia se debe contar a partir de que se consumó el delito, si éste fue instantáneo; del último acto de ejecución, si fuere en grado de tentativa; desde el día que se realizó la última conducta, si se trata de delito continuado; o, desde la cesación de la consumación si el delito es permanente. En tanto que al tiempo que debe transcurrir para su actualización debe atenderse al término medio aritmético de la pena privativa de libertad que señala la ley, sin que en ningún caso dicho plazo sea menor de tres años.
- c) En el caso del delito de genocidio, el plazo para que opere la prescripción de la acción penal es igual al término medio aritmético de la pena privativa de libertad que se señala en la Ley para dicho delito que, en la especie, corresponde a treinta años, tomando en cuenta que la penalidad para dicho delito, de conformidad con el artículo 149 bis del Código Penal para el Distrito y territorios federales en materia del fuero común y para toda la República en materia del fuero federal, es de *veinte a cuarenta años de prisión y multa de quince mil a veinte mil pesos*.

4.3.3.2. La garantía de irretroactividad.

El primer agravio que hizo valer el Ministerio Público Federal fue impugnar que la resolución del Juez Segundo de Distrito de Procesos Penales Federales en el Distrito Federal no se encontraba debidamente fundada y motivado, ya que no consideró aplicables el artículo I, inciso B) de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, en relación con lo establecido por los artículos 5, sección 1 y 15 del Pacto Internacional de Derecho

Civiles y Políticos; los artículos II, inciso a) y V de la Convención para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio; y, los artículos 19 inciso c), 20, 26 y 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados; así como los principios de los Cogens sobre inexistencia de aplicación retroactiva e imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad.

En consecuencia la interpretación del juzgado es incorrecta y resulta contraria a las normas de derecho internacional que México ha suscrito y que, de acuerdo al artículo 133 constitucional, son derecho interno. Principio que esta Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reconocido que los tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano se ubican jerárquicamente por arriba de las leyes federales y locales, y sólo por debajo de la propia Constitución.⁸¹⁴

En este orden de ideas, estima que los preceptos establecidos en los tratados y convenciones de la materia, que México ha signado, son suficientes para considerar que el delito que nos ocupa es imprescriptible, bajo las siguientes premisas:⁸¹⁵

- No se aplicará retroactivamente la ley a ninguna persona, a menos que en el momento de cometerse la conducta, ésta sea considerada como delictiva por el derecho nacional o internacional (artículo 15, primer párrafo, del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos).
- Los delitos de Lesa Humanidad son imprescriptibles sin importar la fecha en que se cometieron.
- El delito de genocidio no prescribe, sin importar que en el derecho interno no sea considerado como delito (artículo 1, inciso b, de la Convención para

⁸¹⁴ **TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.** S.J.F. y G., Pleno, T. X, nov. 1999, T. P. LXXVII/99, P. 46.

⁸¹⁵ *Cfr. Resolución al Recurso de Apelación 1/2004-PS.* 2ª Sala, p. 26



Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Delitos de Lesa Humanidad).

Sin embargo, dentro de sus argumentos el Ministerio Público tuvo que hacer referencia a una declaración interpretativa a la Convención para la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Crímenes de Lesa Humanidad; la cual establecía:

“Con fundamento en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Gobierno de México, al ratificar la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 26 de noviembre de 1968, entenderá que únicamente considerará imprescriptibles los crímenes que consagra la Convención, cometidos con posterioridad a su entrada a vigor para México.”⁸¹⁶

Declaración interpretativa que la representación social considera como inválida y por tanto inaplicable en el caso que nos ocupa; arriba a esta conclusión tras realizar el siguiente análisis:⁸¹⁷

- 1) La declaración interpretativa es en realidad una reserva ya que no se interpreta o comenta sobre alguna definición de la propia convención, sino que a través de ella, se acota la aplicabilidad de la Convención en el territorio nacional.
- 2) Señala que el artículo 19, inciso c), de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, acota la facultad de los Estados para formular reservas a los tratados o convenciones, estableciendo en esencia lo siguiente: un Estado podrá formular una reserva en el momento de firmar, ratificar, confirmar formalmente, aceptar o aprobar un tratado o de adherirse a él, a menos que la reserva esté prohibida por el tratado; que éste disponga que únicamente pueden hacerse determinadas reservas, y que la que se

⁸¹⁶ *Resolución al Recurso de Apelación 1/2004-PS*. 2ª Sala, p. 27

⁸¹⁷ *Ibidem*. P. 28 - 29

pretenda hacer, figure entre éstas, y que en caso de no estar en ninguna de las dos hipótesis, sea incompatible con el fin u objeto del tratado.

- 3) Este último elemento es el que considera el apelante que invalida la declaración interpretativa realizada por México a la Convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad, ya que la finalidad de la misma es establecer entre los países signantes la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad.

En este orden de ideas, el Ministerio Público de la Federación estima que al ser inválida la declaración interpretativa y de acuerdo con la jerarquía establecida en el artículo 133 constitucional, el delito de genocidio es imprescriptible.

Ahora bien, por lo que respecta al principio de irretroactividad establecido en el artículo 14 constitucional, el apelante consideró que la aplicación de las disposiciones internacionales a través de las cuales se estima que no ha extinto la acción penal, por lo que hace al delito de genocidio, no contraviene dicho principio ya que:⁸¹⁸

- 1) La Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, en su artículo 1, inciso b), establece que, entre otros, el delito de genocidio no prescribirá, independientemente de cuándo se haya cometido.
- 2) En el artículo 15, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se establece el principio de aplicación no retroactiva respecto de los delitos que se consideren así en el derecho nacional e internacional; sin embargo, en la sección 2, del mismo artículo, se dispone que esta prohibición no podrá interferir con el juicio o la condena de una persona por actos u omisiones

⁸¹⁸ *Resolución al Recurso de Apelación 1/2004-PS*. 2ª Sala, pp. 29-30



que, en el momento de cometerse, fueren delictivos de acuerdo a los principios generales reconocidos por el comunidad jurídica internacional.

- 3) El mismo Pacto señala en su artículo 5, sección 1, que ninguna disposición del mismo puede ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el mismo o a su limitación en mayor medida que la prevista en él, razón por la cual —estima el Representante Social— no pueden escudarse los inculpados en la garantía de seguridad jurídica contenida en el artículo 14 constitucional.

Este agravio fue considerado infundado por la Segunda Sala de la Corte, teniendo como principal argumento la interpretación de la garantía de irretroactividad consagrada en el artículo 14 constitucional.

Sobre la irretroactividad esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha sostenido que la aplicación retroactiva de la ley, en perjuicio de la persona, está prohibida, hecha excepción de cuando le es favorable; asimismo, que el principio de mérito protege a los gobernados tanto en contra de las autoridades legislativas como de aquellas que debían aplicar la ley. El principio constitucional señalado rige también para los tratados internacionales y el mismo también se encuentra contemplado en diversos instrumentos internacionales como son: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 15), Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 9), Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 11), entre otros.⁸¹⁹

En materia internacional, por su parte, una vez que las partes firman un tratado o canjean instrumentos, quedan obligadas a abstenerse de cualquier acto que frustre el objeto y fin del tratado, sin importar que se encuentre pendiente de ratificación,

⁸¹⁹ Cfr. *Resolución al Recurso de Apelación 1/2004-PS*. 2ª Sala, pp. III-IV.



aceptación o aprobación, pues así deriva de lo dispuesto por los artículos 11 y 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, es decir, que la sola firma “ad referéndum” del tratado o el intercambio de instrumentos que la constituyan produce las consecuencias jurídicas señaladas.⁸²⁰

La Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, fue firmada por el Plenipotenciario de los Estados Unidos Mexicanos firmó, ad referéndum, el tres de julio de mil novecientos sesenta y nueve, la cual fue enviada a la consideración de la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión, con la Declaración Interpretativa respectiva, siendo aprobada por dicha Cámara el diez de diciembre de dos mil uno.⁸²¹

Sin embargo, se reconoce que México realizó una declaración interpretativa a la Convención para la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Crímenes de Lesa Humanidad; la cual no hace sino redundar sobre lo ya establecido por el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Dicha declaración interpretativa es relevante, para evitar una probable situación de responsabilidad del Estado Mexicano en el contexto internacional; sin embargo, la declaración interpretativa funciona para dotar de seguridad jurídica al Estado Mexicano expresando una limitación contenida en su derecho interno, para evitar caer en un supuesto de responsabilidad en el contexto de alguno de los sistemas de protección de derechos humanos, en particular para la determinación del alcance de la competencia temporal de los órganos encargados de supervisar el cumplimiento de las obligaciones de la Convención. Desde esta perspectiva, por tanto, la única función de la declaración analizada es reafirmar el principio general de derecho internacional general de la no retroactividad de los tratados, “por lo que no modifica, altera o

⁸²⁰ *Cfr. Resolución al Recurso de Apelación 1/2004-PS. 2ª Sala, p. IV*

⁸²¹ *Ídem.*



excluye el alcance legal de ninguna de las disposiciones contenidas en el instrumento analizado.”⁸²²

No obstante que el argumento jurídico parece llenar los requisitos necesarios por la ciencia jurídica para brindar racionalidad a la resolución, dentro de esta se hace referencia a un argumento de calidad ética; el cual cita:

“El gran peligro que implica el sacrificar los derechos individuales frente a una pretendida existencia de derechos de la humanidad, la raza, la nación u otra entidad personificada, difusa y totalizadora de este tipo, es el reproducir la mecánica de argumentación totalitaria frente a la cual estos derechos sirven como defensa...

Los totalitarismos siempre han pretendido haber encontrado un camino para establecer la justicia en la tierra, un camino que implica el sacrificio del derecho positivo en aras de una forma más elevada de legitimidad. Sin la traducción de esta justicia a normas del comportamiento individual, el argumento que busca aplicar directamente esta pretendida Ley superior sin preocuparse del comportamiento y de los derechos básicos de cada hombre espera que esta Ley, adecuadamente aplicada y ejecutada, produzca una “humanidad” como producto final, lo que conduce inevitablemente a la reivindicación de dominación por parte del argumento totalitario y conduce empíricamente al terror.”⁸²³

Sobre este particular, no se debe pasar por alto el argumento principal que expone el voto particular que establece el Ministro Juan Silva Mesa, que choca contra lo esgrimido en este argumento de calidad ética y que se puede resumir en considerar que es falso que siempre deban prevalecer los principios que tutelan bienes individuales sobre los colectivos. Ya que para el ministro disidente, la apreciación tomada por la mayoría, parte de un “entendimiento liberal de los derechos fundamentales”, cuyo fundamento teórico está superado; ya que las “principales tendencias académicas”, por el contrario, sustentan que los derechos deben contribuir

⁸²² Cfr. Resolución al Recurso de Apelación 1/2004-PS. 2ª Sala, pp. 91-92

⁸²³ *Íbidem*. 95-96

a la paz, a la igualdad, al aseguramiento de la democracia y a la protección de los más débiles.⁸²⁴

En este orden de ideas el ministro Silva Mesa interpreta como los más débiles a aquellos individuos que, formando parte de un grupo, son aplastados en sus derechos por un régimen estatal hegemónico. En consecuencia, la prohibición de genocidio trata de evitar la conformación de regímenes totalitarios.⁸²⁵

La defensa a ultranza de la prescriptibilidad del genocidio, contenida en la ejecutoria, “tiende a fomentar regímenes totalitarios”. Mientras que, la defensa de la vida de los individuos, que conforman grupos, tiende a fomentar la democracia.

“Era necesario justificar en la ejecutoria, la predicada prevalencia del principio de irretroactividad sobre el derecho constitucional e internacional de protección a la vida, que se encuentra en vigor desde el momento de los hechos, principalmente.

Esto es, nos preguntamos a través de qué argumentos se podría establecer que la irretroactividad de la ley vale más que el derecho constitucional de protección a la vida y que la prohibición internacional de genocidio, que ya existían desde mil novecientos setenta y uno, olvidándonos ya de la Convención sobre Imprescriptibilidad.”⁸²⁶

Como podemos apreciar, se confrontan dos argumentos meta jurídicos, los dos de calidad ética, y que no son una interpretación de la ley, sino son el resultado de dos distintos puntos de vista sobre los derechos humanos.

4.3.3.3. La inexistencia de diligencias que interrumpan el plazo de prescripción.

En función de que el análisis del segundo agravio, estuvo centrado en el análisis de documentales presentadas por el Ministerio Público Federal, para fundar el hecho de

⁸²⁴ *Voto particular que formula el Ministro Juan N. Silva Meza, en el Recurso de Apelación 1/2004-PS.* P. 96

⁸²⁵ *Ibíd.* P.97

⁸²⁶ *Ibíd.* P.98.

que existieron diligencias que interrumpieron el plazo de prescripción, y que ese estudio esta basado en cuestiones relativas al derecho procesal, en este punto sólo precisaremos, la conclusión final de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia obtenida al entrar en el estudio de dichos documentos:⁸²⁷

- No cualquier acto puede interrumpir el plazo para que opere la prescripción, sino sólo aquellos actos del procedimiento que se practiquen en averiguación del delito y del probable responsable, siempre y cuando no se realicen después de que haya transcurrido la mitad del lapso necesario para que la misma opere, pues en caso contrario, la prescripción no se interrumpirá sino con la aprehensión del inculpado.
- Las actuaciones idóneas para interrumpir el curso de la prescripción de la acción persecutoria, deben estar encaminadas a averiguar los hechos de los que derive el ilícito atribuido al indiciado del delito y no otros, aunque se encuentren relacionados o hayan sucedido en un mismo contexto.
- La titularidad de los actos procedimentales capaces de interrumpir el término para que opere la prescripción de la acción penal, únicamente corresponde al Ministerio Público y a la autoridad judicial.
- Así pues, si la actuación que pretende hacer valer la apelante como interruptora del plazo de la prescripción, consiste en el original de la Averiguación Previa Número FCINVCEN/50/UCDO3/00709/2001-06, iniciada el veintiuno de junio de dos mil uno, es claro que ésta no sólo no se encuentra dentro de la citada mitad del plazo prescriptorio sino que la misma se realizó una vez que ya se había actualizado el término de treinta años para que operara la prescripción de la acción penal, pues el mismo concluyó el diez de junio de dos mil uno. De ello que la citada indagatoria no

⁸²⁷ *Resolución al Recurso de Apelación 1/2004-PS*. 2ª Sala, pp. 109-113



pueda ser apta para interrumpir el citado plazo, máxime que el mismo ya estaba actualizado.

4.3.3.4. El Ministerio Público como titular de la acción penal.

Los argumentos que la representación social de la Federación expone en su tercer agravio se encaminan a:⁸²⁸

- a) Cuestionar la independencia de las instancias encargadas de procurar justicia en la época de los hechos motivo de la consignación, las cuales, dentro de su argumentación, carecían de la autonomía necesaria para poder avocarse a la investigación y persecución de los ilícitos cometidos por los presuntos responsables, dada la calidad de Presidente de los Estados Unidos Mexicanos de Luis Echeverría Álvarez y las condiciones imperantes en el país en aquellos tiempos; ocasionando que las víctimas del delito y sus familiares no tuvieran efectivamente expeditos los derechos a una tutela penal efectiva, a la debida procuración y administración de justicia, y a la reparación del daño, entre otros.
- b) Las víctimas del delito de genocidio en cuestión se abstuvieron de realizar alguna denuncia ante las instancias de procuración de justicia, debido al clima de represión y amenaza existente en la época que siguió a los hechos del diez de junio de mil novecientos setenta y uno. Situación que desprende de diversas declaraciones —de Alejandro Álvarez Béjar, del veintiséis de mayo de dos mil cuatro; Oscar Luis Argüelles Méndez, del ocho de junio de dos mil dos; Alfonso Martínez Peña; Carlos Aquilino Pereyra Cruz; María Paulina Salas Ríos; y, de Pedro Castillo Salgado— vertidas ante la oficina del Fiscal Especial.

⁸²⁸ *Resolución al Recurso de Apelación 1/2004-PS*. 2ª Sala, pp. 136-137



- c) El régimen encabezado por Luis Echeverría Álvarez subvirtió e interrumpió la observancia del orden constitucional en nuestro país, actualizándose la hipótesis prevista en el artículo 136 de la Constitución Federal.

“Artículo 136.- Esta Constitución no perderá su fuerza y vigor, aun cuando por alguna rebelión se interrumpa su observancia. En caso de que por cualquier trastorno público, se establezca un gobierno contrario a los principios que ella sanciona, tan luego como el pueblo recobre su libertad, se restablecerá su observancia, y con arreglo a ella y a las leyes que en su virtud se hubieren expedido, serán juzgados, así los que hubieren figurado en el gobierno emanado de la rebelión, como los que hubieren cooperado a ésta.”

- d) El Ministerio Público como titular del monopolio del ejercicio de la acción penal, único detentador de la facultad de investigación y persecución de los delitos, también poseía el atributo de que sus determinaciones en la averiguación previa eran «inatacables» y no sujetas a control judicial alguno en la época en que se dieron los hechos motivo de la consignación⁸²⁹. Por lo anterior, el Ministerio Público, apelante, estimó que se violó la garantía de audiencia prescrita en el artículo 14, segundo párrafo de la Constitución Federal, ya que el ejercicio de la acción penal correspondía de manera exclusiva al Ministerio Público, sin que la víctima pudiese reclamar jurisdiccionalmente el no ejercicio de la acción penal y teniendo en cuenta el poder político que ostentaba el Presidente de la República sobre los órganos de impartición de justicia, hacía nugatoria la garantía de audiencia prevista en el numeral citado, así como el derecho a la justicia, reconocido en el artículo 17 constitucional, y en los

⁸²⁹ Lo anterior, tomando en consideración que en la época en que sucedieron los hechos motivo de la consignación, la inatacabilidad de las resoluciones del Ministerio Público se desprendía de la interpretación del propio texto constitucional, ya que fue hasta la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación del treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro cuando se estableció, en el cuarto párrafo del artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio y desistimiento de la acción penal podrán ser impugnadas por vía jurisdiccional en los términos que establezca la ley.



diversos instrumentos internacionales⁸³⁰, toda vez que no basta que dicho derecho sea reconocido formalmente sino que debe ser efectivo materialmente.

Por los argumentos anteriores la representación social de la federación, estimó que, ante la complicidad entre los autores del ilícito, se utilizó el cargo de Presidente de la República para impedir la debida investigación y persecución del delito de genocidio, por lo que estima que el plazo para que operara la figura de la prescripción de ninguna manera pudo haber iniciado su cómputo desde el día de los hechos, es decir a partir del diez de junio de mil novecientos setenta y uno, ya que los ahora inculcados tenían el control político de las instancias encargadas de impartir justicia y, en todo caso, dicho cómputo debe iniciar el día que el inculcado dejó de ocupar el cargo de Presidente de la República, es decir, el primero de diciembre de mil novecientos setenta y seis.⁸³¹

Ahora bien, para la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, dichos argumentos no pudieron considerarse como fundados, toda vez que del contenido de los artículos 14, 17, 21 y 102 constitucionales, vigentes en la época en que sucedieron los hechos motivo de la consignación, se desprende que en el propio texto constitucional se establecía:

- 1) Por un lado, que ninguna persona podría hacerse justicia por sí misma ni ejercer violencia para reclamar su derecho, así como que los tribunales estarían expeditos para administrar justicia.
- 2) El monopolio de la persecución de los delitos y el ejercicio de la acción penal a cargo del Ministerio Público (artículos 21 y 102 constitucionales), sin que ello,

⁸³⁰ Artículos 3, 8 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 2, sección 3, incisos A), B) y el 14, sección 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; V y XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y 4, sección 1, in fine y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), así como los principios de *Ius cogens*, incorporados a nuestro sistema jurídico nacional conforme a lo establecido en el artículo 133 constitucional.

⁸³¹ *Resolución al Recurso de Apelación 1/2004-PS*. 2ª Sala, pp. 49-50



como se anotó anteriormente, pueda considerarse contradictorio, ni violatorio de garantía alguna.

Atendiendo a estas razones, son de calificarse como infundados los motivos de inconformidad en los que la representación social de la federación señala que al ser inatacables las determinaciones del Ministerio Público en la averiguación previa y no estar sujetas a control judicial alguno, se violentaba el orden constitucional, respecto a la necesidad de una actuación imparcial, objetiva y expedita de las autoridades encargadas de procurar y administrar justicia para lograr la efectividad de los derechos de los individuos.

Esto es así, ya que las normas constitucionales no pueden vulnerar los derechos previstos en otras normas constitucionales, en virtud de que entre las disposiciones de la Carta Magna no existe contradicción, sino que todas ellas se complementan entre sí. El criterio anterior encuentra sustento en la tesis de jurisprudencia con el rubro: "CONSTITUCIÓN FEDERAL. SUS ESTATUTOS NO PUEDEN SER CONTRADICTORIOS ENTRE SÍ".⁸³²

Por lo que hace al argumento de que el régimen encabezado por Luis Echeverría Álvarez subvirtió e interrumpió la observancia del orden constitucional en nuestro país, actualizándose la hipótesis prevista en el artículo 136 de la Constitución Federal, y la

⁸³² "Las reformas a los artículos 49 y 131 de la Constitución, efectuadas por el Congreso de la Unión, no adolecen de inconstitucionalidad, ya que jurídicamente la Carta Magna no tiene ni puede tener contradicciones, de tal manera que, siendo todos sus preceptos de igual jerarquía, ninguno de ellos prevalece sobre los demás; por lo que no se puede decir que algunos de sus estatutos no deban observarse por ser contrarios a lo dispuesto por otros. La Constitución es la norma fundamental que unifica y da validez a todas las demás normas que constituyen un orden jurídico determinado y conforme a su artículo 133, la Constitución no puede ser inconstitucional; es un postulado sin el cual no se podría hablar de orden jurídico positivo, porque es precisamente la Carta Fundamental la que unifica la pluralidad de normas que componen el derecho positivo de un Estado. Además, siendo "la Ley Suprema de toda la Unión", únicamente puede ser modificada o adicionada de acuerdo con las disposiciones de la misma que en el derecho mexicano se contienen en el artículo 135 constitucional, y únicamente por conducto de un órgano especialmente calificado pueden realizarse las modificaciones o adiciones, y por exclusión, ningún otro medio de defensa legal como el juicio de amparo es apto para modificarla". Amparo en revisión 8165/62. Salvador Piña Mendoza. 22 de marzo de 1972. Unanimidad de dieciséis votos. Ponente: Enrique Martínez Ulloa. S.J.F., 7ª, T. 39, 1ª Parte, p. 22, Pleno, mar. 1972.

Segunda Sala simplemente establece que dicho apreciación es infundada debido a que el Ministerio Público no justificó la razón de su dicho. El hecho de que Luís Echeverría Álvarez, en su calidad de Presidente de la República, tuviera el control directo sobre el Ministerio Público Federal y del Distrito Federal, así como el Gobernador del Distrito Federal, derivaba también de un mandato constitucional, específicamente de lo dispuesto por los artículos 73, fracción VI, bases 3ª y 5ª; 89, fracción II, y 102, por lo cual tampoco en este caso se habría podido actualizar la violación de garantía individual alguna.

Por último, el órgano jurisdiccional establece que nunca fueron vulnerados los derechos plasmados en los instrumentos internacionales a los que alude la representación social de la Federación, ya que esos mismos derechos estaban consagrados en el artículo 17 y demás relacionados de la Constitución General de la República, sin que el hecho de que las resoluciones del Ministerio Público no fueran combatibles por la vía jurisdiccional pudiera considerarse violatorio de tan importante garantía de seguridad jurídica. Al respecto, la Segunda Sala señaló que, no obstante que los gobernados no contaran con un medio jurisdiccional para combatir dichas resoluciones y que, a decir de la representación social de la Federación, los agentes del Ministerio Público gozaran de una inmunidad relativa (en términos del artículo 60 de la Ley Orgánica del Ministerio Público Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el veintiséis de noviembre de mil novecientos cincuenta y cinco), dichos servidores públicos sí eran responsables de su actuación, según se advierte de las siguientes tesis de jurisprudencia emitidas por esta Suprema Corte:⁸³³

“ACCIÓN PENAL, NO ES VIOLATORIA DE GARANTÍAS DEL SUPUESTO OFENDIDO LA NEGATIVA DEL MINISTERIO PÚBLICO PARA EJERCITARLA. No viola las garantías individuales del que se dice ofendido con hechos delictuosos, la negativa del Ministerio Público para ejercitar la acción penal, porque el particular no es titular de un derecho tendiente a exigir el ejercicio de esta acción. Por ende, no puede hablarse de la privación

⁸³³ *Resolución al Recurso de Apelación 1/2004-PS*. 2ª Sala, pp. 151-155



de sus derechos para ese efecto. Compete al Ministerio Público, exclusivamente, el ejercicio de la acción penal y ello obliga a excluir tal acción del patrimonio privado. No es obstáculo para esa conclusión la actitud indebida en que puede incurrir aquella institución, porque, en todo caso, ello vulneraría derechos sociales entre los que se encuentra el de perseguir los delitos, lo que podría motivar el consiguiente juicio de responsabilidad en contra del funcionario infractor de la ley, pero no un juicio constitucional que podría dar como resultado obligar a la autoridad responsable a ejercitar la acción penal, quedando así al arbitrio de los tribunales judiciales de la Federación, la persecución de esos delitos que, según el texto y el espíritu del artículo 21 constitucional, queda excluido de sus funciones. Amparo en revisión 2281/57. Elodia Martínez L. 7 de septiembre de 1971. Unanimidad de diecisiete votos. Ponente: Enrique Martínez Ulloa.⁸³⁴

“MINISTERIO PÚBLICO. CUANDO EJERCITA LA ACCIÓN PENAL NO ES AUTORIDAD. En la tesis jurisprudencial 190, consultable en la Segunda Parte de la última compilación al Semanario Judicial de la Federación, la Primera Sala ha resuelto esta cuestión correctamente y, por lo mismo, este Tribunal Pleno hace suyo dicho criterio, diciendo que: si el Ministerio Público ejercita la acción penal en un proceso, tiene el carácter de parte y no de autoridad, y, por lo mismo, contra sus actos, en tales casos, es improcedente el juicio de garantías, y por la misma razón, cuando se niega a ejercer la acción penal. Las facultades del Ministerio Público no son discrecionales, puesto que debe obrar de modo justificado y no arbitrario, y el sistema legal que garantice a la sociedad el recto ejercicio de las funciones de esa institución, puede consistir en la organización de la misma y en los medios de exigirle la responsabilidad consiguiente, y si los vacíos de la legislación lo impiden, esto no es motivo para que se viole lo mandado por el artículo 21 constitucional. Amparo en revisión 5293/68. Sucesión de Panuncio Hernández. 11 de julio de 1972. Unanimidad de dieciocho votos. Ponente: Ernesto Solís López”.⁸³⁵

4.3.3.5. El fuero constitucional y el cómputo de la prescripción.

De la lectura de los argumentos expuestos en el cuarto agravio así como de la propia síntesis que de ellos se realiza en la resolución aprobada por la mayoría, se advierte que el principal argumento del Ministerio Público de la Federación, es la idea de que

⁸³⁴ S.J.F., 7ª, T. 33, 1ª Parte, p. 13, Pleno.

⁸³⁵ S.J.F., 7ª, T. 43, 1ª Parte, p. 93, Pleno.

no ha operado la prescripción de la acción, en virtud de la existencia del fuero constitucional que, en el momento de los hechos otorgaba inmunidad procesal a algunos de los indiciados, lo anterior de conformidad con los artículos 108, 109 y 111 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, vigente en el año de mil novecientos setenta y uno.⁸³⁶

El tercer párrafo del artículo 108 constitucional Conforme vigente en la época de los hechos, establecía que el Presidente de la República, durante el tiempo de su encargo, sólo podría ser acusado de los delitos de traición a la patria y delitos graves del orden común. En este mismo sentido, para poder proceder penalmente en contra de dicho funcionario público, tratándose de delitos graves del orden común, el artículo 109 constitucional, primer párrafo, establecía que debía mediar declaratoria en ese sentido, por parte de la Cámara de Diputados, erigida en Órgano de Acusación; decisión que ese cuerpo deliberante debía adoptar por mayoría absoluta de sus miembros.

Por lo que hace a los Secretarios de Estado, durante el tiempo de su encargo, los mismos eran responsables por los delitos del orden común que cometieran, pero para poder proceder penalmente en contra de dichos servidores públicos, el artículo 109 constitucional, primer párrafo, establecía que debía mediar, previamente, declaratoria en ese sentido por parte de la Cámara de Diputados erigida en Gran Jurado; decisión que debía adoptar ese cuerpo deliberante por mayoría absoluta de sus miembros.

Por lo anterior, el Ministerio Público de la Federación estaba impedido para ejercitar acción penal contra los referidos inculcados, dado que era necesario remover la condición subjetiva de punibilidad, consistente en el fuero constitucional que los amparaba.

⁸³⁶ *Resolución al Recurso de Apelación 1/2004-PS*. 2ª Sala, pp. 173-175



El Título IV de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, relativo a las Responsabilidades de los Funcionarios Públicos (actualmente Responsabilidades de los Servidores Públicos), que comprende de los artículos 108 al 114, fue reformado integralmente mediante reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el 28 de diciembre de mil novecientos ochenta y dos y estableció, de manera expresa, en el segundo párrafo del artículo 114 constitucional, el principio de que los plazos de prescripción se interrumpirán tratándose de delitos cometidos por servidores públicos a cuyos cargos hace referencia el artículo 111, en tanto tales servidores continúen desempeñando dicha función.

En estos términos, de aplicarse al caso concreto los preceptos reformados en mil novecientos ochenta y dos, tendría que concluirse que hasta que Luís Echeverría Álvarez y Mario Augusto José Moya y Palencia concluyeron en el ejercicio de su encargo como Presidente de la República y Secretario de Gobernación, los plazos de prescripción estaban interrumpidos. En este sentido, si los hechos presuntamente constitutivos del delito de genocidio tuvieron lugar el diez de junio de mil novecientos setenta y uno, precisamente en la época en que aquéllos se desempeñaban en los encargos apuntados, el plazo para computar la prescripción no comenzó hasta que se separaron de los mismos.

No obstante, el punto central para que la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia llegara a dicha decisión, fue establecer si la reforma constitucional de mil novecientos ochenta y dos debe tener efectos sobre hechos que ocurrieron en mil novecientos setenta y uno. Es necesario, por tanto, recordar lo expuesto en el primer agravio sobre la retroactividad de las normas en el ordenamiento jurídico mexicano; y determinar, en este punto, si la prohibición de retroactividad que encontramos en el artículo 14 constitucional es aplicable a normas del mismo nivel jerárquico, esto es, a



normas que se incorporan al texto constitucional mediante el procedimiento establecido en el artículo 135.⁸³⁷

Ahora bien, la Segunda Sala del máximo tribunal, sigue el siguiente orden interpretativo:⁸³⁸

- a) La constitución es un todo lógico, no un conjunto de disposiciones aisladas que puedan ser interpretadas o aplicadas de manera independiente. Esta concepción se fundamenta en que todas las normas constitucionales tienen la misma jerarquía, por lo que una de ellas no puede considerarse inconstitucional por ir en contra de otra norma de la misma jerarquía que compone el mismo cuerpo normativo. En el caso de una pretendida contradicción o antinomia entre normas constitucionales, la misma tiene que ser resuelta mediante interpretación sistemática al no existir parámetro para determinar cuál de ellas debería prevalecer. Estas consideraciones fueron sostenidas por este Tribunal Pleno en la Tesis de rubro “CONSTITUCIÓN, TODAS SUS NORMAS TIENEN LA MISMA JERARQUÍA Y NINGUNA DE ELLAS PUEDE DECLARARSE INCONSTITUCIONAL”.⁸³⁹
- b) La constitución mexicana, entró en vigor el primero de mayo de mil novecientos diecisiete, y desde ese momento ha sufrido una gran cantidad de reformas. Los artículos transitorios de cada una de estas reformas establecen, por lo general la entrada en vigor de la Constitución, que las mismas entrarán en vigor al día siguiente de su publicación; en algunos casos pueden diferir la entrada en vigor de las reformas para un momento en el futuro.

⁸³⁷ *Resolución al Recurso de Apelación 1/2004-PS*. 2ª Sala, p. 182

⁸³⁸ *Ibidem*. Pp. 183-186

⁸³⁹ “De conformidad con el artículo 133 de la Constitución de la República todos sus preceptos son de igual jerarquía y ninguno de ellos prevalece sobre los demás, por lo que no puede aceptarse que algunas de sus normas no deban observarse por ser contrarias a lo dispuesto por otras. De ahí que ninguna de sus disposiciones pueda ser considerada inconstitucional. Por otro lado, la Constitución únicamente puede ser modificada o adicionada de acuerdo con los procedimientos que ella misma establece”. S.J.F., 8ª, Pleno, T.V, p. 17, 1ª Parte, T. XXXIX/90, p. 17



- c) El órgano de reforma de la Constitución, puede determinar hacia el futuro la entrada en vigor y los efectos de las reformas que emite, aun cuando esto no nos dice nada acerca de que sucede con los efectos hacia el pasado de las mismas. Sin embargo, sobre la base del análisis realizado en relación con el primer agravio en el presente asunto, debe recordarse que la Suprema Corte de Justicia ha mantenido, desde la Quinta Época, una doctrina constante en el sentido de considerar que a las reformas constitucionales no se les debe aplicar la prohibición de no retroactividad establecida en el artículo 14, pues tal garantía protege la aplicación retroactiva en contra de las leyes, esto es, de normas jerárquicamente inferiores a la Constitución, pero no en contra de reformas a la Constitución misma.
- d) La razón de ello es evidente, pues si bien se limita al órgano revisor de la Constitución a un procedimiento formal de creación normativa, no es posible imponerle más contrapesos al ejercicio material de sus atribuciones soberanas. De ahí que la prohibición para establecer o dar efectos retroactivos a una norma, sólo opere para las autoridades constituidas, no así para el órgano de reforma constitucional, por ser éste la autoridad constitucional suprema, en la que radica la soberanía, expresada en la facultad de poder tocar la propia norma fundamental, esto es, el ordenamiento supremo de nuestro país.

La Suprema Corte de Justicia sobre este tema establece las siguientes tesis:

“RETROACTIVIDAD DE LA LEY, PRECEPTOS CONSTITUCIONALES NO SON IMPUGNABLES POR. Las leyes retroactivas, o las dicta el legislador común o las expide el Constituyente al establecer los preceptos del Código Político. En el primer caso, no se les podrá dar efecto retroactivo, en perjuicio de alguien, porque lo prohíbe la Constitución; en el segundo, deberán aplicarse retroactivamente, a pesar del artículo 14 constitucional, y sin que ello importe violación de garantía individual alguna. En la aplicación de los preceptos constitucionales hay que procurar armonizarlos, y si resultan unos en oposición con otros, hay que considerar los especiales como excepción de aquellos que establecen principios o

reglas generales. El legislador constituyente, en uso de sus facultades amplísimas, pudo, por altas razones políticas, sociales o de interés general, establecer casos de excepción al principio de no retroactividad, y cuando así haya procedido, tales preceptos deberán aplicarse retroactivamente. Para que una ley sea retroactiva, se requiere que obre sobre el pasado y que lesione derechos adquiridos bajo el amparo de leyes anteriores, y esta última circunstancia es esencial".⁸⁴⁰

Esta conclusión se refuerza si partimos de que la Constitución es la norma suprema de un orden jurídico nacional por ser el resultado de un proceso decisorio llevado por el órgano de creación del orden jurídico, y tal órgano, por su propia posición al interior del orden jurídico, puede adoptar cualquier clase de decisión. Por lo tanto cada reforma debe mantener la unidad normativa de la aplicación temporal de las normas constitucionales, pues de no hacerlo así, enfrentaríamos el problema de que la constitución dejaría de representar un todo unitario, para convertirse en un conjunto de normas diferenciables entre sí por razón del momento de entrada en vigor, lo cual generaría problemas prácticos, además de un importante debilitamiento del entramado normativo supremo de nuestro orden jurídico.⁸⁴¹

En consecuencia, aun cuando el artículo 14 constitucional establece que a ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna, debe entenderse que tal disposición no obliga al órgano de reforma constitucional cuando se decide a realizar modificaciones constitucionales. La garantía de la no retroactividad, no puede tener el alcance, aun consagrada por la misma Constitución, de impedir o limitar las reformas de ésta, ni mutilar los efectos de tales reformas, hechas en uso de la soberanía nacional y con miras a los más elevados intereses públicos, ni obligar a arrastrar efectos nocivos al interés social, derivados de legislaciones anteriores.

Siendo tal la voluntad del constituyente, a las autoridades constituidas únicamente resta aplicar lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 114 de la Constitución

⁸⁴⁰ S.J.F. Apéndice de 1995, 5ª, T. I, p. 282, Pleno.

⁸⁴¹ *Resolución al Recurso de Apelación 1/2004-PS*. 2ª Sala, p. 186



General de la República por encima de cualquier norma inferior que estipule lo contrario, incluso cuando esta última fuera la que se encontrara en vigor al momento de cometerse los hechos presuntamente constitutivos de un delito, sin que ello implique, como ya se anotó, la afectación a la garantía de la irretroactividad de la ley consagrada en el artículo 14 constitucional.

En estos términos, se concluye que hasta que LUIS ECHEVERRÍA ÁLVAREZ Y MARIO AUGUSTO JOSÉ MOYA Y PALENCIA concluyeron en el ejercicio de su encargo como Presidente de la República y Secretario de Gobernación, los plazos de prescripción estaban interrumpidos. En este sentido, si los hechos presuntamente constitutivos del delito de genocidio tuvieron lugar el diez de junio de mil novecientos setenta y uno, precisamente en la época en que aquéllos se desempeñaban en los encargos apuntados, el plazo para computar la prescripción no comenzó hasta que se separaron de los mismos.

Antes de concluir, no debemos pasar por alto que dentro de su agravio el Ministerio Público no hace ninguna referencia con respecto de la reforma constitucional de mil novecientos ochenta y dos, del artículo 114 de la Constitución Federal, ni de su aplicación retroactiva, pues de hecho ni siquiera se señalan; no obstante, dichos temas fueron estudiados oficiosamente en la resolución aprobada por la mayoría, violentando, con ello, las reglas legales del recurso de apelación. En ese sentido, resolver el agravio con base en la aplicación de la reforma constitucional, sin que el Ministerio Público de la Federación recurrente lo hiciera valer como agravio, viola lo dispuesto por el artículo 364 del Código Federal de Procedimientos Penales, interpretado a *contrario sensu*, que dispone que la suplencia sólo opera a favor del inculpado.



CONCLUSIONES

1. El concepto de constitución es descrito principalmente desde tres puntos de vista: el jurídico, el político y el ético, cada uno analizado por su respectiva disciplina científica: Ciencia del Derecho, Ciencia Política y Filosofía; por lo que, el examen del fenómeno constitucional muestra facetas y características diferentes, pero interrelacionadas todas en la realidad. Por lo cual, el Constitucionalismo Científico sólo puede construirse mediante un análisis multidisciplinario que en la práctica nos brindará respuestas más acabadas y completas de las cuestiones constitucionales.

Desde la perspectiva de la Ciencia del Derecho, la noción del fenómeno constitucional es manejada primordialmente como la «constitución de un orden jurídico» que es el conjunto de normas establecidas por el primer acto constituyente del orden jurídico, que confieren facultades que determinan las formas y procedimientos de la sucesiva creación y aplicación del derecho.

Para el análisis de la Ciencia Política, el significado de constitución importa como la «constitución del Estado», concebida como una realidad, es decir como un conjunto de decisiones políticas fundamentales que adopta el titular de la soberanía y que definen el ser o modo de ser del Estado.

Entender desde un ángulo ético a la constitución es entenderla como una serie de valores compartidos por la sociedad en un momento histórico determinado, cuyo propósito es dar legitimidad al orden jurídico y político. El «constitucionalismo moderno» sólo acepta como «constituciones legítimas» aquellas vinculadas a un proceso democrático; por lo que, una constitución, debe limitar el uso del poder, garantizar los derechos fundamentales de la humanidad y los valores propios de la comunidad específica a quien va dirigida.



2. La *teoría constitucional* o *constitucionalismo científico* se integra por: a) el estudio de los principios de organización, fruto de las decisiones de los factores reales de poder (el elemento político de la constitución); b) la postura jurídica formal, la cual nos aporta elementos necesarios para el trabajo cotidiano del profesional del derecho y nos ofrece la estructura que dará soporte a las decisiones políticas; y c) el análisis de los contenidos axiológicos y principios de convivencia de una sociedad, necesarios para la continuidad de organización llamada Estado.
3. La *prudentia* desarrollada en Roma es propiamente la primera disciplina humana dedicada a la prescripción de conductas, la cual es realizada a través de juicios morales, de trato social, religiosos y también jurídicos; con el paso del tiempo, y gracias al pragmatismo romano, se concentraría en el análisis únicamente del derecho, dando paso a la *jurisprudencia*. Sería con la incorporación de los principios griegos para la creación del saber científico que esta disciplina se convertiría en una verdadera ciencia.

Desde la época de su nacimiento, como jurisprudencia, la Ciencia Jurídica tiene como principal tarea “decir” el derecho, o sea, establecer el material jurídico existente e interpretarlo; esta labor, se realiza a través del descubrimiento y creación de los conceptos técnicos y definiciones producto de la labor científica del jurista.

4. La moderna Ciencia del Derecho es un análisis teórico científico que tiene el propósito de «identificar» lo relativo a las fuentes, la vigencia, la eficacia y los criterios de interpretación de las instituciones jurídicas.

El carácter dogmático de la Ciencia Jurídica, se debe a que, para desarrollar su práctica profesional el jurista determina y describe el material reconocido como derecho sin cuestionar en ningún momento la legitimidad de su contenido.



La dogmática jurídica también se fundamenta en los principios ideológicos de coherencia y completitud del orden jurídico, ya que es imposible el desarrollo de la práctica y realidad del derecho, si el jurista se detiene a cuestionar las lagunas, contradicciones, vaguedad y ambigüedad en sus preceptos. El jurista, dogmáticamente, asume que las normas no pueden ser ambiguas ni que tienen un significado impreciso. Esos vicios son sólo aparentes, ya que la inserción de una norma en un contexto sistemático les da un significado preciso. El derecho no puede ser inconsistente, porque si hay dos normas en apariencia incompatibles, hay que investigar si está presunto algún principio o regla que permita otorgarles ámbitos independientes. Este ideal trae como consecuencia eliminar las contradicciones, completar las lagunas, suprimir las redundancias, restringir el grado de vaguedad y ambigüedad del lenguaje del legislador: *la reformulación del derecho*.

5. La técnica jurídica es la disciplina de la Ciencia Jurídica encargada de desarrollar las reglas que restringen el arbitrio del jurista para la reformulación del derecho y conservar así los ideales de completitud y coherencia.
6. La palabra Interpretación proviene del latín: «*Interpretatio*», a su vez, del verbo *interpretor* que significa: “servir de intermediario”, “venir en ayuda de”. El verbo *interpretor* deriva de *interpres*, que significa agente o intermediario. Interpretar se refiere normalmente a establecer o declarar el significado de un texto.

Existen dos tipos de interpretación jurídica los cuales se denominan: «interpretación positiva» e «interpretación doctrinal». La «interpretación positiva» aparece, como el acto de significación mediante el cual un órgano (legislativo, administrativo o judicial) determina el significado de los materiales jurídicos que él tiene que aplicar a fin de continuar el proceso progresivo de creación del derecho, el cual se inicia en la constitución y se termina en el último acto individualizado de

ejecución. Por su parte la interpretación doctrinal está conformada por lo que dicen los científicos del derecho, en un conjunto de enunciados descriptivos del fenómeno jurídico y que proporcionan una significación jurídico-cognoscitiva al derecho.

7. La técnica jurídica tradicional establece para la solución de los problemas relativos a la interpretación e integración del derecho, las siguientes herramientas:
 - a) las Operaciones lógicas: *A contrario sensu*, *A simile ad simile*, *A maiore ad minus*, *A minore ad maius*; b) la costumbre; c) la equidad; d) la analogía y d) los principios generales del derecho.

8. Conforme a la literatura jurídica, los principios generales del derecho, es el concepto menos preciso y por lo tanto ambiguo para la solución de problemas de reformulación del derecho; pero, como conclusión al presente trabajo, dichos principios pueden precisarse de la siguiente manera:
 - a. Los principios son considerados dentro del orden jurídico como prescripciones de un grado de generalidad relativamente alta, y las normas de un grado relativamente bajo. Un ejemplo de una norma de grado relativamente alto de generalidad es el precepto de que todos gozan de libertad de creencias.
 - b. Los principio generales del derecho se caracterizan porque, careciendo de concreción, no pueden encontrar una aplicación como normas inmediatas para la decisión de algún órgano estatal; a pesar de lo cual, son imprescindibles en la constitución jurídica del Estado como reglas de interpretación.
 - c. Las normas jurídicas son aplicables en la forma todo-o-nada, pero en cambio los principios no. Si una norma es validad entonces se aceptan sus consecuencias; pero, sino no es validad entonces no cuenta para nada en la decisión. En cambio los principios, aun cuando según su formulación sean



aplicables al caso, no determinan necesariamente la decisión judicial, sino que solamente proporcionan razones que hablan a favor de una u otra decisión.

- d. Los principios tienen una «dimensión de peso» que se muestra en choques entre principios. Si chocan dos principios, se da un valor decisorio al principio que en el caso tenga un peso relativamente mayor, sin que por ello quede invalido el principio con el peso relativamente menor. En cambio en el conflicto entre normas, una de las dos normas debe resultar nula dentro del orden jurídico.
 - e. El punto decisivo para distinción entre normas y principios es que los principios son preceptos que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente, mandatos de optimización que se caracterizan por que pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de la posibilidades fácticas, sino también de sus posibilidades jurídicas.
9. La interpretación jurídica ha sido motivo de varios análisis a lo largo de la historia de la Ciencia Jurídica y alrededor de ella se ha formado varias escuelas, cuyo propósito es determinar una metodología para resolver los problemas de interpretación e integración del derecho. Podrá observarse que las escuelas exegética, científica francesa y en especial la escuela analítica, exponen una metodología de solución ante la interpretación e integración de las normas jurídicas, basados en un punto de vista meramente positivista, es decir, desde una perspectiva formalista, con base en datos empíricos extraídos únicamente de los materiales jurídicos (normas, sentencias, jurisprudencias) y la aplicación de principios lógicos, disciplina que en la técnica jurídica es llamada hermenéutica jurídica. Sin embargo, otras escuelas como las realistas y sociológicas, basan sus sistemas de interpretación, desde fuera de la técnica jurídica, es decir apoyando



sus modelos en directrices sociales, culturales, políticas, económicas, etcétera, llegando a concebir a la hermenéutica jurídica y sus herramientas de interpretación (la costumbre, analogía, equidad, los principios generales del derecho) como meros artificios para dotar de una razón lógica a sus decisiones. Abriendo un camino diferente, hacia la búsqueda de soluciones en materia de interpretación e integración de las normas.

10. La escuela de la argumentación jurídica tiene su origen en una serie de obras de mitad del siglo XX que comparten entre sí el rechazo de la lógica formal como instrumento para analizar los razonamientos jurídicos; cada teoría de la argumentación jurídica está básicamente fundada en el estudio sobre la actividad jurisdiccional, es decir sobre los argumentos de los jueces y busca métodos que permitan acercarse mejor a la realidad del trabajo jurídico.

La escuela de la argumentación jurídica, basa sus tesis en el estudio de la llamada «decisión jurídica», la cual, integrada por problemas de interpretación e integración, no puede darse como un acto de arbitrio de un órgano jurisdiccional o administrativo, ya que existe la obligación de darle “al pueblo” explicaciones o razones, sobre el actuar de la autoridad, para brindarle con ello una “sensación” de seguridad. Por lo tanto, todo acto de autoridad debe cumplir con la formulación de argumentos que sirvan de fundamento y motiven el «porque» de una determinada decisión y no de otra. Esta fórmula de actuación de la autoridad expone que todo acto de «decisión jurídica» (interpretación, integración, solución a problemas de aplicación de la ley), debe llevar acompañado de un acto de argumentación.

La necesidad de argumentar jurídicamente se basa en conseguir a través del texto de la ley, de las tesis judiciales, de la costumbre, de la doctrina, o de motivos y puntos de vista razonables, la aceptación de decisiones, ordenes, castigos, etcétera, dictadas por las autoridades jurisdiccionales o administrativas.



Entendiendo por argumentar el acto de brindar las razones que justifiquen un acto emitido por una autoridad.

11. Un «caso difícil» se presenta si existe incertidumbre, ya sea porque dentro de un orden jurídico existen varias normas que en su contenido resultan ser contradictorias, o también porque no existe norma exacta aplicable a un caso concreto. Para solución de los casos difíciles la teoría del derecho moderna finca su estudio en el análisis de las decisiones de los órganos jurisdiccionales ya que son estos los que tienen que brindar fundamentalmente argumentos jurídicos; en consecuencia nacen dos posturas encontradas sobre la solución a los casos difíciles: «la discrecionalidad judicial» y «la única respuesta correcta».

El modelo de «la discrecionalidad judicial», de corte positivista, reconoce la existencia de los casos difíciles y dicta que en estos casos, el juez a través de su discrecionalidad los resuelva. Este modelo defiende el poder político del juez y le permite la aplicación de normas retroactivas. El derecho no ofrece una única respuesta correcta sino una variedad de posibles soluciones, de las cuales, el juzgador elige a discreción entre ellas. El acto de interpretación relativo a establecer el significado de cualquier material jurídico es un acto de «decisión discrecional». El órgano intérprete decide el sentido de la norma, según su discreción (conjunto de aspectos culturales, inquietudes, emociones, sentimientos, apetitos y deseos). En esta operación de reflexión jurídica, no existe contradicción con los principios de seguridad jurídica, ya que se cumple con el principio superior de completitud de todo orden jurídico.

Por su parte el modelo de «una respuesta correcta» está basado en la existencia de situaciones en las que resulta demasiado complicada la aplicación de una norma concreta, pero para el aplicador del derecho, el orden jurídico no sólo está integrado de normas concretas, sino, además por principios; lo que significa que éstos pueden ser aplicables a la solución de los casos difíciles. Los materiales

jurídicos compuestos por normas, directrices y principios son suficientes para dar una respuesta correcta al problema planteado.

12. La concepción moderna sobre la decisión judicial parte de la idea de que el fallo de la autoridad, en su mayoría de veces, no es una conclusión «necesaria» producto de un silogismo, sino, propiamente una «decisión» que, como tal, presupone la posibilidad de optar por otra u otras soluciones. El mismo ordenamiento jurídico al establecer el sistema de recursos contra las resoluciones judiciales toma como punto de partida la idea de que la misma cuestión debatida puede ser objeto de soluciones diversas.

Un error en el que se incurrió durante el siglo XIX e incluso a comienzos del XX, fue el de suponer que el orden jurídico positivo estaba constituido sólo por normas generales y que las decisiones jurisdiccionales eran simplemente una aplicación silogística del derecho; la subsunción es una visión excesivamente mecanicista de la aplicación del derecho, haciendo que la labor del juez se limite a la de un mero vigilante en el proceso, debido a que la operación de decisión podría llevarse a cabo automáticamente. La búsqueda de métodos que permitan acercarse mejor a la realidad del trabajo jurídico, y las posibilidades de control racional del mismo, condujeron a los teóricos a fijar su atención en la tópica, otra tradición aristotélica, diversa de la lógica.

13. La palabra tópica proviene del griego «*topos*», que significa, lugar, motivo, asunto tratado en un discurso o una obra, pasaje de un escrito, y, finalmente, «lugar común». En la obra de Aristóteles el *Organon*, los «*topos*», «*tópois*» o «*tópicos*» son enunciados que cuentan con un alto grado de aceptación general, los cuales sirven de base o fundamento a discursos propios de la tarea del convencimiento. La tópica, contiene la doctrina del razonamiento sobre lo probable; es el método que enseña a descubrir los “puntos de vista” apropiados, los “lugares comunes”



eficaces para discutir sobre un tema cuya solución no rebase el campo de lo probable. Los tópicos son razonamientos probables, más no demostrativos.

14. La retórica surge de los razonamientos dialécticos, que Aristóteles examinó en los *Tópicos*, en la *Retórica* y en las *Refutaciones de los Sofistas*, en los cuales no se establecen demostraciones científicas, sino se guían las deliberaciones y controversias. La retórica se orienta a estudiar los artificios verbales destinados a conseguir efectos prácticos, como el de conseguir que alguien se persuada o convenza de algo; como por ejemplo, que el juez produzca una sentencia favorable. Los argumentos retóricos no tratan de establecer verdades evidentes, pruebas demostrativas, sino de mostrar el carácter razonable, plausible, de una determinada decisión u opinión. Por eso en el concepto de «argumentación» es fundamental la idea de un auditorio al que se trata de persuadir.
15. La lógica de lo razonable, es la base metodológica para la interpretación que nos expone el maestro Luis Recaséns Siches, la que en contra de la lógica formal, se fundamenta en principio de equidad y la experiencia histórica; Siendo la equidad la regla universal que indica al juez que una decisión deberá ser observada siempre y sin excepción, para la solución de problemas semejantes.
16. El modelo teórico de Neil MacCormick intenta conciliar tanto el aspecto lógico-formal con el aspecto retórico de la argumentación jurídica, afirmando que justificar una decisión en un caso difícil, representa: a) que la decisión en cuestión, cumpla con el requisito de universalidad (es decir, que este apegada a la lógica); b) tenga sentido en relación con el sistema (es decir, que cumpla con los requisitos de consistencia y de coherencia); y c) tenga relación con el mundo (lo que significa que un argumento decisivo es un argumento consecuencialista).
17. Por último, dentro de las teorías de la argumentación, existe una teoría paradigmática postulada por el jusfilosofo Robert Alexy, quien nos ofrece una vía



para llegar a la respuesta racionalmente correcta a través de una teoría procedimental. Este camino se abre con la comprensión de que los principios y las normas (sustantivas) no conforman por completo el orden jurídico, ya que estas necesitan del derecho adjetivo para su aplicación. Estableciendo que en un nivel se encuentran los principios y en otro las normas sustantivas, debemos complementar el orden jurídico con un tercer nivel, de normas adjetivas o procesales que estén guiadas bajo el esquema de la comunicación racional.

18. Cuando interpretamos la constitución confrontamos sus prescripciones jurídicas con un hecho de la realidad, ya sea la conducta de un particular u órgano de gobierno, un acto administrativo o una ley; se interpreta para darle a dicho acto o hecho un sentido constitucional o inconstitucional.

Cuando el órgano aplicador establece el significado de lo dicho por la ley fundamental, se presenta la «interpretación positiva» de la constitución; de ese significado dependerá tanto la ejecución como la creación sucesiva del orden jurídico. La interpretación positiva de la constitución se manifiesta, sobre todo, en los actos donde se establecen nuevos materiales jurídicos (tratados, leyes, reglamentos y cualquier acto que aplique inmediatamente la constitución) que continúan y complementan el orden jurídico.

La interpretación constitucional puede ser positiva y doctrinal; la primera se manifiesta en actos de aplicación tales como leyes y sentencias; y la segunda se limita a brindarnos la significación, cognición, descripción y valoración de la constitución.

19. Desde un punto de vista estrictamente formalista y teórico puede considerarse únicamente a la constitución como discurso prescriptivo, sin ninguna diferencia con las demás normas que integran el orden jurídico; sólo es diferente en cuanto a que es la norma más mediata del sistema y por lo tanto, se relaciona con la



totalidad de los actos y normas que forman el sistema jurídico. En consecuencia para la tesis formalista no existe ninguna diferencia entre el ejercicio hermenéutico de una norma fundamental respecto de cualquier norma del orden jurídico. Y por lo tanto, la decisión jurídica se depositara en la persona del órgano aplicador con las únicas restricciones a su discrecionalidad impuestas por el acto jurídico (norma, convención o acuerdo) que faculta a dicho órgano. Para la dogmática jurídica, los métodos de interpretación no representan la obtención de una respuesta correcta, sino un mayor numero de posibilidades de interpretar un determinado material jurídico y en consecuencia un mayor número de posibilidades en la toma de decisiones. Desde este punto de vista no es posible una interpretación cualitativa o sustancial de la constitución.

A pesar de la esplendida teoría formalista sobre la norma jurídica y su aplicación, atendiendo a la forma, no podemos en la realidad separar que la norma también es contenido. Los problemas de interpretación de una constitución no se resuelven desde una perspectiva estrictamente legal, sino en los hechos, los órganos estatales, así como los doctrinarios, en su tarea interpretativa califican además de lo jurídico, el aspecto político y las consecuencias sociales de las decisiones jurisdiccionales. La realidad no está dividida y el órgano aplicador no sólo fundamenta sus decisiones en las reglas de derecho para resolver un problema de interpretación; sino además, se allega de criterios racionales o científicos que proporcionan otras disciplinas del conocimiento como la Ciencia Política, la Sociología o la Ética.

La tesis formalista no resuelve convincentemente los problemas de interpretación de los casos difíciles y que forzosamente se tiene que recurrir a elementos meta-jurídicos para la solución de problemas de interpretación, y es ahí donde la Ciencia Constitucional se define como un cuerpo de doctrina que integra conocimientos de la Ciencia Jurídica, Teoría Política o Filosofía, para la solución de



los problemas e interpretación de la constitución. El sentido literal del texto no brinda las respuestas a todas las cuestiones que se le presentan al intérprete, por lo tanto deberá tener en cuenta la teoría constitucional del sistema jurídico-político al que pertenece y los principios morales, acuñados por la sociedad.

20. La búsqueda de un modelo de interpretación constitucional, quedaría estructuralmente incompleto si sólo estuviera sostenido por la perspectiva de los argumentos de la dogmática jurídica. Las otras columnas del modelo deben ser proporcionadas: una por las «consideraciones políticas», es decir por un cuerpo de doctrina política, que nos indique las pautas para entender la constitución del Estado, como un fenómeno de poder; y otra columna establecida por las consideraciones éticas, las cuales nos proporcionarían los fines éticos del Estado. Estas tres columnas argumentativas nos proporcionarían los elementos para sustentar la toma de decisiones de los órganos estatales que aplican el derecho ante un caso de interpretación de la constitución.
21. La interpretación de la constitución, es una especialidad de la hermenéutica, desarrollada por los órganos facultados, quienes deciden sobre el sentido de texto constitucional, como resultado de argumentos en los cuales se integran sistemáticamente las reglas de derecho, el sentido de la constitución como decisión política y los valores acuñados por la sociedad; por lo que, el intérprete debe cuidar la coherencia de su decisión con el orden jurídico, las consecuencias políticas y su trascendencia en la sociedad. El órgano aplicador consigue a través de la interpretación integral de la constitución, que su decisión sea formalmente legal, políticamente responsable y moralmente legítima.
22. Al involucrar los argumentos teóricos políticos en el modelo de interpretación, la constitución no sólo será considerada como forma, sino como contenido, lo que va a establecer problemas particulares y conocimientos doctrinales especiales



que derivan de la Ciencia Política. Para muestra existen dos órganos constituidos que reciben una influencia política diferente, por un lado el órgano político por antonomasia como es un congreso o parlamento; y por otro lado tenemos, al órgano judicial, que a pesar de su supuesta autonomía política, observamos como los tribunales constitucionales dejan de ser vigilantes de la legalidad para convertirse en órganos de control de político de los órganos legislativo y ejecutivo.

Los argumentos teórico políticos están sustentados en un discurso basado en juicios sobre la forma de vida de una comunidad políticamente organizada, llevados dentro de un contexto de certidumbre concreta en cuanto a su cultural y costumbres. Los participantes (sociedad y gobierno) llegan a acuerdos para tratar de solucionar problemas de entendimiento y comunicación entre ellos (canales de opinión y participación), así como de identidad al ser miembros de una comunidad (nación o Estado). Con base en estos acuerdos se determinan nuevas pautas de conducta, por ejemplo, el trato deseado de unos con los otros, o el trato hacia las minorías o con los grupos marginados. Estos acuerdos definen el tipo de sociedad queremos vivir; es decir, se definen: el tipo de Estado y la forma de gobierno.

El análisis teórico político, del órgano intérprete, no debe confundirse con el análisis de voluntad política, la cual si en ciertas ocasiones está dirigido a decidir lo mejor para los ciudadanos como miembros de una comunidad, en la mayoría de veces cuida, ante todo, los intereses del individuo en el poder o de terceros cercanos a él.

23. Desde la perspectiva ética, la posibilidad de integrar a los principios, como parte del orden jurídico, confirma que la Interpretación de la ley ordinaria difiere sustancialmente de la interpretación de la constitución, ya que, mientras las normas legislativas son primordialmente sólo normas, las prescripciones constitucionales comprenden, además, principios. Los argumentos de principio



justifican una decisión del gobierno cuando se demuestra con ellos el respeto de algún derecho, individual o de grupo social. Por ejemplo, el argumento a favor de leyes que se oponen a la discriminación de grupos indígenas y que sostiene que una minoría tiene derecho a igual consideración y respeto, es un argumento de principio.

24. Las funciones que realiza la interpretación constitucional dentro de la práctica de los órganos estatales son de orientación, aplicación y control de constitucionalidad.

En los casos de irregularidad parcial del orden jurídico, entendiendo por tal su observancia momentánea y fragmentaria por actos de gobierno, los sistemas de defensa y de control de constitucionalidad se traduce en el más importante medio de preservación del Estado de derecho para conjurar los efectos del acto anticonstitucionalidad.

La interpretación constitucional es una herramienta de los medios de control constitucional. Y es precisamente esta función la que mejor puede ilustrarnos sobre las particularidades de la interpretación constitucional. Existen dos formas principales de esta función conectadas con instituciones especiales de control: el control constitucional de la legislación en general y de la promulgación de leyes en particular, y la institución de responsabilidad constitucional de algunas personas por un comportamiento contrario a las reglas constitucionales, y algunas veces también contrario a las reglas legales.

25. La interpretación constitucional, es un concepto que se refiere al hecho de confrontar los actos de los órganos constituidos con lo determinado en el texto constitucional y declarar si estos son constitucionales o inconstitucionales. Este ejercicio hermenéutico, no sólo gira en torno del derecho sustantivo, sino que también recae en las normas de derecho adjetivo, es decir también la



interpretación constitucional está inmersa en los procedimientos necesarios para la orientación y aplicación de las normas constitucionales, o en todos aquellos procedimientos del control de la constitucional del poder político. Igualmente el órgano aplicador utiliza la interpretación constitucional cuando resuelve cuestiones que el análisis legal no es suficiente para ser resueltas.

26. Como antecedentes de la interpretación constitucional en nuestro sistema jurídico apreciamos que durante los inicios del México independiente proclamado en el Acta Constitutiva y Constitución de 1824 hasta las Bases Constitucionales de 1835 -1838 y las Bases Orgánicas de 1843, se puede observar que la interpretación positiva de la constitución únicamente podía ser realizada por un órgano de carácter político y función legislativa. Este modelo estaba inspirado en la pureza del principio de «división de poderes»; creado para proteger el sistema de organización republicano y federalista; legitimado en un gobierno representativo producto de la soberanía nacional.

En el Acta Constitutiva y Reforma de 1847 en cuanto al tema de la interpretación constitucional, podemos observar que sigue siendo el Congreso General, el protagonista de la aplicación de la constitución; sin embargo, ya se observa una sujeción al poder político de las legislaturas de las entidades federativas que actuando en mayoría podrían declarar la inconstitucionalidad de una decisión tomada por el Congreso. Por otro lado, al otorgársele a los tribunales federales la defensa de las garantías individuales por medio del juicio de amparo, inicia la era en que los órganos jurisdiccionales tienen la facultad de aplicar la constitución y por lo tanto interpretarla en la solución de conflictos de los gobernados por actos de los órganos de gobierno que violentarán sus garantías individuales establecidas en la Constitución.

Es en la Constitución Federal de 1857 En cuanto a la interpretación de la constitución, disminuye el peso del control político en nuestro derecho



constitucional, para consolidarse la interpretación judicial, a cuyo conocimiento quedaron sometidas las violaciones de las garantías individuales y las invasiones de la esfera federal en la local.

Una vez que existen órganos jurisdiccionales que tienen la facultad de interpretar la constitución, se abre la función de control de la constitucionalidad en nuestro sistema. Convirtiéndose la Suprema Corte de Justicia en el principal órgano estatal de interpretación de la constitución ya que sus decisiones definían la constitucionalidad de los actos del órgano legislativo.

27. Una vez que entra en vigor la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la actuación e interpretación de la Suprema Corte hasta 1927 estuvo sujeta a la proximidad de la Revolución y del Congreso Constituyente. Ello implica que la principal motivación de su labor hermenéutica consistiera en conferirle eficacia al texto, resolver los problemas de temporalidad que se suscitaron con el cambio de régimen y constitución y, lo que es más importante, erigir su legitimidad como principal intérprete.

Durante el periodo de 1928 a 1934 se dio una nueva composición de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, lo que produjo nuevos criterios jurisprudenciales que tuvieron un curso predominantemente liberal, que fortaleció el sentido de las garantías individuales, la restricción de órganos de gobierno y la ampliación de las posibilidades de defensa de la Constitución. Y muy importante, fue que esta Corte demostró que los órganos jurisdiccionales pueden tener una argumentación, de sus decisiones, propia y alejada del poder político.

Existió un periodo de corte socialista en los años de 1934 a 1940 donde el conjunto de decisiones y criterios tomados por la Suprema Corte da por resultado un nuevo sentido al ideario político de la revolución mexicana, lo que, exigió la integración de una Corte con personas afines a dicho ideario político. La Corte fue



un factor determinante en la consolidación de la ideología revolucionaria. Por lo tanto, la interpretación constitucional fue la expresión ideológica a través de la cual el ejercicio del gobierno fue más de carácter social, subordinando al individuo frente a los colectivos sociales. En este periodo predominan los argumentos políticos y éticos, producto de la voluntad política imperante en este periodo.

En el periodo “estatista” (1940-1994) mediante el sistema de reducción de contenidos en los criterios de la Suprema Corte, se pudo llevar a cabo el control de la regularidad constitucional de las normas y actos de autoridad sometidos a su conocimiento; resolvió casos concretos sin tener que recurrir a criterios generales, que no comprometieran a el Poder judicial en casos futuros; por lo que la Suprema Corte pudo amparar a un número amplio de particulares y, al mismo tiempo, no establecer criterios generales que pudieran convertirse en restricciones para el ejercicio del poder público.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación a partir de su quinta y hasta la octava época, realizó su labor interpretativa de la constitución mexicana, de tan diversas maneras y distintos métodos que es muy difícil identificar la teoría constitucional bajo la cual razonan sus criterios. Por ejemplo, los razonamientos para confrontar la realidad con las normas estaban sustentados en lugares comunes como: «la voluntad del legislador» (la cual extraían de las diversas exposiciones de motivos, dictámenes o debates legislativos), «la analogía»; en cuanto a la determinación de los fines o propósitos de la imposición de instituciones se acudía nuevamente a la «voluntad del legislador» o a los criterios llamados «teleológicos» o «funcionales»; y durante el periodo estatista, la mayoría de resoluciones se alejaba de sustentar criterios generales de interpretación y se dedicaba a resolver litigios en concreto.

28. Con las reformas constitucionales de 1994 el diseño institucional que siguió la reforma estuvo encaminado a que la Suprema Corte de Justicia de la Nación

adoptara las características de un tribunal constitucional del sistema concentrado de control de la constitucionalidad, por lo que, era necesario dotarla de atribuciones para controlar la constitucionalidad de cualquier acto de autoridad, permitir que los órganos del Estado defendieran sus competencias, facultar el planteamiento de cuestiones de constitucionalidad de tipo abstracto, y darle a las resoluciones efectos generales. La forma que se propuso para cumplir con los objetivos apuntados fue, en materia jurisdiccional, mediante la ampliación de los supuestos de las «controversias constitucionales» y la creación las «acciones de inconstitucionalidad».

29. En la actualidad la interpretación de la constitución cumple con las funciones de:
- a) Orientación, ya que en el Estado social de derecho adoptado por la Nación mexicana, se basa sobre todo en un régimen de legalidad; por lo que, los primeros destinatarios de la ley fundamental son las autoridades, quienes tienen la principal obligación de actuar conforme al marco constitucional y las normas que de él emanan.
 - b) Aplicación, por el órgano legislativo, conforme a los artículos 72, inciso f y 73, fracción XXX de la Constitución Política, para expedir lo que suelen denominarse “leyes interpretativas”; obviando, por supuesto, todas las demás hipótesis cotidianas donde la función de orientación por su trascendencia a la realidad se convierte en aplicación.
 - c) Control de la constitucionalidad, mediante los siguientes procesos jurisdiccionales: 1) Controversias Constitucionales; 2) Acciones de Inconstitucionalidad; 3) Juicio para la Protección de los Derechos Políticos y Electorales de los Ciudadanos; 4) El Juicio de Revisión en Materia Electoral; y 5) Juicio de Amparo.



30. La Suprema Corte, en la novena época, empieza a reconocer que para interpretar la Constitución hay que tomar en cuenta una serie de valores; entonces, el significado de las normas ya no se determina únicamente a partir de su textualidad, sino también por el sentido atribuido a los valores que animan el ordenamiento constitucional. Por lo que, la interpretación constitucional ha presentado una radical transformación en las formas de interpretación del derecho, así como en la forma de razonarlo, ya que ahora, además de recurrir a las técnicas tradicionales de interpretación, se acude primordialmente a los métodos de ponderación de valores.
31. No se puede considerar que la Suprema Corte basa su sistema interpretativo bajo un concepto de constitución sistemático y bien establecido, ya que lejos de tratar de establecer mediante sus decisiones una teoría constitucional, ha preferido interpretar de manera separada las diversas partes de ésta. La Suprema Corte en su nueva posición de “tribunal constitucional” al ampliar los criterios tradicionales, han dejado atrás las ideas de «analogía» o «mayoría de razón» y muchos otros criterios de solución de interpretación e integración del orden constitucional, y basa sus decisiones primordialmente en su posición de última autoridad de la interpretación constitucional.

Las consecuencias al utilizar la noción de tribunal constitucional como la guía en sus decisiones, obstaculiza propiamente la construcción de un cuerpo teórico ordenado y constante sobre el concepto de constitución mexicana. El problema de actuar como autoridad última en la interpretación de la constitución y la visión fragmentaria que de ella se va teniendo, provoca que no puedan establecerse, hasta el momento, estándares constantes y significados sistematizados que nos permitan crear una doctrina de la interpretación constitucional de la novena época de la Corte.



32. En su actuación el Poder Judicial de la Federación ha hecho uso variado (sin ninguna razón teórica para hacerlo) de criterios de interpretación, lo que al final de cuentas permite que los tribunales alcancen diverso tipos de soluciones en situaciones más o menos semejantes, y que respecto de ese uso o sus consecuencias no exista ninguna posibilidad de control. La Suprema Corte, no ha establecido reglas de interpretación ni, mucho menos, a definido en qué casos habrá de aplicar cada una de ellas. Hechos semejantes pueden llevar a soluciones muy diversas debido a que los distintos criterios de interpretación elegidos.
33. El sistema de remisión que estableció la Suprema Corte de asuntos de su competencia a los Tribunales Colegiados, por medio de los acuerdos 6/1999 y 10/2000, provoca, la fragmentación de la interpretación constitucional. Dichos acuerdos asignan a los Tribunales Colegiados la competencia para decidir de manera exclusiva y definitiva todo lo relacionado con la constitucionalidad de las leyes locales y de los reglamentos tanto de competencia: federal, de las entidades federativas y del Distrito Federal. Como consecuencia directa, no existe un criterio interpretativo uniforme sobre la Constitución, sino aquél que determina el Pleno de la Corte respecto de leyes federales y tratados internacionales; y el que establecen los Tribunales Colegiados respecto a las leyes locales y a los reglamentos de cualquier orden normativo.
34. La Suprema Corte de Justicia de la Nación al dictar el acuerdo 6/1999, sobre la remisión de asuntos de su competencia a los Tribunales Colegiados, fijó el criterio jurídico de importancia y trascendencia, el cual es clave para dictar la competencia en la revisión de amparos directos; cumpliendo con lo previsto en la fracción IX del artículo 107 constitucional, pero a su vez, atribuyéndose una extraordinaria discrecionalidad por la forma en que definió este criterio de remisión.



35. Se confirma que la interpretación constitucional se basa en argumentos, además de jurídicos, en conceptos políticos y éticos, con la introducción del concepto de «bienestar de la persona humana» dentro de la resolución de la Suprema Corte de Justicia que recayó a la controversia constitucional 31/97. Estableciendo que las controversias constitucionales se instituyeron como un medio de defensa entre poderes y órganos de poder; pero, su sentido final es lograr el «bienestar de la persona humana» que se encuentra bajo el imperio de aquéllas.
36. La Suprema Corte al resolver por unanimidad acción de inconstitucionalidad 6/98, hace el reconocimiento expreso de «valores en la constitución» al establecer que el análisis de una norma constitucional no sólo debía atender al texto literal de la norma, sino también al contexto de ésta. En esta resolución estableció que debía atenderse también a los fines y objetivos que se persiguen con el principio de representación proporcional y al valor de pluralismo político que tutela la constitución.
37. El establecimiento de la Jurisprudencia “TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL” y de las tesis aisladas “SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y LEY SUPREMA DE LA UNIÓN. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL” y “TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL.” Son el resultado de una deficiente interpretación basada en argumentos jurídicos mal estructurados, los cuales a continuación se puntualizan:
- a) Según los ministros de la Suprema Corte, en materia internacional “no existe limitación competencial entre federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado...”, es erróneo, porque que en el artículo 133, en ninguna parte de este



precepto se establece “expresamente” que el contenido de un tratado internacional pueda referirse a “cualquier materia”, de lo cual se deduce que la Suprema Corte fue más allá de sus facultades interpretativas y legisló un precepto inexistente en la constitución. En un tratado internacional no se pueden condicionar, ni contradecir los contenidos de las leyes que expiden las legislaturas locales de las entidades federativas, porque aunque el Presidente de la República lo firmara y los senadores lo ratificaran, este tratado sería inconstitucional, precisamente como consecuencia de la intromisión de los órganos federales en el ejercicio de la competencia de los órganos locales.

- b) Los ministros de la Suprema Corte, que aprobaron dicha decisión, establecen que partir de la interpretación del artículo 133 constitucional, la primacía de los tratados internacionales se deriva de que éstos se encuentran dentro de un orden jurídico superior, de carácter nacional. Las leyes federales, regulan las materias del orden federal, las leyes locales, regulan las materias del orden estatal, y las leyes nacionales y los tratados celebrados por el presidente de la República, con aprobación del Senado, son los que integran ese orden nacional. Resulta poco acertada y artificial la decisión de generar un orden jurídico nacional a partir de las facultades concurrentes del Congreso de la Unión e incluir dentro de éste a los tratados internacionales.
- c) Sobre el argumento relativo a que el Estado mexicano no puede invocar normas de derecho interno para desconocer obligaciones internacionales, se debe mencionar que si bien el derecho internacional prevé sanciones para el caso de incumplimiento y que en algunos casos algunos tratados prevén un control internacional; por lo regular existe un cumplimiento espontáneo y voluntario de las normas internacionales; por lo que, la responsabilidad del Estado ante el incumplimiento de un tratado, debe ser analizada en su caso particular y no puede alegarse que este sea un argumento jurídico para



jerarquizar a los tratados por encima de las leyes federales, o más aún, considerarlo como parte de un orden jurídico nacional.

Ahora bien la corte también esgrimo argumentos políticos para sostener su decisión, los cuales tenían el propósito de apuntalar sus desatinados argumentos jurídicos, por lo que, carecen de sustento:

- a') Establecer que los compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; es una afirmación que pasa por alto la lógica de competencias del Estado mexicano ya que en primer lugar, de conformidad con el artículo 89, fracción X, de nuestra constitución, el único órgano de gobierno facultado para firmar un tratado internacional, es el Presidente de la República, al cual compete dirigir la política exterior y actuar en representación del Estado mexicano; y en segundo lugar, las entidades federativas tiene expresamente prohibida la celebración de tratados y de alianzas con Estados extranjeros, de conformidad con el artículo 117, fracción I, lo cual es comprensible si se toma en cuenta que ellos no son sujetos de derecho internacional. Por lo anterior, lo que corresponde hacer a esas autoridades locales es respetar los tratados internacionales y permitir su aplicación dentro del territorio bajo su competencia, porque éstas son normas generales que forman parte del orden jurídico federal.
- b') En el mismo sentido sustentar la jerarquía de los tratados por encima de de la leyes federales por el hecho que estos obligan a las autoridades locales y federales porque son firmados por el Presidente de la República y ratificados por la Cámara de Senadores, órgano en el que están representadas las entidades federativas. No existe razón para considerar que los tratados están por encima de las leyes federales, porque en México también las Leyes Federales también son aprobadas por esta cámara y de acuerdo a este

planteamiento, igualmente obligan a las autoridades locales, por lo que en este sentido no existiría ninguna diferencia entre las leyes federales y los tratados conforme al argumento empleado por este criterio.

Por otro lado, aunque no se reflejó en la elaboración de las tesis analizadas en este punto, no se puede pasar por alto que en las sesiones públicas para la solución del problema relativo a la jerarquía de los tratados, también fueron materia de discusión las características especiales de los tratados suscritos a favor de la defensa de los Derechos Humanos. Debates en el que una de las posiciones acuñadas fue la de argumentar que tratándose de derechos humanos, dichos tratados están por debajo de la Constitución pero por arriba de todas las demás leyes; confirmando nos la idea de que los argumentos éticos son parte de las decisiones tomadas en la interpretación constitucional.

38. En la declaración de validez de la capitalización de intereses en los contratos de apertura de crédito no se interpreta la constitución directamente; sino, en sentido propio es una resolución mediante la cual se resuelve en el fondo un problema de legalidad al resolver una contradicción de tesis entre Tribunales Colegiados. Decisión que constituye un ejemplo de cómo la aplicación de un formalismo jurídico purista puede ser un instrumento de injusticia, y un ejemplo de cómo la voluntad política desvirtúa el legítimo fin de un procedimiento procesal. Los ministros al tomar esta decisión se limitaron a realizar una interpretación literal de las normas jurídicas, menospreciando la actividad creadora de la actividad hermenéutica.

La sentencia de la Suprema Corte tuvo un gran impacto en todos los ámbitos, no sólo por los resolutivos ceñidos a ella, ni por las consecuencias sociales, sino por los argumentos e interpretaciones realizadas por el máximo tribunal que se erigieron como de aplicación obligatoria, al emanar de la resolución a una contradicción de tesis. Decisión que estableció la legalidad de la capitalización de



intereses, y no la supletoriedad de los Códigos Civil y de Comercio en lo relacionado con los contratos de crédito bancarios, al operar el principio de voluntad de las partes respecto la forma del cobro y el pago de intereses. La única obligación de las instituciones crediticias, es la de sujetarse a los lineamientos que sobre el particular señale el banco central.

39. En la determinación sobre el computo de prescripción en el delito de genocidio nos encontramos ante un caso en el que propiamente no se va a decidir sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de un acto de autoridad, pero se observa como la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como órgano competente va a utilizar categorías constitucionales para argumentar su decisión, es decir, a fin de cuentas, realizará una interpretación constitucional.

Para la toma de esta decisión, la Segunda sala tuvo que recurrir a aspectos constitucionales como: a) La garantía de irretroactividad; b) la imposibilidad de contradicción entre normas constitucionales; c) la interrumpió la observancia del orden constitucional; d) El monopolio de la persecución de los delitos y el ejercicio de la acción penal a cargo del Ministerio Público, con los cuales estimó infundados los agravios primero, segundo y tercero de la apelación esgrimida por del Ministerio Público Federal.

Sin embargo, declaró fundado el cuarto agravio mediante la correlación del marco constitucional de: a) la responsabilidades de los funcionarios públicos (actualmente responsabilidades de los servidores públicos), b) la prescripción de que los plazos de prescripción se interrumpirán tratándose de delitos cometidos por servidores públicos en tanto continúen desempeñando dicha función; y c) prohibición de retroactividad, consagrada en el artículo 14 constitucional, no es aplicable a normas del mismo nivel jerárquico, esto es, a normas que se incorporan al texto constitucional mediante el procedimiento establecido en el artículo 135 constitucional.



Hemos de precisar que esta resolución no fue acogida por unanimidad y traba el tema políticamente delicado de imputar a un ex Presidente de la República, Luís Echeverría Álvarez, la comisión del delito de genocidio por lo que la sentencia es un verdadero ejemplo de argumentación, que además de recurrir a argumentos de orden constitucional, reforzó su decisión con argumentos de orden ético. Sin embargo excite el reproche, el cual deja duda sobre la objetividad o independencia del órgano jurisdiccional, ya que no debemos pasar por alto que dentro de sus agravios el último de sus agravios fue fundado por la Segunda Sala con base en la aplicación de la reforma constitucional, sin que el Ministerio Público de la Federación recurrente lo hiciera valer como agravio dentro de su escrito de apelación.



PROPUESTAS

Con la presente tesis profesional se propone:

PRIMERA.- Es necesario presentar la idea de que la constitución no sólo es un fenómeno unidimensional, un territorio jurídico solamente, sino que es el producto de un orden sistematizado entre conocimientos de Ciencia del Derecho, Ciencia Política y Filosofía.

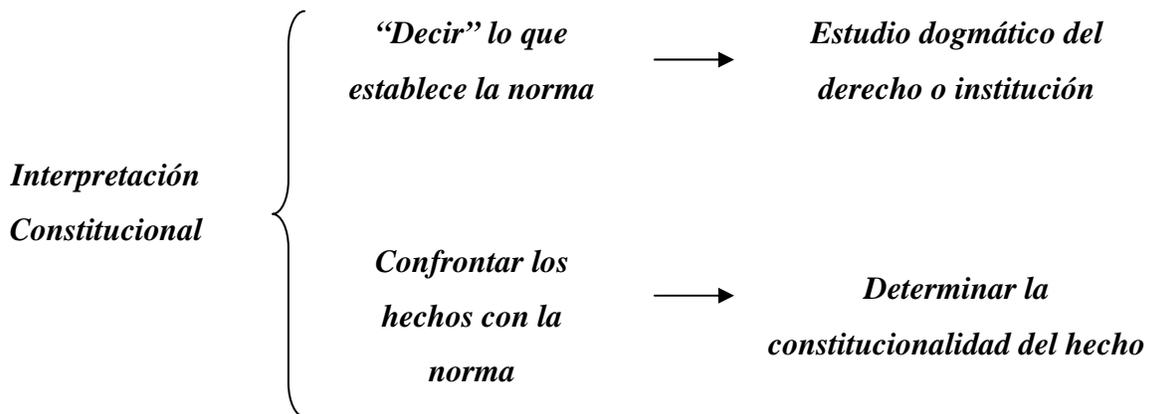
SEGUNDA.- Se debe proporcionar un modelo de interpretación constitucional basado en la visión integral del concepto de constitución; la toma de decisiones producto de los argumentos jurídicos, políticos y éticos; modelo que está dirigido a los Tribunales Constitucionales con el propósito de que con su aplicación se forme una sólida teoría constitucional que dará mayor certidumbre y seguridad en los procesos constitucionales a los gobernados y legitimidad a sus sentencias.

Este modelo de interpretación constitucional, también cumple con la función, de control doctrinal de la discrecionalidad del órgano jurisdiccional, estableciendo una guía y por lo tanto límites en la labor hermenéutica de los jueces constitucionales, buscando ante todo, la protección de la constitución, y no modificación su contenido y sentido jurídico, político y ético.



TERCERA.- El modelo de interpretación Constitucional se sintetiza de la siguiente manera:

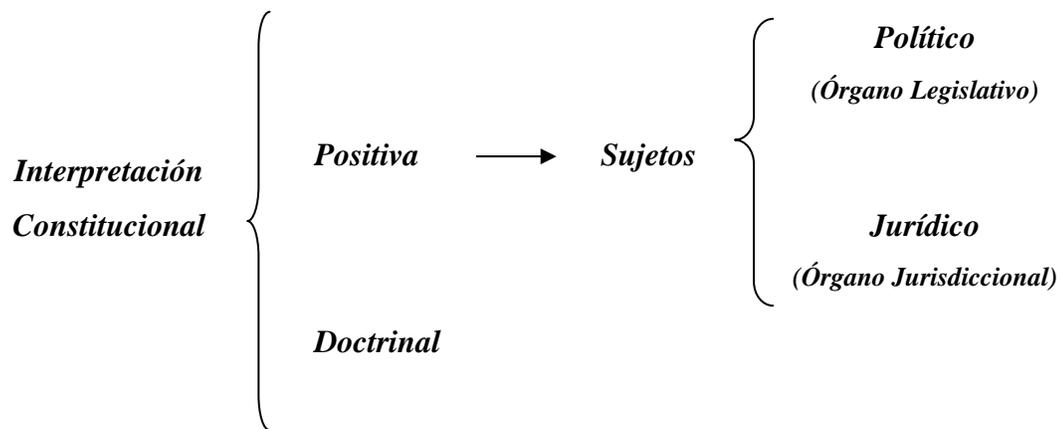
La interpretación constitucional en principio se divide en dos actividades intelectuales, las cuales pueden complementarse entre ellas; siendo la primera consistente en “decir” lo que establece la norma constitucional; y la segunda, el acto de confrontar la norma con un hecho de la realidad y determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de dicho hecho.



Cuando nos referimos a “decir” el contenido de la norma constitucional es la tarea del jurista por establecer el estudio dogmático del derecho o institución prescrita por la constitución.

La confrontación de los hechos con la norma para determinar la constitucionalidad de los primeros, es una labor diferente en la que va implícita una decisión, ésta debe estar sustentada en argumentos que le confieran, validez, coherencia y legitimidad.

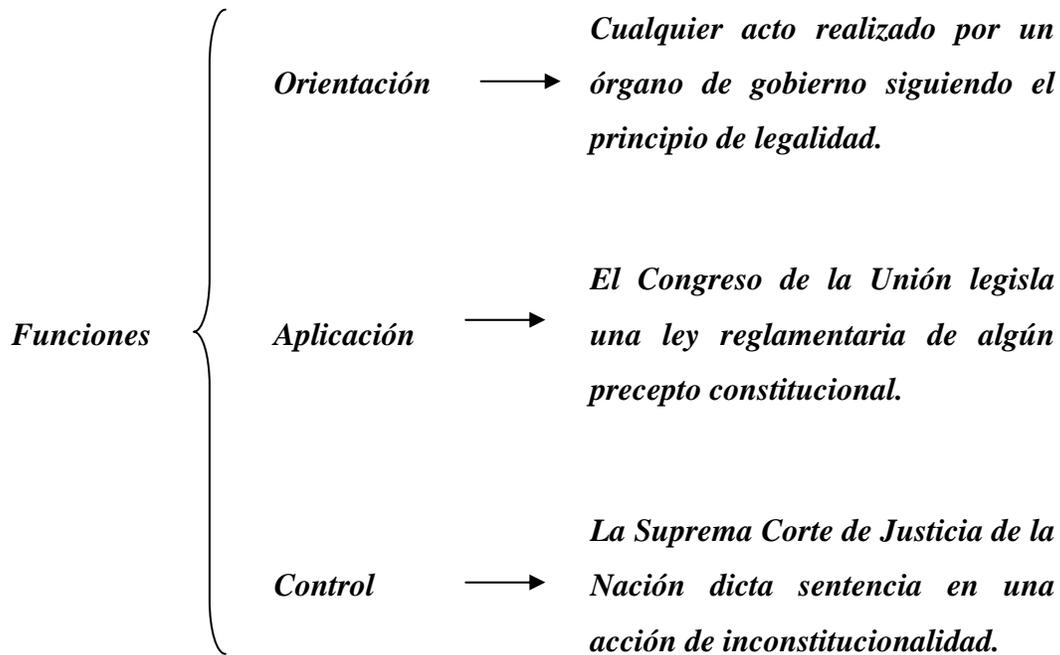
La tarea de interpretación constitucional se realiza, como toda interpretación jurídica, en dos sentidos: doctrinal y la positiva.



En cuanto a la interpretación positiva de la constitución, ésta es realizada por sujetos que la misma establece como competentes, conforme al modelo los órganos pueden ser de carácter político y/o jurisdiccional. Dentro de los de carácter político, encontramos los parlamentos o los órganos de control de la constitucionalidad con naturaleza propiamente política.

Por lo que se refiere a los sujetos competentes de carácter jurisdiccional, encontramos a los tribunales constitucionales de orden estrictamente jurídico, como la Suprema Corte de Justicia de la Nación antes de la reforma de 1994, y los tribunales que conforme a sus facultades y atribuciones de control de la constitucionalidad también fungen en buena medida como interpretes con carácter político de la constitución; como la misma Suprema Corte de Justicia de la Nación en la actualidad.

La interpretación constitucional tendrá tres funciones principalmente: a) orientación, b) aplicación y c) control. Cada una de ellas sumamente vinculada con las otras dos, siendo en ocasiones, difícil encontrar la línea que las separa una de la otra.



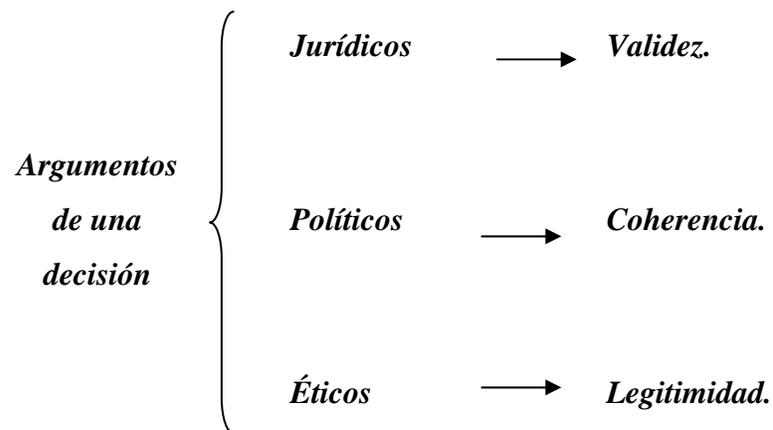
La orientación va de la mano con el simple hecho de la lectura de la norma constitucional, es la actividad de “decir el derecho”, sin ninguna repercusión o efecto para el gobernado; porque, el único efecto es servir de guía para la actuación de un determinado órgano de gobierno.

La aplicación, ya propiamente como una interpretación positiva, produce efectos para el gobernado, como es el caso de proceso legislativo realizado por el Congreso de la Unión, cuyo acto de creación de una Ley reglamentaria de un precepto constitucional, produce efectos generales; otro ejemplo, es la resolución de un juicio de amparo, en la cual la labor hermenéutica de un precepto constitucional, es un acto de aplicación, que sólo causa efectos particulares.

La función de control de constitucionalidad, es donde se desarrolla con más frecuencia y por lo tanto tiene mayor importancia la interpretación constitucional;

siendo aquí donde, el órgano intérprete confrontar un hecho con la norma fundamental y determinar su constitucionalidad. Se debe subrayar, que las decisiones que toman los tribunales constitucionales en estos casos, por lo general, son de efectos *erga omnes*, como es la resolución de la Suprema Corte de Justicia ante una acción de inconstitucionalidad.

Establecer a la interpretación constitucional como una decisión, tiene como consecuencia que dicha decisión debe sustentarse con argumentos basados propiamente en la naturaleza del fenómeno constitucional, es decir deben fundamentarse en Ciencia Jurídica, Ciencia Política y Ética (como rama de la Filosofía).



Es así, que los argumentos jurídicos deben verificar la validez e identidad de las normas subjetivas y procesales involucradas dentro de labor hermenéutica; los argumentos políticos deben verificar la coherencia de la decisión con los principios de organización del gobierno y del tipo de Estado, es decir con los principios políticos plasmados en la misma constitución; y los argumentos éticos

filosóficos son los que legitimarán la decisión ya que estos se presentan para afirmar que con la decisión tomada se reafirma el fin último de orden jurídico-político que es la democracia.

En resumen, esta forma de argumentar debe llevar al intérprete a que el sentido de su decisión sea: legal, coherente y legítima.



BIBLIOGRAFÍA

- ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio. **Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales**. Edit. Astrea, Argentina, 1987.
- ALEXY, Robert. **Derecho y razón práctica**. Trc. Manuel Atienza. Distribuciones Fontamara, S.A., México, 2002.
- ALMOGUERAS CARRERES, Joaquín. **Lecciones de Teoría del Derecho**. Edit. Reus, España, 1995.
- ARISTÓTELES. **Política**. Trd. Antonio Gómez Robledo. 5ª edic., Edit. Porrúa, S.A., México, 1973, Libro Primero, I. (Colección "Sepan cuantos..." Núm.-70)
- ATIENZA, Manuel. **Las razones de derecho. Teorías de la argumentación jurídica**. Centro de Estudios Constitucionales, España, 1997, 31 Cuadernos de Debates.
- BOBBIO, Norberto. **Teoría general del derecho**. Trd. Jorge Guerrero R. 2ª ed., Edit. Themis S.A., Colombia, 2002.
- CASTRO, Juventino V. **La Suprema Corte de Justicia ante la ley injusta. Un fallo histórico respecto al llamado "anatocismo"**. 4ª edi., Edit. Porrúa, S.A. de C.V., México, 2001.
- CORREAS, Oscar. **Metodología Jurídica. Una introducción filosófica I**. Fontamara, México, 2003.
- COSSÍO, José Ramón. **La teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia**. Distribuciones Fontamara, S.A., México, 2004.
- COVIAN ANDRADE, Miguel. **El control de la constitucionalidad en el derecho comparado**. Centro de Estudios de Ingeniería Política y Constitucional, A.C., México, 2001.



- — — **La Suprema Corte y el control de la constitucionalidad (diez años de fallas e imprecisiones).** Centro de Estudios de Ingeniería Política y Constitucional, A.C., México, 2005.
- — — **La teoría del rombo. Ingeniería constitucional del sistema político democrático.** Centro de Estudios de Ingeniería Política y Constitucional, A.C., México, 2000.
- — — **Sistema político mexicano. Legitimidad electoral y control del poder político.** Centro de Estudios de Ingeniería Política y Constitucional, A.C., México, 2004.
- — — **Teoría constitucional.** 2ª ed., Centro de Estudios de Ingeniería Política y Ciencia Constitucional, México, 2002.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio. **Derecho civil. Primer Curso. Parte general. Personas. Familia.** 12 ed., Edit. Porrúa, S.A., México 1993.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. **Algunos aspectos de la doctrina kelseniana, exposición y crítica.** Edit. Porrúa, México, 1978.
- — — **Lógica del raciocinio jurídico.** Distribuidores Fontamara, S. A., México, 2002.
- GONZÁLEZ COMPEÁN, Miguel y BAUER, Meter. **Jurisdicción y democracia.** Los nuevos rumbos del Poder Judicial en México. Coedición de CIDAC y Cal y Arena, México.
- GUASTINI, Ricardo. **Estudio de teoría constitucional.** Distribuciones Fontamara, S.A., México, 2003.
- HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso.** Trc. Manuel Jiménez Redondo, 2ª ed., Edit. Trotta, S.A., España, 2000.
- HELLER, Hermann, **Teoría del Estado.** Tr. Luis Tobio, 2ª edic., Fondo de Cultura Económica, México, 2002.

- IGLESIAS GONZÁLEZ, Román y MORINEAU IDUARTE, Martha. **Introducción al estudio del Derecho Romano**. Harla, México, 1990.
- KAUFMANN. **¿Derecho sin reglas? Los principios filosóficos de la teoría del estado y del Derecho de Carl Schmitt**. Tr. Jorge M. Seña. 2ª edic., Edit. Fontamara, S.A., México, 1993.
- KELSEN, Hans. **Teoría general del derecho y del Estado**. Textos Universitarios. Trc. Eduardo García Máynez. 2ª edic., Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1988.
- LASSALLE, Ferdinand. **¿Qué es una Constitución?** Edit. Temis S.A., Colombia, 2003, (Monografías jurídicas. Núm. 79).
- MAQUIAVELO, Nicolás. **El príncipe**. 15ª edic., Edit. Porrúa, S.A., México, 1997, (Colección "Sepan cuantos..." Núm.-152).
- MARGADANT S., Guillermo Floris. **El derecho privado romano como introducción a la cultura jurídica contemporánea**. 25ª edic., Edit. Esfinge, S.A. de C.V., México, 2000.
- MEZA MÉNDEZ, Martha Angélica. **Análisis racionalmente motivado del discurso de la contradicción de tesis sobre el anatocismo**. México, 2003, XXV, Tesis de Licenciatura. Asesor Arturo Berumen Campos, Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Derecho. S.P.
- MONTESQUIEU. **Del espíritu de las leyes**. Trc. de Nicolás Estévez. 16ª ed., Edit. Porrúa, S.A. de C.V., México, 2005, Colección "Sepan cuantos" Núm. 191.
- MORENO NAVARRO, Gloria. **Teoría del Derecho**. Edit. McGraw-Hill, México, 1999.
- PERELMAN, Chain. **La lógica jurídica y la nueva retórica**. Trc. Luis Díez-Picazzo, Edit. Civitas, España, 1979.
- PORRÚA PÉREZ, Francisco. **Teoría del Estado**. 15 ed., edit. Porrúa, S.A., México, 1981.



- RABASA, Emilio O. **Historia de las constituciones mexicanas**. 3ª ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.
- RECASENS SICHES, Luis. **Introducción al Estudio del derecho**. 14 ed., Edit. Porrúa, S.A. de C.V., México, 2003.
- RENE, David. **Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos**, Madrid, Aguilar, 1968.
- RITZER, George. **Teoría Sociológica Moderna**, Trd. María Teresa Casado Rodríguez. 5ª ed., Edit. Mc Graw Hill, España, 2002.
- RODRÍGUEZ ZEPEDA, Jesús. **Estado de derecho y democracia**. Instituto Federal Electoral, México, 1996. (Cuadernos de divulgación de la cultura democrática, Núm. 12.)
- ROJINA VILLEGAS, Rafael. **Derecho Civil Mexicano**. 7ª ed., Edit. Porrúa S.A. de C.V., México, 1998, Tomo I, Volumen 2.
- SANTIAGO NINO, Carlos. **Consideraciones sobre la dogmática jurídica, (con referencia a la dogmática penal)**. Serie G: Estudios Doctrinales 7. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1989.
- SCHMITT, Carl. **Teoría de la constitución**. Tr. Francisco Ayala, Edit. Revista de derecho privado, España, 1934.
- SIRVENT GUTIÉRREZ, Consuelo y VILLANUEVA COLÍN, Margarita. **Sistemas jurídicos contemporáneos**. Edit. Oxford University Press Harla México, S.A. de C.V., México, 1996.
- SQUELLA NARDUCCI, Agustín. **Filosofía del derecho**. Editorial Jurídica de Chile, Chile, 2001.



- TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. **Elementos para una teoría general del derecho. (Introducción al estudio de la Ciencia Jurídica)**. Edit. Themis, México, 1992.
- — — **Introducción al estudio de la Constitución**. 2ª ed., Fontamara, México, 2002.
- — — **Razonamiento y argumentación jurídica. El paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho**. Serie Doctrina Jurídica Num. 121. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.
- — — **Razonamiento y argumentación jurídica. El paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho**. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 121.
- VIEHWEG, Theodor. **Tópica y Filosofía del derecho**. Trc. Jorge M. Seña. Edit. Gesida, S.A., España, 1997. Colección estudios alemanes.
- WRÓBLEWSKI, Jerzy. **Constitución y teoría general de la interpretación jurídica**. Trc. Arantxa Azurza, Edit. Civitas, España, 1988.
- — — **Sentido y hecho en el derecho**. Trc. Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas y Juan Igarza Salaverría. Distribuciones Fontamara, S.A., México, 2003.

REVISTAS Y COMPILACIONES

- BECERRA RAMÍREZ, Manuel. "Tratados internacionales. Se ubican jerárquicamente por encima de las leyes y en segundo plano respecto de la Constitución Federal (Amparo en revisión 1475/98)". **Cuestiones Constitucionales. Revista mexicana de derecho constitucional**. Número 3, julio–diciembre de 2000, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.

BUENO, Miguel. “La axiología jurídica en Luis Recaséns Siches”. **Estudios en honor del Doctor Luis Recassens Siches. Tomo I.** Coord. Rodríguez García Fausto E., Universidad Nacional Autónoma de México, 1980.

CARPIZO, Jorge. “Los tratados internacionales tienen jerarquía superior a las leyes federales. Comentario a la tesis 192,867 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación”. **Cuestiones Constitucionales. Revista mexicana de derecho constitucional.** Número 3, julio–diciembre de 2000, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.

KELSEN, Hans. “¿Qué es la justicia?” **en Lecturas de Sociología y Ciencia Política.** Coord. SÁNCHEZ AZCONA, Jorge. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1980.

LÓPEZ-AYLLÓN, Sergio. “La jerarquía de los tratados internacionales (amparo en revisión 1475/98, Sindicato Nacional de controladores de Transito Aéreo)”. **Cuestiones Constitucionales. Revista mexicana de derecho constitucional.** Número 3, julio–diciembre de 2000, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.

TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. “Interpretación constitucional. La falacia de la interpretación cualitativa” **en Interpretación Jurídica y decisión judicial.** Comp. Vázquez Rodolfo. 2ª ed., Edit. Fontamara, S.A., México, 2001.

TENA RAMÍREZ, Felipe, Dirección y efemérides de: **Leyes Fundamentales de México,** 5ed., Edit. Porrúa, S.A., México, 1973.

ENCICLOPEDIAS Y DICCIONARIOS

ABBAGNANO, Nicola. **Diccionario de Filosofía.** Trc. De Alfredo N. Galletti. 3ª edi., Edit. Fondo de Cultura Económica, S.A. de C.V., México, 2000.

Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española, 21 ed. Edit. Calpe, S.A., Madrid, 1999.

Enciclopedia Hispánica. Macropedia. Encyclopædia Británica Publishers, Inc., Estados Unidos de América, 1991. Tomo 2.

LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Ley de Amparo

Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 constitucional

Ley Orgánica del Poder Judicial Federal

Ley General de Medios de Impugnación en Materia Electoral

Ley Federal del Trabajo

Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado

Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República

Ley sobre la Celebración de Tratados

Ley de Instituciones y Títulos de Crédito

Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Código Civil Federal

Código Federal de Procedimientos Civiles

Código de Comercio

Código Penal Federal

Código Federal de Procedimientos Penales

Ley del Banco de México



Reglamento Interior del Banco de México

Código Civil para el Distrito Federal

Código de Instituciones y Procedimientos Electorales del Estado de Quintana Roo

DECLARACIONES Y CONVENCIONES INTERNACIONALES

Declaración Universal de los Derechos Humanos

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados Internacionales

Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo

Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad
Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio

Convención Americana de los Derechos Humanos

DISCOS ÓPTICOS

Jurisprudencias y tesis aisladas, IUS 2005, CD ROM, México, 2005. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Dirección General de la Coordinación de Compilación y Tesis.

Compila Tratados, CD ROM, México, 2005. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Dirección General de Documentación y Análisis.

PÁGINAS WEB

Biografías y vida, Miguel Ruiza–Director, España, 2007:
<http://www.biografiasyvidas.com>



Ciudad Política – Portal de Ciencia Política, Roberto Reale- Director, Argentina, 2007:

<http://www.ciudadpolitica.com/modules/wordbook/entry.php>

Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2007:

<http://www.scjn.gob.mx/PortalSCJN/>

Acuerdos:

<http://www.scjn.gob.mx/NR/exeres/A99387DB-20AF-4D4F-91F6-62D8C856FAFB,frameless.htm>

Resoluciones del Pleno:

<http://www2.scjn.gob.mx/expedientes/>

Versiones estenográficas del Pleno:

<http://www.scjn.gob.mx/PortalSCJN/ActividadJur/Pleno/VerEstenograficas/>

Apelación 1/2004:

<http://www.scjn.gob.mx/PortalSCJN/Transparencia/InformacionAdicionalTransparencia/HistoricoInformacionOtorgadaParticulares/Juridica/PrimeraSala/>

