

00721  
573



# UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

Facultad de derecho  
Seminario de Filosofía del Derecho

Análisis racionalmente motivado del discurso de  
la contradicción de tesis sobre anatócismo

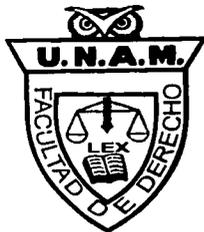
T E S I S

Que para obtener el título de

Licenciada en Derecho

p r e s e n t a

Martha Angélica Meza Méndez



Asesor: Mtro. Arturo Berumen Campos

Cd. Universitaria

2003



Universidad Nacional  
Autónoma de México



**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.

# PAGINACIÓN

# DISCONTINUA



UNIVERSIDAD NACIONAL  
AUTÓNOMA DE  
MÉXICO

**FACULTAD DE DERECHO  
SEMINARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO**

**ING. LEOPOLDO SILVA GUTIÉRREZ  
DIRECTOR GENERAL DE LA  
ADMINISTRACIÓN ESCOLAR, UNAM  
P R E S E N T E .**

*La C. MARTHA ANGELICA MEZA MÉNDEZ, elaboró en este Seminario bajo la dirección del Mtro. Arturo Berumen Campos, el trabajo de investigación intitulado "ANÁLISIS RACIONALMENTE MOTIVADO DEL DISCURSO DE LA CONTRADICCIÓN DE TESIS SOBRE ANATOCISMO". La tesis de referencia satisface los requisitos necesarios, por lo que con apoyo en la fracción VII del artículo 10 del Reglamento para el funcionamiento de los Seminarios de esta Facultad de Derecho, otorgo mi aprobación correspondiente y autorizó su presentación al jurado recepcional en los términos del Reglamento de Exámenes Profesionales de esta Universidad.*

**A T E N T A M E N T E  
"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"  
Cd. Universitaria, 14 de julio de 2003**

*ma el*

**MTRA. MA. ELODIA ROBLES SOTOMAYOR  
DIRECTORA DEL SEMINARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO**

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

*B*

*A Manuel  
Por su ciega fe  
e interminable amor.*

*Gracias Berumen  
no solo por ser un excelente profesor,  
sino un gran amigo.*

*Angie*

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

# Análisis racionalmente motivado del discurso de la contradicción de tesis sobre anacostismo

## I. La justicia y el derecho.....iii

### Capítulo Primero

#### Ubicación histórica de nuestra tradición jurídica

1.1. Derecho Romano .....	1
1.2. Glosadores de la Edad Media .....	12
1.2.1. La recepción del Derecho Romano en la Edad Media .....	18
1.2.2. La enseñanza del derecho en la Edad Media .....	21
1.2.3. Aportaciones jurídicas de los juristas medievales .....	22
1.3. Derecho Indiano .....	24
1.4. Cambios en la codificación después de las revoluciones .....	31
1.4.1. La Revolución en Francia .....	33
1.4.2. La emancipación de México: La construcción de un país .....	36
1.5. La teoría de la división de poderes y la autonomía del poder judicial .....	46

### Capítulo Segundo

#### Marco teórico para el análisis crítico

2.1. Las sentencias en nuestra tradición jurídica .....	65
2.1.1. La interpretación en las sentencias .....	70
2.1.1.1. La escuela de la Exégesis .....	72
2.1.1.2. La interpretación literal o lógica .....	75
2.1.1.3. La Escuela Histórica Alemana .....	76
2.1.1.4. La Escuela Científica Francesa .....	76
2.1.1.5. El sociologismo y la Escuela del Derecho Libre .....	77
2.1.1.6. La interpretación en Kelsen .....	78
2.1.1.7. La interpretación en Alf Ross .....	78
2.1.2. La argumentación en las sentencias .....	80
2.1.2.1. La teoría de la argumentación .....	82
2.1.2.2. Argumentación Jurídica .....	89
2.1.3. La formación de la decisión judicial .....	92
2.1.3.1. El silogismo lógico .....	93
2.1.3.2. La propuesta de Calamandrei .....	93
2.1.3.3. La propuesta de Roberto Vernengo .....	94
2.2.1. La obligatoriedad de la Jurisprudencia .....	104
2.2.2. El problema de la contradicción de tesis .....	104

2.3. Teoría de la acción comunicativa .....	110
2.3.1. El acto de habla .....	112
2.3.2. La acción comunicativa.....	115
2.3.2.1. Pretensiones de validez de los actos de habla .....	117
2.3.2.2. Forma de comprobación de las pretensiones de validez.....	121
2.4. Los argumentos como actos de habla.....	124

**Capítulo Tercero**  
**El discurso irracionalmente motivado**  
**en la contradicción de tesis sobre anatocismo**

3.1. El impacto social de las jurisprudencias emitidas.....	131
por la Suprema Corte de Justicia de la Nación .....	131
3.2. ¿Cuál contradicción de tesis? .....	147
3.3. La ley perfecta .....	152
3.3.1. ¿Por qué no se aplica supletoriamente el Código Civil?.....	153
3.3.2. ¿Por qué no se aplica supletoriamente el Código de Comercio? .....	159
3.4. El cerrado del Derecho Bancario .....	163
3.5. El crédito adicional .....	170
3.5.1. Nulidad de la cláusula del crédito adicional .....	171
3.5.1.1. ¿Dentro del marco de la ley? .....	171
3.5.1.2. Obligaciones administrativas.....	178
3.5.2. La posibilidad de no disponer del crédito adicional.....	188
3.5.3. Naturaleza del crédito adicional .....	192
3.5.3.1. ¿Acto simulado? .....	194
3.5.3.2. ¿Hecho lícito? .....	197
3.5.3.3. ¿O falsedad ideológica? .....	202
3.5.4. ¿Existe el anatocismo? .....	208
3.5.4.1. Diferencias entre el crédito adicional .....	210
y la capitalización de intereses.....	210
3.5.4.2. La libertad contractual .....	214
3.5.4.3. Temporalidad del pacto de capitalización de intereses.....	215
3.6. La convalidación de la nulidad .....	217
3.7. La ética del discurso jurisprudencial .....	222

II. Conclusiones.....	ix
III. Fuentes bibliográficas.....	xvi

## I. La justicia y el derecho

*“Los juicios y las apreciaciones de la vida, en pro o en contra,  
no pueden ser jamás verdaderos; el único valor que tienen es el de síntomas,  
y sólo como síntomas merecen ser tenidos en consideración;  
en sí tales juicios no son más que idioteces”*

*Federico Nietzsche*

Escenario vacío, piano negro al fondo a la derecha, alfombrado en rojo, vestíbulo lleno. Tercera llamada, un reflector apunta al centro del escenario, lentamente se levanta el telón, luz verde al fondo. Aparece una mujer bella, esbelta, carismática y modesta: yo.

...aplausos...

Honorables profesores, señores, señoras, compañeros, amigos todos.

En un día, quizás noche o media tarde como hoy, quisiera hablarles a ustedes de un gran valor, inerte, incoloro y hasta fantasioso: la justicia. Motivo por el cual estoy aquí, aquella que ni los filósofos han podido definir, desde los Estoicos y los griegos hasta los italianos. Hace algunos años la concebía casi en un poema, envuelto en las sacras manos de la Venus, plagado de una apología de Sócrates y del color del arco iris. Hoy, un poco menos ansiosa, la percibo en un punto intermedio entre la ley y la razón. La justicia es emoción, ¿Y el derecho?, ¿Qué es

## Introducción

---

entonces el derecho? Formalismo puro, prejuicio, banalidad. Si el derecho no garantiza la justicia, cual es la razón de ser del mismo, cual es la razón de mis líneas.

De mis clases de filosofía aprendí a calificar a casi todo de discurso, incluida la ciencia que tempranamente comencé amar. Porque el hombre es un ser flexible que en la sociedad se amolda a los pensamientos y a las impresiones de los demás, es capaz de conocer su propia naturaleza cuando alguien se la muestra, pero también es capaz de perder el sentido de ella, cuando se le oculta. Aprendí a no pensar, para recitar la letanía de una ley que pecaba de antigua y anti-emocional.

Fue así como el constante coqueteo de mi idea de justicia con la realidad, tuvo su primer encuentro. No obtuvo la victoria. Mi cólera me cegó y mi alma conocerían las lágrimas, teniendo una gran lección: la realidad supera la ficción, y la voluntad se encamina a esta. Entonces el derecho no pudo cubrir la efímera limitante de regular las relaciones humanas en la sociedad, lo aprecie en el altar de la técnica. ¡Yo tecnócrata!

Más cuando la sobriedad se hizo presente, contemple en la resaca, una fugaz iluminación: la justicia es posible, mediante la interpretación del derecho. Mi frustración a aquel eterno amor no era completa, confesé mis complejos de poeta en la prisión de Kant, y recordé a Sócrates refutar a los sofistas; la oposición que hiciera de la conveniencia, alegando que la justicia no es otra cosa que el interés del más fuerte. Señores la justicia es una virtud que radica en el alma. Hoy, algunos están desnudos, porque el derecho se va convirtiendo en un vestido de lujo, para quien le gusta correr desnudo.

En muestra a mí desafié a las reglas: pido, imploro, suplico y exijo, un espacio a la sensibilidad y al respeto, a la cual todos tenemos derecho, para exhibir el calvario recorrido en la cuesta por un título. Con una aludida imperfección, torpeza. Señores si esto fuera una fiesta, pediría un brindis por mi astucia y su tolerancia; si fuera un funeral, estaría bien una plegaria; más en estos momentos, me conformo con su aprobación. Pretendo tutearme con ustedes, dejando atrás mi ignorancia, y entregándome al cuestionamiento perpetuo de una interpretación jurídica.

La honestidad en un mundo que se cae a pedazos, es una frivolidad, pasajera e irreal, costo de violentar la norma no escrita de la manipulación. El discurso hoy en día forma parte de la vida cotidiana, intangible y omnipresente, legitimado por la costumbre. Somos amos y señores de lo que pensamos, más esclavos de lo que decimos.

Es así como la razón es la única posibilidad de remendar el camino, en busca de un derecho justo y ético. Con la ayuda de la reflexión, el cuestionamiento, la interpretación, la argumentación y la crítica. Aquel razonamiento obligado a olvidar por años, aquel reivindicado por Sócrates, aquel ensalzado por Habermas. Más como sería imposible criticar todo el derecho, en este pequeño estudio. El límite es solo una sentencia, una peculiar, una emanada del máximo tribunal.

Al igual que Habermas, siento una infinita satisfacción al negar lo dicho cierto. Al poner en duda los conocimientos, en aras de la búsqueda de la verdad.

Continuando con las confesiones, les diré que mi primer propósito, fue subrayar con la mayor feracidad los errores de la Corte, más aunque el presente

## Introducción

---

trabajo es una crítica a la sentencia emitida sobre el anatocismo, a la luz de la teoría de la acción comunicativa de Habermas, y la teoría de la argumentación de Perelman y Alexy, no puedo evitar considerar la autonomía del poder judicial al pronunciar el fallo, en duda de varios, incluyéndome, queda saber la libertad de los Ministros, o las razones por las cuales asumieron una actitud acertórica. No concibo la idea, de que una persona pase la mayor parte de su vida, estudiando al derecho, con el fin de cometer una injusticia. Ni concibo la idea de que la ley prohíba la interpretación. Es en la aplicación de la ley, donde se completa el derecho.

Narro sutilmente, la evolución de la interpretación desde los juristas romanos, pasando por los glosadores de la Edad Media, hasta llegar a la codificación francesa. Reconstruyendo la formación de nuestro país, de nuestro ordenamiento jurídico, analizando la relación existente entre la autonomía del poder judicial, y la creación del consejo de la judicatura federal, para puntualizar en las sentencias y la jurisprudencia, y contextualizar el marco teórico: los métodos de interpretación jurídica, las técnicas de argumentación y la formación de la decisión judicial. Para así dar paso a la crítica, al considerar al derecho como un acto de habla, un lenguaje específico que coordina los procesos comunicativos. En donde deben desempeñarse las pretensiones de validez de los actos de habla (lenguaje claro, con referente determinado, sin engaños e interpretación no forzada o violenta), mediante una actitud hipotética, para determinar el grado de racionalidad del mismo, y consecuentemente, la ética del discurso jurisprudencial. Realizando al final del trabajo una propuesta de argumentación jurídica, con base a la teoría de Alexy.

Profanando mi soberbia pretendo mostrar el discurso del derecho, derecho que en 5 años solo aprendí a interpretar, aquél del cual no he logrado su definición, aquél del cual podría escribir toda una noche, aquél que lo mismo es: un poema, una prisión, un discurso, una quincena, un par de entradas para algún bar, un vestido nuevo, una noche de hotel o el sepulcro de los sueños.

Sin faltar a la verdad, esto es el más puro intento por encontrar sentido a algo que pareciere no tenerlo, reivindicando de paso mis ideas. Comprobando mi hipótesis: si mediante la teoría de la acción comunicativa es factible llegar a una verdad probable, cumpliendo las pretensiones de validez, obtendré la racionalidad y el consenso. Con la aplicación de esas herramientas en la crítica, será posible obtener una resolución comunicativamente racional y ética.

Mas como dijere Nietzsche: "Los juicios y las apreciaciones de la vida, en pro o en contra, no pueden ser jamás verdaderos; el único valor que tienen es el de síntomas, y sólo como síntomas merecen ser tenidos en consideración; en si tales juicios no son mas que idioteces".

(Exhalación profunda) Gracias, muchas gracias.

...Aplausos.

Se cierra el telón.



# Capítulo Primero

## Ubicación histórica de nuestra tradición jurídica

*Hacer justicia es algo más sutil y delicado que hacer cumplir ciegamente el derecho.*

### 1.1. Derecho Romano<sup>1</sup>

La fundación de Roma se localiza en la historia en el año de 753 a.C. con la unión de las tribus de los ramneses, los ticios y los luceres, formando así el primitivo estado Romano. Estableciéndose desde los primeros tiempos definidas clases sociales: los patricios, la clientela y la plebe. Siendo los patricios la elite social, quienes usufructuaban exclusivamente las dignidades sacerdotales, los cargos públicos y la integración de los colegios. Perteneció al colegio de los pontífices una actuación preponderantemente judicial, la más alta autoridad en interpretación y aplicación del derecho, y seno de los anales de la historia del derecho romano. El romano desconfiaba del derecho legislado, prefería el nacimiento de las normas jurídicas de forma espontánea como derecho consuetudinario, o bien, vía las opiniones de prestigiados jurisconsultos y medidas procesales tomadas por los magistrados, más íntimamente vinculados a la administración de la justicia. Al creer que el derecho producido por el juez es vivo y humano, mientras el creado por los legisladores carece de humanidad y humor, convirtiendo la ley en algo sordo e inexorable.

<sup>1</sup> LEMUS García, Raúl. *Sinopsis histórica del derecho romano*. Editorial Limusa, México 1962, 1ª edición, p.p.52-148 MARGADANT Floris; Guillermo, *El derecho privado romano*. Como introducción a la cultura jurídica Contemporánea. Editorial Esfinge, México 1994, 20ª edición, p.p. 45-97. PETIT,

## Capítulo Primero

---

Se señala al año 450 a.C. como fecha de publicación de la Ley de las Doce Tablas, cuya fuente fue el derecho oral existente en aquel momento, respuesta a las reclamaciones de los *plebeyos*. Los cuales sostenían no encontrar protegida sus libertades de forma conveniente por el derecho escrito, al menos tal y como lo aplicaban los jueces *patricios*. La Ley de las Doce Tablas fue base de los derechos privados y públicos de la antigua Roma; estableció cuestiones de vital importancia como: el derecho procesal, familiar, sucesorio, de las cosas, agrario, penal, público y sacro. Con reglas simples creó la igualdad ante la ley de los patricios y los plebeyos. El sistema legal instaurado por dicha ley y el conjunto de reglas que se desarrollaron a su alrededor era aplicado en exclusiva a los ciudadanos romanos y se conocía como el *ius civile*.

De conformidad con el estudio realizado por Alfredo Di Prieto, titulado "La prudente tarea de la interpretación en el derecho romano"<sup>2</sup>, ésta fue realizada por los prudentes, en una confrontación entre el derecho determinado por la ley y aquel otro, que sin estar escrito consiste en la sola interpretación de los prudentes. De este modo se debe diferenciar entre la ley y el derecho; el derecho recibía los datos estrictos de la ley e interpretaba el caso litigioso, por lo que el prudente tomaba el sentido de la ley sobre la base de un caso dado y en vista a ese caso. El sentido de la ley se encontró en su aplicación. Los prudentes introdujeron innovaciones tendientes a lograr una solución justa, sin derogar la ley: el *ius honorarium*, el cual

---

Eugenio; Tratado Elemental de Derecho Romano, Editorial Porrúa, México 1995, 12ª edición.

<sup>2</sup> DI PRIETO, Alfredo; La prudente tarea de interpretación en el derecho romano. Anuario de Filosofía Jurídica y Social de la Asociación Argentina de Derecho Comparado, Sección Teoría General, Abecedario Perrot, Buenos Aires 1989, p.p. 221-295.

completó y corrigió al *ius civile*. Lo fundamental del derecho se centró en la jurisprudencia; decir jurisprudencia era nombrar la prudencia del jurista; el jurista romano más que sabio debía ser prudente. Para Cicerón la prudencia consistía en el conocimiento de aquello que se debe hacer y lo que se debe evitar hacer. El romano sostenía que, la sabiduría era la más grande de las virtudes, mas la prudencia, era el más grande de los deberes. El conocimiento y la contemplación de la naturaleza resultan como mutilados o apenas esbozados si no los sigue la acción.

La interpretación por parte de los pretores, se efectuaba respecto del caso, tratando de encontrar una solución prudentemente justa. Lo señalado por la ley son datos que debían ser asimilados por la autoridad de los jurisprudentes, más no como una tarea dogmática que reduciría todo *responsum*<sup>3</sup> a una pura operación de sustitución a partir de la ley. El hacer justicia era algo más sutil y delicado que el hacer cumplir ciegamente el *ius civile*. El jurisprudente no era un sirviente de la ley, a quien servía era a la justicia. Era un prudente del derecho, según la solución justa que él intuía en el caso propuesto, utilizando los datos de la ley, a veces en forma literal, otras apartándose de las mismas para seguir su espíritu. Conocer las leyes no es quedar ligados por la palabra, sino por su fuerza y su poder. El derecho romano era un derecho abierto, donde se creó el derecho a partir de los casos concretos.

La solución justa tiene su origen en la misma causa, debiendo hacerla aparecer dentro de la simplicidad, con toda una gama de posibilidades, todas ellas problemáticas; siendo necesario que la causa-efecto sea producida de manera

---

<sup>3</sup> Se entendía por *Responsum* a las consultas sobre derecho realizadas por uno o varios juriconsultos, sea verbales o escritos.

## Capítulo Primero

---

directa. Así la opinión presentada no pretendía la seguridad de la certeza, sino la prudencia; contemplando la posibilidad de haberse escapado alguna situación, sin ser presuntuoso, por lo que se expresaba con los verbos: se entiende, se ve, se comprende, es probable. El derecho romano nunca hizo un fetiche del criterio de certeza, su *responsum* denota una actitud de reverente respeto frente al caso. Una solución justa hoy, quizás no lo sería mañana para una causa análoga. Para la interpretación de la ley era necesario investigar el derecho usado antes en semejantes casos, pues la costumbre era el mejor intérprete de las leyes.

Cabría pensar que cuanto más estrictos seamos en la interpretación y aplicación, más justas serían las soluciones; lo cual es falso. Porque la interpretación más estricta nos lleva a la máxima injusticia, Cicerón nos da el siguiente ejemplo:

Se había concluido una tregua con el enemigo, estableciéndose que sería por 30 días. Alguien se dedicó a saquear los campos durante la noche, arguyendo una interpretación estrictamente gramatical: la tregua hablada de días, no de noches.<sup>4</sup>

Desde un punto de vista lógico el razonamiento luce verdadero, se ha interpretado y aplicado un estricto derecho, que conlleva a una máxima injusticia.

Otro ejemplo lo otorga Gayo:

La forma más usual de los romanos para contraer una obligación por el *ius civile* era la *stipulatio*, promesa de pago que se formalizaba con la pregunta del acreedor: ¿prometes darme tanto? y la respuesta congruente del acreedor: "te lo

---

<sup>4</sup> Di Prieto, *op cit*, p. 230

prometo". El *ius civile* entendía que quien pronunciaba esas palabras quedaba obligado estrictamente a su cumplimiento, más cumplir estrictamente el *ius civile* podría resultar inequitativo. Alguien había acudido a un prestamista para conseguir dinero, este último había consentido en el negocio; pronunciando las palabras formales habían celebrado el *stipulatio*, sin que el prestamista hubiera entregado el dinero. El problema se presenta cuando el prestamista pretende reclamar ante el pretor la suma prometida en la *stipulatio*. De acuerdo con el *ius civile* dicho prestamista tiene una acción para reclamar dicha suma. En efecto la *actio ex stipulatu* nace directamente de la obligación contraída en las palabras, pero el pretor interpretando el caso, ve que con ello se llegaría a una solución injusta. Por lo que se basara en la *acquitias*, de un modo muy prudente escucha al actor y le concede la *actio*, permitiendo que su pretensión figure en la *intentio*, con ello presta atención a la salvaguarda del principio del *ius civile*, que establece que hay que pagar aquello a lo cual uno se ha obligado por una *stipulatio*. Pero también escucha al demandado, le permite introducir una defensa denominada *exceptio*, *exceptio penunia non numerata*; de esta forma, deja que el asunto pase al juez para que este compruebe la veracidad de los hechos alegados por las partes; concluyendo: Si encuentras probado que X debe pagar a Z tal suma de dinero, condénalo, excepto que se pruebe la existencia de dolo.<sup>5</sup>

De lo anterior se concluye que el pretor logró evitar una injusticia sin violar la ley y sin concluir en una máxima injusticia. Más esta diferencia entre derecho y equidad, resulta válida únicamente en cuanto a la contraposición de lo estricto a lo

<sup>5</sup> Ibidem, p. 251-252.

## Capítulo Primero

---

específico; ya que el *ius civile* tiene su parte viva en el *ius honorarium*, donde esta vigente: la igualdad, equidad y justicia. Mas la interpretación no significaba una solución caprichosa y subjetiva. La jurisprudencia era propiamente la interpretación, y si bien los prudentes usaban sabiamente la equidad, lo hacían con un máximo de prudencia, tratando de evitar una justicia mecánica. Las técnicas usadas eran sorprendentes por su maleabilidad, sutileza y hasta su extravagancia; nadie ponía en duda que eran justas. Los romanos no poseían un sistema normativo del cual se pudiera extraer por deducción la solución concreta, como norma especial para cada caso; la solución era arrancada de la interpretación del caso mismo. Nunca un jurista de la época clásica, aún en tiempos de profundas innovaciones sociales, lanzó por la borda lo hecho por las generaciones precedentes, no tuvo la veleidad de construir sobre nuevas bases la ciencia del derecho, o de darle nueva orientación.

Otro problema que surge al interpretar, es cuando una de las partes niega la versión literal del texto (controversia entre la letra y el espíritu), habrá casos en los cuales hay que defender el sentido; haciendo ver que la simple intención del redactor no es absoluta, válida en todo tiempo y en todos los casos, sino que en ciertos casos, es necesario interpretarla de acuerdo con los hechos y el tiempo en que ocurren; ejemplo de ello es la *Causa Curiana*.

Coponio había hecho testamento, incluyendo como heredero al hijo que iba a nacer, y agregó que si dicho hijo muriera antes de haber alcanzado la pubertad, el heredero sería Curio. Ocurrió que el hijo que esperaba no nació. Se planteó

entonces el problema muy controvertido entre los herederos agnados que reclamaban la herencia, y Curio que pretendía ser heredero testamentario. Los agnados argumentaron que el testador había instituido heredero a Curio, sólo como substituto para el caso de que habiendo tenido a su hijo, éste hubiera muerto siendo impúber, si el causante hubiera querido que Curio fuese heredero, habría recurrido a la simple de las substituciones: "que mi hijo por nacer sea heredero, si no lo es, que lo sea Curio". Mientras que Curio se apoyó principalmente en la intención del testador y lo equitativo que resultaba admitirlo como heredero. El tribunal resolvió a favor de Curio, porque demostró que es sólo la intención la que constituya toda la fuerza de aquél que ataca el texto.<sup>6</sup>

Las doce tablas fueron destruidas durante el saqueo de Roma por los galos en el año 390 a. C., pero la literatura latina posterior ha permitido conocer algunas de esas leyes. La expansión territorial por la cuenca mediterránea obligó a los romanos a elaborar un sistema legal nuevo. Cada territorio conquistado contaba con su propio sistema, por lo que se requería un cuerpo de leyes que fuese aplicable tanto a los ciudadanos romanos como al resto. Aproximadamente entre el año 367 a.C. y el 137 d.C. este nuevo sistema se desarrolló a partir de los edictos del pretor, quien definía e interpretaba la ley para los casos particulares. El pretor de los extranjeros administraba justicia en Roma, en todas las controversias donde alguna de las partes no era un ciudadano romano; y el pretor provincial establecía sus edictos en materias de interés comercial, en base a los edictos del pretor de los

---

<sup>6</sup> Ibidem, p. 270-271.

## Capítulo Primero

---

extranjeros de Roma. Durante los últimos años de la República de Roma las reglas de este nuevo sistema solían aplicarse a los conflictos entre ciudadanos romanos. Este nuevo sistema legal se conocía como el *ius gentium*. La ampliación de la ciudadanía romana a todos los habitantes libres del Imperio romano, hizo que la distinción entre *ius civile* y *ius gentium* fuera obsoleta, y la ley de la ciudad o *ius civile* de Roma, se convirtiera en la ley de todo el imperio. Las diversidades provinciales fueron eliminadas por la legislación del Senado y del Emperador, y por la interpretación de los jurisconsultos.

En el periodo del emperador romano Augusto, algunos juristas obtuvieron que sus opiniones fueran revestidas por la autoridad imperial, iniciándose el proceso de burocratización de la jurisprudencia. Se permitió a algunos juristas crear derecho, cuando todas las respuestas concuerdan en un sentido, obtiene fuerza de ley; no como una equiparación a la ley sino como obligación a seguir. La unanimidad de los juristas sobre un punto determinado obligaba al magistrado y al juez, más si surgía una respuesta discordante, entonces el que debía decidir tenía libertad para optar por la que considerara más conveniente.

En el periodo del derecho romano post-clásico, los juristas fueron perdiendo la independencia típica y característica del periodo clásico. Lentamente el jurista se fue convirtiendo en un instrumento servil de la voluntad del emperador, y parte del anonimato. La jurisprudencia de esa época se identificó, por una marcada pérdida de confianza del jurista en sus propias fuerzas interpretativas. Se decidió en vista a la consulta de los prudentes clásicos tratando de buscar entre sus soluciones, cuál era

la conveniente aplicar, y se abandonó el método de interpretación y los presupuestos para lograr su inteligencia. Se recibió la riqueza del legado, sin averiguar como se había llegado a él. Se transformó en dogma el derecho clásico alterando los textos, vulgarizando así el derecho romano. Predominó la voluntad imperial y disminuyó el papel de los juristas, *el emperador como señor de las leyes, rector de la justicia y de la equidad.*

El *Codex Theodosianus*, fué publicado por Teodosio II en el año 438 d.C.; en su redacción original ordenó a los jueces que los casos debían ser resueltos conforme a las opiniones de solo 5 autores: Papiniano, Paulo, Ulpiano, Modestino y Gallo. Si existía alguna discrepancia había que seguir el criterio de la mayoría, y si ésta no se podía lograr, preveía la opinión de Papiniano; ello condujo a la petrificación de la jurisprudencia.

Más tarde Justiniano I emperador romano, motivado por su actitud reaccionaria al considerar decadente al derecho romano contemporáneo, y pretendiendo devolver la pureza y grandeza al derecho. Nombró un comité de diez juristas para hacer una compilación, procuraba resolver conflictos y dudas; intranquilo por el número, la extensión y la diversidad de los comentarios y tratados escritos por los jurisconsultos. El resultado de dicha tarea fue El código de Justiniano, el cual contenía una síntesis de preceptos y doctrina, abordó los temas de: las personas, la división de las cosas, los derechos reales, el testamento, la sucesión intestada, las obligaciones que proceden del contrato, las obligaciones *ex delicto* y de las acciones. Fue promulgado el 21 de noviembre del año 529, dedicado

## Capítulo Primero

---

a la juventud estudiosa y más tarde, el 30 de diciembre del mismo año, adquirió fuerza de ley. Tras su publicación Justiniano prohibió toda nueva referencia, de obra de los jurisconsultos que él no aprobara en el *Corpus Juris Civilis*, así como la elaboración de comentarios sobre la compilación, sancionando a los librereros que vendieran obras de interpretación. Trató de abolir todo el derecho anterior.

Si bien el propósito de Justiniano era establecer el orden y claridad, el derecho se tomó oscuro; su develamiento exigía la prudente tarea de la interpretación. "La ruda prohibición justiniãna de hacer comentarios, permitiendo únicamente la traducción literal al griego, no fue observada estrictamente, existiendo una obra anónima de traducción griega resumida del *Corpus Iuris* junto con una selección de observaciones".<sup>7</sup> A consecuencia de la obra de Justiniano cayó en desuso la noción romana de equidad-justicia por parte de los prudentes, desapareció el procedimiento formulario y los pretores, para directamente conocer los *jucces*. El juez se apartó de la noción clásica del derecho, al ser obligado a aplicar los textos compilados sin poder interpretarlos conforme al clásico concepto de justicia.

El *Corpus Iuris Civilis* comprendió cuatro estudios: *Institutiones* (533), *Digesto* o *Pandecta* (533), *Codex Constitutionum* (528-529 y revisado en el 534) y *Novellae* (534-565). Para el presente trabajo destacaré El digesto, compendio compuesto por Juliano, dividido en 50 libros y parte más voluminosa del *Corpus*. Formado por una reunión de fragmentos procedentes de las obras de los grandes juristas, y edición oficial de las más selectas jurisprudencias romanas. Para darle un

---

<sup>7</sup> MARGADANT, F. Guillermo. La segunda vida del derecho romano. Miguel Ángel Porrúa, 1ª edición, México 1986, p. 64.

carácter unitario se ordenó y eliminó las repeticiones, así como para resolver los aspectos contradictorios de la ley existente, se hizo variar el tenor literal de todos los documentos, si hacía falta para lograrlo. De dicha obra rescató la definición de derecho y jurisprudencia:

*Ius* el cual es llamado así por derivar de justicia, pues como elegantemente lo define Celso; el derecho es la técnica de lo bueno y de lo justo. En razón de lo cual se nos puede llamar sacerdotes; en efecto rendimos culto a la justicia y profesamos el saber de lo bueno y de lo justo, separando lo justo de lo injusto, discerniendo lo lícito de lo ilícito, anhelando hacer buenos a los hombres, no sólo por el temor de los castigos, sino también por el estímulo de los premios, dedicados si no yernos, a una verdadera y no simulada filosofía. Señalando a la justicia como la voluntad constante y perpetua de dar a cada uno su derecho: vivir honestamente, no dañar al prójimo y dar a cada uno lo suyo; mientras que la jurisprudencia es el conocimiento de las cosas divinas y humanas, la ciencia de lo justo y de lo injusto; imponiendo al Magistrado la obligación de aplicar para sí el derecho que estableció para otro, para así reprimir el dolo.<sup>8</sup>

El auténtico esplendor del trabajo de Justiniano se produjo unos seis siglos más tarde de la publicación de estas obras, cuando la cultura europea adoptó su legado como una referencia cargada de autoridad, y muy útil para la formación de los nuevos juristas en un Derecho común. El gran mérito de la obra de Justiniano fue condensar el saber jurídico de Roma y actuar como el eslabón de continuidad, para que ese pensamiento pasara a la conciencia jurídica europea suponiendo, sin duda, el

<sup>8</sup> El Digesto de Justiniano, tomos I y II, Editorial Aranzadi, Pamplona 1968, traducción de A'Dors, F.

## Capítulo Primero

---

segundo gran momento de expansión del Derecho romano.

### 1.2. Glosadores de la Edad Media<sup>9</sup>

*En épocas de ignorancia no se tienen dudas, ni siquiera cuando se ocasionan los males más graves.*

*En tiempos de ilustración, temblamos aun al hacer los mejores bienes.*

*Montesquieu*

El derecho romano no se extinguió con la aniquilación del imperio, sino por el contrario se desparramó e impuso, lento o violentamente en diferentes casos; al ser el producto de más siglos de evolución de los que lleva hasta ahora de existencia la era cristiana. Con él, se produjo un insólito fenómeno en la historia de las ideas y las instituciones humanas. Por una parte, el derecho romano mismo originó modificaciones importantes en el sistema de vida de los pueblos que lo recibieron, y por otra, ese derecho recibido no sólo fue el vigente en el momento de entrar en contacto con él los pueblos germanos, sino también el llamado derecho clásico, que en sí mismo no estaba vigente entonces y que renacería, llegada la época del humanismo.

La función histórica de la Edad Media ha sido la de crear Europa, con la compenetración de la filosofía y arte griego, la organización estatal y el Derecho de Roma, y la aportación judía del cristianismo como religión oficial. La Edad Media comenzó con la decadencia de la cultura, el desquicio del lenguaje producto de la

---

Hernández-Tejero, 1ª edición, p.p. 41,46 y 91.

<sup>9</sup> BERNAL, Beatriz, et al. *Historia del derecho romano y de los derechos neorrománicos*. De los orígenes de la alta edad media. Editorial Porrúa, 4ª edición, México 1989, p.p. 265-344. KOSCHARER, Fabio. *Europa y el derecho romano*. Editorial Revista de Derecho Privado, 1ª edición, Madrid 1955, p.p. 101-

mezcla de lo mediterráneo con lo germánico, el fortalecimiento del papado y la iglesia. Traducido en el ideal de una sola iglesia, bajo una autoridad unipersonal papal. Un solo imperio. Un solo idioma: el latín. Y un solo derecho: el *Ius Commune*. Cristianos y romanos se convirtieron en sinónimos.

La marquesa Matilda de Bolonia, viendo el auge de los estudios jurídicos en Renave, decidió fomentar en su propia ciudad, el estudio del derecho con la ayuda de un monje erudito llamado Imerius<sup>10</sup>; éste dio al estudio del derecho un carácter autónomo, no reconocido por la enciclopedia del saber medieval. Estudió el derecho Justiniano en los textos originales, haciendo un lado los extractos, estableció el verdadero significado de la compilación justiniana y dotó a Bolonia de una copia completa del Digesto.

Al comienzo, el *Corpus Iuris* con el que trabajaron los glosadores no fue tan completo como el que ahora tenemos a nuestra disposición; las citas en griego no fueron tomadas en cuenta, mejorando en el siglo XII cuando éstas se tradujeron al latín. Imerius comenzó con la costumbre de poner resúmenes de las Novelas, con la finalidad de hacer más fácil el manejo del *Corpus Iuris*, por el hecho de unir en un solo lugar el texto original y la enmienda posterior.

La escuela de los glosadores se propuso completar el material sobre el que habían de trabajar el *Corpus Iuris Civilis*. Procurando hacerlo más comprensible,

---

163. MARGADANT Floris; Guillermo; *La segunda vida del derecho romano*, cit. p.p. 71- 225.

<sup>10</sup> A veces se presentan los hechos como si, en un ambiente de total desconocimiento del *Corpus Iuris*, el hallazgo casual que hizo Imerius en un biblioteca de Pisa, de los tomo I y III del Digesto, que luego comenzó a estudiar desde el punto de vista filológico, para después sentir el interés jurídico de la obra, y buscar el segundo tomo, para reforzar la importancia de su descubrimiento y llevando luego una copia a su propia escuela en Bolonia; existiendo indicios de que en realidad, el renovado interés por el derecho de Justiniano comenzó en el sur de Italia, alrededor de 1070.

## Capítulo Primero

---

mediante la elaboración de glosas o comentarios, a veces de pocas palabras colocadas en forma interlineal dentro del texto de Justiniano; en otras ocasiones, con frases abreviadas, las cuales no siempre fue posible interlinear, por lo cual se colocaron en los márgenes de las páginas; y a menudo redactadas en hojas, folletos y libros separados. Los mejores conocedores del derecho Justiniano fueron los glosadores, suponiendo su labor de toda una vida de estudio.

Los glosadores no consiguen prestigio y fama por la circunstancia de ser los creadores de una actividad científica en la Edad Media, cuyo objeto era el derecho, sino por haber hecho tema de estudio el derecho romano. Más para el Doctor Rolando Tamayo los glosadores son los creadores de toda una ciencia jurídica, al haber formulado hipótesis, construido un sistema de instituciones y normas jurídicas auxiliados del método dialéctico. Expusieron la doctrina jurídica del Corpus Iuris y demás derecho medieval, construyendo la doctrina del derecho positivo.

El objeto de estudio de los glosadores lo constituyeron los mandatos, órdenes, reglas o principios encontrados en las resoluciones judiciales, costumbres, leyes o decretos, promulgados por concilios, reyes, papas, emperadores o magistrados; "arreglados" de conformidad con las normas, reglas o principios del Corpus Iuris, constituyendo la base empírica de los sistemas jurídicos. El material jurídico era tratado por los juristas como materiales para observar, clasificar y explicar sistemáticamente, en términos de principios y conceptos generales. Las explicaciones así obtenidas eran sometidas a verificación en términos predominantemente lógicos, de esta forma la jurisprudencia medieval, como

dogmática jurídica, tiene como necesario punto de partida un enfoque mas bien positivista. Suponían que podían demostrar mediante la razón y la justicia universal de los textos romanos.<sup>11</sup>

El gran instrumento de análisis lo constituyó el procedimiento dialéctico, mediante el cual se examinó lógicamente conceptos y se construyeron deducciones. Para principios del siglo XII desarrollaron el *método escolástico*, el cual presupone la autoridad absoluta de ciertos libros, aceptando la existencia de defectos y contradicciones en los textos, con el propósito fundamental de llegar al punto culminante de las ideas, integrando los defectos y resolviendo las contradicciones. En derecho, el método escolástico adquirió la forma del análisis y síntesis de la masa de doctrina encontrada en la codificación justinianea.<sup>12</sup>

El énfasis en señalar las contradicciones que se encontraban en los textos jurídicos dotados de autoridad, y su reconciliación mediante principios y conceptos generales, fue un reflejo de la necesidad de reconciliar los agudos conflictos que coexistían dentro de la estructura de la misma sociedad medieval. Los glosadores para comprender todas las circunstancias y extender su atención a toda una materia; reunieron por ejemplo, en el comentario de una ley, infinidad de reglas, procediendo con un rigor indefectible, partiendo del material dado y mediante argumentos lógicos; obteniendo las consecuencias jurídicas y un nuevo punto de partida.<sup>13</sup> En el proceso

---

<sup>11</sup> TAMAYO y Salmorán, Rolando. *La jurisprudencia y la formación del ideal político*. Introducción histórica a la ciencia jurídica. Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México 1983, 1ª edición, p.p. 69-71

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 56.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 75.

## Capítulo Primero

---

de transformación del Corpus Iuris en jurisprudencia italiana, los glosadores y comentaristas crearon cantidad de teorías políticas, fundamentadas primordialmente en el Corpus. Cuestiones como la naturaleza del derecho, de la autoridad, sobre la relación entre el poder secular y eclesiástico, sobre las asociaciones; así como una doctrina del contrato, a partir de los diferentes tipos de contratos romanos; una doctrina de la representación a partir de los diferentes mandatos, etc. Los Glosadores confrontaron la experiencia jurídica de su tiempo al texto romano, mientras que los Postglosadores comparaban el texto a la experiencia.

Las glosas son muy distintas entre sí en cuanto a importancia, forma, finalidad y contenido. Dentro de los glosadores encontramos dos corrientes: los discípulos de Imerius, los cuales ofrecen soluciones firmes, previsibles, basados en los textos de Justiniano sin concesiones a otros sistemas o a impulsos subjetivos, por nobles que sean; y una corriente contraria que busca interpretaciones audaces, si es necesario, con el fin de producir resultados equitativos. Uno de los problemas encontrados por los glosadores, fue el de diversas incongruencias en el Corpus, como por ejemplo:

*Princeps legibus solutus*, (el rey no está sujeto al derecho) o *quod principi placuit legis habet vigores* (lo que place al rey tiene fuerza de ley) o *civitas superiores de facto non recognoscens, est sibi princeps* (la comunidad cívica que de hecho no reconoce a ningún soberano superior, es su propio soberano)<sup>1\*</sup>.

Las diversas contradicciones contempladas en el Corpus se deben a que entre las partes más antiguas y las más modernas, median unos 600 años, durante los

cuales el derecho experimentó cambios notables. Recordemos que en el derecho romano clásico se estudiaba el caso específico para resolver el problema, y una respuesta hoy no podría aplicarse para el mismo caso mañana; por lo que Justiniano trató de superar y resolver dichas contradicciones, con la introducción de numerosas interpolaciones, no siempre congruentes, y ello fue la causa de que subsistan las contradicciones. Justiniano convirtió el *Corpus Iuris* en un almacén, donde dependiendo de la habilidad del intérprete, podría encontrar los argumentos más sorprendentes. Los juristas medievales tienden a una generalización de datos aislados, a veces no referentes al mismo tema, dando lugar a la práctica de sacar del *Corpus Iuris* los datos dispersos que ilustran algún tema jurídico, a menudo visto por el autor a la luz de alguna conclusión preconcebida, para después presentar una monografía que trata de hacer justicia a todas las citas en cuestión, juntando los datos en una estructura lógica, homogénea y eliminando las aparentes contradicciones, con la tarea de poner en armonía a como dé lugar la obra de Justiniano.

Vista la infinidad de glosas realizadas, se hizo necesario ordenar la enorme cosecha de comentarios, siendo Acurcio quien toma la tarea de revisar cuidadosamente la obra de toda esta escuela. Eliminó lo que a juicio de él era superfluo o equivocado, decidió cuál era la mejor opinión en caso de controversia entre dos o más glosadores, y recopiló lo que en su opinión, era lo mejor de la producción en una compilación de 100,000 glosas: creando la *Glosa Ordinaria* o la

---

<sup>14</sup> *Ibidem*.

## **Capítulo Primero**

---

Gran Glosa en el año de 1250<sup>15</sup>. A finales del siglo XVII muchos juristas consideran la glosa de Acurcio como el comentario oficial del Corpus Juris, con el inconveniente de haberse perdido interesantes opiniones de los glosadores, no contemplados en la Gran Glosa.

Los Postglosadores suelen referirse a la Glosa Ordinaria, y solo raras veces a las obras individuales de los glosadores, produciendo grandes dictámenes, firmemente arraigados en la práctica forense; con la problemática de haber basado su obra en derecho romano de tercera mano (la Gran Glosa). El máximo autor de esta escuela fue Bartolus de Sassoferrato, el cual logró producir una colección de ensayos y comentarios exegéticos al Corpus Juris.

### **1.2.1. La recepción del Derecho Romano en la Edad Media**

La recepción de un derecho se engendra con independencia de qué su resultado cristalice en libros de derecho o de doctrina, la recepción es la aceptación de un sistema jurídico que se produce, mediante un proceso de adaptación del pueblo que lo recibe. El Corpus Juris Civilis nunca fue derogado expresamente, sino relegado en la práctica para ocupar un sitio subsidiario en la escala de preferencia legislativa; mas sin embargo siguió siendo estudiado y comentado en algunos centros de cultura dirigidos por monjes, monasterios o cabildos eclesiásticos. Se encontró en Turín un manuscrito de las instituciones de Justiniano con glosas, a pesar de ello los juristas bizantinos no llegaron a Europa en el siglo XV con la obra

---

<sup>15</sup> Para los historiadores con esta obra se da por concluida la escuela de los glosadores.

de Justiniano, sino las *Basilicas*.<sup>16</sup> La época se resistía a dejar de ser fiel a Justiniano en la enseñanza, no así en la práctica judicial. Para referirse a la recepción del derecho romano desde la Edad Media, se ha utilizado la expresión "segunda vida del derecho romano"; la cual fue susceptible de atención aún cuando había perdido su fuerza general obligatoria. Cuando en el siglo V sucumbe el imperio de Occidente ante el embate de los Bárbaros, se mezclan las culturas romana y germana (esta última casi nómada, fresca y joven, con un derecho casi consuetudinario, así como una débil noción de la propiedad inmueble por su nomadismo; siendo considerado el trabajo como fuente de la propiedad mobiliaria y del derecho de ocupar transitoriamente tierras de uso y aprovechamiento común). Los bárbaros dejaron que los pueblos conquistados siguieran rigiéndose por su propio derecho, como algo perteneciente al pueblo o a la tribu, como un tributo común del grupo; gracias al cual se mantuvieron unidos.

Después de Acurcio, donde fue estudiado el derecho romano medieval fue Francia; París pronto fue relegada luego de la Bula de Honorius III de 1259, la cual prohibía la enseñanza iusromanista en protección de las cátedras de derecho canónico y con beneplácito del rey. España<sup>17</sup> durante el reinado visigótico se germanizó parcialmente, fue la región más romanista y cristiana; tierra propicia para el

---

<sup>16</sup> La *Basilicas* son los comentarios realizados al *Corpus Iuris Civilis*, a fin de depurar el derecho de su tiempo de las alteraciones y deformaciones, publicadas en el año 890.

<sup>17</sup> España fue conquistada por Roma aproximadamente en el año de 206 a.C., bautizándola con el nombre de Hispania, el proceso de romanización se plasmó básicamente en la expansión de la lengua latina y del derecho romano, llegando el cristianismo solidamente arraigado. Para 476 con la caída del imperio romano se establecen los Visigodos. En 711 los Musulmanes provenientes del norte de África invaden Hispania, implantando la religión musulmán y llamándole Al-Andaluz. En el siglo XI con la correlación entre cristianos y musulmanes se inician guerras internas, que concluirán hasta el siglo XIII con la reconquista de los cristianos, difundiendo el derecho romano en las Siete Partidas.

## **Captulo Primero**

---

mestizaje étnico y cultural siempre dirigido hacia lo nacional, sin rechazar lo árabe<sup>18</sup>, como la terminología jurídica alcabala, alhóndiga, alcalde, etc. Contribuyó a la expansión territorial de la escuela de los Glosadores con sus escuelas de derecho en Salamanca y Valladolid. Durante el siglo XII se despierta en Inglaterra el interés por el estudio del derecho Justiniano. Un factor favorable para la expansión de la escuela de los glosadores hacia Europa occidental, fue que todo intelectual hablaba y entendía latín.

A medida que renace el interés por el Derecho Romano, se vitaliza el Derecho Canónico; para finales del siglo XII se observan tensiones entre ambas corrientes. Los canonistas a menudo propusieron añadiduras a los principios de Justiniano, justificables a la luz de la moral, mas no siempre apreciadas por los romanistas, con la única tarea de proponer una moralización de las soluciones jurídicas. La actitud moralista de los canonistas y el rigor romanista, a veces incompatible con la equidad, creció tanto que los romanistas se sintieron impulsados a buscar en los textos de Justiniano argumentos para seguir a los canonistas.

Alfonso el Sabio inyectó a España de ideas justinianeas a mediados del siglo XIII, cuando compila en lengua española las Siete Partidas, donde repercute el Derecho Romano claramente derivado de la Escuela de los Glosadores; código con influencia predominantemente romana, más aspectos canónicos y germánicos. Las Siete Partidas fueron tomadas muy en cuenta en la práctica judicial, inclusive antes

---

<sup>18</sup> Aunque los derechos musulmán y visigodo convivieron en la España islamizada a lo largo de ocho siglos, no influyeron uno del otro; quizás por la enorme capacidad para formar un sentimiento de nacionalidad y la libertad religiosa tolerada por los árabes.

de 1348<sup>19</sup>, la importancia de esta obra creció cuando Gregorio López, en el Renacimiento, le añadió glosas. El Derecho Romano tuvo para las Indias la misma importancia que para Castilla, o más, al tener las Siete Partidas más vigor en las Indias que en la península.

### **1.2.2. La enseñanza del derecho en la Edad Media**

La literatura académica sobre el derecho Justiniano, nació de la enseñanza del derecho, la cual en el siglo XI se basó en viejos manuscritos, los cuales contenían la compilación del Derecho Romano realizada por Justiniano, alrededor del año 530. Para los glosadores el Imperio Romano no había caducado, sino sobrevivía en el imperio cristiano de occidente, por lo que el Derecho del Imperio no debía ser otro que el Romano; un solo Imperio y un solo Derecho: el Romano. El Derecho Romano representa la universidad del imperio. Los estudiantes deseosos de manejar el derecho contrataban el servicio de un maestro, los profesores en un principio fueron pagados directamente por el estudiante, después por asociaciones; los profesores formaban sus propias asociaciones, con derecho de examinar y admitir a sus estudiantes. Las universidades italianas por mucho tiempo gozaron de libertad en la enseñanza y en su métodos, aún después del control episcopal, considerando que antes del siglo XI la educación era exclusiva de los monasterios. El único objeto de enseñanza e instrucción, hasta antes de 1365 cuando se agregó la teología, fue el Derecho Romano, estudiando cada uno de los elementos que formaban el Corpus Iuris, quizás por ello la carrera de derecho era tan larga (7 años).

---

<sup>19</sup> Año en el que el Ordenamiento de Alcalá le otorgó el rango de derecho supletorio, rango confirmado

## **Capítulo Primero**

---

En el Medioevo se enseñaba el derecho mediante la lectura de los textos seguida por la glosa del profesor; las glosas eran copiadas por los estudiantes entre las líneas del texto o en el margen, acumulando doctrina. Los glosadores eran ante todo maestros de Derecho, mas no con exclusividad; emitían dictámenes como abogados o como jueces. El derecho Justiniano enseñado era demasiado complejo para su época, e inadecuado en la práctica

Según narra el profesor Margadant en su libro "La segunda vida del derecho", la metodología de la enseñanza consistía en:

...el maestro está dirigiéndose a su alumno, el lector, y después de presentarle los diversos argumentos, de un lado y otro, en una situación dudosa o confusa, el maestro recomienda al alumno: en tal caso debes decir..., casi con el tono de: no me importa lo que tu mismo piensas del asunto, si quieres tener éxito en tus pruebas conmigo te recomiendo que digas...,<sup>20</sup>

### **1.2.3. Aportaciones jurídicas de los juristas medievales**

La escuela de los glosadores produjo una vasta literatura, en la cual el derecho de Justiniano, fue progresivamente adaptándose a la actividad normal de los tribunales. De entre las aportaciones del derecho medieval encontramos:

- La interpretación del soberano (príncipe o rey) tiene fuerza obligatoria, la interpretación por el juez solo obliga a las partes en el litigio y la interpretación

---

por las Leyes del Toro de 1505.

<sup>20</sup> Margadant, op cit, p. 153. Al respecto no encontramos gran diferencia con los actuales métodos de

por parte de los dogmáticos del derecho no tiene obligatoriedad, aunque pueda llegar a tener eficacia para influir en una de las dos formas anteriores de interpretación.

- Los *iusromanistas* medievales reconocieron que dos sentencias en el sentido mencionado, bastan para comprobar una costumbre; luego de aplicar por analogía el principio romano de bastar dos testigos para tener por cierto un hecho.
- En el derecho sustantivo establecieron el principio de *pacta sunt servanda*, desarrollado con base en términos romanos y con las ideas básicas sobre la causa, el consentimiento o la ignorancia del derecho y de hechos en los contratos.
- Así como el concepto de causa, medio de protección de la regla *pacta sunt Servando*.
- La cláusula invisible, donde el cumplimiento solo puede exigirse si las circunstancias esenciales en el momento de crearse la nueva situación jurídica, no cambiaron de manera imprevisible, es decir "siempre que las circunstancias se queden así". Enunciada bajo la máxima "*Rebus sic stantibus*". Esto es, que las partes entienden valedero el contrato siempre que subsistan las condiciones económicas bajo cuyo imperio se pactó.<sup>21</sup>
- En el aspecto procesal, el derecho romano deja de ser un sistema de acciones, con mayor tolerancia al *pluris petitio*, de manera que una equivocación técnica en cuanto a la selección de la acción, ya no hace perder el proceso; la sentencia

---

enseñanza, quizás radique en ello la poca o nula creatividad del estudiante, para la ciencia jurídica.

<sup>21</sup> CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Editorial Heliasta, Argentina

absolutoria señala el error cometido y permite iniciar otro proceso por la misma causa, pero ahora basado en la acción correcta.

### 1.3. Derecho Indiano <sup>22</sup>

Por Derecho Indiano se entiende el conjunto de leyes y disposiciones de gobierno, promulgadas por los reyes de España y otras autoridades subordinadas a ellos, para establecer un régimen jurídico especial en las Indias; es también derecho indiano el derecho de Castilla, ciertas bulas pontificias emitidas en los siglos XV y XVI, las capitulaciones hechas entre la Corona, los descubridores y colonos, e incluso las costumbres desarrolladas en América que no contrarias a los intereses de la Corona o el ambiente cristiano. La incorporación jurídica de las Indias a la corona de Castilla, no solo significó la integración a la monarquía hispano-indiana, sino el enfrentar nuevos problemas jurídicos, resueltos con la tradición jurídica europea. La recepción de la tradición jurídica en América se verificó mediante las vías oficiales, académicas y prácticas. Al tiempo de producirse el descubrimiento de América, el derecho romano estaba privado de valor legal en el reino de Castilla, mas señalando en la prelación de aplicación del derecho, el juez debía primero recurrir a las Leyes de Toro, luego a los Ordenamientos, Pragmáticos y Siete Partidas<sup>23</sup>, a falta de ellas a

---

1989, 1ª edición, p. 39

<sup>22</sup> BARRIENTOS Grandon, Javier. *La Cultura Jurídica en la Nueva España*. Universidad Nacional Autónoma de México, 1993, 1ª edición. GONZALES, María del Refugio. *El derecho indiano y el derecho provincial eno hispanico*. Marco historiográfico y conceptual. UNAM, México 1996, 1ª edición, p.p. 48-67. SÁNCHEZ BELLA, Ismael. *Estudios de Derecho indiano*. 3 volúmenes Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona 1995.

<sup>23</sup> Aun cuando en dichos ordenamientos se contemplaba el derecho romano.

los Fueros, y en deficiencia de éstos al derecho de los Jurisconsultos y Emperadores Romanos enseñados en las escuelas y estudios generales, al ser considerados como razón de sabios.<sup>24</sup> Tal era el arraigo del derecho romano entre los juristas indianos que se resistían a que éste fuera desplazado por el derecho real y los restantes derechos propios; en la práctica era común el recurrir directamente al Derecho Romano para fundamentar sus alegatos. Ejemplo de lo anterior son Las Leyes de Toro de 1505 las cuales prohibieron expresamente que se juzgara por otras leyes que no fueran las de Castilla contenidas en el orden de prelación, mas permitieron el estudio del Derecho Romano. Imponiendo a los jueces y oficiales de la corte el deber de conocer y estudiar los textos de legislación real castellana, así como la invocación en juicio de las opiniones de juristas. Sin embargo la cita de ellos continuó, considerando bueno no sólo tener la decisión de la ley, sino la de algún doctor en los términos, pues dichas decisiones eran las más seguras y con ellas cesaban todos los argumentos. El derecho castellano se aplicó en las Indias con carácter de derecho común, esto es como un derecho de aplicación general y subsidiaria, recurriendo a él a falta de derechos propios, que en la Nueva España lo era el derecho municipal indiano.

En la práctica judicial era común en los litigantes recurrir a los textos de Justiniano para argumentar según sus intereses, mas su argumentación estaba basada en exclamaciones de frases en latín, sin expresar la relación con el caso concreto de forma textual, presuponiendo su conocimiento, entendimiento y relación

---

<sup>24</sup> En México en 1551 se estableció la Universidad Real y Pontificia, donde las cátedras de leyes y Cánones se erigieron con el sistema de enseñanza de la edad media, estudiando la obra de Justiniano;

## Capítulo Primero

---

con el caso; o bien, en citar Leyes o Cánones por su nombre sin especificar artículos o contenido de estas, dando por entendido el conocer a cuál se refería y el contenido del mismo. Existió una discriminación jurídica, que al correr de los años dio origen a la formación de estratos sociales de clase media principalmente criollos, que veían marginadas sus actividades sociales, administrativas o políticas por el hecho de no ser peninsulares, pues para aspirar a algún cargo público había la necesidad de demostrar la limpieza de sangre<sup>25</sup>. En el procedimiento se juraba a Dios y ante una cruz decir la verdad, observando en los expedientes consultados la sola narración de los hechos. Citaré como ejemplo de lo anterior el señalado por Javier Barrientos Grandon en *La Cultura Jurídica en la Nueva España*:

... el 21 de noviembre de 1801, el Licenciado Juan María de Cervantes, en un pleito sobre cobro de pesos derivados de un contrato de compraventa señaló: Todos los juristas saben, porque así lo enseña la Instituta de Justiniano que; *emptio et venditio contrahitur simul, ataque de pretio conveni*<sup>26</sup>.

De lo anterior se desprende la escasa o nula argumentación, el suponer conocer por todos la máxima señalada en latín; quizás reflejo de los métodos de enseñanza del derecho de esos tiempos.

De este periodo, emana una avalancha de cédulas reales, provisiones, instrucciones, ordenanzas, autos acordados, pragmatismos, reglamentos, decretos, cartas abiertas. Algunas normas de derecho indiano valían solo en algunos

---

quizás por ello, México no adopto el esplendor del derecho romano respecto la interpretación del caso.  
<sup>25</sup> Se realizaba una búsqueda entre los descendientes para verificar no haber sido convertido al catolicismo, de ser así se negaba cualquier cargo público.

territorios, otras en todas las Indias Occidentales; mas el fundamento de toda la legislación indiana era la Corona, y la ratificación por ella era necesaria para toda medida emanada de los virreyes, audiencias, gobernadores u otras autoridades. Pendiente la ratificación, las normas dictadas por virreyes y audiencias surtían provisionalmente efectos inmediatos. Por otra parte, los gobernadores, presidentes y virreyes más cercanos a una realidad que desde España no siempre pudo juzgarse, podían pedir la revocación o modificación de las cédulas reales recibidas, y suspender entre tanto su ejecución. Esta legislación indiana produjo un derecho desconfiado y plagado de trámites burocráticos, con un carácter altamente casuístico y moralista, a menudo solo experimental, tentativo y frecuentemente orientado hacia un caso especial, pero susceptibles de aplicarse por analogía a casos semejantes. Entre las leyes creadas en ese periodo encontramos las Leyes de Burdos, la Provisión de Granada, las Leyes Nuevas, las Ordenanzas sobre descubrimiento, población y pacificación de los Indios, entre otras. Se calcula que las disposiciones dictadas durante este periodo, superan el millón y fueron recogidas en cerca de dos mil libros, lo que conllevó a la necesidad de recopilar al derecho indiano:

En 1680 se promulgó la Recopilación de las Leyes de los Reinos de las Indias, conjunto de disposiciones de carácter legal, emitidas con el objeto de ordenar el desempeño del gobierno en el Nuevo Mundo, promulgadas por los reyes de España, y otras autoridades subordinadas a ellos, para establecer un régimen

---

<sup>26</sup> Barrientos Grandon, op cit, p. 230.

## Capítulo Primero

---

jurídico especial en las colonias americanas. El contenido de la Recopilación de leyes de los reinos de Indias abarcó todos los aspectos relacionados con la vida colonial, incluidos los religiosos. El primer libro reunió la normativa sobre el acceso a los cargos eclesiásticos, el funcionamiento del Tribunal de la Inquisición, la distribución de las limosnas y el control sobre la importación de las obras impresas, entre otras disposiciones. De los ocho restantes, uno de ellos, el sexto, estuvo dedicado específicamente a todo lo relacionado con la población indígena: la condición del indio, su reducción, los servicios y tributos que tenía que prestar y el trato que debía recibir de las autoridades. La compleja estructura política y administrativa quedó reflejada en siete libros que reunieron las leyes que afectaban a la formación de las instituciones de gobierno y sus cargos, la defensa de las colonias, la formación de las ciudades, el comercio, la composición de la sociedad y el papel que debía desempeñar cada grupo, los tributos y su distribución y la administración de la justicia, entre muchos otros aspectos.

El cumplimiento de esta legislación por las autoridades virreinales siempre estuvo dificultado por un desconocimiento real de la normativa vigente en cada caso, a causa de la falta de los repertorios legales y de una complejidad que se reflejaba en la existencia de disposiciones contradictorias. También influyó de forma negativa el tiempo que se tardaba en resolver los asuntos, que debían pasar por una larga, lenta y centralizada burocracia antes de recibir las resoluciones precisas. El envío de la documentación de cualquier asunto a la metrópoli para ser resuelto por el rey, tras los informes del Consejo de Indias, y su devolución al punto de origen, podía tardar

aproximadamente un año o más. La capacidad de adaptación de las autoridades, sin contravenir directamente las órdenes reales, dio lugar a un repetido incumplimiento de una legislación, que en la teoría permitía ejercer un poder controlador, pero que en la realidad no respondía a ello.

En el reglón de justicia, ésta se encontraba sujeta a un régimen de múltiples fueros, con tribunales especiales según la materia de la controversia o las partes del litigio. Eran tribunales ordinarios: el Rey, el Real y Supremo Consejo de Indias y tribunales de primera instancia, los cuales variaban por cuanto territorio, materia y cuantía; y los especiales fueron la acordada, el consulado, el eclesiástico, el indios, la inquisición, la mesta, los militares, el de minería, el protomedicato, la real hacienda y la universidad. Las sentencias pronunciadas eran a nombre del rey, y éste podía intervenir en los procesos mediante instrucciones *ad hoc*; la justicia virreinal estaba lejos de ser una justicia independiente.

El advenimiento de los Borbones en 1700, no cambió en lo sustancial el panorama descrito, a pesar de introducir figuras nuevas como los intendentes, o la creación de nuevos virreinos, como Nueva Granada en 1717 y Río de la Plata en 1776. Durante los tres siglos de dominio colonial español, los virreinos americanos dependientes de España, se rigieron por un conjunto de leyes que se fueron adaptando a una compleja realidad. Ese grupo legislativo estaba formado por: las normas procedentes del derecho castellano (base jurídica fundamental), las específicas de Indias (entre las que cabe destacar asimismo las capitulaciones firmadas entre los monarcas y los colonizadores, o las bulas que el Papado emitió

## Capítulo Primero

---

para dirimir diferentes querellas respecto del Nuevo Mundo) y aquellas procedentes del derecho indígena (que fueron introducidas por su utilidad en las relaciones con la población autóctona, como las que trataban sobre los sistemas del cacicazgo o de los sistemas de parentesco y de herencia). El derecho indiano estuvo formado por las leyes y los numerosos documentos jurídicos que generó su aplicación, producto de una compleja burocracia, que funcionó tanto desde la metrópoli como desde las diferentes sedes administrativas americanas.

El mayor esfuerzo realizado por la monarquía española para afrontar el problema del ordenamiento jurídico americano, se llevó a cabo durante el siglo XVIII, cuando ya reinaba en la metrópoli la Casa de Borbón, con una reorganización de la administración a partir de los informes emitidos desde los virreynatos por los intendentes, que hablaban de un incumplimiento generalizado en todos los terrenos. Especial importancia tuvo la labor legislativa reformadora introducida durante el reinado de Carlos III (1759-1788), que no obstante fue incapaz de llevar a cabo una nueva recopilación de los códigos indianos. Dado que en su conjunto los territorios coloniales bajo dominación española se emanciparon, salvo las excepciones cubana y puertorriqueña; la última actividad legislativa hispana sobre ellos fue la surgida de las Cortes de Cádiz, las cuales promulgaron la Constitución española de 1812, que hacía explícita referencia a la vinculación jurídica de todos los españoles, incluidos los habitantes de otros continentes distintos del europeo.

La decadencia de la Corona debido a su debilidad, hacía suponer que esa línea no podrá continuar por mucho tiempo. El rencor de los cultos y prósperos

criollos por el monopolio del poder político de los peninsulares. El ejemplo de los Estados Unidos de Norteamérica e incluso el éxito de la Revolución de los esclavos negros, a la que Haití debe su independencia de Francia. La ideología de la Iluminación, las repercusiones de las ideas de la revolución francesa, y el triunfo de ésta. La labor de la masonería y de grupos de judíos. La agitación contra la política y los intereses de España, por parte de muchos cultos e influyentes jesuitas y ex jesuitas, que vivían en el exilio. Y el ejemplo de independencia de Paraguay, Venezuela, Argentina, Chile, Gran Colombia y Perú, dio como resultado que en el año de 1810 muchos criollos de la Nueva España encontrarán la oportunidad para obtener una independencia regional, eliminando para siempre la discriminación.

#### **1.4. Cambios en la codificación después de las revoluciones**

En el siglo XVII inició en Europa una tendencia en el pensamiento y la literatura, llamada la Ilustración; cuyo propósito era iluminar por la razón, la ciencia y el respeto a la humanidad. La época sufrió el impacto intelectual causado por la exposición de la Teoría de la Gravitación Universal de Isaac Newton. Si la humanidad podía resolver las leyes del Universo, las propias leyes de Dios; el camino estaba abierto para descubrir también las leyes que subyacen al conjunto de la naturaleza y la sociedad, llegando a asumir que mediante un uso juicioso de la razón, un progreso ilimitado sería posible. Se otorgó un gran valor al descubrimiento de la verdad a través de la observación de la naturaleza, más que mediante el estudio de las fuentes autorizadas, como Aristóteles y la Biblia. Pues aunque veían a la Iglesia como la principal fuerza esclavizadora, la mayoría de los pensadores de la Ilustración

## Capítulo Primero

---

no renunció del todo a la religión. La felicidad mundana, por lo tanto, fue antepuesta a la salvación religiosa. Nada se atacó con más intensidad y energía que la doctrina de la Iglesia, con toda su historia, riqueza, poder político y supresión del libre ejercicio de la razón. En opinión de Emmanuel Kant, el lema de la época debía ser "atreverse a conocer"; surgiendo un deseo de reexaminar y cuestionar las ideas y los valores recibidos, en direcciones muy diferentes. Los cambios en las ideas sufridos en Europa pronto se expandieron al resto del mundo, los cuales en el ámbito jurídico concluyeron con la codificación del derecho iniciada en Francia, en el Código Civil de Napoleón. Código deriva del latín *codex* (libro compacto cosido por el lomo), en un principio se llamaba código a todos los libros que contenían materiales constituidos por expresiones dotadas de autoridad jurídica, luego se llamó código, al contenido de esos libros. Finalmente se utilizó código, como un vocablo especializado a un libro de reglas jurídicas organizadas según un orden, caracterizado por la unidad de materia, vigente para una extensión geográfica de una unidad política y dirigido a todos los súbditos.<sup>27</sup>

Aunque la función de la codificación en un primer momento fue garantizar la seguridad jurídica, teniendo el fallo judicial que concretar el contenido de la ley; las decisiones jurídicas particulares se hicieron pronosticables. Ello tradujo en predecibles la seguridad jurídica,<sup>28</sup> para posteriormente prohibir de cierto modo la interpretación de la ley con la Escuela de la Exégesis. Todo inicia en Francia...

---

<sup>27</sup> TARELLO, Giovanni; *Cultura jurídica y política del derecho*, Traducción de Isidro Rosas Alvarado, Fondo de Cultura Económica, México 1995, 1ª edición en español, p. 39

<sup>28</sup> Cfr KAUFMAN, Arthur y et al. *El pensamiento jurídico contemporáneo*, Traducción de María José Paríñas Dulce y otros. Editorial Debate, Madrid 1992, 1ª edición, p. 204.

### 1.4.1. La Revolución en Francia<sup>29</sup>

Francia conoció más que ningún otro país, un desarrollo sobresaliente de las ideas de la Ilustración y el mayor número de propaganda de las mismas; como las señaladas por John Locke en sus *Tratados sobre el gobierno civil*. En él, crítico la Teoría del Derecho divino de los reyes y la naturaleza del Estado, afirmó que la soberanía no reside en el Estado sino en la población, y que el Estado es supremo pero sólo si respeta la ley civil y la ley natural. Mantuvo que la revolución no sólo era un derecho, sino una obligación, y abogó por un sistema de control y equilibrio en el gobierno, que tenía que tener tres ramas, siendo el poder legislativo más importante que el ejecutivo o el judicial. Creía en la libertad religiosa y en la separación de la Iglesia y el Estado.

De igual forma Charles-Louis de Montesquieu, en *El espíritu de las leyes*, sostenía la preservación de una separación entre los poderes gubernamentales, y en particular una distinción y separación clara entre el legislativo y el ejecutivo por una parte y el judicial por otra; así como evitar la intrusión del poder judicial en áreas reservadas a los otros dos poderes. Uno de los blancos de la Revolución fue la aristocracia judicial, no solo por su tendencia a identificarse con la aristocracia terrateniente, sino también por su incapacidad para distinguir muy claramente entre la aplicación y la elaboración de la ley. Antes de la Revolución Francesa, los puestos

<sup>29</sup> ESPINÓS, J. y otros. *Así vivían en la Revolución Francesa*. Grupo Anaya, Madrid 1994, 2ª edición. VOVELLE, M. *Introducción a la historia de la Revolución Francesa*. Editorial Crítica, Barcelona 1984. YLLÁN, Esperanza. *La Revolución Francesa*. Grupo Anaya, Madrid 1993. La revolución francesa causó en España y en los dominios españoles de América, una violenta persecución de las personas más representativas de las nuevas ideas; estableciendo una censura total, cerrando las fronteras a todo tipo de libros y folletos, o su embarque hacia América.

## Capítulo Primero

judiciales se consideraban como propiedades susceptibles de comprarse, venderse y heredarse. A la revolución francesa se le debe el derrocamiento de Luis XVI, la abolición de la monarquía, el inicio de la separación iglesia-estado, la proclamación de la primera República y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, sintetizadas en: *"libertad, igualdad y fraternidad"* poniendo fin al antiguo régimen en ese país, generada por los excesivos impuestos, el empobrecimiento, la agitación intelectual alentada por el Siglo de las Luces y el ejemplo de la guerra de la Independencia estadounidense.

Pronto nacería un héroe: Napoleón Bonaparte, figura central de la Constitución del 24 de diciembre de 1799 y del Código Civil Francés. Con el código de Napoleón se inicia en Europa la etapa moderna de la codificación. En unos años todas las leyes, las costumbres, las tradiciones anteriores y los preceptos, fueron rejuvenecidos y transformados en formulas legislativas, tajantes, precisas, que se imponen con la fuerza y absolutismo de dogma jurídico, por una especie de hazaña social. Surge la Escuela de la Exégesis, compuesta por civilistas franceses y belgas del siglo XIX, cuyos rasgos definidos son:

- El monopolio otorgado a la ley como fuente del derecho,
- La valoración de la voluntad del legislador como contenido de la ley.
- Una doctrina estática consistente en la proclamación de la omnipotencia del legislador y la creencia en su infalibilidad.
- Contradicciones resultantes de la creencia simultánea en la omnipotencia del legislador.

- Respeto a las autoridades y precedentes.

Al principio la Escuela es claramente racionalista, pero a diferencia de otras nociones racionalistas del derecho, no se queda en la administración del orden racional de la legislación napoleónica, sino que va más allá, hasta la sumisión incondicional de la voluntad del legislador: en teoría esa voluntad era la del pueblo francés.<sup>30</sup> Crece así el culto al texto de la ley, no tanto por la bondad del mismo, sino porque es la expresión de la voluntad soberana del pueblo. El mismo campo de la ley, será el campo abandonado sobre el que crecerá el pensamiento positivista de Comte. Los representantes de la escuela de la exégesis sufrieron más que razonaron la doctrina positivista. Los exegetas únicamente conocieron la ley.

La labor del intérprete así como la del órgano jurisdiccional consistía en subsumir los hechos bajo aquellas fórmulas generales y muy pronto, se observó que la labor interpretativa no consistía en buscar el sentido de la palabra de la ley, o indagar la voluntad del legislador, sino en coactar el pensamiento.<sup>31</sup> El efecto negativo del culto excesivo de la ley fue cortar las alas al progreso doctrinal y judicial del derecho, la vida jurídica quedó estereotipada en las fórmulas de los textos legales.

Entre las razones históricas del surgimiento de la escuela de la exégesis se encuentra la codificación del derecho; así como la presión política del imperio dirigido a apoyar una enseñanza de pasiva imitación del código.<sup>32</sup>

Tal fue la incapacidad del derecho del siglo XIX para solucionar problemas

---

<sup>30</sup> VILLORO Toranzo, Miguel, *Introducción al estudio del derecho*, Editorial Porrúa, México 1999, 14ª edición, p. 104

<sup>31</sup> ROBLES Sotomayor, María Elodia. *Los sistemas de interpretación de la ley*. En la Revista de la Facultad de Derecho, tomo XXVIII, número 110, UNAM, México 1978, p. 496.

sociales, así como las injusticias efectuadas en la época; que provocaron el surgimiento de nuevas ideas, como las revolucionarias de Marx y Engels. Al existir una fijación del derecho en beneficio a la clase acomodada; por ello para Marx, el desecho se convirtió en un vil instrumento al servicio de la burguesía.<sup>33</sup>

### 1.4.2. La emancipación de México: La construcción de un país<sup>34</sup>

*Nuestro México hace una religión de su entusiasmo,  
y hay un día en que la nación confunde su fervor religioso  
con el patriotismo,  
el día que peligra la patria.*

*Ignacio Manuel Altamirano.*

Para finales del siglo XVIII, en la Nueva España era exclusivo de los europeos usufructuar cargos públicos, aún cuando el 98% de la población habla nacido en el virreinato, solo el 5% aproximadamente de los criollos alcanzó el rango social de clase alta española. En 1790 los criollos representaban el 75.8% del ejército, para 1809 ascendían al 94.9%, excluyéndolos de la alta oficialidad. Se trasladó la división de la sociedad feudal a la nueva España: nobles, plebeyos y esclavos. Existió una discriminación jurídica y política: los mestizos por defecto natal y los mulatos por la marca indeleble de la esclavitud transmitida por su ascendencia

---

<sup>32</sup> Tarrello, op cit, p. 74.

<sup>33</sup> Villoro, op cit, p. 105.

<sup>34</sup> *México a través de los siglos*. Historia general y completa del desenvolvimiento social, político, militar, artístico, científico y militar de México desde la antigüedad más remota hasta la época actual. Dirigida por Don Vicente Riva Palacios, Editorial Cumbre, México 1983, 19ª edición, p.p. 3-391. HALE, Charles A. *La transformación del liberalismo en México a fines del siglo XIX*. Traducción de Purificación Jiménez. Editorial Vuelta, México 1991, 1ª edición en español, p.p. 16-24. KRAUSE, Enrique y et al; *Porfirio*. Tomos: *La ambición (1884-1900)*, *El poder (1884-1900)* y *El derrumbe (1900-1911)*, Editorial Clio, México 1993, 1ª edición, p.p. 24-35/ 24-69/ y 22-68. TARACENA, Angel. *Porfirio Díaz, su vida, su obra y su época*. Editorial Jus, México 1983, 1ª edición, p.p. 11-314.

africana. Un pueblo devastado como el nuestro en la conquista, encontró en la fe la unificación de los indios, mestizos y criollos. La aparición de la Virgen de Guadalupe fue interpretada por el clero criollo, como una prueba de la predilección que Dios le manifestaba a los indios y, por extensión a los nacidos en México; surgió el patriotismo novo hispánico. La inseguridad, la dependencia y la pobreza condujeron a los campesinos a rebelarse, unos años más tarde en contra del poder colonial. Gritaron junto a Hidalgo: ¡Viva el Rey Fernando VIII! ¡Viva la Virgen de Guadalupe! ¡Mueran el mal gobierno!<sup>35</sup> Al presentarse a los mexicanos la tarea de dar forma y estructura a una nación, una vez conquistada la independencia, surgieron dos tendencias antagónicas: los conservadores y los liberales. La lucha de ambos tuvo éxitos y fracasos consignados en los intentos de ordenar y dar una forma jurídico-política a la nación, mediante las constituciones de 1814, 1824, 1836, 1843 y 1847. La Constitución de 1857 marco el triunfo de la República Federal, fincada en los ideales y aspiraciones del pensamiento liberal, en la que la soberanía reside en el pueblo y la razón de ser del Estado es la guarda y custodia de los derechos del hombre. El poder como esencia de un gobierno constitucional, se dividió para su ejercicio en legislativo, ejecutivo y judicial. Se consagraron las libertades de enseñanza, trabajo, pensamiento, petición, asociación, comercio e imprenta, e implantó la separación iglesia-estado.

Las largas luchas surgidas entre ambos partidos apenas consumada la independencia, habían puesto de manifiesto una verdad: la impotencia de los

<sup>35</sup> FLORES Cano, Enrique. *El caso de la Nueva España*. De la colección La antorcha encendida, Editorial Cilo, p.p. 12-59.

## Capítulo Primero

---

conservadores por restablecer por sí mismo un gobierno duradero, que desarrollará un pensamiento político. Por lo que éstos, buscaron en el extranjero elementos que los apoyaran: llamaron y apoyaron la intervención. La ignorancia reinante en Europa acerca de la verdadera situación de México, de la importancia y significación de los partidos políticos, y del desarrollo y tendencias de su revolución; favorecieron la propagación de ideas erróneas, formando una opinión ajena de la República. Finalmente la suspensión de pagos de la deuda extranjera fue el pretexto para que Inglaterra, España y Francia intervinieran en México. Juárez organiza un cuerpo de ejército de 10,000 hombres, entre los cuales Porfirio Díaz era Mayor General de 3ª División; expidió una amplia Ley de Amnistía con algunas excepciones (cuyas consecuencias fueron que muchos de los reaccionarios se pusieran a disposición del gobierno), excitó al patriotismo mexicano y llamó a todos los hijos de la patria para defender la independencia y decoro nacional.

La diplomacia extranjera redujo y humilló a México; la independencia, la nacionalidad, la soberanía eran palabras sin sentido. Cualquier gobierno se creía autorizado para obrar a su antojo, atropellando todo derecho. Los españoles querían ver si podían colocar en el trono mexicano un príncipe de su elección y los ingleses querían intervenir mercantil y religiosamente. Llegó a escena un drama anticipado: México sería una Monarquía y el católico Archiduque Maximiliano de Austria el feliz mortal que ocuparía el trono. Los conservadores habían caído en sus propias redes, prostrados bajo sus enemigos, Maximiliano no era más que un demagogo coronado.

## Ubicación histórica de nuestra tradición Jurídica

La coronación del archiduque no condujo jamás a la aceptación del imperio, siguieron vivas las luchas internas por restablecer la República. El gobierno imperial se tambaleaba, Napoleón III había resuelto retirar sus tropas de nuestro país, temeroso de que el gobierno norteamericano que protegía a Juárez cumpliera su amenaza de rompimiento de relaciones diplomáticas con Francia. La locura de Carlota desarrolló una crisis en Maximiliano, quien se veía abandonado de la fortuna y agobiado por el dolor, decidió abdicar para reunirse con su infeliz consorte. Conocida su resolución de abandonar el país, se levantó una tempestad en el partido conservador, el imperio era el manto que cubría sus aspiraciones y caído aquél se encontrarían privados de apoyo. El mariscal Bazaine Jefe del Cuerpo Expedicionario, hizo una proposición altamente tentadora al General Díaz, le ofreció entregar las ciudades mexicanas que retenían los franceses, así como a Maximiliano, Márquez, Miramón y demás sostenedores del Imperio, a cambio de que el caudillo desconociera al Presidente Juárez, se hiciera cargo de la situación política del país y permitiera una salida digna de Francia.

-Diga usted al General Díaz que yo pagaré con usura el brillo con que nuestra bandera pueda salir de México.

-No me parece conveniente aceptar esa propuesta, seguramente hubiera tentado a otro que no tuviera el patriotismo.<sup>36</sup>

Los hechos concluyeron la madrugada del 15 de mayo de 1867, luego que los liberales tomaron el Convento de la Cruz, quedó prisionero el Archiduque y fue

---

<sup>36</sup> Taracena, o p cit, p. 84.

## Capítulo Primero

---

juzgado por un tribunal militar bajo una ley de 1862. Su defensa argumentó la inconstitucionalidad del tribunal y de la ley, al ser de creación especial y privativa de garantías, carente de órgano de apelación y sin oportunidad de ofrecimiento de pruebas, lo cual se encontraba prohibido por la Constitución de 1857. Señaló la improcedencia del delito de traición a la patria al no ser nacional, precisando el no haber acreditado la notoriedad pública en aludido delito, con medio de prueba alguno. Aunque se llamó a la justicia y se pidió olvidar las pasiones para emitir un fallo, fue declarado culpable y sentenciado a morir fusilado.<sup>37</sup> Maximiliano antes de ello distribuyó monedas de oro de \$20 pesos entre los soldados que iban a fusilarlo, levantó la voz y dijo: voy a morir por una causa justa, la de la independencia y de la libertad de México, ¡que mi sangre selle la desgracia de mi nueva patria, ¡Viva México!<sup>38</sup> Se dio la señal de fuego y una descarga puso fin al sangriento drama del Imperio en México.

Con la restauración de la República el 15 de julio de 1867 se consumó por segunda vez la independencia de México; triunfó Juárez y el liberalismo terminó por imponerse, dejó de ser una ideología para convertirse en el mito unificador. Aunque gran parte de la victoria de Juárez se la debió a Díaz, después del triunfo estos se distanciaron y rompieron sus relaciones cordiales. Se levantó un muro de rumores y desconfianzas. Juárez arriesgó y ganó, disolvió al ejército que lo había llevado al triunfo y se ocupó de la política, convocando a elecciones y ganando la presidencia.

El liberalismo estaba sustentado en la libertad del individuo, sin la restricción

---

<sup>37</sup> *El sitio de Querétaro*, según sus protagonistas y testigos. Editorial Porrúa, México 1997, 4ª edición, p.p. 259-282.

## Ubicación histórica de nuestra tradición jurídica

de ningún gobierno o corporación así como la igualdad a sus semejantes bajo la ley. En la esfera política se debía poner límites al gobierno mediante restricciones legales en una constitución escrita. En resumen: el constitucionalismo era uno de los principales ingredientes del programa liberal. La libertad sólo podría materializarse en una sociedad reemplazando entidades tradicionales, (como la iglesia, el ejército, los gremios, etc.) por un régimen de uniformidad ante la ley. La iglesia con su riqueza, privilegios jurídicos y control sobre la educación y acontecimientos de la vida, era la razón suficiente para ser atacada arduamente. La supremacía del Estado laico era un postulado básico de la ideología. Aunque era latente la idea de liberalismo, inspirados por el derecho administrativo del Segundo Imperio Francés, se buscó destruir el federalismo centralizando y las libertades de los estados; mediante la formación de comisiones para completar la obra de codificación legal, que se inició en 1859 y continuó bajo Maximiliano. En el ambiente intelectual de la época, Gabino Barreda impresionó a Juárez con un elaborado discurso en la conmemoración de la independencia el 16 de septiembre de 1867; marcando el comienzo de una tradición liberal oficial. Barreda le presentó el positivismo en una visión tripartita de emancipación: científica, religiosa y política; combatiendo al catolicismo al ser un obstáculo a la marcha del espíritu positivo.<sup>38</sup> El clero, decía Barreda, perdió su capacidad de fuerza positiva, sus doctrinas ya no están a la altura del progreso. La escuela positivista creada por Barreda, tuvo como fin y tarea formar el alma de las nuevas generaciones mexicanas.<sup>39</sup> Siendo su obra maestra la Escuela Nacional

---

<sup>38</sup> *México a través de los siglos*, cit., p. 388.

## Capítulo Primero

---

Preparatoria, ahí se enseñó las ciencias abstractas, desde matemáticas hasta sociología.<sup>39</sup>

Lerdo de Tejada ocupó la presidencia a la muerte de Juárez, dicta una Ley de Amnistía acogida por los liberales incluidos el General Díaz, quien quedó en la más completa libertad de dedicarse a los asuntos que estimare conveniente, pues no se le reconoció oficialmente su alto grado militar. Lerdo logró la creación del Senado e incorporó a la Constitución las Leyes de Reforma, buscar la reelección le costo el exilio.

Porfirio Díaz llegó a Palacio Nacional el 20 de noviembre de 1876, seguido de un pueblo que los victoreaba, los balcones de tránsito estaban coronados de gentes, las calles eran como océanos embravecidos, la plaza ya no podía contener más pueblo, ¡el pueblo tenía al caudillo de la democracia! Una de las características del discurso político del porfiriato fue la obsesión de "unión" o "reconstrucción" del partido liberal; por ello impulsó sin miramientos la paz. Para abrir paso a los nuevos sustentos ideológicos, con el positivismo, buscó acreditar la Constitución de 1857, cuyos preceptos contradicen por definición la idea y práctica de la dictadura. Desde su arribo al poder se fundamentó en una filosofía apartada del liberalismo: el positivismo de Augusto Comte. Justo Sierra ideólogo del régimen, creía aplicable a la realidad mexicana la doctrina positivista de las tres etapas de la humanidad: la teología, metafísica y la positivista. México había conocido las tres etapas a partir de un pasado indígena y colonial casi inerte: la independencia que dio vida a nuestra

---

<sup>39</sup> NORIEGA Cantú, Alfonso. *Las ideas políticas en las declaraciones de derechos de la constitución política de México (1814-1917)* UNAM, México 1984, 1ª edición, p.p. 209-218.

## Ubicación histórica de nuestra tradición jurídica

personalidad social, y la paz (paz porfiriana) que dio vida a nuestra personalidad internacional. Además del positivismo comtiano se utilizaron las teorías evolucionistas de Herbert Spencer y elementos del darwinismo social. La educación de la elite porfiriana tuvo por misión, formar a la clase gobernante mediante las escuelas Nacional Preparatoria y de Jurisprudencia. En las escuelas se homologó el pensamiento, creando en 1887 la Escuela Normal de Profesores (destinada a la formación de maestros imbuídos en el positivismo) y el Colegio Militar (donde se formaba a la oficialidad básica y técnica del ejército). Díaz por convicción o temperamento era un ideólogo moderado. Creía en la separación iglesia-estado y en la sabiduría de algunas de las leyes de reforma, pero no comulgaba con preceptos intolerantes, estaba convencido de que México debía curar sus heridas mediante la conciliación. Para el gobierno la conciliación significó el apoyo a la iglesia y culminó con la coronación de la Virgen de Guadalupe. Con la paz, volvieron a Palacio Nacional las fiestas y los bailes, seguidos de una magia financiera.

El gobierno dictó leyes y códigos para todas las actividades, avanzando con rapidez la codificación, en 1871 se publicó el Código Civil, cuyas fuentes fueron el proyecto de código de Justo Sierra, el derecho romano, la antigua legislación española, el código de Cerdeña, los de Austria, Holanda y Portugal, el proyecto de 1851 de Don Florencio García y como fondo rector el Código de Napoleón.<sup>40</sup> A éste, le siguieron otros más, como el Código Penal (1872), Código de Procedimientos Civiles y Criminales (1872, 1880), el Código Postal (1883),

<sup>40</sup> MACEDO, Pablo. *El código civil de 1870: su importancia en el derecho mexicano*. Editorial Porrúa, México 1971, 1ª edición, p.p. 18-19.

## Capítulo Primero

---

Código Mercantil (1884) y el Código Minero (1884). Para 1895 se expidió el Código de Procedimientos Civiles Federales donde se estableció la integración, funcionamiento y competencia del poder judicial de la federación, a través de la Suprema Corte de Justicia, los Tribunales de Circuito y los Juzgados de Distritos; dicho código fue reformado en 1897 para establecer la competencia de los jueces de distrito en materia de amparo, y en 1900 se precisó la integración de la Corte con 15 ministros.<sup>41</sup>

En 1889 se eliminaron las aduanas internas y las alcabalas; un año más tarde se introdujo una nueva legislación bancaria como la Ley sobre Bancos e Instituciones de Crédito, la cual permitió al Banco Nacional Mexicano y al Banco Mercantil Mexicano establecer sucursales en toda la república. Se observó progreso en las comunicaciones (con la aparición del teléfono y el ferrocarril), en la industria, en el campo y en el ámbito financiero.

Se convirtió en deporte nacional la adulación, los niños a tierna edad aprendían a admirar al "Héroe de la Paz", poetas cantaban sus glorias, los músicos le componían partituras, cualquier escritor se sentía obligado a dedicarle su libro al presidente. Los halagos lo cegaron de tal forma, que le impidieron ver su dictadura y su tiranía, en su imaginación era un padre protector. Con la entrada del nuevo siglo Díaz perdió salud tras casi 30 años en el poder, nació la inquietud de ¿y después de Díaz qué, quién y cuándo? En el horizonte se encontraban las elecciones de 1904, en su opinión no había más candidato que él. Los problemas agrarios de

---

<sup>41</sup> CABRERA Acevedo, Lucio. *Documentos Constitucionales y Legales relativos a la Fundación del Poder Judicial 1810-1917*, tomo II, Poder Judicial de la Federación, México 1997, p.p. 300-307.

hacendados y latifundistas, la explotación de éstos hacia el peón asalariado, el indio sujeto a su servicio y encadenados a su servidumbre e inhumano sistema de tiendas de raya. El problema obrero con las agobiantes jornadas de sol a sol con salario de hambre. Los problemas en materia de justicia, donde los tribunales y los jueces inferiores dictaban fallos a favor de gobernantes, jefes políticos o cacique pueblerinos. Así como la fomentación de monopolios, conllevaron a un descontento popular.

El partido liberal mexicano se consideró listo para la lucha armada, el gobierno de Díaz conoció la conspiración y precipitó los acontecimientos. El héroe de la paz impuso la tranquilidad a sangre y fuego, se acercaba la Revolución. Al cumplir 100 años la independencia, la campaña electoral fue la más reñida; la aprehensión de Madero en San Luis Potosí, y el rechazo generalizado al candidato a la presidencia Ramón Corral, crearon un ambiente hostil el día de las elecciones. Cuando se anunció la victoria de Díaz pocos lo creyeron, Madero escapó y realizó el Plan de San Luis donde declaró nulas las elecciones y convocó a los mexicanos a tomar las armas el 20 de noviembre de 1910, produciéndose numerosos levantamientos en todo el país. Porfirio intentó remediar la situación, fue demasiado tarde. El eterno dictador se demuló.

Los sucesos culminaron años más tarde, cuando el 5 de febrero de 1917 se promulgó la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, donde se conservó las garantías individuales establecidas en la Constitución liberal de 1857, continuó siendo republicana, representativa, democrática y federal la forma de

## **Capítulo Primero**

---

gobierno. Se mantuvo la división de poderes en legislativo, ejecutivo y judicial. El primero, subdividido en dos Cámaras: una de Diputados y otra de Senadores, elegidos directamente por el pueblo. El presidente de la República sería escogido por votación directa y duraría en el cargo cuatro años (en virtud de una reforma, ampliado luego a seis), sin que pudiera ser reelecto. El poder judicial recaería en una Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tribunales de Circuito, Colegiados en materia de amparo y unitarios en materia de apelación y en Juzgados de Distritos. Se estableció el principio de inamovilidad de los integrantes de la Corte, y las bases de control administrativo a través de visitas periódicas de los ministros, para vigilar la conducta de jueces y magistrados.

### **1.5 La teoría de la división de poderes y la autonomía del poder judicial**

Charles-Louis de Montesquieu en 1748 escribió *El espíritu de las leyes*, obra analítica de las principales formas de gobierno, aseverando que el pueblo es quien debe tener el poder soberano en el gobierno republicano. Con la necesidad de una virtud: someterse a la ley y soportar todo el peso de ella; sentenciando que el dejar de cumplir la ley conlleva a la pérdida del Estado y la corrupción de la República. Prosigue:

...cuando la virtud deja de existir, la ambición entra en los corazones capaces de recibirla y la codicia se apodera de todos los demás. Los deseos cambian de objetos: los que antes se amaban dejan de amarse, si se eran libres con las leyes, ahora se quiere ser libre contra ellas; cada ciudadano es

como un esclavo escapado de la casa de su amo; llama rigor a lo que era máxima, estorbo a lo que era atención.<sup>42</sup>

Para evitarlo, en su opinión debe buscarse la igualdad para someter a los hombres al poder de las leyes. Montesquieu describe un pueblo donde se busca la ambición en la ociosidad, la bajeza en el orgullo, el deseo de enriquecerse sin trabajar, la aversión por la verdad, la adulación, la traición, la perfidia, el abandono de todo compromiso, el desprecio de los deberes de ciudadano y la esperanza de sus debilidades. Muestra un ciclo vicioso entre aquellos que engañan y los que se conforman con ser engañados. Exhibe al hombre como una criatura que obedece a otro que manda, el patrimonio de los hombres, es entonces: el instinto, la obediencia y el castigo. En su opinión el poder solo será limitado con el honor.<sup>43</sup>

Y entre toda la poesía política de Montesquieu, prescribe como solución de la corrupción: el amor a la República. El amor a la patria conduce a la pureza de las costumbres y a la inversa; limitando la ambición, el amor a la igualdad. Más la igualdad entre los hombres necesariamente debe provenir de las leyes. Por lo cual planteó una separación y un equilibrio entre los distintos poderes, a fin de garantizar los derechos y las libertades individuales. La separación o división de poderes, principio característico del constitucionalismo contemporáneo, supone una garantía para el propio Estado y para el ciudadano, el cual es protegido por un marco legal que dificulta los abusos de poder, y posibles actuaciones arbitrarias de instituciones públicas. La tradicional Teoría de la separación de poderes divide éstos en poder

<sup>42</sup> MONTESQUIEU; Charles Louis de; *Del espíritu de las leyes*. Traducción de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega. Editorial Altaya, 1ª edición, España 1993, p.p. 27-28.

## Capítulo Primero

---

legislativo, ejecutivo y judicial. El primero ejercido por un parlamento encargado de redactar, promulgar, reformar y derogar las leyes; el segundo cuyo responsable es el gobierno, debiendo procurar su cumplimiento; y el tercero a cargo de los tribunales, quienes administran la justicia. Se deben separar el legislativo del ejecutivo ya que si se reúnen, puede temerse que el ejecutivo o legislativo hagan leyes tiránicas y las ejecuten tiránicamente. El judicial debe separarse del legislativo porque si no se podría disponer arbitrariamente de la libertad y la vida de los ciudadanos; también debe apartarse del ejecutivo ya que si no fuera así, el juez podría tener fuerza de opresor. Un Estado que divide en este sentido sus facultades y funciones, es menos susceptible de caracterizarse por procedimientos tiránicos o dictatoriales, que aquél cuyas distintas potestades se encuentran asumidas por un número menor de instituciones responsables. La separación de poderes es, en teoría, el principal garante del que ha sido denominado Estado de Derecho, cuya esencia es el "imperio de la ley". Si en un país el gobierno se rige por el derecho y no por el capricho de los hombres, si el sistema jurídico de dicho país reconoce libertades y derechos suficientes de acuerdo a los estándares de los países civilizados, y si hay un sistema judicial independiente al cual puedan acudir las personas por un acto ilegítimo, se está en un Estado de Derecho.<sup>43</sup>

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, el Capítulo I del Título Segundo, señala los principios de la soberanía nacional. La cual reside esencial y originariamente en el pueblo; dimanando de éste todo el poder

---

<sup>43</sup> Ibidem, p.p. 30-33.

<sup>44</sup> CARRANCO Zúñiga, Joel. *Poder Judicial*. Editorial Porrúa, México 2000, 1ª edición, p. 43.

## Obligación histórica de nuestra tradición jurídica

para su beneficio; habiendo sido voluntad del pueblo constituimos como una República Representativa, Democrática y Federal. Ejerciendo nuestra soberanía a través de los poderes de la unión: ejecutivo, legislativo y judicial. La estructura del poder judicial de la Federación a lo largo de la historia ha sufrido varias modificaciones, entre las que se encuentran:<sup>45</sup>

- 1917 El poder judicial de la Federación se integra por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los Tribunales de Circuito, los Juzgados de Distrito. Añadiendo la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación al jurado popular y a los Tribunales de los Estados, del Distrito Federal y territorios federales. La Corte se integraba de 11 ministros y siempre actuaba en pleno.
- 1928 La Suprema Corte de Justicia funcionaba en pleno y en salas, se crean 3 salas en materia: penal, administrativa y civil, con 5 ministros en cada sala, elevando a 16 integrantes.
- 1934 Se aumentó a 21 el número de ministros de la Corte, duraban en el cargo 6 años y podían ser removidos por mala conducta. Se creó otra sala en materia laboral, existiendo un Presidente por sala y uno de la Corte. Siendo de competencia exclusiva del pleno de la Corte: los amparos de constitucionalidad de leyes, las controversias entre los poderes de una misma entidad sobre la constitucionalidad de sus actos, las controversias que se susciten por leyes o actos de autoridad estatal que invadieran la esfera federal, y los juicios relativos a la aplicación de la fracción IX del artículo 107 Constitucional.
- 1950 Se crean los Tribunales Colegiados de Circuitos que conocerían de amparo, estableciendo que los Tribunales Unitarios serían de apelación; además se aumentó nuevamente el número de ministros, con 3 ministros supernumerarios para abatir el rezago existente. Sin que estos ministros formaran parte en el pleno.
- 1967 Los ministros supernumerarios forman parte del pleno, en suplencia de los ministros numerarios. El criterio competencial de la Corte y Tribunales Colegiados se definió por criterios patrimoniales y materiales.

<sup>45</sup> Ibidem, p.p. 98-101

## Capítulo Primero

---

- 1987 Se le otorgó a la Corte la facultad para determinar el número, división en circuitos, jurisdicción y especialización por materia de los Tribunales de Circuito y Juzgados de Distritos. Además se estableció una competencia exclusiva para los Tribunales Colegiados de Circuito en materia de legalidad, salvo aquellos que la Corte ejerciera la facultad de atracción.
- 1988 Se publica una nueva Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, la cual reconoció al pleno de la Corte la facultad de conocer del recurso de revisión en amparo indirecto en el que se impugnaran como inconstitucional una norma de carácter general, y en amparo directo cuando la sentencia decidiera sobre la constitucionalidad de la ley o de un tratado internacional.
- 1994 Se incorpora el Consejo de la Judicatura Federal al poder judicial, modificando su integración y organización. La cual se detalla a continuación.

Por iniciativa de Ley del Presidente Ernesto Zedillo Ponce de León presentada el 5 de diciembre de 1994 a la Cámara de Senadores, se propuso "fortalecer la Constitución y la normatividad como sustento básico para una convivencia segura, ordenada y tranquila; el Poder Judicial al modificar su organización interna y funcionamiento de las competencias de las instituciones encargadas de la seguridad y la procuración de justicia, mediante la creación del Consejo de la Judicatura Federal como órgano de administración y gobierno del Poder Judicial Federal, el cual no ejercitaría propiamente funciones de carácter judicial<sup>46</sup>. Las reformas pretendían responder a la voluntad nacional de los mexicanos, los cuales demandaban certidumbre en el cumplimiento de la Ley y eficacia en el Sistema de Justicia, por ello se planteó un poder judicial más independiente y fuerte; siendo necesario incorporar procedimientos que garanticen mejor el principio de división de poderes y a la vez, permitan que la sociedad cuente

---

<sup>46</sup> Este punto es susceptible de debate, pues de conformidad con las atribuciones consignadas al Consejo de la Judicatura, éste conocerá de quejas administrativas y responsabilidad de servidores públicos, con la

## Ubicación histórica de nuestra tradición jurídica

con mejores instrumentos para iniciar acciones de revisión de la constitucionalidad. Proponiendo que las atribuciones administrativas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación fueran asignadas a un órgano de nueva creación, el cual se integraría por personas designadas por los tres poderes de la unión, quienes ejercerían sus funciones por un tiempo limitado y serían sustituidos mediante un sistema de escalonamiento. Y con la liberación de cargas de trabajo administrativo, el pleno de la Suprema Corte contaría con mayor tiempo para el desahogo de sus funciones jurisdiccionales. Dicho órgano sería responsable de velar por la independencia de los jueces y magistrados, y cuidaría que en todo momento se apliquen estrictamente los principios de la carrera judicial, con el fin de garantizar la adecuada calificación de las personas que asuman la función jurisdiccional.<sup>47</sup>

Entre los principales debates en la Cámara de Senadores de las tres principales fracciones parlamentarias, el Senador Guillermo del Río Ortega del Partido de la Revolución Democrática, señaló al Consejo de la Judicatura como:

Una junta de notables, con los candados necesarios sobre ella para el control dominante del titular del ejecutivo, con un poder absoluto de éste sobre la designación sexenal de los jueces de distrito y magistrados de los tribunales de circuito, pudiéndose convertir fácilmente en una causa de descontrol total.<sup>48</sup>

---

facultad de remoción de jueces y magistrados.

<sup>47</sup> Iniciativa de reforma de los órganos del poder judicial de la federación del Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos Ernesto Zedillo Ponce de León, presentada el 5 de diciembre del 1994 a la Cámara de Senadores; transcrita por FIK-ZAMUDIO, Héctor, *El poder judicial en el ordenamiento mexicano*, Fondo de Cultura Económica, México 1996, 1ª edición, p.p. 557-610.

<sup>48</sup> *Diario de Debates de la Cámara de Senadores del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos*, 17 de diciembre de 1994, p.p. 6-9.

## **Captulo Primero**

---

Por parte del Partido Revolucionario Institucional el Senador Victor Manuel Tinoco Rubi resaltó:

Aspecto fundamental de la reforma es la separación que plantea entre las funciones sustantivas de la Suprema Corte y las administrativas que deben desempeñar una instancia mas adecuada para ello.

Nuestros ministros de la Corte no pueden seguir distrayendo su tiempo en los vericuetos administrativos que conlleva la administración y control de un extenso y cada vez más complejo aparato de justicia.

(...)

La instauración de un Consejo de la Judicatura Nacional, que se responsabiliza de la integración y funcionamiento del aparato de justicia nacional, y de sus amplias manifestaciones, así como del cuidado de la carrera y expediente de jueces y magistrados, es un paso congruente con nuestra tradición histórica y los retos que plantea la modernización del sistema de justicia.

Se afirma que se resta a la Suprema Corte de Justicia la facultad de nombrar magistrados y jueces como premisa para sustentar la temeraria consideración de que pierde independencia el poder judicial de la federación. Les recuerdo que el nombramiento de esos servidores públicos correspondió, corresponde y seguirá correspondiendo al poder judicial de la federación.

(...)

También se gana, porque el nombramiento de los consejeros no implica que representen a quien lo hace,...

Además los consejeros no van a juzgar los actos de los órganos que participan en su nominación, el pueblo de México pide a gritos una justicia profesional, honesta y competente

para resolver conforme a derecho. Que mejor manera de lograrlo, que un órgano de amplia representación y competencia, encargado todo el tiempo de la administración del aparato de justicia,...

El Consejo de la Judicatura, como lo han querido hacer parecer los críticos de la reforma, un cuerpo paralelo competitivo en facultades a la Corte mexicana, es un órgano subordinado y de apoyo al poder judicial de la federación. El Consejo no le resta autonomía a la máxima judicatura, sino por el contrario asegura que sus integrantes obren con mayor libertad y tiempo en el ejercicio de sus facultades constitucionales sustantivas.

Con ligereza se expresa que el ejecutivo federal interferirá en la administración de los recursos del poder judicial en términos de la iniciativa; también es evidente la falacia. El Presidente de la República sólo participaría de manera restringida en el nombramiento de uno de los siete consejeros de la judicatura federal, además el nombramiento no implica la representación de los intereses del órgano ejecutivo.<sup>49</sup>

Y por parte de la fracción de Acción Nacional, la Senadora Natividad Jiménez Moreno, consideró adecuada la integración del Consejo de la Judicatura, al encontrarse privilegiada mayoritariamente el poder judicial. Finalmente la propuesta fue aprobada en lo general y en lo particular por 108 votos de los Senadores presentes.

Dentro del discurso ideológico ingeniado por el PRI para justificar la creación del Consejo de la Judicatura Federal, se quiso interpretar la ingerencia del

---

<sup>49</sup> Ibidem p.p. 9-12.

## Capítulo Primero

Poder Ejecutivo y del Senado en la integración del Consejo de la Judicatura, como una "sana práctica de colaboración de poderes"<sup>50</sup> que no vulnera la separación ni la independencia del Poder Judicial, ya que los consejeros nombrados por el Ejecutivo y por el Senado son colaboradores "de carácter instantáneo", "se agota en el momento de la designación y no quedan vínculos jurídicos o políticos que relacionen al designado con el Poder que lo designa."<sup>51</sup> Se argumentó no sólo la conveniencia sino la necesidad, de establecer el Consejo de la Judicatura por haberse establecido en otros países europeos y latinoamericanos instituciones semejantes, para resolver los problemas administrativos, que traía aparejado el crecimiento del número de juzgados y de tribunales.<sup>52</sup> Razones tan endeble no parecen convencer de la conveniencia, ni mucho menos de la necesidad, de establecer un organismo semejante de control sobre los Tribunales Federales.

Sin importar demasiado, el 31 de diciembre de 1994 fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el Decreto mediante el cual se declaran reformados los artículos 21, 55, 73, 76, 89, 93, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 110, 111, 116, 122 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,<sup>53</sup> originando lo siguientes cambios:

1. Se crea el Consejo de la Judicatura para la administración, vigilancia y disciplina del poder judicial de la federación el cual se integra de 7 miembros de

<sup>50</sup> Melgar Adalid, Mario, "El Consejo de la Judicatura Federal", en *Quórum*, num. 32, enero-febrero de 1995, Instituto de Investigaciones Legislativas de la Cámara de Diputados, p. 29.

<sup>51</sup> *Ibidem*.

<sup>52</sup> Fix Zamudio, Héctor, "Organismos de gobierno y de administración de los tribunales", en *Quórum*, num. 32, pp. 22, 46.

<sup>53</sup> Diario Oficial de la Federación, 31 de diciembre de 1994.

## Ubicación histórica de nuestra tradición jurídica

los cuales será el presidente de la Suprema Corte quien también lo será del Consejo, un Magistrado de los Tribunales Colegiados de Circuito y un Juez de Distrito, quienes serán electos mediante insaculación, dos consejeros designados por el Senado y uno por el Presidente de la República; los tres últimos, deberán ser personas que se hayan distinguido por su capacidad, honestidad y honorabilidad en el ejercicio de las actividades jurídicas.

2. Se reduce el número de ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a 11 ministros que funcionarán en pleno y en salas.
3. Cambiando la forma de su designación, eligiendo el senado de entre una terna propuesta por el Presidente de la República.
4. Se rompió con el principio inmovilidad, estableciendo una duración de 15 años en su cargo.
5. Se canceló la facultad de la Suprema Corte en la designación de Magistrados de Circuito y Jueces de Distrito y se otorgó esa facultad al Consejo de la Judicatura.
6. Se introdujo como nueva competencia de la Suprema Corte, el conocer de acciones de inconstitucionalidad que tenga por objeto plantear la posible contradicción entre una norma general y la Constitución.
7. Se instituyó el Consejo de la Judicatura del Distrito Federal, integrado por 7 miembros de los cuales uno será el Presidente del Tribunal Superior de Justicia quien también lo será del Consejo, un magistrado, un Juez de Paz, un Juez de Primera Instancia electo por insaculación, dos consejeros designados

## Capítulo Primero

---

- por la Asamblea de Representantes y uno por el Jefe de Gobierno del Distrito Federal.
8. Se introdujo la posibilidad de impugnar en la vía jurisdiccional algunas de las resoluciones del Ministerio Público, como el no ejercicio y desistimiento de la acción penal.
  9. Se incorporó el Tribunal Electoral al Poder Judicial de la Federación, e instituyó un sistema de medios de impugnación en materia electoral; más se siguió excluyendo del poder judicial a los Tribunales Agrarios, Tribunales Fiscales y Tribunales del Trabajo.

El funcionamiento y organización del Consejo de la Judicatura Federal se establece en los artículos 100 de nuestra carta magna y 68 de la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal, señalando este último:

Artículo 100 ... Las decisiones del consejo serán definitivas e inatacables, salvo las que se refieren a la designación, adscripción y remoción de magistrados y jueces, las cuales podrán ser revisadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, únicamente para verificar que hayan sido adoptadas conforme a las reglas que establezca la Ley Orgánica respectiva."

Artículo 68. La administración, vigilancia, disciplina y carrera judicial del Poder Judicial de la Federación, con excepción de la Suprema Corte de Justicia y el Tribunal Electoral, estarán a cargo del Consejo de la Judicatura Federal, en los términos que establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y esta ley.

## Ubicación histórica de nuestra tradición jurídica

---

El Consejo de la Judicatura velará, en todo momento por la autonomía de los órganos del Poder Judicial de la Federación y por la independencia e imparcialidad de los miembros de este último.

Mientras el artículo 81 de la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal establece sus atribuciones, entre las que se encuentran:

Artículo 81. Son atribuciones del Consejo de la Judicatura Federal:

(...)

VII. Hacer el nombramiento de los magistrados de circuito y jueces de distrito, resolver sobre su ratificación, adscripción y remoción;

(...)

XII. Resolver sobre las quejas administrativas y sobre la responsabilidad de servidores públicos en términos de lo que dispone esta ley incluyendo aquellas que se refieran a la violación de los impedimentos previstos en el artículo 101 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos por parte de los correspondientes miembros del poder judicial de la federación, salvo los que se refieren a los miembros de la Suprema Corte de Justicia;

(...)

XXXVI. Investigar y determinar las responsabilidades y sanciones a los servidores públicos y empleados del propio Consejo, de los Tribunales de Circuito y Juzgados de Distrito, en los términos mediante los procedimientos establecidos en la ley, los reglamentos y acuerdos que por el Consejo dicte en materia disciplinaria;

(...)

## **Capítulo Primero**

---

Siendo auxiliares del Consejo de la Judicatura: la Unidad de Defensoría del Fuero Federal, el Instituto de la Judicatura, la Visitaduría Judicial y la Contraloría del Poder Judicial de la Federación. La contraloría del poder judicial tiene a su cargo las facultades de control e inspección del cumplimiento de las normas de funcionamiento administrativo.

Referente al tema del Consejo de la Judicatura Federal surgen sin duda varias reflexiones y dudas en relación a su verdadera naturaleza, función, facultades y atribuciones; dividiendo para su estudio en los siguientes apartados.

### **1.5.1. Interpretación de la Irrecurribilidad de las decisiones del Consejo plasmado en el artículo 100 constitucional.**

En lo que la Suprema Corte de Justicia de la Nación llamo una sana interpretación, estableció en sesión pública de fecha 11 de agosto de 1998, al resolver el amparo en revisión 3263/97 promovido por Maribel García García en contra de la resolución de fecha 22 de enero de 1997, dictada por el pleno del CJF en el expediente de denuncia 10/96,<sup>54</sup> que determina su destitución como Secretaria Proyectista del Primer Tribunal Unitario del Primer Circuito, lo siguiente:

- En el Consejo de la Judicatura Federal existen vicios constitucionales de origen, consistente en hacerlo depositario del ejercicio del poder judicial federal,

---

<sup>54</sup> Denuncia presentada por la Magistrada del Primer Tribunal Unitario del Primer Circuito, señalando la conducta posible constitutiva de delito por parte de Maribel García García; al haber revelado asuntos reservados o secretos que tenía conocimiento por motivo de su función, así como la sustracción de material.

siendo que tiene funciones específicas, advirtiendo la posibilidad de establecer medios extraordinarios de defensa para algunas de sus actuaciones, en virtud de que no se trata de un órgano terminal en lo jurisdiccional, sin que sea óbice la subordinación administrativa que le guardan los Juzgados de Distrito y Tribunales de Circuito, por ser de naturaleza diversa, lo que genera la autonomía e independencia de estos últimos para resolver el juicio de amparo respectivo.<sup>55</sup>

- La interpretación del artículo 100 Constitucional con apoyo en la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal, lleva a concluir que la inatacabilidad de las decisiones del consejo se refieren sólo a los actos relacionados con Jueces de Distrito y Magistrados de Circuito; correspondiendo las sanciones disciplinarias del personal a los titulares. La irrecuribilidad de las decisiones del consejo sólo se refiere a la sede administrativa, sostener lo contrario equivaldría a dejar al arbitrio de un órgano netamente administrativo la imposición de sanciones. El CJF sería juez y parte, sin que las personas sujetas al procedimiento administrativo tengan la más mínima posibilidad de inconformarse. Esta decisión es acorde con la garantía de acceso de justicia, contenida en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Los actos del consejo no pueden escaparse del control de legalidad, al estar subordinado a la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Y ser la Corte la cabeza de todo sistema judicial; de lo contrario se ubicaría al consejo por encima de aquél.

---

<sup>55</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Procedencia del juicio de amparo contra resoluciones del Consejo de la Judicatura Federal que imponga sanciones administrativas a secretarios o empleados de los*

## **Capítulo Primero**

---

- *No se trata de hacer decir a la Constitución lo que no expresa, sino realizar una labor interpretativa más allá de su texto literal. La carta magna no puede establecer límites al derecho de defensa sin justificación alguna.*<sup>56</sup>

### **1.5.2. El consejo como órgano evaluador de rapidez y eficacia.**

Aún cuando parte de la iniciativa de reforma, estableció la necesidad del consejo a fin de combatir el rezago, de voz del Presidente de la Corte, aunque se crearon 10 Tribunales Colegiados de Circuito, 3 Tribunales Unitarios y 8 Juzgados de Distrito, hasta el 31 de julio de 1996, se contaba con un rezago de 108,850 casos de 1994, siendo materialmente imposible en el corto plazo abatir el rezago, a riesgo de ir en demérito de la calidad de las sentencias, y afectar el cumplimiento estricto de los procesos.<sup>57</sup> De igual forma se señaló al Consejo como órgano evaluador de la eficacia y rapidez del poder judicial, sin especificar cuáles serían los parámetros para dicha evaluación, preguntándome ¿es loable que personas extrañas al poder judicial revisen el trabajo jurisdiccional del cual poco conocen? o ¿en opinión del Consejo de la Judicatura Federal la eficacia radica en la rapidez, en detrimento de las decisiones?

### **1.5.3. La colaboración de los poderes en el Consejo.**

En la conformación del Consejo de la Judicatura se establece la designación

---

*Tribunales de Circuito y Juzgados de Distritos*, serie debates, p. 159.

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 161.

<sup>57</sup> Informe de labores correspondiente a febrero de 1995 a mayo de 1996. Consejo de la Judicatura Federal.

## Ubicación histórica de nuestra tradición jurídica

de dos consejeros por parte del Senado y uno más por parte del ejecutivo; señalando una sutil colaboración de poderes que rompe el principio de equilibrio ensalzado por Montesquieu. Y aún cuando el artículo 49 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prohíbe el reunirse dos o más poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el legislativo en un individuo. Tanto en el discurso ideológico de la iniciativa de reforma, como en el debate en la cámara; la designación de los consejeros por parte del ejecutivo y legislativo fue interpretada como una simple colaboración de poderes, y en su opinión el vínculo existente con los consejeros nombrados se agota en el momento de la designación. A citados argumentos surgen las dudas de ¿son inofensivas las designaciones de consejeros por parte del senado y el ejecutivo?, ¿nombrados los consejeros dejan realmente de tener cualquier vínculo con el órgano designante?, no lo se.

El presente apartado no pretende desvirtuar los avances en el poder judicial, más si cuestionar sutilezas de las reformas, de las verdaderas intenciones; si realmente se busca la independencia y el estado de derecho, cuál es la razón lógica, jurídica o social del nombramiento de tres de los consejeros por parte del senado y ejecutivo; si realmente el Consejo de la Judicatura surgió para desahogar en el trabajo administrativo a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, porque tiene facultades para conocer de quejas y responsabilidad de los servidores públicos, así como de remoción de los magistrados y jueces; si realmente se busca la eficiencia porque no realizar reformas tendientes agilizar los procesos mediante la simplificación.

## Capítulo Primero

---

Para ampliar los cuestionamientos citare a Emilio Rabasa, quien en su libro "La Constitución y la dictadura", señala a la Suprema Corte como un cuerpo político al inmiscuirse en asunto de tal naturaleza, expresando que es imposible que haya buena administración de justicia, cuando la instituyen leyes malas, 15 juristas probos, diligentes y sabios, forman un pésimo tribunal sino tienen independencia o si toman participación en las agitaciones políticas, en los términos del partido<sup>58</sup>. Cuando el ejecutivo somete a los jueces, les ordena sentencias. Consecuencia de lo anterior es la abolición del estado de derecho, pues el estado de derecho, es la existencia de un poder judicial independiente, concibiendo la independencia como un principio dirigido a situar al órgano que imparte jurisdicción y a sus tribunales, al margen de presiones de los otros poderes; de las partes o grupos sociales, individuos y del propio poder judicial. La no sujeción de éste, al poder ejecutivo y/o legislativo. Los jueces solo deben obedecer a la ley. Para que la justicia sea realmente imparcial e independiente, el juez debe actuar por convicción, con la valentía necesaria para defender sus propias convicciones. Sin temor a las consecuencias, sin encasillarse en un criterio equivocado. Con la disposición interior de hacer justicia, dando a cada quien lo suyo. Sin ello la justicia es inútil pues, la justicia depende de los jueces.

Como pretendí abordar en el presente capítulo, el esplendor del derecho radica en la capacidad de interpretación de las leyes; el derecho es vivo y en movimiento por estar hecho por y para los hombres. Como reconoció la Corte no se trata de hacer decir a la Constitución lo que no expresa, sino realizar una labor

---

<sup>58</sup> RABASA, Emilio. *La Constitución y la dictadura*. Estudio sobre la organización política de México; Editorial Porrúa, México 1990, 7ª edición, p.p. 207-208.

## **Ubicación histórica de nuestra tradición jurídica**

*interpretativa más allá de su texto literal.* La historia ha demostrado, el que tiene el poder tiene el derecho, y siempre intentará limitarlo codificándolo y después prohibiendo su interpretación. Lo hizo Justiniano con el Corpus Iuris Civiles, Napoleón con su Código Civil y la exégesis, y bajo las sutilzas planteadas, parece que el Consejo de la Judicatura pretende ser un mordaz de la imaginación e interpretación jurídica.



## Capítulo Segundo

### Marco teórico para el análisis crítico

*“La justicia se lleva en la soledad más absoluta, y quizás esa sea la razón por la que Temis lleva una venda sobre sus ojos.”*

#### 2.1. Las sentencias en nuestra tradición jurídica

Cuando cursaba el último año de bachillerato, en la clase de ética, conocí a Sócrates, en sentido figurado; muchos años habían pasado desde su muerte. Y fue precisamente la narración de su muerte la que leí: la apología de Sócrates y el deber. Si me preguntaran que fué lo que me llevó a aferrarme de tal forma en la búsqueda de la justicia, les diría que mis experiencias personales engargoladas con esa lectura. Creí, crecí y me formé en este culto, y aunque la madurez empieza a atraparme, la insaciable tarea de buscarla no se aleja. Espero con ansias seguir así. La vida en ocasiones es como ir en un elevador panorámico de un rascacielos, hay que llegar a cierta altura para observar el esplendor, y la prisa de querer subir nos lleva a ser poco detallistas en el ascenso, a sentirnos pronto en el cielo, mirando con recelo y criticándolo todo. La primera idea al abordar este tema de tesis, fue criticar con la mayor ferocidad y poner los reflectores sobre lo que concebía como los más grandes errores de la Corte. Me tenido que subir unos pisos en aquel elevador para entender varias cosas, y considerarlas en este trabajo, para así ser un tanto objetiva. Confieso no concebir la idea, de que una persona pase gran parte de su vida estudiando el derecho, para hacer una injusticia.

El ser juez no debe ser tarea fácil, porque al juzgar a hombres

## Capítulo Segundo.

---

indiscutiblemente llegará el momento en ser juzgados; porque el juez no está sentado en su silla para complacer violando la ley, sino para hacer justicia obedeciéndola.<sup>1</sup>

Así como para Roma la jurisprudencia fue el esplendor del derecho, corresponde a las sentencias completar la ley. Conocer las leyes no es quedar ligados por la palabra, sino por su fuerza y poder. La aplicación del derecho es trabajo creativo, la ley es sólo una posibilidad; es la aplicación al caso concreto donde se transforma auténticamente el derecho. Los conceptos jurídicos no se han de percibir sobre la base de un pensamiento cuadrado de "sí o no", sino de una larga reflexión de los mismos. La justicia sólo puede establecerse mediante una verdadera interpretación de las normas jurídicas.

Sentenciar no se limita a leer de un precepto la solución, en los procesos aparecen problemas complejos que incluyen dos o más normas, pudiendo llegar a un resultado adecuado o diferente del tema involucrado en el conflicto. "Puede suceder que la ley sea omisa sobre el punto en discusión, por lo que será necesario aplicar mas la ciencia del derecho que un precepto positivo que no exista."<sup>2</sup>

En el presente Capítulo, delimitaré el marco teórico para el análisis crítico de la sentencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sobre el anatocismo. Abordando no sólo los ingredientes de la sentencia, como lo son la interpretación y la argumentación; sino el proceso interno en el juzgador, para la emisión del fallo, y la naturaleza y problemática de la jurisprudencia. Delimitado el problema, expondré las herramientas a utilizar: la teoría de la acción comunicativa y

<sup>1</sup> PLATON. *Diálogos*, Editorial Porrúa, México 2001, 27ª edición, p. 19.

<sup>2</sup> BRISEÑO Sierra, Humberto. *Derecho Procesal*, Tomo IV, Cárdenas Editor, México 1970, 1ª edición,

las técnicas de argumentación.

Las Siete Partidas definen a la sentencia, como la decisión legítima del juez sobre la causa controvertida en su tribunal. Sentencia proviene del vocablo latino *sentiendo*, ya que el juez declara lo que siente como resultado del proceso. Para Manreza y Navarro es el acto solemne que pone fin a la contienda judicial, decidiendo sobre las pretensiones que han sido objeto del pleito. Chiovenda la define como la resolución del juez que, acogiendo o rechazando la demanda, afirma la existencia o inexistencia de una voluntad concreta de la ley. Mientras Guasp la define como el acto del órgano jurisdiccional en que éste, emite su opinión sobre la conformidad o disconformidad de la pretensión de la parte con el derecho objetivo, y en consecuencia actúa o se niega a actuar dicha pretensión.<sup>3</sup>

Sentenciar es el acto jurisdiccional por excelencia, en él se decide el conflicto, se aplica la ley; más necesariamente conlleva a una apreciación del juzgador respecto los hechos y las pruebas, para llegar a una resolución. La naturaleza jurídica de las sentencias no es una simple aplicación de la ley, las sentencias operan sobre las pretensiones del actor y supone necesariamente la voluntad del juez al elaborar el proyecto y firmarlo.

Entre los requisitos de formalidad a cumplir en las sentencias el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal señala:

- Debe estar firmada por el juez y el secretario de acuerdos, si falta la firma del juez la sentencia es inexistente, si falta la del secretario de acuerdos es nula con

---

p.p. 568-569.

<sup>3</sup> PALLARES, Eduardo, *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, Editorial Porrúa, México 1958, 1ª edición,

## Capítulo Segundo.

---

nulidad relativa, susceptible de convalidación, añadiendo la firma faltante.

- Han de estar escritas en español, sin abreviaturas y señalarán el lugar y fecha en que se dicte el fallo, nombre y apellidos de las partes, objeto y naturaleza del juicio.
- Señalará los hechos de la demanda, contestación, reconvencción, excepciones, y hará mérito de las pruebas aportadas por ambas partes.
- Han de estar motivadas en hechos y fundadas en preceptos legales que estime procedentes, citando las leyes o doctrina aplicable; estimará el valor de las pruebas, expresará las razones en que se funde para hacer o dejar de hacer la condonación de costas.
- Deben de condenar o absolver al demandado y decidir sobre todos los puntos litigiosos, respetando el principio de congruencia; debiendo ser claras y precisas.
- Cuando hubiere condena de frutos, intereses, daños o perjuicios, se fijará el importe en cantidad líquida; o se fijarán las bases para su cuantificación en ejecución de sentencia.
- Todas las sentencias tienen a su favor la presunción de haberse pronunciado según la forma prescrita por el derecho, con conocimiento de la causa y por juez legítimo con jurisdicción para darla.

Los requisitos de formalidad de mayor trascendencia en el ámbito práctico, son la fundamentación y motivación en las sentencias, pues la mayoría de las impugnaciones se refieren a dicho requisito; por ello el poder judicial ha ampliado la

explicación de cómo se cumple el supuesto de fundar y motivar.

## ARTICULO 16 CONSTITUCIONAL. REQUISITOS DE FORMA Y FONDO

El artículo 16 de la Constitución Federal, exige que en todo acto de autoridad se funde y motive la causa legal del procedimiento. *Para cumplir con este mandamiento, deben satisfacerse dos clases de requisitos, unos de forma y otros de fondo. El elemento formal queda surtido cuando el acuerdo, orden o resolución, se citen las disposiciones legales que se consideren aplicables al caso y se citan sus elementos que precedieron su emisión. Para integrar el segundo elemento, es necesario que los motivos que precedieron invocados sean reales y ciertos y que, conforme a los preceptos invocados, sean bastantes para provocar el acto de autoridad.*

Tesis Jurisprudencial 6. Informe 1968. Segunda Sala. Sección Quinta. Pág. 126.

REVISIÓN No. 2645/62.- Resuelta en sesión de 6 de Septiembre de 1983, por unanimidad de 6 votos.

REVISIÓN No. 1469/64.- Resuelta en sesión de 11 de abril de 1986, por mayoría de 6 votos, 1 más con los puntos resolutive y 1 parcialmente en contra.

REVISIÓN No. 1257/65.- Resuelta en sesión de 28 de abril de 1986, por unanimidad de 9 votos.

Las sentencias son las decisiones del juzgador, más ¿cómo elige el juzgador su decisión? Para indagar y entender el proceso de formación de la decisión judicial, es necesario el estudio de la interpretación y argumentación jurídica. Y junto con la explicación de la Teoría de la Acción Comunicativa, será posible realizar el análisis crítico a la sentencia sobre anatocismo, pronunciada por la Suprema Corte de

## Capítulo Segundo.

---

### Justicia de la Nación.

#### 2.1.1. La Interpretación en las sentencias

*"No se trata de hacer decir a la Constitución lo que no expresa, sino realizar una labor interpretativa más allá de su texto literal. La carta magna no puede establecer límites al derecho de defensa sin justificación alguna."*

*Suprema Corte de Justicia de la Nación.*

Interpretar proviene del latín interpretativo y éste a su vez del verbo *interpretor*, que significa servir de intermediario, venir en ayuda de, explicar. Interpretar una ley consiste en determinar su significado jurídico y no simplemente gramatical. Para el Digesto *saber las leyes no consistía en conocer el sentido de las palabras, sino en profundizar en su espíritu y su intención.* Para Rafael de Piña, la interpretación es toda la actividad intelectual encaminada a investigar su verdadero sentido como el resultado de la investigación.<sup>4</sup> La interpretación judicial llevada a cabo por los jueces y magistrados en el ejercicio de la función jurisdiccional, adquiere la máxima importancia, cuando el órgano que la realiza está facultado para sentar jurisprudencia. La interpretación del juzgador, está condicionada, de forma determinante, por las nociones, concepciones y dogmas jurídicos, elaborados y mantenidos por la doctrina y la práctica profesional. El juez entre todas las significaciones que es posible hacer, "escogerá" una (la conveniente, la justa)

---

<sup>4</sup> Fallares, op cit, p. 266

siguiendo para ello los métodos hermenéuticos recibidos por la tradición jurídica a la que pertenece. Así, el sentido que se da al lenguaje jurídico dependerá de la formación o cultura jurídica.<sup>5</sup>

El artículo 14 Constitucional establece las únicas limitantes legales, para la expresión del fallo, de la siguiente forma:

Artículo 14.-...

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer por simple analogía o por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata.

En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra de la ley o a la interpretación jurídica, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho.

En el Diario de Debates del Congreso Constituyente constan las actas de las sesiones en que el primer jefe del ejército constitucionalista expuso los motivos que fundaban su proyecto; los cuales no arrojan luz alguna sobre el método de interpretación que se quiso adoptar.<sup>6</sup> Y de la lectura del artículo citado no se desprende restricción alguna; por su parte, la doctrina no sólo ha establecido los conceptos, nociones y dogmas que manejan jueces y abogados, sino que con el mismo peso y autoridad han establecido las reglas de interpretación positiva. En la actualidad hay una gran variedad de sistemas de interpretación, entre los que

---

<sup>5</sup> TAMAYO Y Salmorán, Rolando. *Elementos para una teoría general del derecho*. Introducción al estudio de la Ciencia Jurídica. UNAM, Editorial Themis, México 1992, 1ª edición, p. 350.

<sup>6</sup> BORJA Soriano, Manuel. *Teoría General de las Obligaciones*, Editorial Porrúa, México 2000, 17ª

## Capítulo Segundo.

---

señalaré los más conocidos.

### 2.1.1.1 La escuela de la Exégesis.

Las características de esta escuela son el culto del texto de la ley, por considerar la voluntad del legislador como pauta suprema de interpretación, y al legislador como omnipresente, omnisciente, completamente racional e infalible. En opinión de esta escuela los códigos no dejan nada al arbitrio de un intérprete, éste no tiene ya por misión hacer el derecho: el derecho está hecho. No existe incertidumbre pues el derecho está escrito en texto auténtico. El sentido del texto de la ley se encuentra buscando el faro que alumbró al legislador. Pareciera que todos conocen la voluntad del legislador. Este método de interpretación se critica por hacer un fetichismo de la ley, negando la mínima posibilidad de interpretar y consecuentemente reducir el derecho.

En opinión de Couture, alguien notará que nunca la exégesis podrá comprender la ciencia del derecho, porque nunca podrá hacer otra cosa que "desentrañar" el significado de las partes del derecho.<sup>7</sup>

El poder judicial no ha adoptado un método de interpretación con el carácter de único, más ha manifestado a través de tesis aisladas, la poca eficacia de la exégesis. Tesis transcritas a continuación:

### INTERPRETACION DE LA LEY, INSTRUMENTOS AL ALCANCE DEL

---

edición, p. 60.

<sup>7</sup> ZERTUCHE García, Héctor Gerardo. *La Jurisprudencia en el Sistema Jurídico Mexicano*, Editorial Porrúa, México 1992, 2ª edición, p. 17. Lo cual también es cuestionable, ya que ninguna norma jurídica posee viseras susceptibles de extraerse. Luego entonces no se que "desentrañan".

### ORGANO JURISDICCIONAL PARA LA.

La labor de interpretación de una norma no puede realizarse atendiendo únicamente a la letra del precepto (método gramatical) o significado estrictamente técnico calificado de la expresión (como el proporcionado por los peritos al desahogar un cuestionario), pues no es inusual que el legislador emplee términos o palabras con el mismo sentido, alcance o significado por los cuales éstas se emplean en otras disposiciones legales atinentes a la misma materia, o a otras materias pero del mismo ordenamiento jurídico. *Por lo tanto, cuando se plantea un conflicto sobre la significación que deba asignarse a un término o palabra empleada en alguna disposición legal, de la que no exista una interpretación auténtica, es decir, elaborada por el propio legislador, es deber del tribunal servirse de todos los métodos gramatical, lógico, sistemático o histórico reconocidos por nuestro sistema jurídico, en cuanto le puedan servir en su tarea.* Así debe procederse incluso tratándose de una norma de carácter fiscal, pues en todo caso para su aplicación es indispensable desentrañar el alcance o significado de las expresiones que componen su texto, con la única limitación de no introducir elementos normativos novedosos (interpretación extensiva), ni aplicar la norma a casos distintos de los previstos en ella (analogía), según lo prohíbe categóricamente el artículo 50. del Código Fiscal de la Federación.

Amparo directo 1473/90. Marinería y Manufacturera de Orizaba, S.A. de C.V. 28 de noviembre de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretaria: Guadalupe Robles Denetiro.

Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación, Parte: VII-Abril, Página: 92

INTERPRETACION DE NORMAS  
CONSTITUCIONALES Y DE NORMAS

### LEGALES. SUS DIFERENCIAS.

El exacto cumplimiento de la Constitución sólo puede lograrse si su intérprete, liberándose de las ataduras de quienes se encargan simplemente de aplicar los textos legales (expresión positivizada del Derecho), entiende que su función no se agota en la mera substitución automática del supuesto de hecho al texto normativo, ni tampoco queda encerrada en un positivismo formalizado superado muchas décadas atrás, sino que comprende básicamente una labor de creación del Derecho en la búsqueda de la efectiva realización de los valores supremos de justicia. Es precisamente en el campo de las normas constitucionales, las que difieren esencialmente de las restantes que conforman un sistema jurídico determinado, en razón no únicamente de su jerarquía suprema, sino de sus contenidos, los que se inspiran rigurosamente en fenómenos sociales y políticos preexistentes de gran entidad para la conformación de la realidad jurídica en que se halla un pueblo determinado, que la jurisprudencia -pasada la época del legalismo-, se ha convertido en una fuente del Derecho que, aunque subordinada a la ley que le otorga eficacia normativa, se remonta más allá de ella cuando el lenguaje utilizado por el constituyente (al fin y al cabo una obra inacabada por naturaleza) exige una recreación por la vía de la interpretación, para el efecto de ajustarla a las exigencias impuestas por su conveniente aplicación. Así, el intérprete de la Constitución en el trance de aplicarla tiene por misión esencial magnificar los valores y principios immanentes en la naturaleza de las instituciones, convirtiendo a la norma escrita en una expresión del Derecho vivo, el Derecho eficaz que resulta no sólo de la reconstrucción del pensamiento y voluntad que yace en el fondo de la ley escrita (a través de lo métodos clásicos de orden gramatical, lógico, histórico o sistemático), sino también de la búsqueda del fin que debe perseguir la norma para la

*consecución de los postulados fundamentales del Derecho.*

Amparo en revisión 555/89. Perfiles Termoplásticos, S.A. 7 de junio de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretaria: Adriana Leticia Campuzano Gallegos.

Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación, Parte: III Segunda Parte-1, Página: 419

### INTERPRETACIÓN DE LAS LEYES.

La función interpretativa del juzgador no se limita a la aplicación servil e inconsulta de la letra del dispositivo legal. La interpretación ha de ir a desentrañar la intención normativa del precepto, del cual la letra no es siempre la expresión cabal del propósito del legislador. De ahí que sea obligación que el juzgador que interprete en forma sistemática la totalidad de ordenamientos y que no fraccione éste en forma que, por la aplicación servil de un precepto, se violara el sistema normativo estatuido en el ordenamiento legal.

Amparo administrativo en revisión 67774/51 G. Kessel y Cia, S.A. 13 de agosto de 1952. Unanimidad de 5 votos.

Semanario Judicial de la Federación, 5ª época, 2ª Sala, Tomo CXIII, Pág. 494.

#### **2.1.1.2. La Interpretación literal o lógica.**

Este método de interpretación se basa en encontrar la solución al problema, de la simple lectura de la ley. Cuando un juzgador interpreta lógicamente un texto legal, la discrecionalidad posible es inexistente; aún cuando se supone derivar explícitamente las consecuencias deductivas de los mismos. Más la decisión del intérprete se encuentra vedada de la libertad de opción. La labor de interpretación es fulminada. Por lo tanto, una interpretación lógica, en derecho, supone tanto la adopción de alguna forma lógica congruente con la expresión verbal de las normas,

## Capítulo Segundo.

---

como la elección de aquella forma lógica que se tenga que mirar.<sup>8</sup>

### 2.1.1.3. La Escuela Histórica Alemana.

La principal característica de esta escuela es la alusión del espíritu histórico en el análisis de las instituciones; para encontrar en su raíz toda la doctrina del pasado y descubrir su propio principio orgánico. Este es el método de la jurisprudencia. La legislación debe ser entendida como meras indicaciones, las cuales deben interpretarse como disposiciones provisionales o meras instrucciones dirigidas a los tribunales. Para Savigny la historia romana enseña que cuando el derecho se encuentra en progreso vivo no se siente la necesidad de codificar; la marcha hacia la codificación es siempre ocasionada por la decadencia del derecho.<sup>9</sup> La escuela histórica inicia en cierta medida la lógica jurídica al hacer referencia a los teoremas y a las argumentaciones del jurisconsulto, tomando como modelo la jurisprudencia romana.<sup>10</sup>

### 2.1.1.4. La Escuela Científica Francesa.

Esta escuela representa una crítica definitiva a los métodos tradicionales, rechaza el fetichismo legalista así como el riguroso conceptualismo; es una reacción en contra de los procedimientos mecánicos de interpretación y aplicación del derecho. La ley no es la única fuente de derecho, la ley no puede ser un mero producto racional, en su elaboración intervienen elementos irracionales, fácticos,

---

<sup>8</sup> VERNENGO, Roberto, J. *La interpretación literal de la Ley*. Editorial Abeledo-Perot, Buenos Aires, Argentina 1994, 2ª edición, p.p. 113-118.

<sup>9</sup> Ejemplo es el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, con el que se inicia la decadencia del derecho romano.

<sup>10</sup> Tamayo y Salmorán, op cit, p.p. 367-370.

psicológicos, biológicos, económicos, etc. Los principios generales del derecho, brindan una gran ayuda en la interpretación de la ley siempre que no se busque los principios jurídicos en sí, sino las concepciones más adaptadas a la finalidad propuesta que es la interpretación de la ley. El límite de la interpretación de la ley es la laguna, en este caso no es posible encontrar la voluntad del legislador. Dentro de la crítica de esta escuela se observa que no se diferencia del método dominante, que reposa sobre el mismo postulado fundamental de la inmovilidad de las reglas jurídicas.<sup>11</sup>

#### **2.1.1.5. El sociologismo y la Escuela del Derecho Libre.**

La escuela del derecho libre, es la primera escuela que da una explicación de la interpretación; de lo que efectivamente hace un juez cuando busca una norma aplicable. Señala que los procedimientos de interpretación son, en gran medida ficticios; se basan en la suposición ingenua e inconstante de que existe un legislador que tenga exactamente los mismos deseos del que emplea los métodos de interpretación. La razón no desempeña el papel decisivo en los métodos de interpretación o en la búsqueda de los argumentos para las decisiones judiciales, ese papel corresponde a la voluntad. Los juristas han hecho creer que mediante la interpretación, las reglas aplicables al litigio son deducidas de conceptos generales del derecho, conceptos que a su vez son obtenidos inductivamente de la ley. En realidad lo que hacen es resolver los litigios mediante un acto de voluntad, los procedimientos metódicos para argumentar no son sino el disfraz con el cual dan

---

<sup>11</sup> *Ibidem*, p.p. 378-381.

## Capítulo Segundo.

---

prestigio a su fallo.<sup>12</sup>

### 2.1.1.6. La interpretación en Kelsen

Para Kelsen la función judicial es la creación de normas particulares y no generales, el juez aplica las leyes y crea normas individuales en las sentencias. La interpretación es un acto de voluntad y no de conocimiento, consiste en una elección entre varias posibilidades; pero no podría negarse que para decidir o elegir, sea necesario previamente conocer. Por lo que son amplias las posibilidades de interpretación, y se toma inútil la preocupación de los métodos de interpretación, al no existir un método único y mejor que los demás. Enfatiza Kelsen que lo único que guía al intérprete en la realización de su tarea es una orientación política o ideológica y que cualquiera que elija puede ser igualmente defendida o cuestionada. Los propios métodos interpretativos son ideologías.<sup>13</sup>

### 2.1.1.7. La interpretación en Alf Ross

La interpretación es una motivación determinada por intereses prácticos; el juez se ve motivado por diversos factores para tomar una decisión, la cual constituye una fachada de justificación. La interpretación constituye en una decisión motivada por consideraciones ajenas al deseo de aprender el significado de una expresión. La creencia de que puede existir una interpretación literal es una ilusión, está se apoya en otros factores, como conjeturas acerca de la idea, el propósito o la intención. La tarea del juez no es un acto de puro conocimiento, interviene la valoración; la ley no

---

<sup>12</sup> Ibidem, p.p. 382-384.

<sup>13</sup> CRACOGNA, Dánic. *La Interpretación del Derecho en Kelsen*, en Anuario de Filosofía Jurídica, op cit, p.p. 41-55.

juez es: una vez que todos los factores que lo motivan (la ley, las consideraciones pragmáticas, la estimación de los hechos) han producido su efecto, toma una determinada decisión en su fuero interno, y luego construye una verdadera fachada de justificación que volcará en la expresión del fallo, explicación pretendidamente racional y lógica que muchas veces no concuerda con el real proceso. Justifica mediante argumentos interpretativos la solución considerada justa o deseable y al que arribó por una compleja actividad subjetiva en la que entran factores valorativos, intuitivos, etc.

Las reglas de interpretación en realidad no son tales, sino implementos de una técnica que, dentro de ciertos límites, habilita al juez para alcanzar la conclusión deseable en las circunstancias, y al mismo tiempo preservar la ficción de que sólo obedece a la ley.<sup>14</sup>

Las diversas escuelas de interpretación repercuten en el derecho, en la medida de hacer posible la aspiración de contar con un sistema de completitud, y no quedarse el intérprete con una visión minimizadora, pues mientras más literal sea una interpretación, más propiciará un régimen autoritario; mientras por el contrario, a mayor libertad en la interpretación, se obtendrá un régimen democrático. Es mediante la interpretación como puede retomarse el esplendor del Derecho Romano.

---

p.p. 41-55.

<sup>14</sup> GRÜN, Ernesto. *La interpretación del derecho en la visión de ALCROSS*. En Anuario de filosofía citado, p.p. 57-67.

## 2.1.2. La argumentación en las sentencias<sup>15</sup>

Aunque para algunos argumentar es exponer sus prejuicios bajo una nueva forma, la argumentación está sustentada en la razón. Argumentar es el ofrecimiento de razones o pruebas que apuntan a una afirmación o a una tesis, mediante la utilización de un lenguaje común. "Toda argumentación pretende la adhesión de los individuos y, por tanto, supone la existencia de un contacto intelectual."<sup>16</sup> Razón proviene de las raíces grecolatinas griega *légos*; *lógos* que significa unir, y latina *ratio* cuyo significado es calcular, en este contexto hablar-pensar conlleva a unir y calcular. Para Aristóteles "la razón era una reflexión y una verdad que se relaciona con la acción", mientras Kant la señala como "el grado superior de síntesis susceptible de aplicar procedimientos de demostración y análisis" y Hegel la alude como "la unidad más alta de conocimiento de un objeto y de conocimiento de sí,"<sup>17</sup> como "el desarrollo de la contradicción entre la afirmación del entendimiento y su negación, hasta alcanzar su reconciliación provisional y momentánea."<sup>18</sup>

En este contexto la argumentación realizada mediante la razón, debe ser susceptible de demostración. Existiendo la posibilidad de reexaminar un hecho ya examinado, por lo que ningún sistema jurídico se puede considerar completo.<sup>19</sup> Las partes y el juzgador jamás tienen la posibilidad de abarcar todo lo que en detalle

<sup>15</sup> PERELMAN, Chaïm. *Tratado de la argumentación*, Traducción de Julia Sevilla Muñoz, Editorial Gredos, Madrid 1994, 1ª edición, p.p. 37-106.

<sup>16</sup> Perelman, op cit, p. 48. Entendiendo por contacto intelectual el ser escuchado.

<sup>17</sup> GRANGER, Guilles-Gastón. *La razón*. Traducción de Nannina Rivaola, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Argentina 1958, 2ª edición, p.p. 8, 12, 13.

<sup>18</sup> BERUMEN Campos, Arturo. *Azuarcas de filosofía del derecho*, Cárdenas Editores. México 2003, 1ª edición, p. 284.

<sup>19</sup> Ejemplo la formación de jurisprudencia.

examinado, por lo que ningún sistema jurídico se puede considerar completo.<sup>19</sup> Las partes y el juzgador jamás tienen la posibilidad de abarcar todo lo que en detalle constituye la singularidad de cada caso, por lo que estamos en presencia de estrategias que manifiestan en diferente grado, la reflexión y el juicio de quienes lo constituyen.

La argumentación jurídica es muy variada considerando que no existe propiamente hablando, una lógica específicamente jurídica, sino más bien reglas comunes a todo razonamiento, y de los cuales algunos pueden ser transcritos en el estilo de una lógica deóntica en vías de construcción. Existen diferentes tipos de razonamientos jurídicos: el de quien establece la norma y el de quien la utiliza al juzgar o al defender. Ninguna ley puede proveer todas las situaciones, al ser necesaria la libertad para la aplicación del código y la interpretación de los hechos con base en las pruebas.

Como he señalado la finalidad de la argumentación, es la adhesión del auditorio acerca de una situación, mediante el diálogo. En el diálogo, el que cede no es vencido, sino supone la inclinación ante las evidencias de la verdad; el diálogo no es un debate, es una discusión en la que los interlocutores buscan honestamente y sin ideas preconcebidas, la mejor solución a un problema controvertido. En el procedimiento judicial, los abogados de cada parte no tienden a aclarar o a desarrollar un argumento, sino a debatir. Y el derecho favorece esta actitud unilateral, siendo común el alegato en lugar de la búsqueda de la verdad.

---

<sup>19</sup> Ejemplo la formación de jurisprudencia.

## Capítulo Segundo.

---

Perelman ha desarrollado toda una teoría de la argumentación, de la cual y para el posterior análisis, es pertinente extraer las técnicas de argumentación. Por su parte Alexy, desarrolla el tema de la argumentación jurídica. Ambas serán abordadas a continuación.

### 2.1.2.1. La teoría de la argumentación

Perelman vincula su teoría a la antigua retórica, a la de Aristóteles y Cicerón. La nueva retórica, como él la llama, implica un método inductivo y explica las partes en las que se divide la retórica: la tópica, la dialéctica y la sofista. Fundamental importancia representa la *tópica*, la cual determina el punto de partida de un razonamiento común con el auditorio que escucha, la cual debe ser la más compatible con el auditorio, no necesariamente para que se mantenga en ella, sino para que transite a otro tópico. El auditorio es primordial para quien argumenta, es la persona o personas a quien se dirige la argumentación, a quien o quienes se quiere convencer. Por lo cual, para citada teoría sólo existen razones fuertes o débiles, una razón es más fuerte en la medida que es capaz de convencer a más auditorio (auditorio universal), y más débil en la medida de convencer a menos auditorio (auditorio particular). El que una razón sea aceptada o no, dependerá del argumento y del auditorio, una buena razón puede no ser aceptada por encontrarse presente alguna patología comunicativa.<sup>20</sup>

Perelman clasifica las *técnicas de argumentación* en dos formas: los

---

<sup>20</sup> En la última parte de este capítulo son abordadas las patologías comunicativas, las cuales son: inteligibilidad (lenguaje claro), rectitud (interpretación no forzada o violenta), verdad (referente determinado o determinable), y veracidad (que el lenguaje utilizado no sea engañoso).

procedimientos de enlace y los procedimientos de disociación o desenlace. Los *procedimientos de enlace* son aquellos "esquemas que unen elementos distintos y permiten establecer entre estos elementos una solidaridad, que pretenda, bien estructurarlos, bien valorarlos positiva o negativamente."<sup>21</sup>; mientras que los *procedimientos de disociación* son "aquellas técnicas de ruptura, cuyo objeto es disociar, separar, desolidarizar, elementos considerados componentes de un todo."<sup>22</sup> Estas técnicas pueden utilizarse juntas, complementarias o alternativamente.

Los *procedimientos de enlace* a su vez se clasifican en: argumentos cuasilógicos, basados en la estructura de lo real y que fundamentan la estructura de lo real. Dentro de los argumentos cuasilógicos se encuentra la incompatibilidad, la equivalencia y la implicación, mientras que la analogía es un argumento que fundamenta la estructura real. La incompatibilidad, es el argumento que presenta enlazadas dos afirmaciones para demostrar su *contradicción*, pero que en otras circunstancias serían incompatibles.<sup>23</sup> La equivalencia o equiparación es el argumento que presenta dos afirmaciones para mostrar su *identidad*, pero que en otras circunstancias serían incompatibles.<sup>24</sup> La implicación es el argumento que presenta enlazadas varias afirmaciones para develar que *la aceptación de una, implica la aceptación de la recíproca o de la transitiva*.<sup>25</sup> La analogía es el argumento que presenta enlazadas dos afirmaciones para *mostrar una semejanza de relación entre*

---

<sup>21</sup> Ferrelman, op. cit. p. 299

<sup>22</sup> Ibidem

<sup>23</sup> Ibidem, p. 306.

<sup>24</sup> Ibidem, p. 328.

<sup>25</sup> Ibidem, p. 343.

## Capítulo Segundo.

---

ellas, llamadas *tema o analogado principal y foro o análoga de secundario*.<sup>26</sup>

Mientras que los procedimientos de desenlace se dividen en: ruptura de enlace y la disociación de nociones. La técnica de ruptura de enlace es el argumento que consiste en afirmar que dos o más afirmaciones están indebidamente asociadas pues se refieren a elementos separados e independientes.<sup>27</sup> Y la disociación de nociones es el argumento que distingue dentro de una misma noción un concepto que no debería estar confundido o implicado por dicha noción, con el objeto de evitar una incompatibilidad.<sup>28</sup>

A título de ejemplo y para un mejor entendimiento de los tópicos y de las diversas técnicas de argumentación expuestas por Perelman; y para el posterior análisis de la sentencia. Transcribiré y analizaré diversos ejemplos de argumentos. Los cuales no guardan ninguna relación con el posterior análisis. Como los argumentos utilizados por los diputados en la discusión del TLC, en la sesión del 23 de abril de 1991. El Diputado Ignacio Castillo Mena (PRD) señaló:

(...) el grupo pequeño que aborda y que adopta como modelo de desarrollo y crecimiento dependiente, antisoberano, desnacionalizador, el de la oligarquía, que no ha asumido los cometidos supremos de su encargo de gobernar en beneficio del pueblo para poder beneficiar a los menos, para ahondar las diferencias y alejar a las clases populares de sus posibilidades de mejoramiento y conducirla irresponsablemente a la pauperización.

De otra parte han dejado al pueblo, al que trabaja y produce con su esfuerzo físico y mental, con su innegable creatividad e

---

<sup>26</sup> Ibidem, p. 359.

<sup>27</sup> Ibidem, p. 627.

<sup>28</sup> Ibidem, p. 628.

inventiva, con su tesón y esfuerzo, al pueblo empobrecido también por una política económica que lo abandona y que lo margina cada vez más; que encuentra cerrados los caminos de la superación y también los de la existencia decorosa y esperanzada. (...)

Las grandes diferencias (...) entre los Estados Unidos y Canadá por una parte, y las insuficiencias reales de nuestro país, hacen nulo cualquier proyecto de libre comercio, de competencia o de colaboración entre supuestos iguales con tendencias de mas a mediano plazo a la creación de un mercado común.

Estas diversidades se traducirán irremediamente a la conducción de nuestro país a la condición de maquilador y tributario, y a la de nuestros trabajadores en servidores involuntarios pero necesarios de grandes intereses internacionales y en la conversión de México al nuevo Taiwán de América.<sup>29</sup>

El tópico del argumento del diputado para convencer a su auditorio, fue el que creyó ser el más compartido por dicho auditorio: el abuso del poder de una minoría. No para quedarse en él, sino para transitar a otro: la desigualdad social, y llevar al auditorio a la conclusión, de ser conveniente oponerse al tratado vistas sus razones. Utilizó una técnica de argumentación de enlace, la de *implicación*, pues las desigualdades económicas implican, la nulidad de cualquier proyecto de libre comercio. Pues dichas desigualdades propiciarán en un futuro, que los mexicanos se transformen en maquiladores, el país se convierta en un nuevo Taiwán.

---

<sup>29</sup> Instituto de Investigaciones Legislativas. *Argumentación parlamentaria* (1982-1996). Serie II, Léxico y discursos parlamentarios, Volumen II, La Argumentación, Tomo I, LVI Legislatura, Cámara de Diputados, México 1997, 1ª edición, p.p. 783, 784.

## Capítulo Segundo.

---

El contra argumento, se dio por el Diputado Roque Villanueva (PRI), el cual respondió en los siguientes términos:

Voy a concretar mi intervención a lo que estimo la improcedencia (...). Únicamente habré de señalar que algunos de los términos aquí mencionados no son congruentes con la realidad. Ni en México estamos buscando hacer un Taiwán de América, ni ha existido una desautorización del fast-track o llamada vía rápida, ni hay cesión de soberanía en un Tratado de Libre Comercio, ni mucho menos se puede hablar de imposible colaboración entre países cuando tienen distinto grado de desarrollo. El principio teórico y práctico del comercio a nivel nacional y mundial, justamente es el de las diferencias en las proporciones, mediante las cuales se puede hacer que determinados productos, sean más viables y por tanto se intercambien. Esto, desde el propio marxismo se establece como la división social del trabajo.<sup>30</sup>

En este ejemplo el tópico es, que lo expresado por el diputado no es congruente con la realidad del país, utiliza la técnica de enlace de *incompatibilidad*, con la afirmación de que no es imposible la colaboración entre países de diferente grado de desarrollo, debido al principio de división de trabajo de Carlos Marx, cuya conclusión es la improcedencia de la solicitud. En el presente caso, el orador presupone que el auditorio conoce el principio de la división social del trabajo de Marx, y la misma es suficiente para convencerlo de su conclusión.

Por otra parte, como ejemplo de la técnica de argumentación de disociación

---

<sup>30</sup> Ibidem, p. 785.

de nociones, citaré un fragmento de la Apología de Sócrates:

Yo no se átenienses, la impresión que habrá hecho en vosotros el discurso de mis acusadores. Con respecto a mí, confieso que me he desconocido a mí mismo; tan persuasiva ha sido la manera de decir. Sin embargo, puedo asegurarlo, no han dicho una palabra que sea verdad.

Pero, de todas sus calumnias, la que más me ha sorprendido es la prevención que os ha hecho de que estéis muy en guardia para no ser seducidos por mi elocuencia. Porque el no haber temido el mentís vergonzoso que yo les voy a dar en este momento, haciendo ver que no soy elocuente, es el colmo de la impudencia, a menos que no llamen elocuente al que dice la verdad.<sup>31</sup>

El tópico de Sócrates, es la impresión del discurso de sus acusadores, utiliza la técnica de ruptura de enlace, al señalar que están indebidamente asociadas la elocuencia con decir la verdad: Al existir en sus acusadores elocuencia, más de las cosas de él dichas, ninguna es cierta. Y por el contrario de llamar la atención, el deber temer a las personas o a las verdades; si las personas no toleran la verdad, entonces habrá de vivir en las tinieblas.

Y por último, como otro ejemplo de la técnica de implicación, citó el diálogo sostenido por Sócrates y Melito, en la Apología de Sócrates; cuando Sócrates fue acusado de corromper a los jóvenes.

---

<sup>31</sup> Platón, op cit, p. 1

Sócrates.- Pues bien, di a los jueces cuál será que mejora la condición de los jóvenes. Porque no puede dudarse que tú la sabes, puesto que tanto te preocupa esta idea. En efecto, puesto que has encontrado al que los corrompe y hasta lo has denunciado ante los jueces, es preciso que digas quién los hará mejores. Habla; veamos quién es.

Lo ves ahora, Melito; tu callas; estas perplejo y no sabes que responder. ¿Y no te parece vergonzoso? ¿No es una prueba cierta de que jamás ha sido objeto de tu cuidado la educación de la juventud? Pero, repito, excelente Melito, ¿Quién es el que puede hacer mejores a los jóvenes?

Melito.- Las leyes.

Sócrates.- Melito, no es eso lo que te pregunto. Yo te pregunto quién es el hombre; porque es claro que la primera cosa que este hombre debe saber son las leyes.

Melito.- Son Sócrates, los jueces aquí reunidos.

Sócrates.- ¿Cómo Melito! ¿Estos jueces son capaces de instruir a los jóvenes y hacerlos mejores?

Melito.- Sí; ciertamente.

Sócrates.- ¿Pero son todos los jueces o hay entre ellos unos que pueden y otros que no pueden?

Melito.- Todos pueden.

Sócrates.- Perfectamente, ¡por Hera!; nos has dado un buen número de buenos preceptores. Pero pasemos adelante. Estos oyentes que nos escuchan ¿pueden también hacer a los jóvenes mejores o no pueden?

Melito.- Pueden.

Sócrates.- ¿Y los senadores?

Melito.- Los senadores lo mismo.

Sócrates.- Pero mi querido Melito, todos los que vienen a las asambleas del pueblo ¿corrompen igualmente a los jóvenes o son capaces de hacerlos mejores?

Melito.- Todos son capaces.

Sócrates.- Se sigue de ahí que todos los atenienses pueden hacer a los jóvenes mejores, menos yo; sólo yo los corrompo; ¿no es esto lo que dices?

Melito.- Lo mismo.

Sócrates.- Verdaderamente, ¡buena desgracia es la mía! Pero continúo respondiéndome ¡Te parece que sucederá lo mismo con los caballos? ¿Pueden todos los hombres hacerlos mejores y que sólo uno tenga el secreto de echarlos a perder? ¿o es todo lo contrario lo que sucede? ¿Es uno solo o hay un cierto número de picadores que puedan hacerlos mejores? Y el resto de los hombres ¿si se sirven de ellos, no los echan a perder? ¿No sucede esto lo mismo con todos los animales? Si, sin duda; ya convengáis en ello Anito y tú o no convengáis. Porque sería una gran fortuna, y una gran ventaja para la juventud, que sólo hubiese un hombre capaz de corromperla y que todos los demás la pusiesen en buen camino. Pero tú has probado suficiente, Melito, que la educación de la juventud no es cosa que te haya quitado el sueño y tus discursos acreditan, claramente, que jamás te has ocupado en lo mismo que motiva tu acusación contra mí.<sup>32</sup>

En el anterior ejemplo, Sócrates utiliza el tópico de ¿quién puede hacer mejor a los jóvenes?, para sutilmente llevar a su acusador, a la conclusión de que todos los hombres pueden hacer bien a la juventud. Y con la ayuda de la técnica de implicación, aceptar que todos los hombres pueden hacer bien a la juventud; implica aceptar que Sócrates puede hacer bien a la juventud, al ser Sócrates un hombre.

---

<sup>32</sup> Ibidem, p.p. 8-9.

## Capítulo Segundo.

### 2.1.2.2. Argumentación Jurídica<sup>33</sup>

Alexy parte de una teoría de argumentación práctica general para aplicarla posteriormente al campo del derecho, pretendiendo una teoría analítica y descriptiva; plantea un modelo de argumentación jurídica basado en cuatro momentos: planteamiento del problema, justificación interna, justificación externa y ponderación. En este contexto el *planteamiento del problema* se realiza mediante una pregunta que posee la duda a resolver y la interpretación de las normas jurídicas, valoración de las pruebas o determinación de las consecuencias de derecho, ejemplo: ¿El contrato de apertura de crédito se encuentra perfectamente regulado por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito?

La *justificación interna* es la argumentación puramente lógica mediante la cual se establecen las posibles soluciones: a o b, si o no; cuya finalidad es proporcionar soluciones posibles a un problema jurídico, sin seleccionar la más probable. Es decir, P entonces Q, o bien, -P entonces -Q; donde las variantes P o -P significan un supuesto hecho de la norma, y Q o -Q son un predicado, que expresa lo que tiene que hacer el destinatario de la norma. Ejemplo:

P = Q	P entonces Q, o bien -P entonces -Q	
Donde:	P =	El contrato de apertura de crédito se encuentra perfectamente regulado por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.
	Q =	Debe excluirse la aplicación supletoria de los ordenamientos

señalados en el artículo 2 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, p.p. 330-356. Cfr. Atienza, Manuel. *Los modelos del derecho*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, número 134, México 2003, 1ª edición, p.p.154-160

## Marco teórico para el análisis crítico.

		Operaciones de Crédito.
	-P-	El contrato de apertura de crédito no se encuentra perfectamente regulado por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.
	-Q-	Debe aplicarse supletoriamente los ordenamientos establecidos en el artículo 2 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Mientras que la *justificación externa* es la justificación de las premisas señaladas en la justificación interna, para determinar cuál de las premisas lógicas es la adecuada a partir de la búsqueda de tópicos o cánones. En este punto Alexy distingue 6 cánones: semántica, sintáctica, pragmática, genético, histórico y teleológico; a los cuales el profesor Berumen distingue implícitos otros dos: de autoridad y ético.

- *Canon semántico*-Es la solución más probable desde el punto de vista del significado de las expresiones normativas relevantes, para saber si está o no comprendida la solución en la norma cuya interpretación se está argumentando. Este tipo de argumentación pretende justificar una denotación por razones de semejanza o por mayoría de razón.
- *Canon sintáctico*- De igual forma con este canon se busca la solución más viable desde el punto de vista de la coherencia de la norma a interpretar con su contexto normativo.
- *Canon pragmática*- Con él se buscará la solución más probable desde el punto de vista de las consecuencias sociales como la óptima o menos

## Capítulo Segundo.

---

óptima.

- *Canon genético.*- Desde este se buscará la solución más probable desde el punto de vista de la voluntad del legislador, se buscará la compatibilidad de los textos legislativos que le dieron origen con el fin de establecer la procedencia de la solución.
- *Canon histórico.*- Este canon permite encontrar la solución desde el punto de vista de la manera que en otras épocas históricas y desde el punto de vista del derecho comparado, se han resuelto problemas semejantes.
- *Canon teleológico.*- A partir de él, se puede encontrar la solución más probable desde el punto de vista de la finalidad de la norma a interpretar.
- *Canon de autoridad.*- Aquel que busca la solución más probable desde el punto de vista de la autoridad de los criterios jurisprudenciales o doctrinas; es decir, se determinará la solución vista las interpretaciones jurisprudenciales anteriores y la doctrina jurídica.
- *Canon ético.*- Con mencionado canon se busca la mejor solución desde el punto de vista de la equidad, buscando el argumento más equitativo.

Desde los citados cánones se pueden construir argumentos o contra argumentos, sea de enlace o de disociación, a favor o en contra de cada una de las soluciones posibles, para determinar cuál es la más probable. Pueden ocurrir tres supuestos, que entre dos opciones: los cánones favorezcan a una solución y ninguno a la otra, que todos los cánones favorezcan una de las soluciones (lo cual sería un caso de predisposición a favor o en contra), que la mitad de los cánones favorezcan a

una solución y la otra mitad a la otra.

Por último la ponderación es el juicio equilibrado de los argumentos a favor o en contra de cada solución, es la consideración de todos los aspectos del problema jurídico que se quiere resolver, valorados *cualitativamente*, para lograr imparcialidad y quizás un proceso comunicativo.

### **2.1.3. La formación de la decisión judicial**

Para el completo estudio de las sentencias, es pertinente considerar, no sólo las técnicas de interpretación y argumentación, sino el proceso interno del juzgador al inferir de los preceptos y los hechos un fallo. Sobre el particular, afronto tres opciones: el clásico silogismo, y las propuestas de Calamandrei y Vemengo; esta última redeterminada por Arturo Berumen, a la luz de Habermas.

#### **2.1.3.1. El silogismo lógico**

Esta explicación se basa en la existencia de una premisa mayor (la norma jurídica), una premisa menor (la delimitación de los hechos en base a las pruebas) y en la aplicación de ambas para deducir una conclusión (el fallo). La crítica a esta explicación radica en la complejidad de la labor del juez para determinar los hechos discutidos y el derecho aplicable, la decisión no es sólo producto de una deducción lógica, sino de una elección, en la que influyen datos jurídicos, valores, actitudes, ideologías y creencias de la persona que juzga. La estructura de la argumentación fundamento de la decisión es muy diferente a un silogismo por medio del cual se pasa de una premisa a una conclusión.

## Capítulo Segundo.

El juez es ante todo un ser humano y social que vive en circunstancias históricas concretas y participa de determinados valores, actitudes e ideologías, de las que no se puede despojar de forma mecánica. "El juez no es una máquina calculadora, es un hombre vivo y su función de individualizar la ley y de aplicarla al caso concreto, es en realidad una operación de síntesis entre dicha ley y los hechos concretos, para aplicarse la intuición y la conciencia."<sup>34</sup>

### 2.1.3.2. La propuesta de Calamandrei.

El juzgador en la formación de su decisión realiza un *examen preliminar* de la trascendencia jurídica de los hechos discutidos, con el objeto de determinar si en principio, la pretensión reclamada es susceptible de ser acogida conforme al ordenamiento jurídico, sin prejuzgar sobre la veracidad de los hechos, sólo inferir si, suponiendo ciertos hechos, el efecto jurídico perseguido es posible de acuerdo con el ordenamiento jurídico. Después, el juzgador *verifica la certeza* de los hechos a través de la interpretación y la valoración de las pruebas, y determina su eficacia probatoria, momento más importante y delicado en la formación de la decisión: la apreciación de los hechos específicos realizada sobre las versiones contradictorias de las partes y sobre la base de las pruebas practicadas en el proceso. Posteriormente se construye y califica jurídicamente los hechos para formar una determinación, se aplica el derecho a los hechos y se determina el efecto jurídico

<sup>34</sup> OVALLE Favela, José. *Derecho Procesal Civil*, Editorial Harla, México 1997, 7ª edición, p. 168.

producido por la aplicación de la norma al caso concreto.<sup>35</sup>

### **2.1.3.3. La propuesta de Roberto Vernengo<sup>36</sup> Redeterminación por Arcuro Berumen a la luz de Jürgen Habermas**

En esta propuesta el juez para dictar un fallo, recibe la información (hecho y derecho) y realiza la interpretación de dicha información; interpretando las normas jurídicas y los hechos, al ser considerados los hechos y las normas como enunciados lingüísticos que entran en la conciencia del juez, al ser emitidos por las partes a través de los medios de prueba aceptados en el proceso. La interpretación realizada es concebida como filtros lingüísticos: fácticos y normativo. Ya que el juez realizará una selección de la información válida y desechará la inválida. El lenguaje mediante el cual el juzgador tiene acceso a los hechos sobre los cuales se establece una controversia jurídica, son el lenguaje de los testimonios, de la confesión, de los peritajes, de las pruebas documentales, los interrogatorios, entre otros, y pueden ser interpretados por diversos tipos de criterios hermenéuticos o de filtros metalingüísticos.

#### i) Filtro Fáctico

Dentro del filtro fáctico podemos distinguir dos tipos de filtros o criterios: los filtros formales y los filtros informales. Con dichos filtros formales (procesales y substanciales) e informales (ideología jurídica y criterios morales), será posible reconstruir lingüísticamente los hechos; y dicha reconstrucción va a alimentar la

---

<sup>35</sup> Ibidem, p. 169.

<sup>36</sup> Berumen, op cit, apunte 5. Interpretación jurídica, p.p. 189-208.

## Capítulo Segundo.

---

decisión judicial.

a. Los filtros formales son los criterios establecidos en las leyes para seleccionar la información válida y desechar la información inválida que nos permitan dar un sentido jurídico a los hechos que se refiere al lenguaje fáctico. Como dichos criterios formales o legales pueden servir ya sea para seleccionar la información y valorarla, o para darle algún sentido jurídico, se clasifican en procesales y substanciales.

i. Los filtros procesales están constituidos por las reglas que proporcionan las leyes procesales para la presentación, el desahogo y la valoración de las pruebas. Como ejemplos de estos filtros formales procesales tenemos la regla que establece que sólo se tomarán en cuenta las pruebas presentadas dentro del término probatorio<sup>37</sup> y la que establece que tendrán valor de prueba plena las actuaciones judiciales.<sup>38</sup>

ii. Los filtros substanciales son aquellos criterios proporcionados por las definiciones conceptuales que hacen las leyes sustantivas que nos permiten clasificar a la descripción de determinados hechos ya sea como contrato, como delito, como contribución, como obligación, como acto de comercio, como societario, como relación laboral, etcétera. Y más específicamente, los filtros formales substanciales son los sistemas

---

<sup>37</sup> Cfr los artículos 290 y 298, 129, 131 y 133 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Señalando el último precepto citado: "una vez concluidos los términos fijados a las partes (...) se tendrá por perdido el derecho que, dentro de ellos debió ejercitarse."

<sup>38</sup> Cfr artículo 1294 del Código de Comercio.

de conceptos que, en determinada materia jurídica, sirven para darle sentido jurídico determinado a la descripción aceptada de los hechos controvertidos.

- b. Los filtros informales, no se encuentran previstos en las leyes, funcionan como criterios para seleccionar información, valorarla e interpretarla, en la conciencia del juez. Estos pueden ser de dos tipos: las ideologías jurídicas y los criterios morales.
  - i. Las ideologías jurídicas comprenden las preinterpretaciones del mundo de la vida del que proviene el juez, los prejuicios y las ideas ordinarias que condicionan la interpretación de la descripción de los hechos, de una manera inconsciente por parte del juez. A pesar de que los criterios formales de interpretación de los hechos estén rigidamente determinados por la ley, al fin de cuentas, es el juez en su individualidad él que tiene que decidir si, en un momento determinado, si se consideran suficientemente probados los hechos con los indicios aportados por las partes. Y no puede hacerlo, de una manera distinta a como se lo predeterminan sus prejuicios inconscientes, sobre los que no tienen un control, a menos de que conozca y reconozca el mundo de la vida del que proviene y que es el que se los ha inculcado en su conciencia pre-jurídica. Un ejemplo puede, tal vez, ilustrar como operan estos filtros informales ideológicos en la conciencia del juzgador. En un caso de homicidio entre homosexuales, es probable que si el juez o el ministerio público o cualquier operador del

## Capítulo Segundo.

---

derecho, si proceden de un mundo de la vida en el que existen prejuicios contra la homosexualidad, pre-interpretan los indicios de una manera más concluyente en contra del reo que si se tratara de un caso semejante entre heterosexuales. El mundo de la vida del que provienen los juzgadores les puede parecer el único mundo con sus hechos, sus valores y sus vivencias, cuando solamente es una pre-interpretación del mundo, heredada del pasado, con sus ideas ordinarias, prejuicios e ideologías. Tales preinterpretaciones ideológicas van a condicionar, inconscientemente la interpretación, la valoración y la clasificación jurídica de los hechos. Sin embargo, si los operadores del derecho conocieran el mundo de la vida del que proceden, y, en consecuencia, pudieran reflexionar sobre los prejuicios, ideas ordinarias o ideologías que preinterpretan el lenguaje descriptivo de los hechos, habría una mayor probabilidad de que se pudieran contrarrestar o neutralizar, el momento de la interpretación lingüística de los hechos.

Aún esta neutralización es sumamente difícil, pues los prejuicios de un mundo de la vida, presentes en la conciencia del juez, son reforzados por las expectativas de los demás sujetos que participan del mismo mundo de la vida, de modo que el juzgador siente la obligación de ajustar su conducta a esas expectativas prejuiciadas y, en conciencia, a asumir los roles sociales no institucionales correspondientes.

ii. Los criterios morales son los criterios ilocucionarios que le van a dar a la

descripción proposicional de los hechos un carácter hipotético, para que el juez esté en condiciones de problematizar o desempeñar, objetivamente, los hechos de habla constatativos correspondientes.

**ii) Filtro normativo.**

Alrededor del tema de interpretación jurídica a lo largo de la historia se han desarrollado un sin número de escuelas<sup>39</sup>, más en esta propuesta la interpretación del lenguaje del derecho es la interpretación jurídica. La interpretación de las normas jurídicas es necesaria porque las expresiones del discurso del derecho no se encuentran lo suficientemente connotadas como para saber si la denotación de las mismas comprende al caso concreto que se pretende resolver; es decir existan "lagunas". Es necesario interpretar las normas jurídicas en cualquier caso, pues expresiones jurídicas que parecen muy claras, se vuelven oscuras a la luz de un problema concreto de aplicación del derecho. Es considerada oscura una norma, cuando alguna o varias palabras o expresiones de la misma, tienen varios referentes posibles, de manera que no se sabe cual de ellos es el aplicable al caso controvertido. Una norma clara es aquella que tiene sólo un referente posible (R1) y una norma oscura es la que tiene varios referentes posibles (R1, R2, Rn).

Por ejemplo:

*En la fracción IV del artículo 3º constitucional que dice: " Toda la educación que el Estado imparta será gratuita", la expresión "Estado" no se encuentra connotada, por lo que puede denotar el Estado en sentido amplio que se compone de población, territorio y gobierno (R1), o al Poder Ejecutivo (R2)*

---

<sup>39</sup> Cfr el apartado 2.2.1.

## Capítulo Segundo.

---

*o únicamente a la Administración pública centralizada (R3). Por esta razón, ante el problema del aumento de las cuotas de la UNAM que desencadenó la huelga estudiantil de 1999, no era claro, si la universidad se encontraba denotada por la palabra "Estado". Pues si no era así, es decir si se elegía el referente tercero (R3), y fue la elección que hicieron las autoridades de la universidad, entonces, las cuotas eran constitucionales y si la denotación de la palabra Estado comprendía a la UNAM, es decir, si se elegía el referente segundo (R2), y fue la elección de los huelguistas, entonces las cuotas no eran constitucionales.<sup>40</sup>*

De donde se desprende que las connotaciones de la palabra "Estado" no acepta un referente único, haciendo necesaria e indispensable la interpretación de la norma. Por lo que la interpretación de una *norma oscura es seleccionar uno de los referentes posibles, de sus expresiones relevantes, como el más probable*. El elemento más probable no necesariamente es el único o el auténtico, será el referente más probable (RP) en determinado criterio de selección, pero no necesariamente a los demás criterios. Lo cual nos deja como al principio, con la indeterminación de los referentes, siendo el último recurso para elegir el referente más probable la equidad.

Por lo que se concluye que interpretar una norma jurídica es semejante a interpretar un hecho, en ambos casos se trata de seleccionar información válida y de desechar la información inválida. Por ello los criterios de interpretación funcionan como filtros lingüísticos que hacen dicha selección y dicho desechamiento de información. Los fácticos filtran información sobre los hechos y, los normativos filtran información

---

<sup>40</sup> Ejemplo citado por Berumen, op. cit. p.p. 203-204.

sobre el derecho. Y éstos seleccionan el referente más probable (RP), de entre los varios referentes posibles (R<sub>1</sub>, R<sub>2</sub>, R<sub>n</sub>) de una norma oscura.

## **2.2. La Jurisprudencia**

*Mientras en el derecho contemporáneo parece esperarse todo de la ley.*

*En el Derecho Romano por el contrario se esperaba todo de la Jurisprudencia.*

*Decir Jurisprudencia era nombrar la prudencia del derecho.*

*La Jurisprudencia no era un sirviente de la ley, a quien servía era a la justicia.*

Jurisprudencia deriva de las palabras *jus* y *prudencia*, la prudencia del derecho; los jurisconsultos romanos la definían como el conocimiento de las cosas divinas y humanas y la ciencia de lo justo y lo injusto. Los clásicos la entendieron como el hábito práctico de interpretar rectamente las leyes y aplicarlas oportunamente a las cosas que ocurren.<sup>41</sup> Dentro de nuestra tradición jurídica se utiliza en dos sentidos: como un conjunto de sentencias que determinan un criterio constante sobre una cuestión jurídica; o como ciencia del derecho en general. Definiéndola el poder judicial de la siguiente manera:

### **INTERPRETACION Y JURISPRUDENCIA.**

Interpretar la ley es desentrañar su sentido y por ello la Jurisprudencia es una forma de interpretación judicial, la de

---

<sup>41</sup> Pallares, *op cit*, p. 323

## Capítulo Segundo.

---

mayor importancia, que tiene fuerza obligatoria según lo determinan los artículos 193 y 193 bis de la Ley de Amparo Reformada en vigor, según se trate de Jurisprudencia establecida por la Suprema Corte de Justicia funcionando en pleno o a través de sus Salas. En síntesis: la Jurisprudencia es la obligatoria interpretación y determinación del sentido de la ley, debiendo acatarse, la que se encuentra vigente en el momento de aplicar aquella a los casos concretos, resulta absurdo pretender que en el periodo de validez de una cierta Jurisprudencia se juzguen algunos casos con interpretaciones ya superados y modificados por ella que es la única aplicable.

Amparo directo 2349/61. Miguel Yapoc Farias. 24 de julio de 1961. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Juan José González Bustamante. Tesis relacionada con jurisprudencia 143/63

Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Parte XLIX, Segunda Parte, Página: 58

Nuestra legislación reconoce tres formas de creación jurisprudencial: el primero de ellos es el que tiene como base la reiteración de criterios uniformes aprobados por una mayoría calificada tratándose de la Corte, funcionando en pleno o en salas, y por unanimidad en el caso de los Tribunales Colegiados de Circuito; el segundo, aquel que proviene de la resolución de contradicción de tesis de las Salas de la Corte o de los Tribunales Colegiados; y el tercero, más reciente y que sólo puede establecerlo el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es aquel previsto en el artículo 43 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que establece:

Artículo 43. Las razones contenidas en los considerandos

que funden los resolutivos de las sentencias aprobadas por cuando menos ocho votos, serán obligatorias para las salas, tribunales unitarios y colegiados de circuito, juzgados de distrito, tribunales militares, agrarios y judiciales del orden común de los estados y del Distrito Federal, y administrativos y del trabajo, sean éstos federales o locales.

Una de las cualidades esenciales de la jurisprudencia es su dinamismo, constituye un mecanismo para adecuar las normas jurídicas a la realidad social constantemente cambiante. Es por ello que no se puede concebir como algo estático, inmutable, sino que en casos necesarios debe cambiar, es decir cuando la realidad supera a la norma jurídica. De tal modo se hace indispensable adecuarla o modificarla para que se adapte a las nuevas condiciones. La jurisprudencia cuenta con un ámbito temporal de validez, es decir, goza de una determinada vigencia que se prolonga en tanto no se presente su interrupción y modificación. La interrupción de la jurisprudencia implica la desaparición de su obligatoriedad, por efecto de haberse pronunciado alguna ejecutoria en contrario; la ejecutoria dictada en contrario, se convierte a su vez en el primer antecedente para la formación de una nueva jurisprudencia. La modificación de la jurisprudencia obligatoria implica la adición o supresión de elementos; de acuerdo con la doctrina, la diferencia entre la modificación y la interrupción se encuentra en sus efectos, en ésta cesa la obligatoriedad de la jurisprudencia, en tanto que en la modificación, la obligatoriedad sigue surtiendo sus efectos con los cambios producidos. Sin embargo, para considerar efectuada la modificación, se debe seguir el procedimiento señalado para

## Capítulo Segundo.

---

la creación de la jurisprudencia. De este modo, la modificación no operará hasta en tanto no se cumplan los requisitos de votación y reiteración que la ley establece.

El artículo 196 establece las reglas que las partes deben observar en los casos en que éstas en los juicios de amparo invoquen la jurisprudencia establecida por la Corte o por los tribunales colegiados; debiendo hacerlo por escrito, señalando el número y órgano jurisdiccional que la integró, así como el rubro y la tesis de la propia jurisprudencia. El mismo precepto fija las reglas que deben observar los tribunales colegiados cuando las partes invoquen jurisprudencia establecida por otro tribunal colegiado; las cuales son:

- Verificar la existencia de la tesis jurisprudencial invocada.
- Cerciorarse de la aplicabilidad de la tesis jurisprudencial invocada, al caso concreto en estudio, y
- Adoptar dicha tesis jurisprudencial en su resolución, o resolver expresando las razones por las cuales considera que no debe confirmarse el criterio sostenido en la referida tesis jurisprudencial.

En la última hipótesis, el tribunal de conocimiento debe remitir los autos a la Suprema Corte para que resuelva sobre la contradicción.<sup>12</sup>

### 2.2.1. La obligatoriedad de la Jurisprudencia

De conformidad con los artículos 192 y 192 de la Ley de Amparo, la jurisprudencia aprobada: sea por la reiteración de 5 tesis en el mismo sentido y

---

<sup>12</sup> [www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/83/art3.htm](http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/83/art3.htm)

ningún criterio en contra, o por la resolución de contradicciones de tesis, proviene de la Suprema Corte, funcionando en pleno o en salas, obliga a éstas si se trata de la que decreta el pleno, a los Tribunales Unitarios y Colegiados de Circuito, los Juzgados de Distrito, los Tribunales Militares y Judiciales del orden común de los estados y del Distrito Federal, y Tribunales Administrativos y del Trabajo, Locales o Federales. Mientras que si se trata de jurisprudencia proveniente de los Tribunales Colegiados de Circuito, obliga a los Tribunales Unitarios, los Juzgados de Distrito, y los Tribunales Militares y Judiciales del orden común de los estados y del Distrito Federal, y Tribunales Administrativos y del Trabajo, Locales o Federales.

## **2.2.2. El problema de la contradicción de tesis**

En el siglo pasado, durante los años posteriores al establecimiento de la obligatoriedad de las sentencias de la Suprema Corte, era difícil encontrarse con sentencias contradictorias, en virtud de que la única facultada para establecer jurisprudencia era la propia Corte, la cual funcionaba sólo en pleno. Posteriormente, al establecerse en 1936, las salas y la posibilidad de que éstas establecieran jurisprudencia, nació la posibilidad de existir contradicción entre las jurisprudencias aprobadas. Y finalmente, con la creación de los tribunales colegiados de Circuito en 1951, y la facultad de establecer jurisprudencia obligatoria que se les otorgó en 1968. Así como el aumento en el número de tribunales, como una forma de satisfacer las demandas de la población, propició la aparición de criterios contradictorios, y la

## Capítulo Segundo.

---

dificultad para su detección.

La contradicción entre las tesis sustentadas por el Pleno o las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como por los diversos Tribunales Colegiados de Circuito, produce cierto grado de inseguridad jurídica que debe reducirse al mínimo posible. Los criterios de los ministros y en su caso de los magistrados, no pueden ser idénticos, en todo caso podrán coincidir en determinados puntos, pero exigir un alto grado de uniformidad en sus decisiones los convertiría en verdaderos autómatas, que ante las mismas situaciones reaccionen de igual forma. Por ello, en los artículos 197 y 197-A de la Ley de Amparo, se instituye un procedimiento para obtener la unificación, mediante el procedimiento de contradicción de tesis, el cual se debe seguir de la siguiente forma:

Artículo 197. Cuando las Salas de la Suprema Corte de Justicia sustenten tesis contradictorias en los juicios de amparo de su competencia, cualquiera de dichas Salas o los Ministros que las integren, el Procurador General de la República o las partes que intervinieron en los juicios en que tales tesis hubieran sido sustentadas, podrán denunciar la contradicción ante la misma Suprema Corte de Justicia, la que decidirá funcionando en Pleno cuál es la tesis que debe observarse. El Procurador General de la República, por sí o por conducto del agente que al efecto designe, podrá si lo estima pertinente, exponer su parecer dentro del plazo de 30 días.

La resolución que se dicte no afectará las situaciones jurídicas concretas derivadas de los juicios en los cuales se hubiere dictado las sentencias que sustentaron las tesis contradictorias.

El pleno de la Suprema Corte deberá dictar la resolución

correspondiente dentro del término de 3 meses, y deberá ordenar su publicación y remisión en los términos previstos por el artículo 195.

Artículo 197-A. Cuando los Tribunal Colegiado de Circuito sustenten tesis contradictorias en los juicios de amparo de su competencia, los ministros de la Suprema Corte de Justicia, el Procurador General de la República, los mencionados tribunales o los magistrados que los integren, o las partes que intervinieron en los juicios en que tales tesis hubieran sido sustentadas, podrán denunciar la contradicción ante la Suprema Corte de Justicia, la que decidirá cual tesis debe prevalecer. El Procurador General de la República, por sí o por conducto del agente que al efecto designe, podrá si lo estima pertinente, exponer su parecer dentro del plazo de 30 días.

La resolución que se dicte no afectará las situaciones jurídicas concretas derivadas de los juicios en los cuales se hubiere dictado las sentencias que sustentaron las tesis contradictorias.

El pleno de la Suprema Corte deberá dictar la resolución correspondiente dentro del término de 3 meses, y deberá ordenar su publicación y remisión en los términos previstos por el artículo 195.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció la naturaleza y efectos de la contradicción de tesis, en las siguientes jurisprudencias.

### **CONTRADICCIÓN DE TESIS. SU NATURALEZA JURÍDICA.**

El artículo 197-A de la Ley de Amparo dispone que: "Cuando los Tribunales Colegiados de Circuito sustenten tesis contradictorias en los juicios de amparo de su competencia, los Ministros de la Suprema Corte de Justicia,

## Capítulo Segundo.

---

el procurador general de la República, los mencionados tribunales o los Magistrados que los integren, o las partes que intervinieron en los juicios en que tales tesis hubieran sido sustentadas, podrán denunciar la contradicción ante la Suprema Corte de Justicia, la que decidirá cual tesis debe prevalecer ... La resolución que se dicte no afectará las situaciones jurídicas concretas derivadas de los juicios en los cuales se hubiesen dictado las sentencias contradictorias ...". La fracción VIII, último párrafo y la fracción IX del artículo 107 constitucional establecen, como regla general, la inimpugnabilidad de las resoluciones que en materia de amparo pronuncien los Tribunales Colegiados y, como caso de excepción, en los supuestos que la propia Constitución y la ley relativa establecen. Consecuentemente, la contradicción de tesis no constituye un recurso de aclaración de sentencia ni de revisión, sino una forma o sistema de integración de jurisprudencia, cuya finalidad es preservar la unidad de interpretación de las normas que conforman el orden jurídico nacional, decidiendo los criterios que deben prevalecer cuando existe oposición entre los que sustenten los mencionados órganos jurisdiccionales en torno a un mismo problema legal, sin que se afecten las situaciones jurídicas concretas derivadas de los juicios en los cuales se hubiesen emitido dichos criterios.

Contradicción de tesis 5/92. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Quinto, Segundo y Cuarto, todos en Materia Civil del Primer Circuito. 10. de febrero de 1993. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: José Trinidad Lanz Cárdenas. Secretario: Arturo García Torres.

Contradicción de tesis 13/96. Entre las sustentadas por el Cuarto y Octavo Tribunales Colegiados en Materia Civil del Primer Circuito. 18 de septiembre de 1996. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Ponente: José de Jesús Candiño Peláez. Secretario: Luis Ignacio Rosas Cruzález.

Contradicción de tesis 2/96. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado del Tercer Circuito, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado en

Materia Penal del Primer Circuito. 4 de junio de 1997. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Alejandro Villagómez Gordillo.

Contradicción de tesis 86/96. Entre las sustentadas por el Segundo, Cuarto y Tercer Tribunales Colegiados, todos en Materia Penal del Primer Circuito. 4 de junio de 1997. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretaria: María del Socorro Olivares Dobarganes.

Contradicción de tesis 96/96. Entre las sustentadas por el Cuarto Tribunal Colegiado del Sexto Circuito y la entonces Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito y Primer Tribunal Colegiado del Décimo Circuito. 17 de septiembre de 1997. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Sergio A. Alvarado Fuente.

Tesis de jurisprudencia 47/97. Aprobada por la Primera Sala de este alto tribunal, en sesión de cinco de noviembre de mil novecientos noventa y siete, por unanimidad de cuatro votos de los Ministros presidente Juventino V. Castro y Castro, Humberto Ramón Palacios, Juan N. Silva Meza y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo, previo aviso a la Presidencia.

Novena Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: VI, Diciembre de 1997, Tesis: 1a./J. 47/97, Página: 241

## CONTRADICCIÓN DE TESIS. EFECTOS JURÍDICOS QUE PRODUCE LA JURISPRUDENCIA AL RESOLVERLA.

La resolución que se dicta por el órgano competente tratándose de una denuncia de contradicción de tesis, tiene como finalidad esencial crear certeza y seguridad jurídica, al precisar la tesis que debe prevalecer con la categoría de jurisprudencia, misma que puede producir los siguientes efectos: 1.- Confirmar el sentido de la norma jurídica, mediante la ratificación que la jurisprudencia hace de lo preceptuado en ella. 2.- Interpretar la ley, explicando el sentido de los preceptos legales y poniendo de relieve su alcance y efectos. 3.- Suplir la laguna o deficiencia de la ley, colmando los vacíos de ésta y creando en ocasiones una norma que la complementa. 4.- Determinar si el legislador derogó, modificó o abrogó una norma jurídica. 5.- Motivar al

## Capítulo Segundo.

---

legislador a que derogue, modifique o abroge la norma jurídica.

Contradicción de tesis 4/91. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado del Décimo Sexto Circuito y el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. 20 de mayo de 1991. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Sergio Hugo Chapital Gutiérrez. Secretario: E. Gustavo Núñez Rivero.

En este orden de ideas, de existir contradicción entre jurisprudencias y tesis aisladas, se deberá realizar la denuncia correspondiente de contradicción, para que la Corte decida el criterio que debe prevalecer o establezca un tercer criterio (el cual puede apartarse de los criterios cuestionados), y la resolución de la misma, adquirirla el carácter de jurisprudencia obligatoria. En caso de darse la contradicción entre criterios aislados produciría dos situaciones: establecer jurisprudencia obligatoria, o interrumpir el procedimiento para la formación eventual de jurisprudencia. Si en un determinado caso se invoca una ejecutoria como criterio orientador para el tribunal colegiado y éste sostiene una opinión diversa, podrá dar lugar al procedimiento de contradicción.

Para que exista contradicción de tesis se requiere: a) Que al resolver los negocios jurídicos se examinen cuestiones jurídicas esencialmente iguales y que adopten posiciones o criterios jurídicos discrepantes; b) Que la diferencia de criterios se presente en las consideraciones, razonamientos o interpretaciones jurídicas de las sentencias respectivas; y c) Que los distintos criterios provengan del examen de los mismos elementos.<sup>43</sup>

---

<sup>43</sup> Extracto de la jurisprudencia: CONTRADICCIÓN DE TESIS DE TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO. REQUISITOS PARA SU EXISTENCIA. Octava época, Cuarta Sala, Gaceta del Seminario

### 2.3. Teoría de la acción comunicativa

*"La acción comunicativa es aquel tipo de acción, en que los actores se encaminan al entendimiento mutuo sobre la base de acuerdos motivados racionalmente, a partir de la aceptación de pretensiones."*

La herramienta principal para la posterior crítica, a la contradicción de tesis sobre anatócismo, es la teoría de la acción comunicativa, al sustentarse en la fuerza del mejor argumento, es decir, cuestiones prácticas pueden decidirse mediante el razonamiento motivado. En ella, se propone el concepto de acción comunicativa, para definir aquel tipo de acción, en que los actores se encaminan al entendimiento mutuo sobre la base de acuerdos motivados racionalmente, a partir de la aceptación de pretensiones. Junto con el concepto de acción comunicativa, Jürgen Habermas introduce la noción del mundo de la vida, único horizonte desde el cual y sobre el cual puede producirse las acciones lingüísticamente. De igual forma señala que sólo con una "comunidad ideal de comunicación," libre de coerciones, de intereses particulares, será posible la comunicación racional o moral, al confiar en la estrategia de la "ética del discurso". El *discurso* representa una forma de comunicación, en la medida en que su fin es lograr el entendimiento entre los hombres, por lo cual apunta a la comunidad ideal de comunicación, e incluye a todos los sujetos capaces de lenguaje y acción.

Esta Teoría constituye un ataque radical a la idea de que el positivismo, la

## Capítulo Segundo.

---

ciencia y la investigación moderna son objetivas. En opinión de Jürgen la ciencia y la tecnología, están regidas por valores e intereses que a veces contradicen la búsqueda desinteresada de la verdad. De esta forma la razón y la ciencia se han convertido en herramientas de dominación, más que de emancipación. La finalidad de la teoría de la acción comunicativa es la reconstrucción del mundo de la vida, y la búsqueda del consenso, el cual solo será posible ante el "hablante ideal", que tenga la reciprocidad de los planteamientos, y mutuo reconocimiento de las cuatro pretensiones de validez de los actos de habla: la inteligibilidad, la verdad, la veracidad y la rectitud. Por otra parte, deberá expresar de igual a igual, es decir que nadie esté subordinado a nadie, que sus derechos sean iguales y se presuponga que todos tienen el mismo poder. Todos deben tener los mismos intereses, derechos y obligaciones, para propiciar la ética del discurso.

La Teoría es un esfuerzo por repensar los fundamentos de la problemática teoría-práctica<sup>44</sup>, al considerar que las ciencias no están libres de valores, sino que conllevan supuestos implícitos cuya condición de valor está oculta por su evidente obviedad.

Las razones por las cuales opte por utilizar esta teoría son varias: mi aferración confesada, así como el afán de negar lo dicho cierto. Será posible la crítica desde la perspectiva de Habermas, al considerar al derecho como un acto de habla, un lenguaje específico, como un proceso de comunicación social, como "el

---

<sup>44</sup> McCARTHY Thomas. *La teoría crítica de Jürgen Habermas*. Editorial Tecnos, Madrid 1998, 4ª edición, p. 316.

conjunto de procesos jurídicos de comunicación, racionales y patológicos a la vez."<sup>45</sup> Y al problematizar las pretensiones de validez de los actos de habla, determinaré el grado de racionalidad y de moralidad de la decisión de la Suprema Corte, en lo referente al anatocismo.

### **2.3.1. El acto de habla<sup>46</sup>**

Todos nosotros nos comunicamos mediante palabras, bien sean habladas o escritas, las cuales pueden ser entendidas dependiendo del contexto en que son emitidas, y de su intención. Hablar un lenguaje es emitir actos de habla de acuerdo a ciertas reglas. John Searle define a los actos de habla como "la producción o emisión de una oración-instancia bajo ciertas condiciones, son la unidad mínima de la comunicación lingüística emitida por un ser más o menos semejante con cierta clase de intención."<sup>47</sup> El acto de habla es la unidad básica de la comunicación, con él surgen una serie de conexiones, entre el hablante y el oyente; al involucrarse lo que se quiere decir, el significado de la oración, la intención de hablante, y la comprensión del oyente.<sup>48</sup>

En opinión de Habermas, para que una expresión tenga un sentido pleno, debe formar parte de la estructura de un acto de habla. El acto de habla se compone de dos elementos: el elemento proposicional y el elemento ilocucionario. El

---

<sup>45</sup> BERUMEN Campos, Arturo. *Análisis comunicativo del proceso penal en México*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México 2000, 1ª edición, p. 19.

<sup>46</sup> La base de la teoría de la competencia comunicativa, es la teoría de los actos de habla desarrollada por Searle y Austin.

<sup>47</sup> SEARLE, John. *Actos de habla*. Traducción de Luis Valdés Villanueva, Editorial Cátedra, Madrid 1994, 4ª edición, p. 26.

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 30.

## Capítulo Segundo.

---

elemento proposicional describe un estado de cosas, se designa un objeto y se anuncia la atribución o la negación de un predicado al objeto; mientras que el elemento ilocucionario "expresa" un estado de ánimo, se fija el sentido en que se emplea el contenido proposicional. Por ejemplo:

Si digo "Necesito decirte que te amo", el elemento proposicional: "te amo", adquiere su sentido completo con el elemento ilocucionario: "necesito decirte", pues el acto de habla cambiaría de sentido si digo: "dudo que te amo", a pesar de que se mantiene el elemento proposicional. Lo que hace cambiar su sentido es el cambio del elemento ilocucionario: "dudo que".

Del mismo modo cambiaría el sentido del acto de habla si cambio el elemento proposicional: "necesito decirte que no tengo dinero", donde el elemento ilocucionario se mantiene: "necesito decirte", pero como ha cambiado el elemento proposicional: "que no tengo dinero", ha cambiado el acto de habla, porque ha cambiado el sentido mínimo del habla.

Por ello se puede definir al acto de habla como la unidad de un elemento proposicional y de un elemento ilocucionario para darle un mínimo de sentido a la comunicación lingüística. Es posible que no se exprese el elemento ilocucionario sino solamente el elemento proposicional, en cuyo caso, el elemento ilocucionario sustraído al conocimiento, se convierte en elemento perlocucionario. Por ejemplo:

"te amo", sólo estoy expresando el elemento proposicional del acto de habla y no el elemento ilocucionario. Sin embargo esto no quiere decir que el elemento ilocucionario no exista, sino que está supuesto en el contexto de la situación comunicativa.

Cuando en los actos de habla se sustrae al conocimiento el elemento ilocucionario, se oculta la intención del interlocutor, y puede dar lugar a diversos malentendidos. Susceptible de ser la fuente de muchas ideologías o patologías de la comunicación. Habermas desarrolla las ideas de Searle y clasifica a los actos de habla en tres tipos: actos de habla regulativos, actos de habla constatativos y actos de habla expresivos.

- Los actos de habla *regulativos* marcan la distinción entre lo que es y lo que debe ser, son aquellos en que su elemento ilocucionario va a ser una norma, y el elemento proposicional es una descripción. Ejemplo: "está prohibido matar", donde "es prohibido" es el elemento normativa, y "matar" es el elemento proposicional descriptivo de una conducta.
- El acto de habla *constatativo* marca la distinción entre el ser y la ilusión, está formado por un elemento ilocucionario verificativo y un elemento proposicional descriptivo. Como ejemplo: "verifico que Juan ha matado", donde "verifico que" es el elemento ilocucionario constatativo y "Juan ha matado" es el elemento proposicional descriptivo.
- El acto de habla *expresivo* se encuentra integrado por un elemento ilocucionario emotivo y un elemento proposicional descriptivo. Ejemplo: "confieso que he matado", donde "confieso que" es el elemento ilocucionario expresivo y "he matado" es el elemento proposicional descriptivo.

## Capítulo Segundo.

---

### 2.3.2. La acción comunicativa<sup>49</sup>

La teoría de la acción comunicativa es para Habermas, el principio explicativo de una Teoría de la sociedad fundada en una teoría del lenguaje, y en el análisis de las estructuras generales de la acción. El rasgo característico de los seres humanos será la racionalidad manifestada objetivamente en el lenguaje, entendida por la capacidad de entendimiento entre sujetos capaces de lenguaje y acción mediante actos de habla. La noción de la racionalidad comunicativa está contenida implícitamente en la estructura del habla humana, esto significa que aquel que comprende la relación interna entre los requisitos de validez y el compromiso respecto a dar y recibir argumentos se está comportando *racionalmente*.

Habermas nos señala la acción social, la cual es la interacción entre dos o más sujetos capaces de lenguaje y de acción, así como la secuencia de interacción recíproca; las cuales sólo serán alcanzadas mediante el plan de acción social. El plan de acción social comprende al menos tres fases: la interpretación común de la situación, las alternativas de acción, y la ejecución del plan.

1. La interpretación común quiere decir, que los participantes deben interpretar la situación de forma común; no cada uno de forma diferente. Sin ello, la coordinación de la acción social no sería posible. Esta es la fase más importante del plan social, al derivar de ella las posibles alternativas de acción.
2. Las alternativas de acción dependerán de la interpretación común realizada,

---

<sup>49</sup> Berumen. *Avances de filosofía del derecho*, citado, p.p. 43-55.

podrán ser una o más opciones. La eficacia del plan depende de las alternativas, las cuales a su vez dependen de la interpretación común; si la interpretación es deficiente, la eficacia será reducida.

3. La ejecución del plan, representa la eficacia del mismo. La cual está relacionada a los intereses; es decir, si solo se consideran los intereses personales, o si se consideran los intereses de todos los participantes. Si se consideran los intereses de todos los participantes, el plan y la acción social serán éticos.

La acción social no sería completa, sino se consideraran los tipos de acción social; las cuales son las acciones orientadas al éxito y las orientadas al entendimiento mutuo. Las *acciones orientadas al éxito* son aquellas en las que los participantes buscan su éxito a cualquier costo o precio; mientras que las orientadas al entendimiento buscan el éxito pero mediante un lenguaje racional. Entre las acciones sociales orientadas al éxito se encuentra: la acción instrumental, la acción estratégica y la acción dramaturgica; y la acción social orientada al mutuo entendimiento es la acción comunicativa.

#### **a) Acciones sociales orientadas al éxito**

En la *acción instrumental*, los participantes se instrumentalizan unos a otros, se utilizan como instrumentos para conseguir sus fines o se consideran como obstáculos para conseguirlos. Mientras que en la *acción estratégica*, los participantes simulan llegar a un acuerdo sin el propósito de cumplirlo, con la

## **Capítulo Segundo.**

---

finalidad de que el otro si lo cumpla. Y en la *acción dramática*, los participantes hacen uso de los sentimientos del otro y le ocultan sus propios pensamientos para lograr salirse con la suya.

### **b) Acción social orientada al entendimiento mutuo**

La acción comunicativa es la acción orientada al entendimiento mutuo en la cual los participantes están dispuestos a convencer y a dejarse convencer mediante los mejores argumentos. La acción social sirve de modelo para criticar las acciones sociales y determinar la medida en que se acercan o se alejan de este modelo. La acción comunicativa se logra cuando el hablante y el oyente buscan, sinceramente, el entendimiento mutuo como un medio para realizar sus proyectos y cooperar entre sí; y los acuerdos alcanzados mediante la acción comunicativa se lograrán en el marco de un acuerdo no forzado, el consenso. Para ello se requiere que se cumplan las pretensiones de validez de los actos de habla<sup>30</sup>

#### **2.3.2.1. Pretensiones de validez de los actos de habla**

Las pretensiones de validez de los actos de habla, son los requisitos para considerar a un proceso de comunicación racional, y por lo tanto moral; las cuales son: la inteligibilidad, la verdad, la veracidad y la rectitud.

- i. La *inteligibilidad* se refiere a tratar de expresarse con la mayor claridad posible, es decir que el lenguaje utilizado en la comunicación debe ser claro. El que

habla o escribe tiene la obligación comunicativa de tratar de expresarse con la mayor claridad posible, y el que oye o lee tiene la obligación comunicativa de tratar de entender lo más posible. Debiendo ser recíprocas. La oscuridad del lenguaje, es la ininteligibilidad de los elementos proposicional e ilocucionario de los actos de habla, componentes de la comunicación, constituyendo una patología de la misma. Citando los siguientes ejemplos para una mejor comprensión.

a) Como ejemplo de inteligibilidad citare la definición de probar del diccionario de derecho procesal: "Probar; es un estado de certidumbre en la mente de uno o varias personas respecto la existencia o inexistencia de un hecho."<sup>50</sup> De la simple lectura del texto se comprende y entiende la connotación de la palabra probar.

b) Mientras un ejemplo de ininteligibilidad es el artículo 1195 del Código de Comercio, el cual señala: "El que niega no está obligado a probar, sino en el caso de que su negación envuelva afirmación expresa de un hecho." La expresión citada me ha requerido largo rato para tratar de comprender como es posible que una negación tenga como consecuencia una afirmación, sin que hasta el momento haya encontrado en mi mente un ejemplo de ello. Si en virtud del lenguaje utilizado no es posible entender, estaremos en presencia de una ininteligibilidad, por lo que la comunicación adolece de dicha patología comunicativa, y genera confusión.

ii. La *verdad* se refiere a que el lenguaje utilizado tenga un referente determinado

<sup>50</sup> *Ibidem*, p.p.375-382.

<sup>51</sup> Fallares, *op cit*, p. 423.

## Capítulo Segundo.

---

o determinable, que no se confundan los referentes. La falta de la verdad en el elemento proposicional de los actos de habla hace que estos incurran en la patología comunicativa del error. Y como ejemplo de error referencial citó, la necesidad o no del acreedor hipotecario de solicitar el reconocimiento y graduación de su crédito, de deudor declarado en quiebra ante el Juez de lo Concursal:

Aún cuando el artículo 468 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, establece la procedencia de la vía especial hipotecaria a todo juicio que tenga por objeto el pago o prelación del crédito que la hipoteca garantice, siempre que conste en escritura pública. Y el artículo 126 de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos señale que los créditos hipotecarios no se acumularán a los autos de la quiebra. El artículo 127 de la ley en cita ordena: "En ambos casos, cuando hubiere sentencia ejecutoria, se acumularán a la quiebra, para los efectos de la graduación y pago." Citados preceptos en la práctica causan serios problemas, recordando un caso donde después de haber llevado un juicio especial hipotecario en primera y segunda instancia, amparo directo, devolución de autos de colegiado a sala, de sala ha juzgado, y realizado la correspondiente notificación personal por haber dejado de actuar ante el juzgado de origen por mas de 6 meses; me presento ante el Juez de lo Concursal con mi sentencia ejecutoriada, y este me solicita inicie un incidente para mi graduación y pago de crédito, aún cuando la naturaleza de la hipoteca es el pago con la garantía, y existiendo una sentencia firme que me legitima como acreedor. De donde se desprende que la palabra "acumulación" presenta diferentes referentes, e incurre en la patología

comunicativa de error en los preceptos anunciados.

- iii. La *veracidad* atañe a que el lenguaje utilizado no sea engañoso, ni total ni parcialmente. Cuando el engaño es total la patología es evidente, mientras que cuando es parcial es más difícil de detectar, y son muy usadas en las ideologías políticas y jurídicas. La patología de falta de veracidad afecta al acto de habla al invalidar el elemento ilocucionario. Aludiendo como ejemplo lo señalado por el Senador Prieta en el debate de las reformas del poder judicial de 1994, en relación al nombramiento de los consejeros por parte del senado y del ejecutivo.

*También se gana, porque el nombramiento de los consejeros no implica que representen a quien lo hace,...*<sup>82</sup> En el ejemplo mencionado se presupone que todos los interlocutores entienden las razones por las cuales el nombramiento realizado por el senado y el ejecutivo no implican que los representen, las razones queda pre-interpretadas. La pre-interpretación da lugar a un entendimiento fallido, un malentendido; siendo evidente la patología

- iv. La *rectitud* significa que el lenguaje no sea violento, que la intención de los hablantes se ajuste a las normas que hacen posible la situación comunicativa, que se cumplan todas las normas que impiden la violencia en una comunicación. Entendiendo por violencia la interpretación forzada, torcida. La violencia puede ser abierta u oculta, al ser abierta será evidente y la violencia oculta hará

---

<sup>82</sup> Cfr el apartado 1.5.

## **Capítulo Segundo.**

---

patológico el acto de habla no sólo por la coacción, sino porque dicha coacción esta oculta.

Al cumplirse las cuatro pretensiones de validez de los actos de habla, la comunicación pueda ser considerada racional, al encontrarse orientada al entendimiento mutuo y el consenso que se obtenga será considerado legítimo. El incumplimiento de cualquiera de estas cuatro pretensiones de validez de los actos de habla, hacen que la comunicación de la que éstos forman parte sea considerada *patológica*. Toda vez que el consenso que se obtenga a partir de tales actos de habla perlocucionarios, será un pseudo consenso, insuficiente para fundar normas éticamente vinculantes.

### **2.3.2.2. Forma de comprobación de las pretensiones de validez y desempeño de los actos de habla**

La actitud hipotética es la forma de comprobar las pretensión de validez en los elementos del acto de habla; cuestionando sea la inteligibilidad, la verdad, la veracidad o la rectitud de los actos de habla. La actitud hipotética de las pretensiones de validez de los actos de habla, no implica que la comunicación de la que forman parte sea patológica; mas del cuestionamiento podemos obtener una comunicación patología o racional. Debiendo suspender las actitudes asertóricas, las cuales evaden la problematización y la comprobación de las pretensiones de validez de los actos de habla. Ejemplo:

*1. Acto de habla: "Realmente en la vida no existen cosas pequeñas o grandes."*

2. *Acto de habla asertórico con el que problematizo la pretensión de verdad sería: "No es cierto que en la vida, no existan cosas pequeñas o grandes."*
3. *Acto de habla hipotético que problematiza el acto de habla inicial sería: "Dudo que en la vida no existan cosas pequeñas o grandes".*

De donde se desprende que para asumir una actitud hipotética en la problematización de un acto de habla, se deberá hacer mediante un acto de habla con un elemento ilocucionario hipotético y mantener el mismo elemento proposicional; sin utilizar elementos categóricos. Con la utilización de proposiciones categóricas o asertóricas, se da por cierto los hechos, o se toma partido por una solución; mientras al utilizar una actitud hipotética se está dispuesto a aceptar aclaraciones, explicaciones, interpretaciones o justificaciones, según sea el caso. Dentro de la teoría de la acción comunicativa para el entendimiento mutuo, se deberá realizar la problematización de las pretensiones de validez del acto de habla, mediante un elemento ilocucionario hipotético.

El acto de habla de desempeño de igual forma implica tomar una actitud hipotética con respecto del acto de habla inicial y del acto de habla problematizado. Dicho desempeño se realizará mediante un nuevo acto de habla, el cual será llamado acto de habla de desempeño, lo cual permitirá darle la debida importancia a la problematización, así como a la aclaración, explicación, interpretación o justificación. Asumir la actitud hipotética es aceptar la posibilidad de que estemos equivocados, y de que el otro tenga razón. Es un vicio común de los procesos comunicativos, solo hacer referencia a las pretensiones de validez de los elementos de los actos de habla

## Capítulo Segundo.

---

iniciales (problematizados), y olvidar los elementos de los actos de habla problematizadores. La tematización de los actos de habla iniciales, como de los actos de habla problematizadores, se realiza con la ayuda de otro acto de habla, ejemplo:

1. *Acto de habla inicial: "Realmente en la vida no existen cosas pequeñas o grandes."*
2. *Acto de habla problematizado: "Dudo que en la vida no existan cosas pequeñas o grandes".*
3. *Acto de habla de desempeño: "Aclaro que entiendo por realmente, lo efectivo, la realidad, lo verdadero."*

Del ejemplo expuesto se desprende que en la estructura del acto de habla de desempeño, el elemento ilocucionario del acto de habla inicial "realmente", se transforma en el elemento proposicional del acto de habla de desempeño: "entiendo por realmente (...)", mientras que el elemento ilocucionario de este último: "aclaro que", constituye una aclaración, porque lo que se ha problematizado es la inteligibilidad del acto de habla inicial. Para que el acto de habla de desempeño sea imparcial, deberá de contener el elemento ilocucionario del acto de habla problematizador, ejemplo:

1. *Acto de habla de desempeño imparcial: "Aclaro que entiendo por realmente, lo efectivo, la realidad, lo verdadero; y por dudar, la indeterminación del ánimo entre dos juicios o dos decisiones, acerca de un hecho o una noticia, o respecto a las creencias religiosas"*

Este modelo se puede utilizar con cada una de las pretensiones de validez de los actos de habla, lo cual equivale a lo que Habermas llama pasar de la acción al discurso.

## 2.4. Los argumentos como actos de habla

Manuel Atienza en su libro "Las razones del Derecho", señala el ámbito de aplicación de la argumentación jurídica, en tres contextos: la producción o establecimiento de normas jurídicas (en sus fases pre-legislativas y legislativas), la aplicación de las normas jurídicas, y la dogmática jurídica. La aplicación de las normas es realizada en sentido estricto, por los jueces, los cuales realizan la argumentación de los hechos y del derecho, siendo esta última, un problema de interpretación, y punto donde se centra la Teoría de la Argumentación Jurídica. Mientras la dogmática jurídica, se refiere a suministrar criterios para la aplicación del derecho, tendiente a facilitar la toma de decisiones judiciales." En otras palabras, los jueces se ocupan de casos concretos, y la dogmática de casos abstractos. Más esta distinción no siempre es posible, como en la sentencia que se estudia, donde la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió un caso abstracto: la interpretación del artículo 2° de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, conllevó a sostener, la inaplicabilidad supletoria del artículo 363 del Código de Comercio, a las disposiciones del contrato de apertura de crédito, o bien cuando algún tribunal establece la inconstitucionalidad de alguna ley.

Atienza desglosa las limitantes e insuficiencias de la tópica de Viehweg, la nueva retórica de Perelman, y la lógica informal de Toulmin (precursores de la teoría de la argumentación), así como el señalamiento de la utilidad de la teoría de MacCormick, para armonizar la razón práctica y el escepticismo humano, y la teoría

## Capítulo Segundo.

procedimental de Alexy (estos últimos pertenecientes a la teoría estándar), recopila las teorías, para formar su alternativa de teoría de argumentación jurídica. Con la meta de obtener un objetivo, un método y una función,<sup>53</sup> el cual en su opinión representa el proceso real de la argumentación, así como de los criterios para juzgar sobre la corrección de esas argumentaciones, ello, mediante la utilización de diagramas, que expliquen los aspectos sintácticos, semánticos y pragmáticos. Los aspectos sintácticos, o las relaciones que guardan los argumentos entre sí, los representa de la siguiente forma:<sup>54</sup>

$A \Rightarrow B$	A es un argumento independiente a favor de B
$A \Leftarrow B$	A es un argumento independiente en contra de B
$A \Rightarrow C$ B	A y B, conjuntamente constituyen un argumento a favor de C.
$A \Leftarrow C$ B	A y B, constituyen por separado un argumento a favor de C.
$A \Rightarrow B$ ↓ C	A es un argumento para fundamentar C, con la ayuda de B

En este orden, los aspectos semánticos se representan con letras del alfabeto, mientras que los aspectos pragmáticos, se representarán con figuras geométricas, como las siguientes:

<sup>53</sup> Atienza, op cit, p.p. 1-3.

<sup>54</sup> Ibidem, p.p.203-207.

<sup>55</sup> Ibidem, p.p. 208-209. Las figuras utilizadas no son iguales a las empleadas por el autor.

### Marco teórico para el análisis crítico.

	Planteamiento de un problema
	Afirmación de un enunciado empírico
	Adopción de un enunciado normativo, que obliga, prohíbe o permite hacer algo
	Formulación de una pregunta que se puede hacer en el curso de la argumentación, y que puede tener una o más salidas
	Asunción de un juicio de valor
	Establecimiento de una definición, o de un postulado de enunciado
	Adopción de un principio

Con el diagrama de argumentación, se conocerá la justificación interna y externa, siendo requisito previo, identificar el problema. Con base en la teoría de MacCormick clasifica los problemas en cuatro: de relevancia, interpretación, prueba y calificación.

1. De relevancia, será cuando exista duda sobre la norma aplicable.
2. De interpretación, cuando exista duda sobre cómo hay que interpretar la norma.
3. De prueba, cuando exista duda sobre si un hecho fue real o no, y
4. De calificación, cuando exista duda sobre si los hechos califican dentro de determinado concepto, contenido en un hecho o una consecuencia jurídica de la norma.

## Capítulo Segundo.

---

Por lo que el primer paso es determinar la clase de problema, una vez establecido, el siguiente paso es determinar si éste surge por insuficiencia de información, o por exceso de información, al considerar a la argumentación como un proceso de tipo informativo. El tercer paso es determinar una hipótesis, y por último, justificar la hipótesis de solución formulada mediante la presentación de argumentos a favor de los supuestos provisionales. En este sentido, siempre puede optarse, por una u otra hipótesis, resultando procedente, aquella que tenga más argumentos a favor.<sup>36</sup>

En esta misma obra presenta diversas críticas a las teorías de Alexy y Habermas, destacando la formulada por Tugendhat, el cual la dirige a la fundamentación de los enunciados prácticos, los cuales no implican esencialmente un proceso comunicativo, pues las reglas para la fundamentación son semánticas. De igual forma señala, que ambos descuidan *el factor volitivo y el problema del poder*, pues la argumentación no tiene que posibilitar la imparcialidad del juicio, sino el hecho de que no se pueda influir en la formación de la voluntad, esto es, que sea autónoma.<sup>37</sup>

Mientras Javier Muguerza reprocha el énfasis excesivo al consenso, y propone complementar dicho concepto con la concordia discordante; la cual entraña una visión de la comunidad de comunicación, incompatible en cuanto tal con la absoluta discordia y ausencia de diálogo, sin que el diálogo implante la concordia absoluta, al ser necesaria la discordia, como la lucha de clases u otros géneros de

---

<sup>36</sup> En ello, tiene coincidencias con la teoría de la argumentación jurídica de Alexy, conforme lo detallo en el apartado 2.1.2.2.

conflictos.<sup>54</sup>

---

<sup>57</sup> *Ibidem*, p.p. 108-182

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 184



## Capítulo Tercero

### El discurso irracionalmente motivado en la contradicción de tesis sobre anatocismo

*¡Voy a perder mi casa!, exclamó la señora Luz María Rosado y soltó en llanto en la escalinata de la entrada principal de la Suprema Corte, mientras se escuchaban las notas del Himno Nacional.*

*Humberto Ortiz, La Jornada  
8 de octubre de 1998.*

#### 3.1 El impacto social de las jurisprudencias emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación

En el año de 1998 los temas de moda eran el rescate bancario y el Fobaproa, así como el fantasma del 68 en su trigésimo aniversario. La pobreza en México había aumentado al menos el 40%, 96 millones de mexicanos sobrevivían con \$20.00 diarios, mientras que un 14.9% con solo \$10.00. El gasto militar aumentó del 0.7% del PIB en 1985 a 1% en 1995, después del movimiento zapatita. De conformidad con el Banco Mundial la deuda externa pasó de 57 mil 378 millones de dólares en 1980 a 157 mil 125 millones de dólares en 1995; la inflación esperada para ese año era de 17 o 18%. En opinión del Ejecutivo Federal, la elección para México era muy clara, se debía tomar las decisiones necesarias para fortalecer el sistema bancario, y éste no fuera un lastre; (...) se debía encontrar soluciones viables.<sup>1</sup>

La crisis económica inició varios años atrás, con la sobreexpansión crediticia de

<sup>1</sup> LA JORNADA; 2 de octubre de 1998, p 27. 3 de octubre de 1998, p.22. 5 de octubre de 1998, p.p. 16, 18, 22.

1993 y 1994, acompañada de una sobre valoración del peso, para crear una atmósfera artificial de bienestar con fines electorales. Luego vino el error de diciembre de 1995 que condujo a la crisis bancaria, la cual originó un grave engrosamiento de la cartera vencida de las instituciones bancarias comerciales. Para entender el impacto social de esta crisis, es indispensable ubicar el alto nivel de la cartera vencida por cada sujeto de crédito de la Banca comercial; en algunos estados se trato de montos muy importantes que pueden reflejar el otorgamiento de préstamos inadecuados, con deficiente evaluación técnica o financiera por parte de los bancos.<sup>2</sup> Lo anterior condujo al surgimiento de grupos como El Barzón y la Asamblea Nacional de Deudores de la Banca, lo cual no sólo se convirtió en un tema de interés social, sino que pasó a otro plano: el de la política; el Barzón representó a más de seis millones de deudores hipotecarios, agrarios, pequeños y medianos empresarios, y tarjetahabientes. Con presencia en las 32 entidades del país, más de 750 oficinas y representación parlamentaria a través de cuatro diputados federales y un senador.

Mas para la Corte, el principio se remonta al 15 de diciembre de 1997, con la denuncia de 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 "Crédito adicional o refinanciamiento, sistema de, es un acto simulado que encierra un pacto de anatocismo"; y la que sostenida por el Primer Tribunal Colegiado del Séptimo Circuito, al resolver el juicio de amparo directo

---

<sup>2</sup> Por ello era tan importante la obligación de la Banca Múltiple, consagrada en el artículo 65 de la Ley de Instituciones de Crédito, para realizar el estudio de viabilidad económica del proyecto.

## El discurso Irrracionalmente motivado en la contradicción de tesis

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."<sup>3</sup>

Dicho expediente fue tomado 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 la resolución de la siguiente forma:

- I. 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 aplicación de intereses. (Imprevisión) ¿es nula la cláusula por falta de proyecto de viabilidad económica?
- III. Cláusula de crédito adicional para pago de intereses en un contrato de apertura de crédito ¿constituye una trasgresión a la prohibición de financiamiento para pago de pasivos?
- IV. Apertura de crédito, línea adicional al acreditado para pago de intereses ¿existe falsedad ideológica para encubrir la capitalización de intereses? (Simulación)
- V. Contrato de apertura de crédito, capitalización de intereses ¿es aplicable

---

<sup>3</sup> Resultando primero y cuarto de la contradicción de tesis 31/98.

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 aceptar la aplicación de pago de intereses.
- VIII. Mora, está condicionada al aviso del banco acreditante.
- IX. Intereses ante la imprecisión de la tasa aplicable, para su cuantificación debe estarse al tipo legal.<sup>4</sup>

El miércoles 7 de octubre de 1998, siendo las 10:30 horas y reunidos en el salón de plenos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para celebrar sesión pública ordinaria, los señores Ministros: Presidente José Vicente Aguinaco Alemán, Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Mariano Azuela, Genaro David Góngora Pimentel, José de Jesús Gudiño Pelayo, Guillermo J. Ortiz Mayagoitia, Humberto Román Palacios, Olga María del Carmen Sánchez Cordero y Juan N. Silva Meza. El Secretario General de Acuerdos dio cuenta, de la lista extraordinaria 15-ter de 1998, del siguiente asunto:

I. 31/98, contradicción de tesis número 31/98, de entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Séptimo en materia civil del primer circuito y primero del décimo séptimo circuito con residencia en Chihuahua.

<sup>4</sup> Octavo resultando de la sentencia citada, p.p 65-66.

## El discurso irracionalmente motivado en la contradicción de tesis

El señor Ministro Juventino V. Castro y Castro propuso con carácter jurisprudencial, los criterios sustentados en las tesis cuyo rubro se citan:

- I. 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.
- II. 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 partes.
- III. 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 acudir a la supletoriedad del artículo 2397 del Código Civil aplicable en materia Federal, sino a las reglas de interpretación.
- IV. Apertura de crédito para el pago de pasivos, el contrato relativo pactado por 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.
- V. Viabilidad económica de los proyectos de inversión para el otorgamiento de financiamiento. La omisión por parte de las instituciones de crédito de realizar el estudio respectivo, no invalida el contrato.
- VI. Apertura de crédito y préstamo mercantil. Legislación aplicable a esos contratos en materia de intereses.
- VII. Intereses. Las tasas variables en los contratos de apertura de crédito son

determinables, no imprecisas.

- VIII. 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 el pago de intereses.
- IX. Apertura de crédito adicional para el pago de intereses causados, pactada en el mismo instrumento o en otro. Por sí sola no constituye simulación.
- X. 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.
- XI. Apertura de crédito adicional, para el pago de intereses causados, pactados en el mismo instrumento o en otro. Su aprovechamiento no implica la existencia de falsedad ideológica o subjetiva.
- XII. Capitalización de intereses, no constituye el contrato de apertura de crédito para cobertura de intereses (refinanciamiento).
- XIII. Capitalización de intereses, el artículo 363 del Código de Comercio le permite en forma previa o posterior a la causación de los réditos, a condición de que exista acuerdo expreso.
- XIV. Apertura de crédito; las amortizaciones realizadas por el deudor convalidan la nulidad relativa de que pudiere adolecer la cláusula en que se pacta un crédito adicional para pago de intereses.

A penas se habían votado tres jurisprudencias, cuando varias personas del público levantando pancartas e incorporándose de sus asientos, dieron la espalda al

## El discurso irracionalmente motivado en la contradicción de tesis

estrado que ocupaban los Ministros. Por no guardar compostura y el respeto debido el señor Ministro Presidente, después de dos exhortaciones que no fueron atendidas, suspendió la sesión, siendo las 11:35 horas.<sup>5</sup> “El dirigente de la Asamblea Nacional de Deudores de la Banca, justificó la acción de dar la espalda a los Ministros, como ellos le habían dado la espalda al pueblo mexicano, al dejar a más de 9 millones de deudores en riesgo de perder su patrimonio.”<sup>6</sup> El señor Ministro Aguinaco Alemán, siendo las 13:00 horas convocó a los demás señores Ministros, a trasladarse a las oficinas de la presidencia y reunidos en ésta, con fundamento en el artículo 94 párrafo tercero Constitucional, y 60 párrafo primero de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Toda vez que es de interés público resolver los asuntos *sin atender a presiones, y que se mantenía la situación que dio origen a la suspensión de la sesión pública, ya que las personas mencionadas permanecían en el salón de Plenos, por unanimidad de 11 votos el tribunal del pleno acordó continuar en sesión privada la discusión y resolución de dichos asuntos. A las 16:00 horas se reanudó la sesión.*

Por mayoría de 8 votos de los señores Ministros Aguirre Anguiano, Azuela Güitron, Díaz Romero, Góngora Pimentel, Ortiz Mayagoitia, Sánchez Cordero y Presidente Aguinaco Alemán aprobaron como jurisprudencias los criterios citados; los señores Ministros Castro y Castro, Román Palacios, y Silva Meza formularon voto de minoría. Por unanimidad de 11 votos se aprobaron las tesis aisladas cuyos

---

<sup>5</sup> Sesión pública número 40, citada por CASTRO y Castro, *La suprema Corte de Justicia ante la ley injusta. Un fallo histórico respecto al llamado “Anatocismo”*. Editorial Porrúa, México 1999, 3ª edición, p.p 9-13.

<sup>6</sup> *La Jornada*, 8 de octubre de 1998, p. 3.

rubros son:

- I. Viabilidad económica de los proyectos de inversión para el otorgamiento de financiamiento, la omisión por parte de las instituciones de crédito de banca múltiple de realizar el citado estudio, no puede ser reclamada por el acreditado en un contrato de apertura de crédito por carecer de legitimación activa.
- II. Intereses, tasa de referencia alternativa del contrato de apertura de crédito (disposiciones aplicables).
- III. Intereses en contratos de apertura de crédito. La inclusión, entre otros, de un índice o referencia alternativa, cuya cuantificación dependa primordialmente de la voluntad unilateral del banco acreedor, es contrario al artículo 1797 del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal.
- IV. Anatocismo, dicho vocablo no se encuentra en nuestra sistema jurídico mexicano.
- V. Apertura de crédito adicional para pago de intereses devengados, no oculta capitalización de intereses.
- VI. Apertura de crédito, es válida la capitalización de intereses expresamente pactada en dicho contrato.

Se levantó la sesión siendo las 18:00 horas. Los inconformes esperaron por más de 10 horas a que los Ministros de la SCJN ofrecieran una luz en el túnel; la presencia de pelotones de granaderos preocupó a los líderes del Barzón. En resumen la Corte estableció la legalidad de la capitalización de intereses; y la no

financiera y del desorden social y económico, si su resolutive iba en contra del sistema bancario. Entre las acusaciones, excusas y señalamientos del sector social, político y jurídico, cito:

El Ministro Humberto Román Palacios, señaló:

El dictamen sobre la capitalización de intereses no es definitivo, los deudores tiene una gran gama de argumentos jurídicos, los cuales pueden utilizar a su favor en un proceso judicial. (...) Niego tajantemente haber recibido línea para emitir la resolución y se realizó lo que se pudo dentro del marco legal asignado por la constitución.

Tan solo de los 79 mil millones de pesos de la cartera vencida, reportada por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores en diciembre de 1997, 30 mil millones de pesos corresponden a créditos hipotecarios de los deudores en problemas. Haga sus conclusiones sobre la posibilidad de que quebraran los bancos.<sup>9</sup>

El Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano señaló:

Ganó la seguridad jurídica en el país, no hubo vencedores ni vencidos. (...) Nuestra determinación es jurídica y sólo se tomo en cuenta argumentos y normas constitucionales.<sup>10</sup>

Emilio Krieger editorialista de La Jornada:

Cuando el presidente actual de la Corte y algún otro miembro de tan distinguido equipo jurídico, manifestaron que ajustarian su decisión exclusivamente a un criterio jurídico y no a intereses sociales o políticos, pusieron de manifiesto su

<sup>9</sup> *La Jornada*, 9 de octubre de 1998, p. 14.

<sup>10</sup> *Ibidem*, 8 de octubre de 1998, p. 3.

## El discurso irracionalmente motivado en la contradicción de tesis

supletoriedad de los Códigos Civil y de Comercio en lo relacionado con los contratos de crédito bancario, al operar el principio de la 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. Una cosa es la legalidad y otra la justicia.

Las reacciones generales a tan controvertido fallo no tardaron; brotaron a la luz pública descalificativos hacia los integrantes de la Corte. Como que "en marzo de 1995 la Suprema Corte de Justicia de la Nación llegó a un acuerdo con Banco Bital, para congelar los intereses de créditos hipotecarios y para la adquisición de vehículos de jueces y magistrados; esto a cambio, de que el máximo tribunal mantuviera en la institución las cuentas bancarias confidenciales, fideicomisos y economías del poder judicial de la federación".<sup>7</sup> Que "el Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano de 1985 a 1986 fue apoderado de Banco Nacional de México (Banamex) y posteriormente fue asesor de diversas instituciones de crédito. Mientras el Ministro Vicente Aguinaco Alemán y su hijo Fabián Aguinaco Bravo, presentaron acreditación como apoderados de todos los banqueros, en el juicio de amparo contra el decreto de expropiación de primero de septiembre de 1982 del Presidente José López Portillo".<sup>8</sup> Juan José Quirino dirigente del Barzón sostuvo que un mes antes del fallo, el Ejecutivo Federal citó en los Pinos a los ministros, y como chantaje directo les dijo que serían responsables de la inestabilidad

<sup>7</sup> De conformidad a información señalada por Jesús Aranda, publicada bajo el título *Bital congeló en 1995 intereses de crédito a jueces y magistrados*, *La Jornada*, 14 de octubre de 1998, p. 6.

<sup>8</sup> Datos precisados por Ciro Pérez Silva y Vector Ballinas en su artículo titulado: *Errónea interpretación de la ley, en el fallo de anatocismo*, *ibidem*, p. 9.

financiera y del desorden social y económico, si su resolutive iba en contra del sistema bancario. Entre las acusaciones, excusas y señalamientos del sector social, político y jurídico, cito:

El Ministro Humberto Román Palacios, señaló:

El dictamen sobre la capitalización de intereses no es definitivo, los deudores tiene una gran gama de argumentos jurídicos, los cuales pueden utilizar a su favor en un proceso judicial. (...) Niego tajantemente haber recibido línea para emitir la resolución y se realizó lo que se pudo dentro del marco legal asignado por la constitución.

Tan solo de los 79 mil millones de pesos de la cartera vencida, reportada por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores en diciembre de 1997, 30 mil millones de pesos corresponden a créditos hipotecarios de los deudores en problemas. Haga sus conclusiones sobre la posibilidad de que quebraran los bancos.<sup>9</sup>

El Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano señaló:

Ganó la seguridad jurídica en el país, no hubo vencedores ni vencidos. (...) Nuestra determinación es jurídica y sólo se tomo en cuenta argumentos y normas constitucionales.<sup>10</sup>

Emilio Krieger editorialista de La Jornada:

Cuando el presidente actual de la Corte y algún otro miembro de tan distinguido equipo jurídico, manifestaron que ajustarian su decisión exclusivamente a un criterio jurídico y no a intereses sociales o políticos, pusieron de manifiesto su

<sup>9</sup> *La Jornada*, 9 de octubre de 1998, p. 14.

<sup>10</sup> *Ibidem*, 8 de octubre de 1998, p. 3.

## El discurso irracionalmente motivado en la contradicción de tesis

pobre criterio o su rica miopía, pues ningún jurista verdadero puede ignorar que los ordenamientos del orden jurídico, son el resultado de largos y complicados procesos. Aplicar el derecho, olvidando sus raíces sociológicas, políticas, económicas e históricas es prescindir de elementos esenciales para una correcta hermenéutica. (...) La pretensión de los miembros de la Corte, de llegar a una resolución estrictamente jurídica desde un punto de vista formal, es una primera demostración de ignorancia. (...) La decisión de la SCJN tendrá consecuencias muy negativas. En primer lugar la Suprema Corte pierde toda confiabilidad ciudadana y deja de ser, si alguna vez lo fue, una esperanza de acercarnos a un estado de derecho. Y en segundo lugar, varios millones de ciudadanos víctimas del anatocismo bancario se lanzarán a una lucha contra el abuso bancario.<sup>11</sup>

El Senador Prieta Salvador Rocha Díaz:

Los magistrados obligan a reformar las leyes, mas que a polemizar sobre la posición que adopto la Suprema Corte de Justicia de la Nación. (...) La resolución se dio en base a leyes que datan de 1890, cuando el problema de los intereses no tenía significado y el Código de Comercio establecía que los intereses moratorios serían de 6% anual.<sup>12</sup>

El Secretario de Gobernación, Francisco Labastida Ochoa aseguró:

La Corte resolvió jurídicamente con base a las leyes vigentes. (...) Las leyes tienen vigencia mientras estén vivas en nuestro marco jurídico, (...) Si se estima que fueron rebasadas por la realidad, hay que transformarlas, pero en tanto están vigentes,

<sup>11</sup> Ibidem, 11 de octubre de 1998, p. 6.

<sup>12</sup> Ibidem, 8 de octubre de 1998, p. 6.

hay que aplicarlas.<sup>13</sup>

El vicepresidente de la Federación de Colegios, Barras y Asociaciones de Abogados de la República Mexicana, Adolfo J. Treviño manifestó:

Los bancos no podían ser tan inocentes como para establecer pago de anatocismo, pues saben que son ilegales; pero para evadir la ley crearon refinanciamientos o créditos adicionales, que no son más que pactos simulados para el pago de intereses sobre intereses.<sup>14</sup>

El presidente de la Confederación Patronal de la República Mexicana, Gerardo Aranda Orozco dijo:

La decisión de la SCJN evitará una crisis financiera, cancelará cualquier posibilidad de nuevo rescate bancario y dará a las empresas la posibilidad de contar con un régimen financiero competitivo.<sup>15</sup>

La Cámara de Diputados mediante su boletín de prensa número 984 de fecha 13 de octubre, sostuvo:

... el anatocismo en una práctica injusta e inequitativa, los legisladores de las distintas fracciones parlamentarias en la Cámara de Diputados rechazamos el fallo emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por el que se avala el cobro de interés sobre interés, al tiempo que pedimos la instrumentación de un programa de apoyo a los pequeños deudores.<sup>16</sup>

<sup>13</sup> Ibidem, 9 de octubre de 1998, p. 14.

<sup>14</sup> Ibidem, 10 de octubre de 1998, p. 16.

<sup>15</sup> Ibidem, 8 de octubre de 1998, p. 15.

<sup>16</sup> <http://www.camaradediputados.gob.mx/sprensa/archibol98/oct13.htm>

## El discurso irracionalmente motivado en la contradicción de tesis

Leonardo Rodríguez Alcaine, dirigente de la CTM:

-¿El fallo de la Suprema Corte y el descontento de millones de deudores es a consecuencia de que las leyes están mal hechas?

-Yo digo que no, que los millones de deudores de que usted habla se han convertido en pillos con todo respeto. (...) Porque si usted va a comprar una casita y la va pagando de acuerdo con lo que usted tiene, esta cumpliendo, pero si usted ve a una fracción de estos tipos... no sé como le llaman, Barzon, y las gentes no representan ni a su mamá.<sup>17</sup>

Andrés Manuel López Obrador, presidente nacional del PRD:

Es lamentable que (el problema del anatocismo) se haya resuelto de esa manera; es totalmente ilegal, no es socialmente adecuado. Hay una realidad: la gente no tiene para pagar mucho menos después de esta resolución en donde quieren que paguen intereses sobre intereses. El PRD estudiará la situación pero es indudable que la Suprema Corte de Justicia no tuvo la arrogancia de sentirse libre; hay la sensación de que sigue siendo un poder subordinado al Ejecutivo.<sup>18</sup>

Vicente Yáñez Soltoa dirigente de la Cámara Nacional de la Industria y la Transformación, señaló:

El fallo de la SCJN a favor de la legalidad del anatocismo no representa dar la razón a los banqueros, ni es cuestión de un enfrentamiento entre deudores y banqueros; solamente representa un avance en la consolidación del sistema

<sup>17</sup> La Jornada, 9 de octubre de 1998, p. 16.

<sup>18</sup> Ibidem, p. 16.

financiero del país.<sup>19</sup>

Mireille Rocatti, presidenta de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos:

La resolución de la SCJN sobre la capitalización de intereses estuvo apegada a derecho. No es procedente tratar de someter a juicio político a los ministros, ya que en su fallo en torno a la práctica del anatocismo, por parte de la banca en contra de sus deudores, ellos resolvieron conforme a derecho (...) Ciertamente, los códigos civil y mercantil datan de fines y principios del siglo pasado y presente, entonces necesitamos una reforma sustancial a todo nuestro marco jurídico. La corte no puede inventar las leyes.<sup>20</sup>

El Secretario de Comercio y Fomento Industrial, Herminio Blanco, dijo:

La resolución de la Suprema Corte de Justicia fue adecuada, debido a las condiciones actuales que enfrentan pequeñas y medianas empresas. Ahora se abre una posibilidad para que haya disposición de créditos y en consecuencia tener un sistema financiero competitivo.<sup>21</sup>

La Alianza Estatal de Deudores de la Banca de Veracruz afirmó:

La resolución de la SCJN no nos deja en total estado de indefensión, sino que nos favorece, porque nos hace ver que el interés legal que debemos pagar es del 6%.<sup>22</sup>

Rogelio Hernández, dirigente barzonista del Estado de México:

<sup>19</sup> Ibidem, 8 de octubre de 1998, p. 6.

<sup>20</sup> Ibidem, 9 de octubre de 1998, p. 16.

<sup>21</sup> Ibidem, 8 de octubre de 1998, p. 6.

<sup>22</sup> Ibidem, 10 de octubre de 1998, p. 16.

## El discurso irracionalmente motivado en la contradicción de tesis

Sólo nos queda el suicidio colectivo.<sup>23</sup>

El clamor popular puede ser ampliamente entendido con la caricatura realizada por el Fisgón, para la Jornada el 8 de octubre de ese año, titulada la "discusión en la corte"; en ella se observa a dos integrantes de la corte conversando el siguiente dialogo:

-Es que lo que han hecho la banca con los deudores es injusto, sucio, infame, vil, abusivo, voraz, inmoral, canalla, inmundo, indecente, chueco,...

-Menos mal que nosotros sólo tenemos que decir si es legal.<sup>24</sup>

Sin duda alguna, la sentencia de la Corte tuvo un gran impacto en todos los ámbitos, no solo por los resolutivos ceñidos en 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. Por otra parte, las protestas generadas, alcanzaron tintes políticos, que aún hoy en día, siguen vivos.

Es muy curioso leer dentro de los considerandos de la sentencia en estudio, un apartado dedicado al marco constitucional y legal al que debe ajustarse el fallo. Desde mi punto de vista parece una justificación legal, cuya pretensión es atenuar las críticas o los enjuiciamientos. Y más curiosos 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

---

<sup>23</sup> Ibidem.

entre otros temas, la responsabilidad de los servidores públicos al no ajustarse a las disposiciones legales y constitucionales; máxime que el Ministro Juventino Castro y Castro señaló días después 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 niegue injustificadamente a despachar un negocio pendiente ante él."<sup>24</sup>

Sin duda, nadie deseaba que la Corte se abstuviera de conocer del asunto y máxime sin justificación alguna, se esperaba una labor interpretativa a la altura del tribunal, que quizás recordara un poco las glorias romanistas. La Corte realizó una interpretación literal de las normas jurídicas, al resolver la contradicción de tesis sobre anatocismo, menospreciando la actividad creadora de la interpretación. ¡Fue suficiente la lectura de la ley! Con este preámbulo la decisión acatada por los Ministros, no debería extrañarnos. Al haber sido vedada completamente *a priori* la interpretación jurídica en aras del cumplimiento exacto de la ley.

Es decepcionante, humillante, inverosímil, irreal e incomprensible el argumento de que la ley prohíbe la interpretación. La mismo tribunal en otra resolución resalto, que "no se trata de hacer decir a la Constitución lo que no expresa, sino realizar una labor interpretativa más allá de su texto literal. La carta magna no puede establecer

<sup>24</sup> Ibidem, 8 de octubre de 1998, p. 5.

<sup>25</sup> CASTRO y Castro, Juventino, V. *La suprema Corte de Justicia ante la ley injusta*. Un fallo histórico

## El discurso irracionalmente motivado en la contradicción de tesis

*límites al derecho de defensa sin justificación alguna*".<sup>26</sup> Y aún cuando algunos de los Ministros, negaron abiertamente haber recibido orden alguna para dictar su fallo (aún cuando días antes las notas periodísticas ejemplificaran lo contrario), en duda de varios, incluyéndome, queda el saber la independencia con la que se actúo y las verdaderas razones de la Corte.

A continuación haré un análisis de los considerandos de la sentencia en comento, con ayuda de la teoría de la acción comunicativa de Habermas, y las técnicas de argumentación de Perelman y Alexis, a fin de conocer la racionalidad del fallo en el ámbito de la filosofía del derecho.

### **3.2. ¿Cuál contradicción de tesis?**

En el cuarto considerando de la sentencia en comento, se encuentra el estudio realizado respecto la definición y alcance de la mora, de vital importancia para el posterior estudio del anatocismo. Por una parte el Primer Tribunal Colegiado del Tercer Circuito en el amparo directo 463/95, señalaba: para sostener validamente el estado de mora de una persona, es menester demostrar el conocimiento de la persona del saldo a su cargo, mediante el aviso del banco acreditado, al ser un procedimiento complejo la determinación de la tasa aplicable, el cual requiere de factores y conocimientos ajenos a gente común. Mientras el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Primer Circuito en el amparo directo 234/96, va más allá y establece lo requisitos del aviso, siendo estos el indicar la tasa de

---

respecto al llamado "Anatocismo". Editorial Porrúa, México 1999, 3a edición, p.p. 126-127.

<sup>26</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Precedencia del juicio de amparo contra resoluciones del Consejo de la Judicatura Federal que imponga sanciones administrativas a secretarios o empleados de los*

referencia utilizada, y expresar las razones por las cuales dicha tasa debe ser aplicada.

Por otra parte, el Tercer Tribunal Colegiado del Décimo Primer Circuito en el amparo directo 594/97, expuso no ser necesario comunicar al deudor el estado de mora, al haberse establecido en el contrato de apertura de crédito la forma de cuantificación de intereses, lugar de pago, y no ser necesario el requerimiento previo. Y por último el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Primer Circuito en el amparo directo 160/98, expuso que para no ser imputable al acreedor la falta de pago, se debería acreditar haber asistido al banco la fecha de pago, para solicitar el monto a pagar y el banco haberse negado, si no se estipulo en el contrato la cantidad liquida a pagar, fue por decisión de las partes.

La Corte para evitar problemas respecto de la definición y alcance de la mora, opto por resolver la inexistencia de contradicción de tesis, argumentando:

Ante este estado de cosas, debe concluirse que no existe la contradicción de tesis denunciada, pues no se encuentra siquiera con el elemento esencial de esa disputa, a partir de la cual se haga necesaria la intervención de este Tribunal Pleno.  
(...)

Es obligado aclarar que se llega a esta conclusión, porque la contradicción de tesis no puede emerger de dos criterios encontrados que ha asumido un tribunal colegiado, que en este caso, lo sería el que deriva del mencionado Primero del Vigésimo Primer Circuito, (...)

Esta conclusión que inobjetablemente deriva de esos preceptos legales (fracción XIII del artículo 107

## El discurso irracionalmente motivado en la contradicción de tesis

Constitucional y 197 y 197-A de la Ley de Amparo), acarrea a su vez esta deducción: no es factible dirimir a través de esta vía la oposición de criterios que emanan de un propio órgano colegiado, (...). Es así porque la vigencia de ambas posturas no es simultánea, sino que sucede en el tiempo por decisión propia del órgano plural.<sup>27</sup>

Con la técnica de disociación de nociones<sup>28</sup>, la Corte pretendió distinguir dentro de la contradicción de tesis, a las tesis emanadas de un mismo tribunal colegiado, y dentro de las emanadas de ese mismo tribunal a las que suceden en el tiempo. Impidiendo la tematización del problema mediante un lenguaje engañoso y una interpretación forzada de los preceptos constitucionales y legales, encontrando presentes las patologías de falta de veracidad y rectitud, pues la finalidad de la contradicción de tesis "es preservar la unidad de interpretación de las normas que conforman el orden jurídico nacional, decidiendo los criterios que deben prevalecer cuando existe oposición entre los que sustenten los mencionados órganos jurisdiccionales en tomo a un mismo problema legal".<sup>29</sup> Los preceptos legales y constitucionales citados en referido considerando, no limitan la contradicción de tesis a las emanadas de un mismo órgano, ni señala cual criterio debe prevalecer. En el referido considerando se cambió la interpretación, por la estéril tarea de transcribir tesis, las cuales animaba hacia un cambio de criterio. ¿No acaso la contradicción de tesis es eso, la unificación de criterios, o es la unificación de Colegiados?

<sup>27</sup> Sentencia de contradicción de tesis 31/98, p.p. 207-213.

<sup>28</sup> Ver las técnicas de argumentación, p. 77.

<sup>29</sup> Extracto de la jurisprudencia: CONTRADICCIÓN DE TESIS. SU NATURALEZA. Novena Época, Primera Sala, Seminario Judicial de la Federación y su gaceta. Tomo: IV, Diciembre de 1997, tesis: 1ª. /J. 47/97, página 241.

La segunda razón por la cual el Pleno evade la tematización de la mora, es:

Sin embargo, al margen de que dichos criterios pudieran ser confrontados o no por provenir de órganos jurisdiccionales de diversa jerarquía, no fue objeto de las denuncias que motivaron este análisis y, consecuentemente, tampoco se ha otorgado al Procurador General de la República la oportunidad de que emita su opinión, tal y como lo exigen los preceptos constitucionales y legales antes transcritos. De tal manera que por ahora no es jurídicamente factible hacerse cargo, esta Suprema Corte, de esa problemática.<sup>30</sup>

Mediante la técnica de ruptura de enlace<sup>31</sup>, el máximo tribunal afirma el estar indebidamente asociadas el tema de la mora, con la contradicción de tesis denunciada. Argumento contradictorio con el sexto resolutive de la misma resolución, donde el Ministro Ponente vista la temática de la denuncia, y a fin de establecer un criterio capaz de otorgar certidumbre jurídica, en relación a los temas vinculados a las operaciones de crédito, solicitó a los tribunales colegiados en la República, la remisión de copias certificadas de las resoluciones pronunciadas sobre el tema. Recibiendo un total de 207 sentencias y agrupando en 9 temas a tratar, siendo el 8º la mora. De ser cierto y real el argumento de que la mora no fue objeto de denuncia, la contradicción sólo debió versar sobre si la cláusula del crédito adicional, encierra o no un pacto de anatocismo. Extralimitándose la Corte en sus facultades y actuando fuera del marco de la ley, lo cual preocupaba de sobremedida al máximo tribunal, acorralándose en su propio juego de palabras.

<sup>30</sup> Sentencia de contradicción de tesis 31/98, p. 217.

<sup>31</sup> Ver técnicas de argumentación, p. 77.

## El discurso irracionalmente motivado en la contradicción de tesis

La trascendencia de la definición y alcance de la mora, radica en la procedencia de un pago por concepto de indemnización (intereses moratorios). En este tenor, si los deudores de la banca no se colocaron en estado de mora, era improcedente el cobro de los intereses moratorios, y consecuentemente, innecesario el crédito adicional, así como el cobro de intereses por concepto de crédito adicional; en esencia, el problema del anatocismo. Se entiende por mora, el retardo injustificado del cumplimiento de una obligación, cuando esta es posible; es decir, no todo retardo en el pago hace incurrir al deudor en mora, pues puede existir causa justificada para el no cumplimiento puntual de una deuda. El daño sufrido por el acreedor en su patrimonio, por el incumplimiento de una obligación, es resarcido mediante un pago por concepto de indemnización moratoria. En suma, la constitución en mora atrae como consecuencia:

1. La exigencia del acreedor del exacto cumplimiento de una obligación no cumplida, y el pago de una indemnización moratoria, la cual comprenda los daños y perjuicios sufridos por el acreedor, por el retardo en el cumplimiento de la obligación.
2. El pago de daños y perjuicios causados al acreedor por el incumplimiento de la obligación.<sup>32</sup>

Por lo anterior, podemos entender lo indispensable de la tematización de la mora para la solución de la contradicción de tesis. La deficiente de tematización se produjo mediante la utilización de las patologías comunicativas de ininteligibilidad,

<sup>32</sup> ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Compendio de Derecho Civil*. Tomo III. Teoría General de las Obligaciones. Editorial Porrúa, México 1987, 15ª edición, p.p. 353-358.

error referencia y falta de veracidad; convirtiendo en irracionalmente motivada el considerando aludido en este apartado.

### 3.3. La ley perfecta

El análisis de las posibles lagunas de Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, se realizó en el quinto considerando de la sentencia en estudio. Aún cuando la contradicción existente entre los Tribunales Colegiados, versaba en la aplicación supletoria: del artículo 363 del Código de Comercio, o del artículo 2397 del Código Civil a las disposiciones del contrato de apertura de crédito, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se planteó dos posibilidades: el contrato de apertura de crédito se encuentra perfectamente regulado por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, o la regulación era incompleta y debía suplirse. Asumiendo la Corte asertóricamente la opción de perfección de la Ley de Títulos.

Los Tribunales Colegiados Octavo del Primer Circuito, Segundo del Décimo Sexto Circuito, Segundo del Décimo Séptimo Circuito y Primero de Vigésimo Segundo Circuito, señalaron la posibilidad de capitalizar intereses solo cuando estos se hubieran vencido y no antes, de conformidad con el artículo 2397 del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal. Mientras los Tribunales Primero, Tercero, Quinto y Noveno del Primer Circuito, Segundo del Décimo Primer Circuito y Primero del Décimo Sexto Circuito sostuvieron, que al ser el contrato de apertura de crédito un acto de

## **El discurso irracionalmente motivado en la contradicción de tesis**

comercio, este debe regularse por el Código de Comercio y leyes colaterales a ella y no a la ley común. Por otra parte, el Tercer Colegiado concluyó: la suplencia se establece cuando la figura jurídica no es regulada de manera suficiente por la ley de la materia, lo cual no acontece.

La conclusión del máximo tribunal fue establecer, la no aplicabilidad supletoria de los artículos 2397 Código Civil y 363 del Código de Comercio, a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, sustentada en la frase: "*en su defecto*", prescrita por el artículo 2° de la Ley de Títulos.

### **3.3.2. ¿Por qué no se aplica supletoriamente el Código Civil?**

La razón por la cual la Corte decidió la no aplicación supletoria, del artículo 2397 del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, fue el artículo 2° de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en el siguiente tenor:

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 defecto**:
- II. Por la legislación mercantil general, **en su defecto**:
- III. Por los usos bancarios y mercantiles y, **en su defecto** de éstos:
- IV. Por el derecho común, declarándose aplicable en toda la República, para los fines de esta ley, el Código Civil del Distrito Federal.

De la lectura de este precepto, deriva que la supletoriedad sólo se autoriza para el caso de "defecto" de la ley, que se debe aplicar con referencia.

De ello se sigue que, en relación con la capitalización de intereses que en su caso pactaren las partes dentro de un contrato de apertura de crédito, no puede aplicarse supletoriamente lo previsto en el artículo 2397 del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, el cual prohíbe expresamente que de antemano se convenga la capitalización de intereses. (...)

La tutela de las partes que este numeral establece no encuentra justificación jurídica para ser aplicada en forma supletoria a la normatividad que rige el contrato de apertura de crédito, pues como se ha visto se trata de un contrato cuya naturaleza es totalmente diversa, que fue creado por el legislador para regular convenciones en donde las partes acuden en circunstancias dispares a las que se presentan cuando concurren a un contrato de apertura de crédito.

La aplicación supletoria de referido precepto del Código Civil, sería contradictoria a la intención del legislador y a los principios que rigen la operación de tal figura, pues aunado a que se trata de convenciones radicalmente diferentes, es de explorado derecho que 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.

Así, la supresión del legislador en la regulación del contrato de apertura de crédito, relativo a las restricciones que en otros ordenamientos estableció para pactar la capitalización de

## El discurso irracionalmente motivado en la contradicción de tesis

intereses *no significa*, en manera alguna, un *defecto* legislativo, por el contrario, es un elemento que genera plena convicción, de que con ello la celebración de tal convenio se dejó a la voluntad de las partes.

Además debe tenerse presente que al regularse las cuestiones sustantivas de un determinado contrato, la supresión de normas prohibitivas o tutelares, como lo son aquellas que restringen la celebración de un pacto de capitalización de intereses, que rigen para contratos de naturaleza diversa, no necesita realizarse de manera expresa, a diferencia de su establecimiento, que si requiere ser previsto en forma literal y precisa, como lo hizo el legislador en los artículos 363 del Código de Comercio y 2397 del Código Civil de aplicación federal.<sup>55</sup>

El argumento transcrito se toma ocasionalmente en un lenguaje ininteligible, con el uso falaz de la exégesis, asumiendo los Ministros una actitud asertórica y la acción social estratégica. Es decir, simulan llegar a un acuerdo sin el propósito de cumplirlo, con la finalidad de que otro sí lo cumpla. Este tipo de acción social encaminada al éxito, es una característica presente en todo el cuerpo de la resolución, (y específicamente, la argumentación que limita la aplicación supletoria), es el recurso para solucionar las diversas problemáticas de la contradicción de tesis. Motivo por el cual, el Pleno redefine uno y otra vez, la interpretación al artículo 2° de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, como se aprecia en posteriores considerandos.

Inicia con la técnica de argumentación de disociación de nociones, al

<sup>55</sup> 5° Considerando de la contradicción de tesis 31/98 (anatocismo), p.p. 253-255.

*disociar* dentro del orden de prelación de supletoriedad establecida en el artículo 2º de la Ley de Títulos, la palabra en su defecto; la cual debe entenderse como límite de la supletoriedad. De igual forma, *distingue* el límite de la supletoriedad, el cual se delimita a lo referente al tema de capitalización de intereses. Es decir, la aplicabilidad de la legislación mercantil general, los usos bancarios y mercantiles, y el Código Civil, en el tema de capitalización de intereses, se encontraba condicionado a la imperfección de la propia ley, y en opinión de la Corte, al encontrarse completamente regulado el contrato de apertura de crédito, la regulación de capitalización de intereses es perfecta. Sin fundar y motivar la limitante de la supletoriedad, única y exclusivamente para el tema de capitalización de intereses, y consecuentemente evade tematizar el porque de la disociación.

Prosigue con la utilización conjunta de las técnicas de disociación de nociones e implicación,<sup>34</sup> al *diferenciar* entre la falta de restricciones para la capitalización de intereses de la Ley de Títulos, y los defectos de la ley, pues la ausencia de restricciones, no significa el defecto de la ley, sino *implica* la libertad contractual de las partes. Vista la importancia que asumió para la Corte el vocablo "defecto", hubiera sido pertinente la definición del término por parte del Pleno. El diccionario define al defecto como la carencia, falta de una o más cualidades propias de una cosa; como una imperfección física, intelectual o moral; como una inexactitud.<sup>35</sup> Mientras de conformidad con el Diccionario de Lengua Española, lo que suple una

<sup>34</sup> Ver técnicas de argumentación, p. 77.

<sup>35</sup> CABANELLAS de Torres, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*. Editorial Heliasta, Argentina 1998, 1ª edición, p. 113.

## El discurso Irrracionalmente motivado en la Contradicción de tesis

falta, es al supletoriedad.<sup>36</sup> En este contexto, quizás la falta de restricciones en la capitalización de intereses, o la inexactitud del tema, sea un defecto de la ley; cuya consecuencia sea la deficiente regulación por parte de la ley de títulos del contrato de apertura de crédito, y consecuentemente la necesaria y obligatoria aplicación supletoria de los ordenamientos precisados por el artículo 2 de la ley en comento. Por ello afirmó, la Corte realizó una interpretación forzada y caprichosa del artículo 2 de la ley de títulos, para evitar la aplicación supletoria del Código Civil y Código de Comercio, lo cual legitimó la legalidad de la capitalización de intereses.

En párrafos posteriores recurriré a la técnica de ruptura de enlace, al sostener estar *indebidamente asociada* la opción de supletoriedad, y la intención del legislador, otorgando excesiva importancia a la supuesta voluntad del legislador de 1931, y digo supuesta por dos razones: primero, porque aunque para la Corte la supresión de restricciones del legislador, obedece al deseo de dejar a la voluntad de las partes, lo no establecido; la exposición de motivos de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito señalaba: "no es posible dar un valor social a formas no típicas de contratación, en las cuales predominen la imaginación o la voluntad de los individuos contratantes."<sup>37</sup> Y segundo, porque en la jurisprudencia aprobada bajo el rubro: 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; se lee las

<sup>36</sup> Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Editorial Espasa-Calpe, Madrid 1970, p. 1230.

<sup>37</sup> Exposición de motivos, obtenida en <http://www.monografias.com/trabajos/analocismo/analocismo.shtml>

declaraciones del Secretario de Hacienda y Crédito Público sobre la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de agosto de 1932, que hace las veces de exposición de motivos de tal ordenamiento,<sup>38</sup> y no la mención de la exposición de motivos en sí. Existiendo gran diferencia entre una exposición de motivos, y las declaraciones de un secretario de Estado. La exposición de motivos es la manifestación de las razones donde se funda, y por las cuales se justifica una resolución o determinación legal con carácter de mandato, o de norma preceptiva.<sup>39</sup> Es el preámbulo de determinadas leyes, encaminado a explicar el alcance y la significación de las nuevas normas, o de las razones o fundamentos justificatorios y que tanto pueden ser de orden estrictamente jurídico, como de sentido político.<sup>40</sup> Mientras declarar es manifestar lo oculto, lo no entendido, aquello a lo que se está obligado, la manifestación del ánimo, afecto o intención.<sup>41</sup> Por ello las declaraciones de un Secretario de Estado, nunca hace las veces de una exposición de motivos, aún cuando esta declaración se publique en el Diario Oficial de la Federación, pues ambas tienen repercusiones completamente diferentes.

Se evitó la tematización de la supletoriedad, mediante la patología de falta de veracidad y rectitud, pues bajo el dogma de ser de "explorado derecho": las limitaciones de la supletoriedad, presupone ser de todos conocidas las limitantes, y dando por estudiado el tema. Es evidente la insuficiente tematización de la

<sup>38</sup> Sentencia de contradicción de tesis 31/98, p. 260.

<sup>39</sup> PALOMAR DE MIGUEL, Juan. *Diccionario para Juristas*. Tomo I, Editorial Porrúa, México 2000, 1ª edición, p. 622.

<sup>40</sup> VALLATA, María Laura. *Diccionario Jurídico*. Editorial Vallata, Argentina 2001, 2ª edición, p. 299.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 204.

## El discurso irracionalmente motivado en la contradicción de tesis

problemática, mediante la utilización de las patologías comunicativas de lenguaje oscuro, error referencia, engaño total e interpretación forzada y violenta., la falta de tematización no sólo es una restricción en la comunicación, sino contenido ideológico del discurso del derecho. Por todo lo anterior puedo concluir, la jurisprudencia aprobada por la Corte, que niega la aplicación supletoria del artículo 2397 del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, a las disposiciones del contrato de apertura de crédito, contenida en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, no se encuentra racionalmente motivada.

### **3.3.2. ¿Por qué no se aplica supletoriamente el Código de Comercio?**

Las consideraciones aplicadas al Código Civil fueron válidas para sustentar, la no aplicación supletoria del artículo 363 del Código de Comercio, a las disposiciones del contrato en estudio, con algunas salvedades.

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 el 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 se requiere ser suplida; sin embargo, se advierte que en algunas de las ejecutorias que configuran esta contradicción, los Tribunales Colegiados de Circuito dan cuenta de que, al pactar la capitalización de intereses, las

partes invocaron el artículo 363 del Código de Comercio, con expresión de su voluntad en el sentido de que tal convención se rige precisamente por ese precepto, lo cual produce una situación jurídica diferente a la supletoria, que debe ser precisada por esta Suprema Corte.

Al respecto debe decirse que la libre voluntad de las partes al celebrar el contrato no tiene más restricciones que aquellas 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 rige la voluntad de las partes, mediante la cual le otorgan el valor de norma contractual, que es la 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.<sup>42</sup>

(...)

En conclusión, cuando las partes pactan en un contrato de apertura de crédito la capitalización de intereses en los términos del artículo 363 del Código de Comercio, ello implica que lo previsto en ese numeral 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

<sup>42</sup> Ibidem, p.p 271-272.

## El discurso irracionalmente movado en la contradicción de tesis

reglas que sobre la interpretación de los contratos prevén los preceptos citados.<sup>43</sup>

El tópic de este razonamiento, es la perfección de la ley de títulos, lo cual conlleva a la no aplicación supletoria del artículo 2397 del Código Civil. De igual forma, se ayuda de la técnica de argumentación de implicación, para concluir, el artículo 363 del Código de Comercio, no le es aplicable al contrato de apertura de crédito, pues la aceptación de que la ley de títulos no prohíbe, ni limita la capitalización de intereses, *implica* aceptar que las convenciones referentes a la capitalización de intereses, se reservan a la voluntad de las partes. Distinguiendo dos supuestos: primero aunque la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito no admite supletoricidad de otra legislación, la voluntad de las partes es norma suprema de los contratos, y las partes pueden decidir la legislación a aplicar. Y segundo, cuando por voluntad de las partes, se decida aplicar el artículo 363 del Código de Comercio, el contenido de la norma se sustrae del ordenamiento, para formar parte del marco jurídico contractual.

El hecho de ser a voluntad de las partes estipular la legislación a aplicar, tiene fundamento, en la no prohibición en algún ordenamiento jurídico; sin embargo, olvidaron plantearse la posibilidad en el considerando en estudio, de los pactos realizados en contra de normas de orden público o interés social, pues si bien, existe la libertad contractual, el límite será la ilegalidad. El anterior acotamiento, encuentra su relación con un posterior estudio, específicamente el décimo primer considerando,

---

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 296.

el cual aborda la naturaleza del crédito adicional, donde los Ministros se preguntan ¿si el crédito adicional es ilegal, o constituye anatocimos? <sup>44</sup> Lo anterior evidencia la actitud asertórica del pleno, al no solo plantear opciones a la problemática, sino negar el problema, al igual que en los anteriores argumentos, los Ministros asumen la acción social estratégica, desarrollan las patologías de error y falta de veracidad. El lenguaje y la interpretación del artículo 363 del Código de Comercio es engañosa, forzada y con referente indeterminado; es decir, aludido precepto es norma jurídica o contractual.

Es pertinente resaltar que los Ministros Juventino Castro y Castro<sup>45</sup>, Humberto Román Palacios y Juan N. Silva Meza, formularon un voto minoritario en relación al tema de supletoricidad, manifestando su desacuerdo a la interpretación realizada por el resto del pleno, señalando: "hay que interpretar y lo haremos, partiendo de la base de los argumentos fundamentales que encierra el criterio y tesis propuestas que consiste en sostener que el sistema de supletoricidad es cerrado y la voluntad de las partes es la suprema ley del contrato de apertura de crédito,"<sup>46</sup> grave error, iniciar con la premisa de que la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito es perfecta, o que el artículo 2º de la Ley de Instituciones de Crédito prohíbe la supletoricidad, en materia de capitalización de intereses, o pero aún, que el derecho bancario tiene un sistema cerrado de interpretación. Aunque el voto minoritario se prestaba para realizar un ejemplo de interpretación, se quedó en un

<sup>44</sup> Cfr punto 3.5.3.

<sup>45</sup> De igual forma es pertinente considerar que aunque el Ministro Juventino Castro y Castro realizó el proyecto de sentencia de la contradicción de tesis, éste realizó tres votos de minoría a su proyecto.

<sup>46</sup> Ibidem, voto de minoría, p.3.

### **El discurso irracionalmente motivado en la contradicción de tesis**

intento, en él, solo existen recuentos de afirmaciones, preguntas, exclamaciones y quejas del modelo de interpretación adoptado; y aunque concluyen con, la posibilidad de aplicar el Código de Comercio al contrato de apertura de crédito, el cual regula la capitalización de intereses, y la prohibición de que los intereses vencidos y no pagados no deben generar intereses, su argumento es demasiado endeble, al basarlo en el principio de economía y el sistema cerrado de interpretación del derecho, y no en el reconocimiento de la imperfección de la ley de títulos, y la consecuente aplicación supletoria de los ordenamientos prescritos por el artículo 2 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. Muestra de la maleabilidad del derecho.

#### **3.4. El Cerrado del Derecho Bancario**

El octavo considerando de la sentencia en estudio, abordó la indeterminación o no, de la tasa de interés en los contrato de apertura de crédito, al haberse estipulado en dicho contrato, la aplicación de la tasa líder o mayor, de entre diversas tasas referenciales. Existía contradicción de tesis entre el Primer Tribunal Colegiado en materia civil del Vigésimo Primer 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 establecido en el artículo 362 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*, en base a los procedimientos establecidos en el propio contrato.

El máximo tribunal hizo alarde de una actitud asertórica y asumió en todo momento la acción comunicativa estratégica, para así establecer: 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. Bajo el siguiente argumento:

Los artículo 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 contrato 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 bien, establecido lo anterior, debe estimarse que en los contrato 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:

Artículo 48.- Las tasas de interés, comisiones, premios, descuentos u otros conceptos análogos, montos, plazos y demás características de las operaciones activas, pasivas y de servicio, así como las operaciones de oro, plata y divisas, que realicen las instituciones de crédito y la inversión obligatoria de su pasivo exigible, se sujetaran a lo dispuesto por la Ley Orgánica del Banco de México, (...)

Esto es, en los contrato 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 el precepto mencionado y los artículos 3 fracción I, 26 y 27 de la Ley del Banco de México, que dicen:

Artículo 3.- El banco desempeñará las funciones siguientes:

i. Regular la emisión y circulación de la moneda, intermediación y los servicios financieros, (...)

Artículo 26.- *Las características de las operaciones activas, pasivas y de servicio que realicen las instituciones de crédito, (...) se sujetarán a las disposiciones que expida el Banco Central.*

Como se aprecia, las características de las operaciones activas, entre las que se encuentran los contratos de apertura de crédito que realicen las instituciones del sistema financiero, debe ajustarse a las disposiciones que expida el Banco Central.

En este 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 los ordenamientos aplicables.

En consecuencia de lo anterior, debe estimarse, conforme al principio de jerarquía normativa, (...) que el derecho bancario tiene un sistema de interpretación cerrado y sólo a falta de norma aplicable (lo que 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 el artículo 6 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 préstamos mercantiles y los contrato de apertura de crédito, se rigen por normas específicas, de tal manera que, en materia de intereses, si bien los primeros les es aplicable el artículo 362 del Código de Comercio, a los segundos les

### Capítulo Tercero

---

resulta aplicable, 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.

(...)

El hecho de que la tasa de interés pactada sea indeterminable y no determinada, no la hace de suyo imprecisa, arbitraria o ilegal.<sup>47</sup>

Los razonamientos citados, fueron expresados en un lenguaje poco claro y tramposo, cuyo resultado fue una interpretación violenta del artículo 291 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, precepto que supuestamente establece el principio de libertad contractual en materia de intereses, y base del criterio jurisprudencial aprobado. Dicho razonamientos partes tres premisas falsas, las cuales son enlazadas con la ayuda de la técnica de implicación. Primera, la existencia del principio de libertad contractual en materia de intereses, consagrada en el citado artículo 291, lo cual *es falso* pues el numeral aludido solo define al contrato de apertura de crédito, y establece al acreditante la obligación de disponer del crédito en la forma, términos y condiciones convenidas. Segunda premisa falsa, o sino contradictoria con el quinto considerando y la jurisprudencia aprobada, es la aplicación supletoria del artículo 48 de la Ley de Instituciones de Crédito, en lo relativo a intereses;<sup>48</sup> precepto que supuestamente sujeta a las tasas de interés a lo dispuesto por el Banco de México, tercera premisa falsa, pues citado artículo

---

<sup>47</sup> *Ibidem*, p.p. 460-485.

<sup>48</sup> 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.

### El discurso irracionalmente motivado en la contradicción de tesis

señala: las tasas de interés se sujetaran a la Ley Orgánica del Banco de México, y no a la voluntad de la institución, materializada en circulares. Y aún cuando los artículos transcritos de la Ley del Banco de México, mencionan entre las funciones del banco, la regulación del sistema financiero, y el artículo 26 las características de las operaciones activas, las cuales solo serán características del servicio y no de contratación entre las partes. Máxime si la Ley de Instituciones de Crédito remite a la Ley "Orgánica" del Banco de México, y no a la Ley del Banco de México, la cual no existe<sup>49</sup>, existiendo solo un Reglamento Interior del Banco de México, el cual es omiso en relación a los intereses. Por todo lo anterior es irracional e incorrecto el argumento que establece el sistema cerrado de interpretación del Derecho Bancario, así como la negación a aplicar supletoriamente las leyes especiales (LGTOC y LIC), debiéndose aplicar la legislación mercantil general, es decir el artículo 362 del Código de Comercio, el cual establece el interés legal del 6%.

Una vez preparado el terreno, el pleno prosigue con la técnica argumentativa de implicación, aceptar la atribución de la Comisión Nacional Bancaria, para revisar los contratos de las instituciones de crédito, de conformidad con el artículo 118-A del ordenamiento citado, *implica* que el derecho bancario tiene un sistema de interpretación cerrado, y sólo a falta de norma aplicable, podrá recurrirse a la legislación mercantil, a los usos bancarios y mercantiles y, por último, a la legislación común, como lo manda el artículo 6 de la Ley de Instituciones de Crédito. Esta conclusión es alcanzada, sin haber tematizado el supuesto sistema cerrado de

<sup>49</sup> Cfr <http://www.banxico.gob.mx/dDisposiciones/FSDisposiciones.html>

### Capítulo Tercero

---

interpretación del derecho bancario.

Sobre el particular, acotaremos dos grandes diferencias en lo involucrado al tema de supletoriedad: la exclusión deseada y la omisión involuntaria. La *exclusión deseada* se refiere a una institución no existente en el ordenamiento, donde no cabe la aplicación supletoria; mientras la *omisión involuntaria* es cuando se establece una institución, pero de manera incompleta, involuntariamente, por tanto debe aplicarse supletoriamente otro ordenamiento.<sup>30</sup> Por ello no toda ausencia de regulación jurídica constituye una laguna, sólo pueden llamarse lagunas los vacíos dejados por el mismo derecho. Sin confundir las lagunas del derecho, con los propios límites de éste. En estudio realizado por Salvador Laborde, para la revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia; expuso la existencia de dos clases de lagunas: las aparentes y las auténticas o reales. Son *lagunas aparentes* cuando la ley establece una regla general y omite expresar alguna excepción; en cuyo caso el juez colma una laguna aparente, acudiendo a las reglas generales. Ejemplo: "No hay ninguna regla que establezca la responsabilidad de las empresas de coche-cama a semejanza de aquella que hace responsables a los hoteleros. Pero, no estando formulada la excepción, rige la regla general, según la cual nadie responde sino de los daños causados por su propia culpa."<sup>31</sup> Por otra parte la *laguna auténtica* es la voluntad expresada en la ley, para que una relación jurídica suceda de cierta manera, pero de entre sus límites existen varias posibilidades, y la ley no dice nada sobre cuál de esas

---

<sup>30</sup> ARELLANO García, Carlos. *Práctica Forense de Derecho Mercantil*, Editorial Porrúa, México 1999, 12ª edición, p. 21

<sup>31</sup> Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, UNAM. Tomo IX, Julio-Diciembre de 1947. Número 35-36. p. 28

posibilidades es la correcta. Ejemplo: "Un cajero se robo 150,000 marcos. La empresa ofreció por su captura 5,000 marcos. Muchas personas contribuyeron a la captura y entre ellos se distribuyó equitativamente el premio. Los empleados de la policía recibieron 500 marcos y estimándose con un derecho a mayor recompensa, demandaron el pago total de la suma. El juez se encontró con una verdadera laguna. El derecho prusiano obligaba a la empresa a pagar la recompensa, pero no decía nada acerca de cómo debía pagarse. El juez aplicó por analogía una regla existente sobre concursos científicos y artísticos."<sup>22</sup>

En este orden de ideas, surgen al menos dos hipótesis para solucionar el problema de la determinación de la tasa de interés en los contrato de apertura de crédito:

1. Primero, si los contratos de préstamo mercantil, mutuo civil, y apertura de crédito, son tan diferentes, las reglas generales de cada uno de ellos, no pueden aplicarse entre sí; y al no establecer los artículos 291 al 301 de la ley de títulos, la obligación del deudor para pagar al acreedor intereses. Luego entonces la figura de los intereses en el contrato de apertura de crédito, es una excusión descada, causa por la cual no puede aplicarse supletoriamente otro ordenamiento, pues el legislador de 1951 no quiso establecer el pago de intereses, en los contratos de apertura de crédito.
2. O bien, la Ley de Títulos no planteó excepciones en materia de intereses, por lo cual se debe acudir a las reglas generales de los contratos

---

<sup>22</sup> Ibidem, p. 30.

mercantiles, establecidas en el Código de Comercio, es decir, ante la imprecisión de la ley, debe aplicarse el interés legal del 6%.

El argumento concluye con la técnica de disociación de nociones, al desasociar del procedimiento para conocer la tasa de interés aplicable, su complejidad; la cual no implica imprecisión, arbitraria o ilegal, máxime si no existe prohibición al respecto. Por todo lo anterior apunto, es deficiente la tematización de la supletoriedad de las leyes, así como el supuesto sistema cerrado de interpretación del derecho bancario, dicha deficiencia fue lograda mediante las patologías comunicativas de ininteligibilidad, error referencial, e interpretación forzada y engañosa; lo cual es parte del contenido ideológico del discurso del derecho. Por ello los argumentos y la jurisprudencia sostenida son comunicativamente irracionales.

### 3.5 El crédito adicional

La parte troncal del problema del anatocismo, fue la cláusula del crédito adicional en el contrato de apertura de crédito. La crisis económica de nuestro país iniciada en 1992, a consecuencia de la sobre valoración del peso, produjo que las instituciones de crédito, crearan el concepto de refinanciamiento, es decir, la apertura de un crédito adicional para el pago de los intereses devengados, que no hubiesen sido cubiertos dentro del plazo. Los bancos apostaron a la disminución de las tasas de interés y el aumento de los pagos, al suponer que aunque en un principio los intereses iban a ser superiores a los pagos, después los pagos del capital iban a

## **El discurso irracionalmente motivado en la contradicción de tesis**

ser mayores a los intereses, y llegado el final del plazo, el crédito estuviera pagado, junto con todo y sus accesorios. El crédito adicional era la medida de carácter jurídico y económico, a través del cual, el cliente podía disponer de sumas adicionales al importe del crédito, el cual sería utilizado para el pago de los intereses no cubiertos, sobre la suma de dinero que le fue entregada; una vez dispuesto del crédito adicional, éste se incrementó al crédito inicial, y sobre ambas se pagaron intereses. El resultado fue el indeterminable aumentando la deuda, y el cobro de intereses sobre intereses, o anatocismo.

### **3.5.1. Nulidad de la cláusula del crédito adicional**

El estudio de la posible nulidad de la cláusula de crédito adicional, en los contrato de apertura de crédito, se realizó bajo dos rubros: la falta de facultades de la banca para el otorgamiento de refinanciamiento de pasivos; y el incumplimiento de las obligaciones de la banca, prescritas en el artículo 65 de la Ley de Instituciones de Crédito, para el otorgamiento de créditos, los cuales fueron analizados en el sexto y séptimo considerando de la siguiente forma:

#### **3.5.1.1. ¿Dentro del marco de la ley?**

En el sexto considerando la Corte estudio de la facultad de la banca para el otorgamiento de créditos adicionales o refinanciamientos, es decir la aplicación o no del inciso b) del artículo 8 del Reglamento sobre las Instituciones Nacionales y Organizaciones Auxiliares del 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:

(...)

b) Financiamiento para pago de pasivos.

Los Colegados manifestaron dos posibilidades: el contrato era inválido al encontrarse prohibido por el reglamento, el financiamiento para pago de pasivos, o bien, el contrato es válido, 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 del Crédito, fundada en los siguientes razonamientos:

De la lectura de los preceptos en comento se advierte con claridad, que el artículo 8° inciso b), establece la prohibición a las instituciones y organizaciones nacionales a que dicho reglamento se refiere, de efectuar financiamiento para el pago de pasivos, (...) se advierte 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, supuesto que sus actividades se encuentran constreñidas al fomento y la 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.

(...)

Con posterioridad (...) se expidió la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito (...) en la que se determinó que el servicio público de banca y crédito sería prestado por instituciones constituidas como sociedades

nacionales de crédito.

La ley (...) fue abrogada por la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito (...)

La Ley Reglamentaria de Servicio Público de Banca y Crédito, estableció la autorización a favor de las instituciones de crédito, tanto 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, opuestos a lo establecido 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.

(...) De lo anterior se desprende que las prohibiciones contenidas en el artículo 8º del Reglamento sobre las Instituciones Nacionales y Organizaciones Auxiliares Nacionales de Crédito, quedaron derogadas en virtud de las disposiciones contenidas en la Ley Reglamentaria de Servicio Público de Banca y Crédito (...)

Mencionada ley fue abrogada, a su vez, por el artículo segundo de la Ley de Instituciones de Crédito, (...)

La ley de Instituciones de Crédito que constituye el ordenamiento jurídico vigente y por tanto aplicable a las instituciones de banca múltiple, (...) faculta expresamente a las citadas instituciones de crédito para otorgar préstamos o créditos; en la inteligencia de que el precitado artículo 106, que establece las prohibiciones a las que están sujetas dichas instituciones, en ninguna de sus fracciones prohíbe a tales organismos otorgar financiamiento para el pago de pasivos; por lo que debe concluirse que en la especie el artículo 8º,

### Capítulo Tercero

---

inciso b), del Reglamento sobre las Instituciones Nacionales y Organizaciones Auxiliares Nacionales de Crédito, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 29 de junio de 1959 es inaplicable.”

El argumento transcrito contempla tres ideas principales, la primera inicia con la técnica de ruptura de enlace, al afirmar estar indebidamente asociadas las Instituciones de Banca Múltiple, al Reglamento sobre las Instituciones Nacionales y Organizaciones Auxiliares del Crédito, el cual reglamenta la actividad de la banca de desarrollo, en este sentido, aunque el citado reglamento prohíbe el financiamiento de pasivos, dicha prohibición no le es aplicable a las Instituciones de Banca Múltiple. Lo anterior es falso, al haberse promulgado la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, y el Reglamento sobre las Instituciones Nacionales y Organizaciones Auxiliares del Crédito, en 1941 y 1959, respectivamente, y ser hasta 1976 que surgen las Instituciones de Banca Múltiple,<sup>53</sup> por lo que la Ley General de Instituciones de 1941 no pudo diferenciar entre banca de desarrollo y la banca múltiple, al no ser posible, porque aún no existía citada diferencia, ya que de 1925 hasta 1976, solo existían Instituciones Nacionales de Crédito.<sup>54</sup>

En el segundo argumento se recurre a la técnica de implicación, aceptar que la Ley Reglamentaria de Servicio Público de Banca y Crédito, autoriza a las Instituciones de Crédito (Banca Múltiple y de Desarrollo), a otorgar préstamos o

<sup>53</sup> Sentencia de contradicción de tesis 31/98, p.p. 320-351.

<sup>54</sup> Cfr <http://www.semanario.com.mx/2001/230-01072001/TemaSemana.html>

<sup>55</sup> Cfr [http://www.cbm.org.mx/Ser\\_sfmhistoria.htm](http://www.cbm.org.mx/Ser_sfmhistoria.htm)

### El discurso irracionalmente motivado en la contradicción de tesis

créditos, y no prohíbe el otorgamiento de tales créditos para el financiamiento de pasivos; implica que dicha ley abroga las disposiciones del Reglamento. Por último, y continuando con la técnica de implicación, la Corte asevera que si la Ley de Instituciones de Crédito autoriza a los bancos para otorgar préstamos, ello implica la autorización de financiamiento, máxime si no se encuentra expresamente prohibido por la ley, sin que dentro de su argumento se precise el precepto de la Ley de Instituciones de Crédito que autoriza el otorgamiento de crédito.

De lo anterior se desprende, que el Pleno realizó una interpretación compleja de la Ley Reglamentaria del Servicio de Banca y Crédito, y de la Ley de Instituciones de Crédito, mediante un lenguaje falaz y engañoso, que los llevo a sostener, que el otorgamiento de crédito y el refinanciamiento de pasivos, tienen el mismo referente determinado, por lo cual la facultad de las Institución de Banca Múltiple para el otorgamiento de crédito, implica tener facultad para otorgar refinanciamiento de pasivos. Lo cual es falso, toda vez que se entiende por crédito, el contrato por el cual una persona obtiene temporalmente una cantidad de dinero de otra, a cambio de una remuneración en forma de intereses, y al vencimiento, el deudor devuelve el monto otorgado más sus respectivos intereses; mientras el refinanciamiento es la existencia de un nuevo crédito para el pago de otro crédito. Esta interpretación fue posible mediante la utilización de premisas falsas, como que: las Instituciones Nacionales de Crédito son la Banca de Desarrollo, que el aludido Reglamento que prohíbe el refinanciamiento de pasivos se encuentra derogado, y

## Capítulo Tercero

---

que la Banca Múltiple tiene facultad para otorgar préstamos de refinanciamiento de pasivo. Su falsedad se evidencia del siguiente razonamiento:

1. La Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares (1941), en el artículo primero establece su aplicación a las empresas, que tengan por objeto el ejercicio habitual de la banca y crédito, dentro del territorio de la República.
2. En dicha ley se define a las instituciones u organizaciones nacionales de crédito, y exceptúa la aplicación de la misma, a las *demás* instituciones nacionales de crédito, cuando así lo establezcan las leyes. Sin que referido ordenamiento establezca cuales son las demás instituciones nacionales de crédito.
3. En el cuerpo del reglamento de referida ley (1959), no se diferencia entre la Banca de Desarrollo y Banca Múltiple, ni mucho menos exceptúa la aplicación del mismo a la Banca Múltiple. Ello obedece a que desde 1925 hasta 1976, solo existían Instituciones Nacionales de Crédito.
4. La Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito (1985), en el segundo artículo transitorio deroga a la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de Crédito (1941) y a la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito (1982); y expreso la derogación de todas aquellas disposiciones que se opusieran a la misma. Sin derogar expresamente el Reglamento de la Ley General de las Instituciones Nacionales y Organizaciones Auxiliares del Crédito de 1959;

## El discurso irracionalmente motivado en la contradicción de tesis

y sin que el mismo se oponga a citada ley, toda vez que se requeriría de permisión expresa de refinanciamiento de pasivos de la Ley, para que el reglamento se opusiera, y así quedara derogado.

5. La Ley de Instituciones de Crédito (1990), en el cuarto artículo transitorio señala:

Artículo cuarto.- En tanto el ejecutivo federal, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, el Banco de México y la Comisión Nacional Bancaria, dictan los reglamentos y las disposiciones administrativas de carácter general a que se refiere esta ley, seguirán aplicándose las expedidas con anterioridad a la vigencia de la misma, en las materias correspondientes.

Al expedirse las disposiciones a que se refiere este artículo, se señalarán expresamente aquellas a las que sustituyan y quedan derogadas.

6. Luego entonces, al no haber sido derogado el *Reglamento sobre las Instituciones Nacionales y Organizaciones Auxiliares del Crédito* por la Ley de 1985, y la Ley de Instituciones de Crédito de 1990; y este último señala la aplicación de los vigentes, hasta la expedición de los nuevos y la derogación expresa. El inciso b) del artículo 8º del Reglamento aludido de 1959, que prohíbe el refinanciamiento de pasivos, esta vigente y tiene aplicación. Por ello, las Instituciones de Banca Múltiple no tienen facultades para el otorgamiento de refinanciamiento de pasivos, y su actuar esta fuera del marco de la ley.

De lo anterior se determina que los argumentos esgrimidos por el tribunal y la

jurisprudencia aprobada, son patológicas, vista su falta de veracidad y rectitud; lo que evitó la suficiente tematización, de las diferencias entre otorgamiento de crédito y refinanciamiento de pasivos, lo cual se convirtió en obstáculo en la comunicación y contenido ideológico del discurso del derecho.

#### 3.5.1.2. Obligaciones administrativas

En el séptimo considerando se planteo, si resultaba nula la cláusula de crédito adicional de los contrato de apertura de crédito, por no haber observado la banca las obligaciones signadas en el artículo 65 de la Ley de Instituciones de Crédito. Previo al estudio, la Corte separó del tema de viabilidad económica dos cosas, la no aplicabilidad de la teoría de la imprevisión, y la diferencia entre el caso fortuito o de fuerza mayor, y el proyecto de viabilidad económica.

La no aplicabilidad de la teoría de la imprevisión se sustentó en:

Es pertinente señalar que no participan en esta contradicción los criterios expresados por los Tribunales (...) los cuales se ocupan del análisis de la teoría de la imprevisión, arribando a la conclusión de que es inaplicable por vía jurisdiccional en el sistema jurídico mexicano pues, en todo caso, señalan, puede acudir a ella mediante la creación por parte del legislador de normas generales que atemperen las obligaciones contractuales.

(...)

Ninguna de las ejecutorias referidas en la denuncia de contradicción de tesis contiene un criterio incompatible con el invocado en las consideraciones transcritas, de suerte tal, que resulta procedente declarar que no hay contradicción de tesis, ya que el señalado grupo de ejecutorias contienen un criterio

coincidente, el que no fue rebatido por ninguna otra ejecutoria de las confrontadas en este asunto, y no abordan menos aún sostienen criterios sobre el tema de nulidad o no del crédito otorgado, sin la previa elaboración del proyecto de viabilidad económica a que se contrae el artículo 65 de la Ley de Instituciones de Crédito, debe establecerse, por tanto, que no forma parte de la contradicción de tesis que se analiza.<sup>26</sup>

En este razonamiento, el tribunal asume una actitud asertórica y utiliza la técnica de disociación de nociones, al distinguir dentro del tema de viabilidad económica, la teoría de la imprevisión, a fin de que la teoría de la imprevisión y el proyecto de viabilidad económica sean incompatibles, señalando ser responsabilidad del poder legislativo, la creación de normas generales que regulen las causas imprevisibles, susceptibles de alterar la economía de un determinado grupo social. Reiterando lo señalado en el cuarto considerando, respecto de los temas que fueron objeto de denuncia de contradicción de tesis, con base en ello, la teoría de la imprevisión no fue objeto de tal denuncia, aún cuando, dentro de los temas agrupados por el Ministro ponente, la imprevisión ocupaba el segundo lugar.<sup>27</sup> Citados razonamientos se encuentran en un lenguaje poco claro y engañoso, haciendo latente las patologías comunicativas de ininteligibilidad y falta de veracidad.

Mientras que la diferencia entre caso fortuito o fuerza mayor, y la falta de proyecto de viabilidad económica, se apoya en lo resuelto por el 3º Tribunal Colegiado del 12º Distrito, en el amparo 654/96, el cual señalaba que la

---

<sup>26</sup> Ibidem, p.p. 354, 363.

<sup>27</sup> Ibidem, octavo resultando, p.p. 65-66.

### Capítulo Tercero

---

devaluación de la moneda no es un caso fortuito o de fuerza mayor, que hubiera 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 no es un hecho irresistible. Por lo que el tribunal expuso:

Así, como para tal ejecutoria no se abordan y menos aún se inclina hacia uno de los otros criterios opuestos, es decir, sobre la nulidad o no del crédito otorgado sin la previa elaboración del proyecto de viabilidad económica, a que se refiere el multicitado artículo 65 de la Ley de Instituciones de Crédito; ni por otro lado, existe criterio encontrado a sus consideraciones que versan sobre el caso fortuito o fuerza mayor, para liberar de las obligaciones contractuales a los deudores de la banca, dado que su cumplimiento derivó de una imposibilidad para cumplir, a raíz de la devaluación monetaria de diciembre de 1994, debe concluirse que no existe contradicción de tesis sobre ese punto.<sup>58</sup>

En las anteriores ideas, el Pleno continuo con el mismo modelo de argumentación e interpretación, utilizado para la no aplicabilidad de la teoría de la imprevisión. La Corte recurrió a la técnica de disociación de nociones, para distinguir dentro del proyecto de viabilidad económica, el caso fortuito o fuerza mayor, a fin de evitar la compatibilidad de ambas; renunció a la tematización de la excepción de caso fortuito o fuerza mayor, al confundir entre una forma de liberar las obligaciones y una justificación para el incumplimiento, que hace improcedente el cobro de indemnización moratoria. El Código Civil para el Distrito Federal en el

---

<sup>58</sup> Ibidem, p. 367.

## El discurso irracionalmente motivado en la contradicción de tesis

artículo 2111 señala:

Artículo 2111.- Nadie está obligado al caso fortuito sino cuando se ha dado causa o contribuido a él, cuando ha aceptado expresamente esa responsabilidad o cuando la 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. Por lo que, el caso fortuito procederá cuando:

1. Se ha dado causas o contribuido a él.
2. Se ha aceptado expresamente esa responsabilidad, y
3. La ley la impone.<sup>99</sup>

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, de conformidad con el artículo 2111 del Código Civil, 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 tematización, realizada mediante las patologías comunicativas del engaño, así como una actitud asertórica; hacen que la interpretación común sea reducida, y no se consideran la totalidad de las alternativas de plan de acción, por ello el argumento

---

<sup>99</sup> Rojina, op cit, p.p. 379-384

### Capítulo Tercero

---

que evita considerar al caso fortuito o fuerza mayor es irracionalmente motivado.

Al haber eliminado el máximo tribunal las posibles opciones, para el debate de la nulidad de la cláusula de crédito adicional, por la falta de proyecto de viabilidad económica de la institución bancaria, el pleno opto por declarar que, la falta de proyecto de viabilidad económica en las inversiones, no invalida el contrato de apertura de crédito. Transcribiendo su razonamiento a continuación:

Además, del contenido de dichos numerales, también se hace manifiesto, que si bien el artículo 65 exige la realización del proyecto de viabilidad económica del crédito, para asegurar, cuando menos estimativamente, que se va a obtener su recuperación y el pago del costo de su otorgamiento, dentro de los plazos y en las condiciones que se fijen en el contrato respectivo, también lo es que la vigilancia del cumplimiento de esa obligación se encomienda expresamente a la Comisión Nacional Bancaria, entidad a la que también se confieren facultades para sancionar su incumplimiento, (...) lo que hace evidente de que se trata de una obligación de carácter administrativo, que se impone a las instituciones de crédito, (...) pero que no está directamente relacionado con los elementos del contrato de apertura de crédito.

(...) los elementos esenciales del contrato, (...) se constituyen por el consentimiento y el objeto.

(...) 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, 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 (artículo 291 de la Ley General de Títulos y Operaciones de

Crédito), no se precisa que sea la condición indispensable para su otorgamiento (consentimiento), es evidente que la falta de realización de este punto, no puede traer como consecuencia la nulidad del contrato.

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.

(...) al no estar establecida 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, es insuficiente por sí sola, para que se declare la nulidad del contrato.<sup>60</sup>

La nulidad es el acto que no se realiza de acuerdo a los preceptos que lo rigen y, por ende, constituye una violación de norma jurídica. Por ello, era preponderante determinar si la obligación consignada en el artículo 65 de la Ley de Instituciones de Crédito, a los bancos era una obligación legal. Por lo que el pleno utiliza la técnica de disociación de nociones, para distinguir dentro de las obligaciones legales, a las obligaciones administrativas, las cuales "no forman parte de la regulación del contrato de apertura de crédito." Este peculiar razonamiento no solo resulta forzado, sino innovador, al instaurar el Pleno una nueva clasificación de obligaciones: las legales y las administrativas. Sobre el particular, es bueno resaltar que de las operaciones activas realizadas por los bancos, el 92% del dinero prestado provienen de los depositantes, y solo el 8% restante del capital del banco. De igual

### Capítulo Tercero

---

forma debe considerarse, que es el Estado quien 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 los montos, plazos, regímenes de amortización, y en su caso, periodos de gracias.

Por su parte la Comisión Nacional Bancaria y el Banco de México, a través de una carta con carácter prudencial en materia de crédito, de fecha 12 de febrero de 1998, señaló que las instituciones deberán establecer diferentes métodos de evaluación para aprobar y otorgar distintos tipos de crédito, confiriendo más datos para el proyecto de viabilidad económica de las inversiones, debiendo observar lo siguiente:

---

<sup>60</sup> Ibidem, p.p. 413-420.

## El discurso irracionalmente motivado en la contradicción de tesis

I. Ningún crédito podrá pasar a la etapa de análisis y evaluación, sin que se cuente con la información y documentación mínima que se haya establecido en el manual de crédito y en las disposiciones aplicables.

II. La evaluación deberá considerar cuando menos:

- i) La fuente primaria de recuperación del crédito, tomando en cuenta principalmente los flujos futuros de efectivo del probable acreditado.
- ii) La exposición a riesgo por la totalidad de las operaciones de crédito a cargo del posible deudor, así como la experiencia de pago del mismo, revisando para tal efecto información reciente obtenida a través de una consulta realizada a alguna sociedad de información crediticia, así como la información que proporciona el Banco de México en materia de exposición a riesgo sobre productos derivados y otros instrumentos.
- iii) La solvencia del solicitante de crédito.
- iv) La relación entre el ingreso del posible deudor y el pago de la obligación y la relación entre dicho pago y el monto del crédito.
- v) La posible existencia de riesgos comunes por créditos a cargo de una persona, entidad o grupos de personas que por sus nexos patrimoniales o de responsabilidad constituyan dichos riesgos.
- vi) Determinación de una calificación de riesgo.

### Capítulo Tercero

---

III. El plazo de los créditos deberá establecerse en relación con el de maduración del proyecto respectivo, y el ejercicio o la disposición de las líneas de crédito se sujetará a los avances del mismo. En todo caso, se procurará tomar en cuenta los plazos de los recursos captados con respecto a los de los créditos.

IV. En los créditos que representen bajo el concepto de riesgo común, más del 10% del capital básico de la institución o más de cincuenta millones de pesos, lo que resulte inferior, se deberá realizar ejercicios de sensibilidad del crédito ante variaciones en los diversos factores de riesgo, como son la tasa de interés y el tipo de cambio, entre otros. El resultado de estos ejercicios deberá ser un elemento a considerar en la recomendación que se haga y, en su caso, en la aprobación del crédito.

V. En las operaciones en que una parte de los recursos para financiar el bien o proyecto de que se trate, correspondan a fuentes distintas a las del propio crédito, se analizará y evaluará si tal parte proviene de recursos propios del posible deudor, o bien, se obtendrán de otro crédito.

VI. En el caso de créditos con garantías reales, se revisará el estado físico, la situación jurídica y los seguros del bien de que se trate, así como las circunstancias de mercado, considerando adicionalmente un avalúo vigente expedido de conformidad con las disposiciones aplicables. Asimismo, tratándose de garantías personales, se evaluará al garante como a cualquier otro acreditado.<sup>61</sup>

Por lo que, el proyecto de viabilidad económica de las inversiones hubiera

---

<sup>61</sup> <http://www.banxico.org.mx/dDisposiciones/FSDisposiciones.html>

## El discurso irracionalmente motivado en la contradicción de tesis

permitido determinar la rentabilidad del proyecto, y consecuentemente la recuperación del dinero prestado, el cual era de los ahorradores, previendo así la futura insolvencia de los deudores.

El tribunal prosigue con la técnica de implicación, al realizar una interpretación forzada del artículo 291 del ordenamiento en comento, pues la aceptación de que referido precepto establece los elementos esenciales del contrato, los cuales son el objeto y la voluntad; implica la aceptación de que el proyecto de viabilidad económica, no es un elemento esencial del contrato, luego entonces, es evidente que la falta de realización de dicho proyecto, no puede traer como consecuencia la nulidad del contrato. En el anterior argumento, la Corte utiliza dos maneras para atribuir significado a los elementos esenciales del contrato, la connotación y la denotación<sup>62</sup>; connota del artículo 291 los elementos esenciales del contrato de apertura de crédito, para después denotar que en los elementos esenciales no se comprende el proyecto de viabilidad económica, lo cual vincula cierta arbitrariedad en la sumisión del significado.

Por último y continuando con la técnica de implicación, el Pleno sostiene que si 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 establece una sanción administrativa; esto último no implica que esa omisión por parte de la institución de crédito, es insuficiente por si sola, para que se declare la nulidad del contrato, aún cuando es nulo el acto que carece de alguno o algunos de

<sup>62</sup> Connotar se refiere a las características, atributos o propiedades de una clase de sujetos o de objetos, es el concepto general. Mientras que la denotación es refiere a los sujetos u objetos a los que se aplica la

## Capítulo Tercero

---

los requisitos que la ley exige para su constitución.

En las conclusiones del pleno los ministros asumen una actitud estratégica, evitando la tematización de todos los temas relevantes, por el uso de varias de las patologías comunicativas, como la ininteligibilidad, la falta de veracidad, verdad y rectitud. Sin discutir las implicaciones o aspectos importantes de la situación comunicativa que se pretende resolver, lo cual se convierte en contenido ideológico del discurso del derecho. Por ello, la jurisprudencia aprobada es comunicativamente irracional.

### 3.5.2. La posibilidad de no disponer del crédito adicional

Otra de las cuestiones a tratar respecto el crédito adicional, fue su no disposición. Hecho condicionado a dos cosas: a) la expresión de la voluntad del deudor para no utilizar el crédito adicional, y b) que dicha expresión, se realizara al Banco con antelación a la erogación. Los Tribunales Colegiados Primero, Tercero y Quinto en materia Civil 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 que se generaran los intereses, y resulta materialmente difícil de admitir, la posibilidad de que si los acreditados desconocían el

---

palabra o expresión, son los ejemplos particulares.

monto de los réditos, pudieran comunicar con anticipación a su pago, que no deseaban utilizar el préstamo adicional.

En opinión de la Corte, no son nulas las cláusulas que establecen la obligación del acreditado, de avisar con anticipación si rechaza la disposición del crédito adicional, por las siguientes razones:

De lo anterior deriva como interpretación lógico-jurídica que en este tipo de actos mercantiles rige la voluntad contractual, lo que además se corrobora con lo dispuesto por el artículo 78 del Código de Comercio, de aplicación supletoria conforme lo prevé el numeral 2º de la invocada Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, (...)

En este orden de ideas, no son nulas las cláusulas que en un contrato de apertura de crédito, establecen la obligación del acreditado de dar aviso al banco, con anticipación sobre la no disposición del crédito adicional para pago de intereses, toda vez que, en la hipoteca examinada, al momento de firmar el convenio, dicho acreditado otorga su consentimiento para que el acreditante aplique su importe para el fin convenido.

(...) la cláusula relativa se redactó en el sentido de que el acreditante, otorgaba a favor del acreditado, un crédito adicional para pago de intereses, y dicho deudor se obligó a avisar con anticipación a la fecha de la erogación neta mensual, sobre si respecto de ésta no haría uso del supracitado crédito adicional; resulta evidente que la falta de ese aviso necesaria y lógicamente, traía como consecuencia que la institución crediticia aplicara automáticamente el multicitado crédito adicional, (...)

Tampoco es correcto la consideración relativa a que es nula,

la cláusula que establece la obligación del acreditado de dar el aviso (...), bajo el razonamiento de que tomando en cuenta, que la tasa para la cuantificación de tales productos, son determinables pero no determinadas, ante esas condiciones es prácticamente imposible que pueda conocer con anticipación el monto de esos accesorios para dar aviso correspondiente sobre la no disponibilidad del crédito adicional.

Sobre el particular debe decirse que es verdad, que el acreditado desconoce el monto de los intereses que se van a generar en el periodo, respecto del que tiene que dar aviso de que no desea disponer del crédito adicional para el pago de tales accesorios, pues dichos avisos se da cuando van a empezar, o se están generando esos réditos (lo que dependen del plazo pactado por las partes), por lo que es obvio que no conoce de antemano el resultado final de las tasas de interés, para que deba tomar como referencia la tasa del mes y cuantificar los réditos devengados.

Sin embargo, el hecho de que se desconozca por parte del acreditado el quantum exacto de los intereses que se causarán en el mes, ello de ninguna manera le impide dar aviso previo de que rechaza la disposición del crédito adicional para el fin convenido, y por ende tampoco es nula la cláusula relativa; en virtud de que, en primer lugar, tiene como antecedente el pago que realizó el mes anterior, que por lógica es una sólida referencia de aproximación a la cantidad que esté obligado a de liquidar el mes siguiente.

En segundo término, no es presupuesto de validez de ese pacto (avisar previamente que no se va a disponer del crédito adicional para pago de intereses), el que deba tener conocimiento exacto del monto de la obligación, ya que basta con que exista una previsión económica para que se pueda

## El discurso irracionalmente motivado en la contradicción de tesis

ejercitar válidamente la opción de avisar que no se dispondrá del crédito adicional.

Además, no existe precepto legal alguno, en las leyes especiales de la materia ni en las supletorias, que exija que previamente al vencimiento de la obligación, como en el caso lo es el pago de intereses, se tenga que conocer necesariamente el momento exacto en que se debe pagar.<sup>63</sup>

El presente argumento inicia con la incongruencia del fallo, y una interpretación caprichosa y conveniente del artículo 2 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, muestra de la patología comunicativa de falta de verdad, sin que la Corte establezca el referente determinado de dicho precepto, y consecuentemente muestre su actitud asertórica y su acción social estratégica. Pues aunque en el quinto considerando se estableció y aprobó jurisprudencia el pleno, la cual estableció la no aplicación supletoria del Código Civil y del Código de Comercio, a las disposiciones del contrato de apertura de crédito, con ese mismo fundamento, aplicó supletoriamente el artículo 78 del Código de Comercio, para establecer el principio de libertad contractual. Preparado el terreno y con la ayuda de la técnica de implicación, 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 pago de intereses. Luego entonces, si por voluntad el deudor se obligó a dar un aviso con anticipación, para la no utilización

---

<sup>63</sup> Ibidem, p.p. 502-504.

### **Capítulo Tercero**

---

del crédito adicional; la falta de ese aviso necesaria y lógicamente, traía como consecuencia que la institución crediticia aplicara automáticamente el multicitado crédito adicional.

Para no dejar duda de la validez de la cláusula en estudio, hace referencia a varias argumentaciones metajurídica, las cuales se sustentan en suposiciones, como que el desconocimiento del deudor del monto a pagar, no es pretexto para no avisar al banco sobre la disposición o no del crédito adicional, al tener como referencia el pago del mes anterior, el cual es una sólida indicación de la cantidad a pagar. De igual forma sustentan que la validez de la cláusula en comento, no esta condicionada al conocimiento exacto del monto de la obligación, pues si el deudor fuera previsor no solo sabría cuanto va a pagar, sino si puede realizar tal pago, y consecuentemente dar aviso a la institución de crédito sobre la disposición o no del crédito adicional. Para concluir con la máxima: de todo lo que no esta prohibido, esta permitido. Evitando la tematización de la tal ensalzada libertad contractual y de las características de las obligaciones, mediante las patologías comunicativas de ininteligibilidad, error referencial, engaño total e interpretación forzada de preceptos. Lo cual no sólo convierte a la jurisprudencia aprobada en irracional, sino contenido ideológico del discurso del derecho.

#### **3.5.3. Naturaleza del crédito adicional**

El estudio de la naturaleza del crédito adicional, se realizo en los considerádos 10 y 11, analizando en el décimo la posibilidad de que el crédito

## El discurso irracionalmente motivado en la contradicción de tesis

adicional, oculte un acto simulado, falsedad ideológica o un hecho ilícito, que cubra la capitalización de intereses. 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 363 del Código de Comercio y 2397 del Código Civil para el Distrito Federal, lo 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 se hace entrega de dinero y sólo se producen movimientos contables, para que la cantidad correspondiente quede a favor del banco acreditante.

Por otra parte, los Tribunales Colegiados 2°, 5°, 6° y 9° en materia Civil del 1er 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 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, y se infiere que no se creó un acto aparente, pues ambas partes convinieron textualmente en suscribir los contratos de crédito de referencia.

La Corte al solucionar este planteamiento, asumió en todo momento una

## Capítulo Tercero

---

actitud asertórica, sin ni siquiera suponer la problematización, llegando a un pseudo consenso. Resolvió que el crédito adicional no encubre un acto simulado, falsedad ideológica o hecho ilícito, basada como en la 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.

### 3.5.3.1. ¿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 a un acto jurídico, se le da una falsa apariencia que oculte su verdadero carácter. Dichos preceptos fueron interpretados por el pleno de la siguiente forma:

Del texto de los artículos 2180, 2181 y 2183 del Código Civil invocados, de la jurisprudencia y de las doctrinas imperantes sobre la simulación, es posible establecer, por tanto, que los requisitos fundamentales de la acción contra la simulación son los siguientes: 1° Una declaración que deliberadamente no corresponde a la intención; 2° Concertada entre las partes. 3° Para perjudicar a terceras personas o para transgredir la ley.  
(...)

Dichas características no coinciden en los contrato de apertura de crédito, que se examinaron en los asuntos que

## El discurso irracionalmente motivado en la contradicción de tesis

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.

(...)

De las ideas expuestas, deriva que cuando el argumento invocado, para pedir la nulidad por simulación, consiste en que existió un aprovechamiento del banco para la estipulación del crédito, y el mecanismo de aplicación de los recursos, y un desconocimiento correlativo y preciso del deudor, no se está en presencia de la hipótesis de la acción contra la simulación, ya que uno de los elementos requeridos para su ejercicio, es que exista un acuerdo de voluntades entre las partes, que contengan 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.

(...) la acción requiere, de modo forzoso, el acuerdo de los contratantes en simular el acto; (...) no puede haber trasgresión a la ley, porque estando configurada la apertura de crédito en los artículos 291 a 301 del a Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, como un contrato mediante el cual el acreditante se obliga a poner una suma de dinero... 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, (...) si coincide la realidad de los hechos con el pacto jurídico, (...) la sola celebración del

contrato de apertura de crédito no adolece de simulación.<sup>64</sup>

En el argumento transcrito, el Pleno inicia con la técnica de ruptura de enlace, al señalar estar indebidamente asociado el contrato de apertura de crédito, con un acto jurídico aparente que encubra la existencia de capitalización de intereses; ya que el crédito adicional es un nuevo crédito para cubrir intereses derivados de otro crédito. Prosigue con la utilización simultánea de dos técnicas de enlace, la implicación e incompatibilidad.<sup>65</sup> La aceptación de los requisitos para la existencia de un acto simulado, implica que el acto simulado debe ser un acto realizado por ambas partes; luego entonces, si existió un aprovechamiento por parte del Banco, dicho aprovechamiento es incompatible con el acto simulado, previsto y sancionado en el artículo 2180 del Código Civil; esta conclusión es alcanzada, al interpretar literalmente el precepto citado. Para concluir con el reiterado principio de que todo lo que no está prohibido; se encuentra permitido por la ley, ello de una forma disfrazada: "no está vedada la convención que permita disponer de dicho crédito para el eventual pago de intereses", reza el fallo: Aún cuando el máximo tribunal con recato y recelo habla de la capitalización de intereses, como una posibilidad eventualidad, la misma era evidente, vista la situación económica. Mas contra argumentado lo expuesto por los Ministros, dire, si la ley sanciona con nulidad el acto simulado realizado por ambas partes, por analogía sanciona el acto simulado realizado por solo una de las partes, máxime si le causa perjuicio a la otra parte.

---

<sup>64</sup> Ibidem, p.p. 525-531.

<sup>65</sup> Ver técnicas de argumentación, p. 77.

## El discurso irracionalmente motivado en la contradicción de tesis

Por lo cual sostengo que la conclusión del pleno, de que la cláusula de crédito adicional del contrato de apertura de crédito, no contempla un acto simulado, es comunicativamente irracional, al estar presentes las patologías comunicativas de ininteligibilidad, falta de veracidad y de verdad, lo cual propició que no se tematizara de forma adecuada el acto simulado, por lo que la jurisprudencia aprobada es parte del contenido ideológico del discurso de derecho.

### **3.5.3.2. ¿Hecho ilícito?**

Otra variante del estudio de la posible nulidad de la cláusula de crédito adicional, fue plantearse si esta era un hecho ilícito. La Corte continuando con una actitud asertórica y la acción social estratégica, llego a la conclusión de que, la cláusula de crédito adicional no encubre un hecho ilícito. Conclusión obtenida del siguiente razonamiento:

(...) 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 transgresiones financieras se llevaran a cabo mediante cargos y abonos, registros contables o transferencias electrónicas, sin que se realizara entrega física del dinero

Pues bien, en esta misma resolución esta Suprema Corte, interpretando los artículos 2, 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 6 de la Ley de Instituciones de Crédito, se

sostiene que en los contrato de apertura de crédito pueden, validamente pactarse la capitalización de intereses.

Por tanto, no cabe admitir la objeción de que los contrato de apertura de crédito adicional, para disponer de crédito necesario para 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 (...)

Por otra parte, de los movimientos contables que sobre el particular, lleven a cabo los bancos cuando realizan ese tipo de operaciones, no se puede desprender que se contenga alguna falsedad, ya que los suscriptores de los contratos, si obtuvieron beneficios económicos por la disposición del crédito adicional, al haberse reducido el pasivo previamente contraído con el acreditante, que corresponde al crédito inicial.<sup>66</sup>

El razonamiento del máximo tribunal, inicia con la utilización de la técnica de enlace de implicación, un lenguaje poco claro y una forzada interpretación de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y de la Ley del Banco de México. Pues el aceptar que el artículo 2° de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, establece la aplicación supletoria en primer lugar de la Ley de Instituciones de Crédito, supuestamente implica aceptar la aplicación de la Ley del Banco de México. Y aceptar que la Ley del Banco de México permite la capitalización de intereses, implica que la capitalización de intereses es legal. Mas ambas implicaciones son falsas, pues si bien la Ley de Instituciones de Crédito tiene aplicación supletoria, respecto la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito; el

---

<sup>66</sup> Ibidem, p.p. 531-533.

## El discurso irracionalmente motivado en la contradicción de tesis

artículo 48 de la Ley de Instituciones en lo referente a intereses, remite a la aplicación supletoria de la Ley "Orgánica" del Banco de México, la cual como mencionamos no existe, por lo que en su defecto de debe aplicar el Código de Comercio.

Por otra parte, caprichosamente los Ministros no especifican el o los preceptos de la Ley del Banco de México que supuestamente permite la capitalización de intereses, suponiendo sin conceder, que dicho ordenamiento fuera aplicable, los artículos 24, 26 y 48 sostienen:

Artículo 24. El Banco de México podrá expedir disposiciones sólo cuando tengan por propósito la regulación monetaria o cambiaria, el sano desarrollo del sistema financiero, el buen funcionamiento del sistema de pagos, o bien, la protección de los intereses del público. Al expedir sus disposiciones el Banco deberá expresar las razones que las motivan.

Las citadas disposiciones deberán ser de aplicación general, pudiendo referirse a uno o varios tipos de intermediarios, a determinadas operaciones o a ciertas zonas o plazas.

Artículo 26. Las características de las operaciones activas, pasivas y de servicio que realicen las instituciones de crédito, así como las de crédito, préstamo o reporto que celebren los intermediarios bursátiles, se ajustarán a las disposiciones que expida el Banco Central.

Artículo 48. Las tasa de interés, comisiones, premios, descuentos, u otros conceptos análogos, montos, plazos y demás características de las operaciones activas, pasivas y de servicio, así como las operaciones de oro, plata y divisas que

### Capítulo Tercero

---

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.

De la lectura de los preceptos transcritos, solo se desprende la posibilidad de que el Banco de México emita disposiciones, referente a las características de las operaciones activas, pasivas y de servicio de las instituciones de crédito, limitando el tema de las tasas de interés o conceptos análogos, a lo dispuesto en la Ley "Orgánica" del Banco de México, la cual no existe; más sin embargo el 30 de septiembre de 1994 se publicó en el Diario Oficial de la Federación, el Reglamento Interior del Banco de México, el cual no establece o permite la capitalización de intereses. En este contexto, resulta falso el argumento de la Corte, de que la Ley del Banco de México permite la capitalización de intereses; ordenamiento que ni siquiera plantea la posibilidad. Motivo por el cual, si el razonamiento del Pleno inicia con la premisa de que la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito no es perfecta, y es factible la aplicación supletoria establecida en el artículo 2 de dicha ley, porque en lugar de aseverar la aplicación de la Ley de Instituciones de Crédito, no se planteó la posibilidad de aplicar el Código de Comercio, de conformidad con la segunda fracción del artículo referido. Ahora bien, suponiendo sin conceder, que fuera factible que el tema de las tasas de interés o conceptos análogos, se pudiera ajustar a las disposiciones emitidas por el Banco Central, cual disposición concreta del Banco Central permite la capitalización de intereses. De una búsqueda entre

## El discurso irracionalmente motivado en la contradicción de tesis

las circulares emitidas por el Banco de México, no encontré circular alguna que permita la capitalización de intereses, en lo relativo a intereses solo existe la circular 2019/95 referente a Operaciones activas, pasivas y de servicio de Banca Múltiple, la cual entro en vigor el 21 de septiembre de 1995, en ella no se plantea la opción o permisión de una capitalización de intereses, solo se delimitan los mecanismo para la estipulación de los intereses ordinarios y moratorios.

Por ello era necesario y vital para los propósitos acertóricos descartar la aplicación supletoria del Código Civil y del Código de Comercio, a las disposiciones de intereses del contrato de apertura de crédito, ordenamientos que prohíben y limitan respectivamente, la capitalización de intereses. Pues para la posible nulidad de la cláusula del crédito adicional, se debía transgredir una norma jurídica, luego entonces, sino existe norma jurídica quebrantada, no hay nulidad. En opinión de los Ministros La Ley del Banco de México es lo mismo que la Ley Orgánica del Banco de México, y la primera legitima la capitalización de intereses.

Por último utilizan un argumento metajurídico y la técnica de enlace de equivalencia,<sup>67</sup> pues los movimientos contables lejos de ser un falsedad, se identifican con un beneficio económicos que implica la reducción del crédito inicial. Lo cual es falso. Ya 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 solo cristaliza la falsa apreciación del mundo por parte de los Ministros, sino su

---

<sup>67</sup> Ver técnicas de argumentación, p. 77.

### Capítulo Tercero

---

inflexibilidad hacia una problemática social, y la renuncia a su facultad interpretativa. Al igual que el resto de los considerandos, se evadió la tematización mediante las patologías comunicativas de ininteligibilidad, error referencial, engaño total y falta de rectitud, obteniendo una interpretación forzada de los ordenamientos señalados, lo cual constituye un obstáculo en la comunicación, y parte del contenido ideológico del discurso del derecho.

#### 3.5.3.3. ¿O falsedad ideológica?

Por último, en el estudio para determinar la posible nulidad de la cláusula de crédito adicional, figura la posibilidad de que la misma encubriera una falsedad ideológica. Sin plantearse la problematización, se aseveró que no se surte la hipótesis de falsedad ideológica, en virtud de que la naturaleza jurídica de esa figura no conlleva a una nulidad. El razonamiento fue el siguiente:

(...) 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 haya efectuado asientos contables por el acreditante, ya que aquél recibió, de igual manera, el beneficio de ver liquidados los intereses a su cargo.

La aplicación de la falsedad ideológica para obtener la nulidad de un contrato de apertura de crédito, implicaría desconocer la naturaleza jurídica del propio contrato, en virtud de que, como ya se vio en la presente resolución al estudiar el tema I, dicho contrato es de carácter consensual y no requiere,

## El discurso irracionalmente motivado en la contradicción de tesis

para su perfeccionamiento, la entrega del dinero.

Los cambios patrimoniales que suceden cuando el banco dispone, en beneficio del acreditado, de los recursos del crédito adicional, no motivan la actualización de lo que se ha denominado "falsedad ideológica", por las siguientes razones:

a) Si bien el banco no entrega físicamente al acreditado las cantidades de dinero respectivas, ni viceversa, contablemente si se registran dichos movimientos, lo cual propicia una modificación en la carga de obligaciones del deudor y en su cúmulo de derechos, pues incluso con ello se libera de las obligaciones contraídas respecto del pago de interés vencidos del crédito adicional.

b) Las disposiciones que regulan el contrato de apertura de crédito, considerado eminentemente consensual, no exige para su perfeccionamiento la entrega real de dinero.

c) Las leyes que regulan la actividad bancaria, cuya naturaleza propicia la necesidad de efectuar una serie de movimientos de dinero en masa, han permitido expresamente la realización de movimientos bancarios que generan o descargan de deudas a los deudores a través de medios y asientos electrónicos; para demostrar esta afirmación esta afirmación es pertinente tomar en consideración lo dispuesto por el artículo 52 de la Ley de Instituciones de Crédito, el cual establece:

*Artículo 52.- Las instituciones de crédito podrán pactar la celebración de sus operaciones y la prestación de servicios con el público, mediante el uso de equipo y sistemas automatizados, estableciendo en los contratos respectivos las bases para determinar lo siguiente:*

*1. Las operaciones y servicios cuya prestación se pacte;*

II. *Los medios de identificación de usuario y las responsabilidades correspondientes a su uso, y*

III. *Los medios por los que se hagan constar la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos y obligaciones inherentes a las operaciones y servicios de que se trate.*

*El uso de los medios de identificación que se establezcan conforme a lo previsto por este artículo, en sustitución de la firma autógrafa, producirá los mismos efectos que las leyes le otorgan a los documentos correspondientes y, en consecuencia, tendrán el mismo valor probatorio.*

Lo anterior permite concluir que el contrato de apertura de crédito adicional para pago de intereses y su mecanismo peculiar de aplicación, no es afectado por la figura de la falsedad ideológica, ni la falta de entrega física del dinero objeto del crédito adicional, es causa de nulidad de aquéllas, pues además de que la entrega real no es un elemento de validez ni de existencia del contrato, para el caso especial de las operaciones bancarias, está expresamente permitido que se efectúen a través de asientos contables y electrónicos.<sup>68</sup>

El argumento de la Corte está sustentado en dos cuestiones, no ser necesaria la entrega física del dinero para el perfeccionamiento del contrato, y la permisión de ley de solo efectuar movimientos contables. La conclusión de no ser necesaria la entrega física del dinero, se apoya con la utilización conjunta de dos técnicas de argumentación: la implicación y la ruptura de enlace. Aceptar que el contrato de apertura de crédito adicional es un contrato consensual, implica aceptar

---

<sup>68</sup> Ibidem, p.p. 535-537.

### El discurso irracionalmente motivado en la contradicción de tesis

que para su perfeccionamiento no se requiere la entrega física de dinero, sino solo el acuerdo de voluntades. No debiendo asociarse la falsedad ideológica a la naturaleza jurídica del contrato, el cual no requiere de la entrega física del dinero para su perfeccionamiento. Este razonamiento nos remite al estudio efectuado en el 5° considerando, donde se aborda el tema de la supletoriedad. En él, si bien es cierto que se especificaron las características del contrato de apertura de crédito, dicha especificación fue aceptada por el Pleno, sin aclarar las razones por las cuales llegó a esa conclusión, limitándose a transcribir los artículos 291 al 300 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, estableciendo como séptima característica: "e) es un contrato consensual porque se perfecciona con el simple acuerdo de voluntades"<sup>69</sup>. El que algunos de los contratos se perfeccionen con la simple voluntad de las partes, no deja de ser una falacia o un dogma de fe, pues después de una exhaustiva búsqueda en la biblioteca, no encontré el porque un contrato es consensual. Más si encontré el antecedente del contrato de apertura de crédito, el mutuo, prototipo de los negocios de crédito. El mutuo era considerado por Gayo como un contrato real, por perfeccionarse con la entrega de la cosa, es decir, del dinero. La eventual obligación del mutuario de pagar intereses, surgía de otro contrato, la estipulación. Por su parte, la estipulación era considerada un contrato verbal, al perfeccionarse con decir ciertas palabras establecidas por la tradición; más a lado de la acción de la stipulatio, nació la *exception penunia non numerata*, por la cual el acreedor debe probar la entrega del dinero. De ser cierto el

---

<sup>69</sup> *Ibidem*, p. 243

### Capítulo Tercero

---

perfeccionamiento de un contrato con la simple voluntad de las partes, si en el contrato de apertura de crédito, no se entrega el dinero objeto del crédito, ¿es perfecto ese contrato?<sup>70</sup> En este tenor, para decir que los Ministros actuaron con justicia, o asumieron una actitud hipotética, debieron haber estudiado de forma adecuada el contrato de apertura de crédito, y lo que significaba sostener que el contrato de apertura de crédito se perfecciona con la simple voluntad de las partes, ya que dicha expresión es la base para sustentar, que el crédito adicional no encubre una falsedad ideológica. Por otra parte, suponiendo sin conceder que el contrato de apertura de crédito sólo se perfecciona con la voluntad de las partes; el considerando en comento, analiza y estudia el crédito adicional o el contrato de crédito adicional, el cual ni es principal, ni autónomo, ni necesariamente consensual.

Prosigue el Pleno con la utilización de la técnica de ruptura de enlace, al sustentar que la no entrega física del dinero, esta indebidamente asociada a la falsedad ideológica; en razón de que la entrega física del dinero, no limita los beneficios recibidos. Lo cual es falso, al no existir ninguna disminución del crédito adicional, de donde se advierte, el superficial estudio de la falsedad ideológica, la cual fue definida como la constancia de algo que en realidad no sucedió; en la tesis publicada en el Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Cuarta Parte, Tomo 163-168, página 117; la cual señala:

### TITULOS DE CREDITO, FALSEDAD IDEOLOGICA O SUBJETIVA EN LOS.

---

<sup>70</sup> Cfr ejemplo de la stipulatio del derecho romano, p. 4-5. BIALOSTOSKY, Sara. *Panorama del Derecho Romano*. Universidad Nacional Autónoma de México, México 1990, 3ª edición, p. 148-162

Existe falsedad ideológica o subjetiva cuando 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 80., 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 última es la confesión judicial si concurren en ella las circunstancias y requisitos que establecen los artículos 1287 y 1289 del Código de Comercio, aplicables cuando se trata de un procedimiento ejecutivo mercantil, en el que al rendirse la prueba de confesión del actor éste reconoce expresamente, bajo protesta de decir verdad, que nunca entregó cantidad alguna a los demandados.

Amparo directo 7490/81. Filiberto Ruvalcaba Zuleta y coagraviados. 7 de octubre de 1982. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Raúl Lozano Ramírez.

Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Parte: 163-168 Cuarta Parte, página: 117

En este orden de ideas, no sucedió la entrega material y física del crédito adicional otorgado, luego entonces sí existe una falsedad ideológica. Más dicha tesis no fue aplicada por el Pleno, por referirse a un pagaré.

Mientras que la conclusión de que la ley permite los movimientos contables, en lugar de la entrega física de dinero, se obtiene con la interpretación compleja del artículo 52 de la Ley de Instituciones de Crédito, y la técnica de enlace de implicación. Aceptar que el artículo 52 de la Ley de Instituciones de Crédito,

### **Capítulo Tercero**

---

permite los movimientos contables en lugar de la entrega física del dinero, implica que la no entrega física del dinero es legal. Más de la lectura de citado precepto, se desprende la posibilidad para pactar el servicio mediante el uso de sistemas automatizados, como medios electrónicos, sin permitir expresamente la realización de movimientos bancarios que generen o descarguen deudas a través de medios y asientos electrónicos. Debiendo distinguir dos cosas: la posibilidad de pacto y la permisión expresa para utilizar medios electrónicos, y movimientos contables en lugar de entrega física del dinero.

Por lo que se concluye, que los Ministros evitaron la tematización de la falsedad ideológica, con las patologías comunicativas de ininteligibilidad, error referencial, falta de veracidad y rectitud, por lo que la jurisprudencia aprobada es comunicativamente irracional.

#### **3.5.4. ¿Existe el anatocismo?**

La posibilidad de que la cláusula de crédito adicional del contrato de apertura de crédito, podría constituir anatocismo, se abordó en el décimo primer considerando. Por una parte los Tribunales Colegiados Séptimo y Octavo del Primer Circuito, Segundo del Tercer Circuito, Primero del Séptimo Circuito, Segundo del Décimo Segundo Circuito, Segundo del Décimo Sexto Circuito, Segundo del Décimo Séptimo, Primero y Segundo del Vigésimo Segundo Circuito y Primero del Vigésimo Tercer Circuito, todos en materia Civil; al analizar el crédito adicional, estimaron que se trataba de una forma de ocultar la

### El discurso irracionalmente motivado en la contradicción de tesis

capitalización de intereses de forma anticipada, lo cual se encontraba prohibido por el artículo 363 del Código de Comercio. Mientras que los Tribunales Colegiados Primero y Segundo del Primer Circuito, Primero del Tercer Circuito, Primero y Segundo del Séptimo Circuito, Segundo del Décimo Primer Circuito, Primero del Décimo Sexto Circuito, y Primero y Segundo del Vigésimo Primer Circuito, todos en materia Civil; sostuvieron que el crédito adicional no constituye pacto de anatocismo, en virtud de que el artículo 363 del Código de Comercio, prevé la posibilidad de celebrar tal convención, sin que se limite que General de Títulos y Operaciones de Crédito; llegaron a la conclusión de que el ésta deba ser previa o posterior al momento en que se generen dichos intereses. La finalidad de 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. Al no establecer 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 resolutor no debe distinguir.

Los Ministros después de un análisis al Código Civil, Código de Comercio, la Ley de Instituciones de Crédito, y la Ley anatocismo en nuestro ordenamiento jurídico, no existe; dicho vocablo se encuentra reservado a la doctrina. Era preponderante para la conclusión preparada, separar la concepción del anatocismo, de la cláusula de crédito adicional o el contrato de apertura de crédito adicional; evadiendo la posible tematización y asumiendo a priori una actitud asertórica. Por lo

### Capítulo Tercero

---

que le fue posible al Pleno, redefinir el tema a tratar; por el de si el contrato de apertura de crédito adicional implica una capitalización de intereses, y si la misma se encuentra o no prohibida por la ley.

Para su estudio se dividió el tema en tres cuestiones: 1) cuando el contrato de apertura de crédito adicional se pretenda equiparar a la capitalización de intereses, 2) cuando las partes pacten expresamente la capitalización e invoquen el artículo 363 del Código de Comercio, y 3) la temporalidad del pacto de capitalización de intereses.

#### 3.5.4.1. Diferencias entre el crédito adicional y la capitalización de intereses

La cuestión de si el contrato de apertura de crédito adicional o la cláusula de crédito adicional, se equipara al cobro de intereses sobre intereses, o capitalización de intereses, se razona de la siguiente forma:

(...) 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 interés, ni su capitalización.

Lo anterior obedece a 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.

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

## El discurso irracionalmente motivado en la contradicción de tesis

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.

Entre la capitalización de intereses y el contrato de apertura de crédito para cobertura de intereses existen, sustancialmente diferencias. La capitalización supone que haya intereses vencidos y no pagados. En cambio el contrato, llegado el momento de vencimiento de pago de intereses devengados, el deudor se ve legalmente en situación de pagar al acreedor las sumas en cuestión, lo cual podrá hacer con recursos propios o con los recursos de que puede disponer por virtud del crédito adicional. En este supuesto, los recursos del crédito adicional se utilizan para el pago de intereses vencidos, por lo que no ha lugar al incumplimiento por parte del deudor.

Por otra parte, mientras que los intereses, por la 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.

(...) el contrato de apertura de crédito para cobertura de intereses, jurídicamente no implica pago de intereses sobre intereses, ni pacto de pago de intereses sobre intereses, ni capitalización de los mismos, sino que se trata de un acto jurídico independiente, autorizado por la ley y que por lo mismo no es nulo.<sup>71</sup>

---

<sup>71</sup> Ibidem, p.p. 577-579.

### Capítulo Tercero

---

En el anterior argumento los Ministros utilizan la técnica de ruptura de enlace, junto con un lenguaje poco claro, para señalar que esta indebidamente asociado, el contrato de apertura de crédito adicional o la cláusula de crédito adicional, a la capitalización de intereses, ya que en opinión del pleno, son dos figuras completamente diferentes entre sí. 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, que no se da dicha capitalización.

Prosigue con un "detallado" desglose de las supuestas diferencias, entre ambas figuras, para demostrar su contradicción, así como la utilización de la técnica de incompatibilidad<sup>72</sup>. Como la supuesta diferencia, de que en la capitalización de intereses existen intereses vencidos y no pagados, mientras que en el contrato de apertura de crédito adicional o la cláusula del 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. Realizando el pleno una interpretación sumamente forzada de los conceptos, en relación a la semántica de las palabras, otorgando en ocasiones un significado extensivo según convenga, para desvirtuar los indicios de que la capitalización de intereses, y el crédito adicional, son equiparables. El error del referido estudio, no es sólo que se analizaron las figuras

---

<sup>72</sup> Ver técnicas de argumentación, p. 77.

### El discurso irracionalmente motivado en la contradicción de tesis

de forma aislada, sino era tan evidente y obvio, el deseo del tribunal por negar toda posibilidad a una problemática (la actitud asertórica), que se abordó el crédito adicional de forma gramatical, evadiendo así su tematización.

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 apertura 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.

Finalmente, señalan que el contrato de apertura de crédito adicional, jurídicamente no implica pago de intereses sobre intereses, ni pacto de pago de intereses sobre intereses, ni capitalización de los mismos, sino que se trata de un acto jurídico independiente, autorizado por la ley y que por lo mismo no es nulo. Lo cual es falso. Primero, lo que implica el cobro de intereses sobre intereses, es la consecuencia del crédito adicional, ya que al disponer de sumas de dinero para el pago de intereses, dichas erogaciones se suman al crédito adicional, y sobre ambas se cobran los intereses. Y segundo, no es un acto jurídico independiente, ya que su existencia depende del crédito principal, que habrá de cubrirse con el adicional. Se evade la tematización con las patologías comunicativas de inteligibilidad, error referencia, lenguaje engañosos y falta de rectitud, por lo que la jurisprudencia no esta racionalmente motivada.

### 3.5.4.2. La libertad contractual

En relación a la segunda cuestión, cuando las partes expresamente pacten la capitalización de intereses e invoque el artículo 363 del Código de Comercio, la reflexión fue:

(...) toda vez que aun cuando es innegable que en esta hipótesis, si existe pacto de capitalización de intereses, la misma deriva del convenio expreso de las partes en ese sentido, que se celebran 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.<sup>73</sup>

En este otro argumento, el tribunal hace referencia a la técnica de argumentación de implicación; aceptar la libertad contractual de las partes, en el contrato de apertura de crédito, implica la permisión de la capitalización de intereses. Con la única limitante de no contrariar a las normas de orden público, de ahí la importancia de los argumentos esgrimidos al abordar el tema de la supletoricidad, y destacar la no aplicación supletoria de los artículos 363 del Código de Comercio, y el 2397 del Código Civil. Ya que ambos preceptos establecen límites a la capitalización de intereses, al especificar el momento en el cual jurídicamente puede realizarse referido pacto, circunstancia que será abordada en el siguiente apartado.

Por lo anterior, resulta conveniente la deficiente interpretación común de los Ministros, que conlleva a una tematización incompleta, la cual delimita las opciones

---

<sup>73</sup> Ibidem, p. 579.

### **El discurso irracionalmente motivado en la contradicción de tesis**

posibles del plan social, e implicó una supuesta permisión legal, sustentada en la máxima jurídica "lo que no está prohibido, se encuentra permitido." El resultado es alcanzado con la utilización de las patologías comunicativas, de falta de veracidad y rectitud, así como por haber asumido el tribunal una actitud asertórica, y la acción social estratégica, por lo que la supuesta libertad contractual, se convierte en obstáculo en el proceso de comunicación, y parte del contenido ideológico del discurso del derecho.

#### **3.5.4.3. Temporalidad del pacto de capitalización de intereses.**

Y por último, respecto de la temporalidad del pacto de capitalización de intereses. Es decir, si el pacto de capitalización de intereses puede celebrarse antes o después de que se vengzan, o si está prohibido que las partes lo convengan de antemano, se cimentó en:

Las normas transcritas (artículos 363 del Código de Comercio y 2397 del Código Civil) 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.

Sin embargo, se diferencia 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, el artículo 363 del Código de Comercio no contiene ninguna exigencia de temporalidad para su capitalización. De allí que, en materia mercantil, el pacto de capitalización pueda recaer sobre intereses ya

vencidos que no han sido pagados, o bien, sobre los que tengan vencimiento futuro y no fueren pagados cuando sean exigibles, toda vez que en ambas hipótesis el convenio se refiere a intereses vencidos y no pagados, que es el único requisito exigido por esa norma.

En efecto, la expresión vencidos y no pagados que contiene el numeral mencionado, no debe ni puede 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.

Luego, el precepto a estudio, en su interpretación gramatical, autoriza a capitalizar los intereses vencidos y no pagados, sin que dicho enunciado contenga avisos de temporalidad.

(...)

Por otro lado, la distinción que establecieron algunos de los tribunales que entraron en contradicción, acerca de que la capitalización sólo puede ser posterior a que los réditos se encuentren vencidos y no pagados, implica la introducción de 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.<sup>74</sup>

El pleno se auxilia de la técnica de argumentación de implicación, la utilización de un lenguaje tramposo, y una interpretación violenta 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 intereses ya

---

<sup>74</sup> Ibidem, p.p. 583-586.

### **El discurso irracionalmente motivado en la contradicción de tesis**

---

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 qué intereses pueden ser objeto de dicha capitalización.

Los razonamientos de la Corte resultan sumamente comprometidos, y 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 sí distingue, y fue el pleno quien no quiso distinguir. De lo anterior, se evidencia la insuficiente interpretación del pleno, 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. Por lo que la estar ausentes las pretensiones de validez de los actos de habla, al igual que el resto del cuerpo de la sentencia, la jurisprudencia aprobada por el pleno se convierte en comunicativamente irracional.

#### **3.6. La convalidación de la nulidad**

El último tema abordado por el máximo tribunal, en el duodécimo considerando, fue determinar si los pagos efectuados por los deudores a las

### Capítulo Tercero

---

instituciones de crédito, convalidaron la posible nulidad que pudiera haber existido. Por una parte los Tribunales Colegiados Primero, Segundo, Tercero y Noveno en materia Civil del Primer Circuito, sostuvieron que 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. Mientras que los Tribunales Colegiados Séptimo y Octavo en materia Civil del Primer Circuito, Segundo del Décimo Primer Circuito, Segundo Del Décimo Séptimo Circuito, Primero del Vigésimo Segundo Circuito y Primero del Vigésimo Tercer Circuito, consideraron que el hecho de que se efectuaran diversos 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 del mismo ordenamiento, señala que los actos ejecutados contra en tenor de las 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 de los puntos analizados en el cuerpo de la sentencia; como el hecho de que:

- Los artículos 363 del Código de Comercio y 2397 del Código Civil para el Distrito Federal, no tienen aplicación supletoria a las disposiciones de capitalización de intereses de los contrato de apertura de crédito.
- Las instituciones de crédito tienen facultad para otorgar créditos de

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)....

Luego, si el artículo 81 del Código de Comercio establece que son aplicables a los actos mercantiles las disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal acerca de las causas que invalidan los contratos, y si el contrato de apertura de crédito participa de esa naturaleza, según se precisó anteriormente, para analizar la nulidad de éste, habrá de atender a tales disposiciones.

(...) resalta 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 modo, se tiene por ratificación tácita y extingue la acción de nulidad (artículo 2234), en virtud de que ellas se infieren de modo indubitante que la nulidad absoluta no es convalidable, a diferencia de la relativa que si lo es.

(...) de conformidad con lo dispuesto en el artículo 78 del Código de Comercio, aplicable supletoriamente en términos de la fracción II del artículo 2 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos en que quiso obligarse, es inconcuso que si, al celebrar un contrato de apertura de crédito, las partes convienen en que se otorgue al acreditado un crédito adicional para pago de interés, al no existir disposición legal alguna que prohíba tal convención, la cláusula o cláusulas relativas no caen en el supuesto del

## El discurso irracionalmente motivado en la contradicción de tesis

refinanciamiento de pasivos; al no aplicárseles el Reglamento sobre Instituciones Nacionales y Organizaciones Auxiliares Nacionales de Crédito.

- La Ley de Instituciones de Crédito no prohíbe el otorgamiento de crédito para pago de pasivos.
- En el contrato de apertura de crédito, existe la libertad contractual de las partes, para pactar la capitalización de intereses.
- La falta de estudio de viabilidad económica no invalida el contrato de apertura de crédito.
- La cláusula de crédito adicional no constituye simulación, ni falsedad ideológica.

Con los antecedentes descritos, la Corte nuevamente redefinió el tema a tratar, siendo ahora, "si de existir nulidad en la cláusula del crédito adicional, ¿esta sería relativa? Llegando a la conclusión de que en caso de existir nulidad en el contrato de apertura de crédito, esta será relativa, en base a los siguientes razonamientos:

Cuando la fracción II del precepto antes transcrito (artículo 2 de la Ley General de Títulos 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.

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)....

Luego, si el artículo 81 del Código de Comercio establece que son aplicables a los actos mercantiles las disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal acerca de las causas que invalidan los contratos, y si el contrato de apertura de crédito participa de esa naturaleza, según se precisó anteriormente, para analizar la nulidad de éste, habrá de atender a tales disposiciones.

(...) resalta 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 modo, se tiene por ratificación tácita y extingue la acción de nulidad (artículo 2234), en virtud de que ellas se infieren de modo indubitable que la nulidad absoluta no es convalidable, a diferencia de la relativa que si lo es.

(...) de conformidad con lo dispuesto en el artículo 78 del Código de Comercio, aplicable supletoriamente en términos de la fracción II del artículo 2 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos en que quiso obligarse, es inconcuso que si, al celebrar un contrato de apertura de crédito, las partes convienen en que se otorgue al acreditado un crédito adicional para pago de interés, al no existir disposición legal alguna que prohíba tal convención, la cláusula o cláusulas relativas no caen en el supuesto del

## El discurso irracionalmente motivado en la contradicción de tesis

artículo 8 del Código Civil del Distrito Federal, es decir no adolece de nulidad absoluta por ir contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público.

(...) el punto de la contradicción de tesis no era propiamente si el cumplimiento voluntario de lo pactado convalida o no la nulidad, sino el tipo de nulidad que se presuponia (...), no adolece de nulidad absoluta, el punto de contradicción ha quedado resuelto y carece de sentido cuestionarse si con el cumplimiento voluntario se convalida o no, pues no hay nada que convalidar.<sup>79</sup>

El argumento se sustenta en premisas falsas, señaladas en los incisos a, b, c, d, e y f, las cuales fueron analizadas en los diversos puntos del presente estudio. Efectuando una vez más el pleno, una interpretación gramatical y forzada del artículo 2 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito; mas a diferencia de la interpretación efectuada en quinto considerando, ahora el sustento fue la palabra "legislación mercantil general." Se utilizó la técnica de implicación, para determinar que en el caso remoto de alguna futura nulidad, esta será relativa, susceptible de convalidación, el aceptar que la Ley de Títulos permite solo la aplicación supletoria de las "normas generales del Código de Comercio", implica aceptar la no aplicación supletoria del artículo 363 de ordenamiento mercantil, cuya consecuencias, es la no existencia de una norma transgredida, para hacer imposible la nulidad absoluta en relación con el artículo 8 del Código Civil para el Distrito Federal, sino en todo caso sería una nulidad relativa.

---

<sup>79</sup> Ibidem, p.p. 609-625.

Circunstancias, que ponen de manifiesta la incorrecta interpretación común de los Ministros, que se traduce en considerar pocas opciones para la solución de la problemática, al haber evitado la tematización de los factores determinantes en el anatocismo, ello en detrimento de la eficacia del fallo. Los Ministros adoptaron el tipo de acciones encaminadas al éxito, estratégico, una actitud asertónica, y mediante las patologías comunicativas la jurisprudencia aprobada, es comunicativamente irracional.

### 3.7. La ética del discurso jurisprudencial

La determinación del grado ético del discurso jurisprudencial, será obtenida al filtrar el discurso en la teoría de la acción comunicativa, y verificar el cumplimiento del plan de acción social y el tipo de acción social. En este contexto, para que los resolutorios de la sentencia en estudio fueran éticos, se debió asumir una actitud hipotética y la acción comunicativa. Más en cambio, la Corte asumió una acción social encaminada al éxito (estratégica), es decir, busco el éxito a cualquier precio. Por ello, al interpretar la problemática del anatocismo, la interpretación realizada fue deficiente, lo cual no permitió plantearse la gama de alternativas posibles, reduciendo el plan de acción y convirtiéndolo en ineficaz y anti-ético.

La interpretación fue forzada al no tematizar de una manera completa o adecuada, los factores relevantes del anatocismo, como la supletoriedad del Código Civil y del Código de Comercio al contrato de apertura de crédito, la determinación

## El discurso irracionalmente motivado en la contradicción de tesis

de las tasas de interés, o las facultades de los bancos para otorgar refinanciamientos de pasivos, entre otros. Lo no tematizado se convirtió en implícito, en sobre entendido o mal entendido. La consecuencia de ello, no fue solo restringir las alternativas de acción, sino ser el inicio de las ideologías, lo cual ocasionó una falsa conciencia de la realidad.

Por todo lo anterior, afirmo que la eficacia del fallo es comunicativamente reducida, al solo considerar los intereses de una de las partes, y no el de todos los participantes. Luego entonces, si en los razonamientos del pleno, no se contemplaron la gama de posibilidades, y se redujo la capacidad de análisis que otorga la interpretación, los contenidos de la resolución son ideológicos. Los cuales no solo limitan el proceso comunicativo, sino el reconocimiento recíproco y el autodesarrollo de los sujetos participantes. Motivo por el cual, las jurisprudencias aprobadas son comunicativamente irracionales, y anti éticas.

### **3.8. Propuesta de argumentación<sup>76</sup>**

Mas a fin de dar una propuesta de argumentación jurídica al problema del anatocismo, aplicaré la teoría de la argumentación de Alexy, a algunos de los temas estudiados en los apartados anteriores, para comprobar mi hipótesis de si mediante la utilización conjunta de las herramientas elegidas, es factible llegar a una verdad probable, luego entonces al cumplirse éstas, se obtendrá una motivación razonada y consenso.

---

<sup>76</sup> Ver Argumentación Jurídica, p.p. 83-85

### Capítulo Tercero

---

**Problema 1: La regulación del contrato de apertura de crédito:  
Es necesaria la supletoriedad de la ley.**

- ¿El contrato de apertura de crédito se encuentra perfectamente regulado en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito?

- **Justificación Interna:**

$P = Q$ $P$	$P =$	El contrato de apertura de crédito se encuentra perfectamente regulado por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.
$Q$	$Q =$	Debe excluirse la aplicación supletoria de los ordenamientos señalados en el artículo 2 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.
$P = Q$ $-P$	$-P =$	El contrato de apertura de crédito no se encuentra perfectamente regulado por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.
$-Q$	$-Q =$	Debe aplicarse supletoriamente los ordenamientos establecidos en el artículo 2 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

- **Justificación Externa:**

1. **Canon Semántico:** Desde el punto de vista del significado de las expresiones normativas, el contrato de apertura de crédito no se encuentra perfectamente regulado por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. Al expresamente señalar el artículo 2° de citada ley, que en

## El discurso irracionalmente motivado en la contradicción de tesis

defecto de dicha ley, se aplicarán las leyes especiales, en su defecto la legislación mercantil general, en su defecto, los usos bancarios y mercantiles, y en su defecto, el Código Civil para el Distrito Federal; entendiéndose por defecto la carencia, falta de una o más cualidades propias de una cosa, como una imperfección física, intelectual o moral, como una inexactitud. Luego entonces, la falta de regulación de la capitalización de intereses, así como sus restricciones es una inexactitud de la ley, cuya consecuencia es la necesaria aplicación supletoria de los ordenamientos establecidos en el artículo mencionado.

- 2. Canon Sintáctico:** Desde el panorama de la coherencia de las norma a interpretar, el contrato de apertura de crédito no se encuentra perfectamente regulado. En toda ley se connota las características, atributos o propiedades de un sujeto, objeto o cosa, es decir, se señala el concepto general. La ley aparece ante nosotros como una forma de expresión, motivo por el cual se hace imprescindible la interpretación en la aplicación del caso concreto, la denotación de los sujetos u objetos a los que se aplica la palabra o la expresión señalada en la ley, es decir, señalar los ejemplos particulares. Nunca antes de la contradicción de tesis, alguien tuvo la soberbia de aludir a la perfección de una ley, sin antes realizar el estudio de forma conjunta y a la luz de un problema. Estudio donde se considerará en forma hipotética todos los temas que constituyeron el

### Capítulo Tercero

---

anatocismo, para solo entonces, afirmar si alguna figura jurídica se encuentra perfectamente regulada en alguna legislación.

3. **Canon Pragmático:** Desde el horizonte de las consecuencias sociales, el contrato de apertura de crédito se encuentra perfectamente regulado por la ley de títulos, pero llegar a esta respuesta fue complejo. Por un lado, de los 79 mil millones de pesos de la cartera vencida, reportada por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores en diciembre de 1997, 30 mil millones de pesos corresponden a créditos hipotecarios de los deudores en problemas, y por el otro, del dinero prestado el 92% pertenece a los ahorradores, es decir 27,600 millones. Las consecuencias de una mala regulación del contrato de apertura de crédito, tendría como consecuencias la aplicación supletoria del Código de Comercio, el cual establece que la capitalización de intereses debe realizarse, únicamente cuando estos han sido vencidos y no pagados, por lo que al haber realizado los banqueros la capitalización de intereses antes de que los intereses hubieran sido devengados, los pactos serían nulos, e irre recuperable el dinero de los ahorradores. Esta decisión no deja de ser compleja, porque el salvar a los ahorradores, implica salvar a los banqueros, quienes sin duda resultaron los más beneficiados.

4. **Canon Genético:** Desde la panorámica de la voluntad del legislador, el

### El discurso irracionalmente motivado en la contradicción de tesis

contrato de apertura de crédito no se encuentra perfectamente regulado, ya que en la exposición de motivos de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, se estableció que no era la intención darle valor social a formas no típicas de contratación, en las cuales predomine la imaginación o la voluntad de los individuos contratantes. En este tenor, la tan ensalzada libertad contractual en materia de intereses, no era la intención del legislador, al promulgar la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

5. **Canon Histórico:** Desde la perspectiva romanista, se desconfiaba del derecho legislado, se prefería el nacimiento de las normas jurídicas de forma espontánea, como derecho consuetudinario, o bien, vía las opiniones de prestigiosos jurisconsultos, o medidas procesales tomadas por los magistrados; mediante la interpretación realizada del caso específico, a fin de encontrar una solución prudentemente justa. La ley solo otorgaba datos, los cuales debían ser asimilados por la autoridad judicial, y no limitarse a sustituir a partir de la ley. Por ello, ningún jurisconsulto romanista hubiera señalado la perfección de ninguna ley.<sup>77</sup> Mientras en la actualidad no existe legislación que eleve a la categoría de perfecta, legislación alguna. El Código de Comercio de Venezuela prevé el contrato de cuenta corriente bancaria en dos modalidades: a descubierto o con provisión de fondos; reconociendo la libertad contractual en lo

## Capítulo Tercero

---

relacionado a tasa de interés, comisión y todas las demás estipulaciones que definan las relaciones jurídicas entre el banco y el cliente, mas estipulando que los intereses nunca podrán rebasar el 12% anua; por otra parte, se prevé que las partes podrán capitalizar los intereses en periodos no menores de seis meses, determinando la época de los balances parciales, la tasa del interés y la comisión. Y expresamente señala la supletoriedad en lo no previsto del Código Civil, y de las costumbres mercantiles, siempre que estas sean uniformes, públicas, generalmente ejecutados en la República o en una determinada localidad y reiterados por un largo espacio de tiempo que apreciarán prudencialmente los Jueces de Comercio.<sup>79</sup> Por su parte, la República Oriental de Uruguay y Puerto Rico, no establecen en sus respectivos Códigos de Comercio, un contrato de apertura de crédito, sino solo el contrato de préstamo y préstamo con garantía hipotecaria. El derecho mercantil de Uruguay, establece la supletoriedad en lo no previsto, por el derecho civil, instituyendo reglas para la interpretación de los contratos para cuando su clausulado no sea claro, siendo necesario el pacto por escrito de los intereses para que estos se causen, mas si en dicho pacto, no se establece la cantidad a que éstos han de ascender o del tiempo en que deben empezar a correr, se aplicará el interés legal del 6% anual. En lo referente a la capitalización de intereses, esta es posible mediante convenio expreso, en defecto de convención, los

---

<sup>77</sup> Cfr 1.1. Derecho Romano, p.p 1-6

<sup>78</sup> Cfr artículos 8, 9, 108, 518, 521 y 524 del Código de Comercio de Venezuela.

## El discurso irracionalmente motivado en la contradicción de tesis

intereses devengados, por cada año corrido, pueden capitalizarse.<sup>79</sup> Por lo que respecta al derecho mercantil de Puerto Rico, en deficiencia del Código de Comercio se aplicara supletoriamente en lo referente a los contratos mercantiles, las leyes especiales y las reglas generales del derecho común. Los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses, mas los contratantes podrán, sin embargo, capitalizar los intereses líquidos y no satisfechos, que, como aumento de capital, devengarán nuevos réditos.<sup>80</sup>

**6. Canon Teleológico:** Desde la finalidad de la norma a interpretar, el contrato de apertura de crédito no se encuentra perfectamente regulado por la Ley de Títulos, al prevé ésta en el artículo 2º, los ordenamientos jurídicos que se deben de aplicar supletoriamente, para el caso de deficiencia o inexactitud de alguna de las figurad jurídicas establecidas. De donde se desprende, que la finalidad del legislador al promulgar la ley, no fue que se observará únicamente ésta, sino que referida ley fuera completada con las demás leyes.

**7. Canon de Autoridad:** Desde la autoridad de los criterios jurisprudenciales, el contrato de apertura de crédito no se encuentra perfectamente regulado en la Ley General de Títulos y Operaciones de

<sup>79</sup> Cfr artículos 191, 295, 296, 700, 707, 711, 712 y 718 del Código de Comercio de la República Oriental de Uruguay.

<sup>80</sup> Cfr artículos 81, 232 al 235 del Código de Comercio de Puerto Rico.

### Capítulo Tercero

---

Crédito, ya que hasta antes de resolver la contradicción de tesis, se planteaba las opciones de aplicar supletoria los artículos 2397 del Código Civil o 363 del Código de Comercio, más nunca se previó que la Ley de Títulos fuera perfecto.

8. **Canon Ético:** Desde el punto de vista de la equidad, el contrato de apertura de crédito no se encuentra perfectamente regulado. Siendo más justo aplicar las disposiciones y prohibiciones del Código de Comercio, las cuales establecen la temporalidad de la capitalización de intereses, y ante la imprecisión de la tasa de interés aplicable, el interés legal del 6% anual.
  
- **Preponderación:** Desde el punto de vista cualitativo de los canones el contrato de apertura de crédito, no se encuentra perfectamente regulado, por lo que se debe aplicar supletoriamente las leyes especiales, en su defecto, la legislación mercantil general, en su defecto, los usos bancarios y mercantiles y, en su defecto, el Código Civil para el Distrito Federal, de conformidad con el artículo 2 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

**Problema 2: La determinación de la tasa de interés aplicable**

- ¿La tasa de interés aplicable a los intereses moratorios es indeterminable o imprecisa?

• **Justificación Interna:**

$P=Q$ $P$	$P=$	La tasa de interés aplicable a los intereses moratorios es indeterminada o imprecisa.
<hr/>	$Q=$	Debe aplicarse el interés legal del 6%.
$P=Q$ $-P$	$-P=$	La tasa de interés aplicable a los intereses moratorios no es indeterminable o imprecisa
<hr/>	$-Q=$	No debe aplicarse el interés legal, sino la tasa estipulada en el contrato de apertura de crédito.

• **Justificación Externa:**

1. **Canon Semántico:** Desde el punto de vista del significado del clausulado del contrato de apertura de crédito, la tasa de interés aplicable es indeterminada e imprecisa. Al señalar en el clausulado que será aplicable la que resulte mayor del a tasa líder del mercado, y que las cantidades ejercidas por el acreditado causarán interés ordinario sobre saldo insoluto en la siguiente forma: "La tasa base anual aplicable será la que determine "BANCOMER", considerando la que resulte mayor de: tasa líder del mercado por un facto de 1.20 o tasa líder más 6 puntos

### Capítulo Tercero

---

porcentuales. La base para calcular el interés mensual será el resultado de dividir dicha tasa base anual entre 360 y multiplicar el resultado por el número de días naturales que tenga el mes, cerrándose en centésimas. La tasa líder será la que resulte mayor de: a) El promedio aritmético de las tasas de rendimiento bruto de los certificados de la tesorería de la federación (CETES) de las 4 últimas semanas anteriores al día 26 inclusive, del mes inmediato anterior, a plazo de 26, 27, 28 o 29 días en colocación primaria. b) El promedio aritmético de rendimiento bruto en la oferta pública de aceptación bancaria de las 4 últimas semanas anteriores, a plazo no mayor de 30 días, ni inferior a 26 días de las siguientes Instituciones Bancarias: Bancomer, Banamex y Serfin. c) El costo porcentual promedio de captación (CCP) del mes inmediato anterior estimado por el Banco de México y publicado en el Diario Oficial de la Federación. Y d) El rendimiento bruto de cualquier otro instrumento que emita el gobierno federal o las instituciones bancarias en México, para allegarse de recursos, llevados en curva de rendimientos a 30 días correspondientes hasta el día 26, inclusive del mes inmediato anterior. En consecuencia las partes convienen en que los intereses se ajusten mensualmente.<sup>81</sup> De la anterior transcripción se desprende, que no es posible determinar la tasa de interés aplicable, al no ser de dominio público los instrumentos de inversión sobre los cuales se calculara los intereses, y la

---

<sup>81</sup> Octavo considerando de la contradicción de tesis 31/98, p.p. 441-443.

## El discurso irracionalmente motivado en la contradicción de tesis

aplicación del instrumento a aplicar, depende directamente de la voluntad del Banco.

2. **Canon Sintáctico:** Desde el panorama de la coherencia de la norma a interpretar, la tasa de interés aplicable es indeterminada, ya que para el entendimiento del clausulado citado, se requieren de conocimientos especiales para conocer la tasa aplicable, y aún teniéndolos, la determinación en la aplicación del instrumento (C.P.P., CETES, etc.) esta supeditada a la voluntad de la institución bancaria.
3. **Canon Pragmático:** Desde el horizonte de las consecuencias sociales, la tasa de interés aplicable es indeterminada, ya que el interés legal en materia mercantil es del 6% anual, mientras que el establecido en los contrato de apertura de crédito llegó a ser hasta del 100%. Además no son comparable los intereses impuesto por los bancos para las operaciones activas (prestamos), como para las operaciones pasivas (ahorros), por lo que de no recuperarse los intereses pretendidos cobrar a los deudores, no peligraría el dinero de los ahorradores, sino las ganancias que por especulación pretendían los banqueros.
4. **Canon Genético:** Desde la panorámica de la voluntad del legislador, la tasa de interés es indeterminada, pues la exposición de motivos de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito señaló: no ser la intención

### Capítulo Tercero

---

darle valor social a formas no típicas de contratación, en las cuales predomine la imaginación o la voluntad de los individuos contratantes.

5. **Canon Histórico:** Desde la perspectiva romanista, solo era factible estipular el pago de intereses al contrato de mutuo, mediante el contrato de *stipulation usurarum*, es decir, superponían una estipulación al mutuo, surgiendo una sola obligación, con una sola acción, con una causa doble. En la Ley de las Doce Tablas se estableció un interés legal del 10% anual; para la época de Cicerón se instauró una tasa diferencial de intereses, según el rango social y actividad del acreedor, sin poder exceder del 121% anual. Con el cristianismo se reglamento la usura, mediante la Ley Anastasiana, la cual prohibió exigir al deudor más de los que hubiera costado el crédito, y calcular intereses sobre intereses; así los créditos atrasados y acumulados no pudieron exceder del capital. Justiniano redujo al máximo los intereses: 6% anual para los particulares, 8% para los comerciantes y 4% para las personas de rango elevado. Por lo que, la tradición romana permitía a las partes estipular los interés, más señalaba un límite, tendiente a evitar abusos y usura.<sup>82</sup> Por su parte, Argentina, Colombia, Guatemala, y Uruguay, otorgan libertad contractual a las partes en materia de intereses, con algunas salvedades. La legislación de Guatemala y Argentina establece límites a dicha libertad contractual. Por

<sup>82</sup> Bialostosky, op cit, p. 154. HERNÁNDEZ-TEJERO JORGE, Francisco. *Lecciones de Derecho Romano*. Universidad de Madrid, Madrid 1989, 5ª edición, p.p 223 y 227

ejemplo en Guatemala, las partes puede pactar libremente la tasa de interés aplicable, aún en la capitalización de intereses, siempre que no se sobrepase la tasa promedio. Estableciendo en el artículo 1947 de su Código Civil, el interés legal, el cual es igual al promedio de las tasas de interés activa publicada por los bancos, al día anterior a la fecha de su fijación, menos dos puntos porcentuales, así como la facultad a los jueces para reducir el interés.<sup>83</sup> Lo cual es sin duda una solución bastante equitativa, pues aunque es el banco quién determina la tasa aplicable, el juez tiene la facultad de reducirla. Por su parte, el Derecho Argentino aún cuando reconoce la libertad contractual de las partes en materia de intereses, establece una excepción en el artículo 954 de su Código Civil, cuando no se está en condiciones de optar por el rechazo del negocio, sino por el contrario se está compelido a aceptarlo, aunque de él resulte un perjuicio grave e importante. Por todo lo anterior, a partir de cómo se resolvía en el pasado y en la actualidad por otros países, es factible la libertad contractual en materia de interés, mas para evitar abuso y usura debe establecerse un límite.

6. **Canon Teleológico:** Desde la finalidad de la norma a interpretar, la tasa de interés es indeterminable, al ser la finalidad de los intereses otorgar un premio al prestamista, por otorgar una suma de dinero por cierto tiempo a

---

<sup>83</sup> Cfr. Artículos 691 del Código de Comercio y 1947 y 1948 del Código Civil de Guatemala, [www.banguat.gob.gt/info/dec2595.dcf](http://www.banguat.gob.gt/info/dec2595.dcf)

## Capítulo Tercero

---

una persona. Mas sin en cambio, dicho premio, no puede ser la excusa para el aprovechamiento de los deudores, extralimitándose en la fijación unilateral de dicho premio.

7. **Canon de Autoridad:** A partir de los criterios jurisprudenciales y doctrina, no existe un limite en la fijación de la tasa de interés, se deja a la voluntad de las partes, aunque quizás dicha voluntad se reduzca al establecimiento unilateral por parte de la banca. Sin en cambio, para el caso de imprecisión o indeterminación, la legislación y la jurisprudencia a establecido la aplicación de un interés legal del 6% anual en materia mercantil, y del 9% en materia civil.
  8. **Canon Ético:** Desde el punto de vista de la equidad, es importante reconocer la voluntad de las partes, premiar la especulación y al prestamista, mas también es importante ponerle limites a dicha voluntad. Quizás sea buena copiar la opción de Código Civil de Guatemala, la cual le confiere al Juez la facultad de reducir los intereses, con la finalidad de frenar el abuso.
- **Preponderación:** Contabilizando los canones de forma cualitativa la tasa de interés aplicable a los intereses moratorio es imprecisa o indeterminable, debe aplicarse el interés legal en materia mercantil del 6% anual, al ser el contrato de apertura de crédito un acto de comercio, de conformidad con los artículos 1° de la

## El discurso irracionalmente motivado en la contradicción de tesis

Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y 363 del Código de Comercio.

### **Problema 3: La facultad de la banca para otorgarse financiamiento de pasivos**

- ¿Tienen las Instituciones de Banca Múltiple facultades para otorgar financiamiento de pasivos?
- **Justificación Interna:**

$\frac{P=Q}{P}$	$P=$	Las Instituciones de Banca múltiple tienen facultades para otorgar financiamiento de pasivos
$Q$	$Q=$	Al deberse aplicar el inciso b) del artículo 8 del Reglamento sobre Instituciones Nacionales y Organizaciones y Organizaciones Auxiliares de Crédito.
$\frac{P=Q}{-P}$	$-P=$	Las Instituciones de Banca Múltiple no tienen facultades para otorgar financiamiento de pasivos.
$-Q$	$-Q=$	Al excluirse la aplicación del inciso b) del artículo 8 del Reglamento sobre Instituciones Nacionales y Organizaciones y Organizaciones Auxiliares de Crédito.

- **Justificación Externa:**

1. **Canon Semántico:** Desde el punto de vista del significado de las expresiones normativas, las Institución de Banca Múltiple no tienen facultades para otorgar financiamiento de pasivos. Porque si bien, la fracción VI del artículo 46 de la Ley de Instituciones de Crédito, establece la

facultad de otorgar créditos o préstamos a las Instituciones de Crédito, no pose el mismo referente el vocablo "otorgamiento de crédito" y "financiamiento de pasivos", al ser el primero, un contrato por el cual una persona obtiene temporalmente una cantidad de dinero de otra, a cambio de una remuneración en forma de intereses, y al vencimiento, el deudor devuelve el monto otorgado más sus respectivos intereses; mientras que el financiamiento es la existencia de un nuevo crédito para el pago de otro crédito, en cuyo caso cubrirá el pago de los pasivos del propio Banco acreditante. Por lo que, al no tener el mismo referente, la facultad de la Institución de Banca Múltiple para otorgamiento de crédito, no implica la facultad de financiamiento de pasivos; máxime si el Reglamento sobre Instituciones Nacionales lo prohíbe, y no se encuentra derogado.

- 2. Canon Sintáctico:** Desde el panorama de la coherencia de la norma a interpretar con su contexto normativo, las Institución de Banca Múltiple no tienen facultad para otorgar financiamiento de pasivos, toda vez que el Reglamento sobre Instituciones Nacionales y Organizaciones y Organizaciones Auxiliares de Crédito no se encuentra derogado expresamente, por las leyes que surgieron con posterioridad a él, y para derogarse de forma tácita, tendría que existir un precepto que expresamente permita a las Institución de Banca Múltiple el financiamiento de pasivos, lo cual no ocurre.

3. **Canon Pragmático:** Desde el horizonte de las consecuencias sociales, las Institución de Banca Múltiple si tienen facultades para el otorgamiento de financiamiento de pasivos, ya que si las Institución de Banca Múltiple no tuvieran facultades para el financiamiento de pasivos, los contrato de apertura de crédito estarían afectados de nulidad, y consecuentemente improcedente el cobro del crédito, el cual es dinero de los ahorradores, no del Banco. Por lo que los más afectados serían los ahorradores.
4. **Canon Genético:** Desde el panorama de la voluntad del legislador, las Institución de Banca Múltiple no tienen facultades para el otorgamiento de pasivos, al haber señalado el legislador su intención en el artículo 4° transitorio de la Ley de Instituciones de Crédito, el cual dice "que en tanto el ejecutivo federal, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, el Banco de México y la Comisión Nacional Bancaria, dictan los reglamentos y las disposiciones administrativas de carácter general a que se refiere esta ley, seguirán aplicándose las expedidas con anterioridad a la vigencia de la misma, en las materias correspondientes, es decir el Reglamento aludido, y al expedirse las disposiciones a que se refiere este artículo, se señalarán expresamente aquellas a las que sustituyan y quedan derogadas." Por lo que, si la intención del legislador hubiera sido otorgarle a las Institución de Banca Múltiple facultades para el financiamiento de

## Capítulo Tercero

---

pasivos, hubiera derogado expresamente el Reglamento sobre Instituciones Nacionales y Organizaciones y Organizaciones Auxiliares de Crédito.

- 5. Canon Histórico:** Desde la perspectiva del derecho comparado, no es posible determinar si las Institución de Banca Múltiple tienen facultad para otorgar financiamiento de pasivos, al no haber encontrado un ordenamiento que lo prohibiera, solamente algunos preceptos que impiden a los bancos otorgar créditos que excedan de cierto porcentaje. Como por ejemplo, los bancos de Guatemala tienen prohibido otorgar créditos que excedan del 20% del patrimonio bancario a una sola persona individual o jurídica, o 40% del patrimonio bancaria a 2 o más personas relacionadas o vinculadas, que formen parte de una unidad de riesgo, dicho porcentaje se amplía al 50%, si el exceso del 40% cuenta con garantías reales.<sup>84</sup> Mientras que la legislación Panameña prohíbe a los bancos otorgar créditos que excedan del 5% de su fondo de capital, si el crédito no está garantizado; 10% de su fondo de capital al préstamos con garantía real; y para préstamos garantizados con depósitos en el propio Banco el límite es el 50% de los Fondos de Capital. Dentro de esa legislación, se prevé la nulidad de las cláusulas contractuales, si obtienen el carácter de abusivo.<sup>85</sup>

<sup>84</sup> Cfr artículo 88 del Decreto Ley de Bancos número 315 de la República de Guatemala.

<sup>85</sup> Cfr artículos 64 y 145 del Decreto Ley número 9 de la República de Panamá, Superintendencia de Bancos.

## El discurso irracionalmente motivado en la contradicción de tesis

6. **Canon Teleológico:** Desde la finalidad de la norma a interpretar, las Institución de Banca Múltiple no tienen facultades para el otorgamiento de pasivos. Al considerar por una parte, que la fracción VI del artículo 46 de la Ley de Instituciones de Crédito, que le otorga a las instituciones bancarias facultad para otorgar préstamos o créditos, tiene como finalidad que se cumpla el objeto social del banco, es decir, prestar el servicio de banca y crédito; mientras que la prohibición en el aludido reglamento a las instituciones de crediticias, tiene como finalidad que los Bancos no cubran con el dinero de los ahorradores sus propias deudas.
  
7. **Canon de Autoridad:** Desde de la autoridad de la jurisprudencia, las Institución de Banca Múltiple no tienen facultades para otorgar financiamiento de pasivos, pues hasta antes de resolver la contradicción de tesis en estudio, tenía vigencia la tesis: Pagos de pasivos, Nulidad del préstamo para, otorgado por una Institución de Crédito. Ya que de conformidad con el inciso b) del artículo 8 del Reglamento sobre Instituciones Nacionales y Organizaciones Auxiliares Nacionales del Crédito; los bancos están impedidos para realizar mediante movimientos contables de cargo y abono, que constituya préstamo para pago de pasivos.
  
8. **Canon Ético:** A partir del punto de vista de la equidad, las Institución de

Banca Múltiple no tienen facultades para financiar sus propios pasivos. Al considerar por una parte, que si bien la falta de facultades de los bancos para otorgar financiamiento de pasivos, trae como consecuencia que el contrato de apertura de crédito se encuentre viciado de nulidad, lo que hace improcedente el cobro del crédito, afectando el dinero de los ahorradores; también se debe considerar, que si los bancos hubieran realizado por cada uno de las inversiones, un proyecto de recuperación y viabilidad, se hubiera determinado la idoneidad del acreditado, para así no tener que cubrir con el dinero de los ahorradores, el pasivo del banco. En este contexto, la decisión judicial no debe perjudicar ni a los ahorradores, ni a los deudores, sino sancionar la especulación bancaria.

- **Preponderación:** Desde el punto de vista cualitativo de los canones, las Instituciones Banca Múltiple no tienen facultades para otorgar financiamiento de pasivos, por lo que la cláusula de crédito adicional de los contrato de apertura de crédito, esta afectada de nulidad.

### **Problema 4: La falta de proyecto de viabilidad económica**

- ¿El contrato de apertura de crédito esta afectado de nulidad por no cumplir las Instituciones Banca Múltiple con la obligación de realizar el proyecto de viabilidad económica de los proyectos de inversión?

## El discurso irracionalmente motivado en la contradicción de tesis

### • Justificación Interna:

$P = Q$ $P$	$P =$	La falta de proyecto de viabilidad económica por parte de la Banca, hace que el contrato de apertura de crédito sea nulo
$Q$	$Q =$	Al ser una causal de nulidad la falta de proyecto de viabilidad económica.
$P = Q$ $\neg P$	$\neg P =$	La falta de proyecto de viabilidad económica por parte de la Banca, no hace que el contrato de apertura de crédito sea nulo.
$\neg Q$	$\neg Q =$	Al no ser una causal de nulidad la falta de proyecto de viabilidad económica.

### • Justificación Externa:

1. **Canon Semántico:** Desde el punto de vista del significado de las expresiones del artículo 65 de la Ley de Instituciones de Crédito, la falta de proyecto de viabilidad económica no es causa de nulidad del contrato de apertura de crédito, ya que aunque es una obligación legal de las Institución de Banca Múltiple, en la última parte de dicho ordenamiento, se establece la obligación a la Comisión Nacional Bancaria para vigilar el cumplimiento de dicho precepto, y dentro del capítulo de sanciones de dicha ley, no se establece la nulidad del contrato.
  
2. **Canon Sintáctico:** Desde el panorama de la coherencia de la norma a interpretar, la falta de proyecto de viabilidad económica es causa de

### Capítulo Tercero

---

nulidad del contrato de apertura de crédito, ya que aunque no existe la sanción expresa de la nulidad en dicho ordenamiento, la existencia de la norma, obedece a un deseo de protección del dinero de los ahorradores. Al ser el dinero de éstos el que se arriesga, y no el de la Banca, por lo que es vital conocer si dicho dinero se va a recuperar y en cuanto tiempo.

3. **Canon Pragmático:** Desde el horizonte de las consecuencias sociales, la falta de proyecto de viabilidad económica, es causa de nulidad del contrato de apertura de crédito, debiéndose sancionar con nulidad al contrato, por la conducta de la banca, al no prever la recuperación de las inversiones, ni los plazos de recuperación, en síntesis, por no velar por la protección del dinero de los ahorradores.
4. **Canon Genético:** Desde la panorámica de la voluntad del legislador, la falta de proyecto de viabilidad económica es causa de nulidad del contrato de apertura de crédito, al ser la intención de legislador proveer equidad y seguridad jurídica a las partes.
5. **Canon Histórico:** Desde la perspectiva romanista, la falta de proyecto de viabilidad si invalidaría el contrato de apertura de crédito, pues el error *in quantitate* (error en la cantidad a pagar) en la estipulación originaba nulidad, al ser el error un vicio del consentimiento, y éste un elemento

## El discurso irracionalmente motivado en la contradicción de tesis

esencial del contrato. <sup>66</sup> Mientras en el Derecho Cubano y por disposición de su Banco Central, cada tres meses se realiza una calificación de activos crediticios, partiendo del comportamiento de los pagos, si es insatisfactorio (es decir que el préstamos principal o los intereses han estado atrasados más de 30 días naturales) se clasificara como alto o hasta irrecuperable, para que proceda el fondo de previsión, del 50% o 100%.<sup>67</sup> Sería bueno, que si no se sanciona con nulidad la omisión del proyecto de viabilidad económica a las Institución de Banca Múltiple, existiera un fondo de previsión para proteger a los ahorradores, o bien, considerar aplicar la teoría de la imprevisión en nuestro ordenamiento jurídico.

6. **Canon Teleológico:** Desde la finalidad de la norma a interpretar, la falta de proyecto de viabilidad económica es causa de nulidad, ya que si no existe sanción para el caso de incumplimiento, cual es la finalidad de dicha obligación legal, si no es la de proteger a el dinero de los ahorradores, y hacer cumplir los ordenamientos legales.
7. **Canon de Autoridad:** Desde la autoridad de los criterios jurisprudenciales y la doctrina, no fue posible determinar si la falta de proyecto de viabilidad económica es causa de nulidad del contrato de

---

<sup>66</sup> Bialostosky, op cit, p. 142.

<sup>67</sup> [http://www.cuba.gov.cu/des\\_eco/banco/espanol/regulaciones\\_bancarias/bcc-iii-8.htm](http://www.cuba.gov.cu/des_eco/banco/espanol/regulaciones_bancarias/bcc-iii-8.htm)

apertura de crédito, al no existir tesis o doctrina referente a ese tema.

- 8. Canon Ético:** A partir el punto de vista de la equidad, la falta de proyecto de viabilidad económica es causa de nulidad del contrato de apertura de crédito, ya que dicho ordenamiento obedece al deseo de proteger el dinero de los ahorradores y sancionar el abuso por parte de la banca.
- **Preponderación:** Al considerar cualitativamente los canones, la falta de proyecto de viabilidad económica es causa de nulidad del contrato de apertura de crédito, ya que dicho ordenamiento obedece al deseo de proteger el dinero de los ahorradores y sancionar el abuso por parte de la banca.

### Problema 5: El hecho ilícito

- ¿El contrato de apertura de crédito está afectado de nulidad al ser la cláusula de crédito adicional un hecho ilícito?
- **Justificación Interna:**

### El discurso irracionalmente motivado en la contradicción de tesis

$P=Q$ $P$	$P=$	La cláusula de crédito adicional es un hecho ilícito.
<hr style="width: 50%; margin: 0;"/> $Q$	$Q=$	Entonces el contrato de apertura de crédito esta afectado de nulidad.
$P=Q$ $-P$	$-P=$	La cláusula de crédito adicional <b>no</b> es un hecho ilícito.
<hr style="width: 50%; margin: 0;"/> $-Q$	$-Q=$	Entonces el contrato de apertura de crédito no esta afectado de nulidad.

• **Justificación Externa:**

1. **Canon Semántico:** Desde el punto de vista del significado del crédito adicional, este no es ilícito, ya que solo significa la existencia de un nuevo crédito. La ilicitud nace de los efectos y repercusiones del crédito adicional, es decir, que el crédito adicional sea acumulado al crédito inicial, y que sobre ambos se pague intereses.
  
2. **Canon Sintáctico:** Desde el panorama de la coherencia de la norma a interpretar, es decir el artículo 363 del Código de Comercio, el crédito adicional conlleva a una capitalización de intereses, dependiendo la legalidad de dicha capitalización del momento en que esta se realice, pues de conformidad con dicho precepto, para que la capitalización de intereses sea legal debe realizarse una vez que los intereses se hayan vencido y no pagado, y no antes.

3. **Canon Pragmático:** Desde el horizonte de las consecuencias sociales, la cláusula del crédito adicional es ilegal, ya que esta conlleva una capitalización de intereses, que hace que el adeudo inicial aumente de forma desproporcionada, hasta que este no puede cubrirse. De aceptar la legalidad de la capitalización de intereses, se estaría legitimando el abuso por parte de los banqueros.
  
4. **Canon Genético:** Desde la panorámica de la voluntad del legislador, la legalidad dependerá del momento en que se realice la capitalización de intereses, si esta se realiza antes de que los intereses se hayan vencido y no pagados, será ilegal; si se realiza cuando se han vencido y no pagados es legal.
  
5. **Canon Histórico:** Desde la perspectiva de la tradición jurídica romana, el crédito adicional sería un hecho ilícito, pues sería parte de una maquinación fraudulenta tendiente a provocar el error (error en la cantidad a pagar), en el deudor, lo cual vicia el consentimiento, el cual es un requisito esencial del contrato. Asimismo, la Ley Anastasiana prohibió la capitalización de intereses, lo cual es la consecuencia del crédito adicional.<sup>66</sup> Mientras en el derecho comparado, no se encuentra reglamentado el crédito adicional, más si su consecuencia, la capitalización

## El discurso Irrracionalmente motivado en la Contradicción de tesis

de intereses, la cual es delimitada; en este tenor, la capitalización de intereses que cumple los requisitos establecidos es legal. El artículo 691 del Código de Comercio de Guatemala señala, que por voluntad de las partes podrá realizarse la capitalización de intereses, siempre y cuando la tasa de interés no sobre pase la tasa promedio.<sup>69</sup> El derecho Colombiano en el artículo 134 del decreto ley 663 de 1993, permite la capitalización de intereses en operaciones de largo plazo. Mientras que en el Derecho Argentino, aunque en el artículo 636 de la Ley 23.928 permite la capitalización de intereses ya devengados por voluntad de las partes, con la periodicidad que acuerden las partes,<sup>70</sup> el artículo 954 del Código Civil incorpora una excepción, cuando no se está en condiciones de optar por el rechazo del negocio, sino por el contrario se está compelido a aceptarlo, aunque de él resulte un perjuicio grave e importante. De ser así el Juez tiene la facultad de estudiar si el Banco acreedor ha obtenido una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada, y declarar la improcedencia de la capitalización de intereses.<sup>71</sup>

6. **Canon Teleológico:** Desde la finalidad de la norma a interpretar, la legalidad de la capitalización de intereses dependerá del momento en que

<sup>68</sup> Cfr Bialostosky, op cit, p. 143 y 154

<sup>69</sup> [www.bangual.gob.gt/info/dec2595.dpf](http://www.bangual.gob.gt/info/dec2595.dpf)

<sup>70</sup> <http://www.legislaw.com.ar/legis/ley23928y25561-conver-compar.htm>

<sup>71</sup> Como lo realizó la Cámara de Apelación de lo Civil, Comercial y de Garantías de lo Penal de Necochea, Buenos Aires, en el expediente 4520, de "Jauregui, Nilson Fermín s/Incidente de revisión crédito Banco Nación en Jauregui, Nilson F. s/Concurso Preventivo." Ver [http://www.cja.com.ar/portal/fallos/capit\\_inter.htm](http://www.cja.com.ar/portal/fallos/capit_inter.htm)

### Capítulo Tercero

---

se realice tal convenio. Al prever la ley una temporalidad para la capitalización, siendo esta, cuando los intereses han sido vencidos y no pagados. En ese contexto, desde el punto de vista de la finalidad, la capitalización de intereses será ilegal, cuando se pacte antes de que estos hayan sido vencidos y no pagados.

**7. Canon de Autoridad:** De igual forma, la determinación de la legalidad de la capitalización de intereses, desde el punto de vista de la autoridad de los criterios jurisprudenciales o la doctrina, dependerá del momento en que se realice tal convenio. La capitalización de intereses será ilegal, cuando se pacte antes de que estos hayan sido vencidos y no pagados.

**8. Canon Ético:** A partir el punto de vista de la equidad, la cláusula del crédito adicional será ilegal, al ser su consecuencia la capitalización de intereses, la cual conlleva a una desproporcionada ventaja patrimonial por parte de la Banca.

- **Preponderación:** Esta condicionada a la temporalidad del pacto de capitalización de interés, si dicho convenio se realiza antes de que los intereses se hubieran vencido y no pagados, la preponderación será que la cláusula del crédito adicional es ilegal; mientras que si la capitalización de intereses se realiza después que los intereses se han vencido y no pagados, la preponderación será

### El discurso irracionalmente motivado en la contradicción de tesis

que la cláusula del crédito adicional será legal, y el contrato de apertura de crédito no está afectado de nulidad.

#### **3.8.1. Ponderación final**

Por todo lo anterior, una ponderación racionalmente motivada amparada cualitativamente por los canones señalados, conllevaría a sostener:

1. La necesaria aplicación supletoria de los ordenamientos establecidos en el artículo 2° de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, a las disposiciones del contrato de apertura de crédito.
2. Ante la indeterminación de la tasa de interés aplicable en el contrato de apertura de crédito, y vista la inexistencia de la Ley del Banco de México, señalada en el artículo 48 de la Ley de Instituciones de Crédito, debe aplicarse el interés legal del 6% anual, de conformidad con el artículo 362 del Código de Comercio.
3. Al no estar derogado expresamente el inciso b) del artículo 8 del Reglamento sobre Instituciones Nacionales y Organizaciones Auxiliares de Crédito, de conformidad con el cuarto artículo transitorio de la Ley de Instituciones de Crédito, y toda vez que en 1959 no existía diferencia entre Instituciones de Banca Múltiple y Banca de Desarrollo; la cláusula de

### Capítulo Tercero

---

crédito adicional es nula, al no contar las Institución de Banca Múltiple con facultad para otorgar financiamiento de pasivos.

4. De conformidad con el artículo 363 del Código de Comercio, si la capitalización de interés se efectuó antes de que estos se hubieran vencido y no pagados, la cláusula respectiva es ilegal, al contravenir la disposición citada.

## II. Conclusiones

*“Una grave y trascendente limitación, es el no podernos manifestar sobre la conveniencia o justicia de las leyes, simplemente juzgamos su aplicación, correcta o incorrecta. Actuamos con imparcialidad y buena fe.”*

*Ministro Juventino Castro y Castro*

1. La tradición jurídica romana nos enseña, a no hacer un fetichismo de la ley, sino a encontrar la solución justa de cada caso en concreto; así como a no tener la soberbia de pensar que una respuesta de hoy, será aplicable mañana para el mismo caso. Es en la aplicación del derecho, donde este se construye y se transforma.
2. En ese tenor, la aplicabilidad de la fuerza del mejor argumento para decidir cuestiones prácticas de Habermas, la posibilidad de utilizar una teoría de argumentación práctica general al campo del derecho, de Alexy, así como la estructura de la lógica de la argumentación de Perelman, fueron el marco teórico perfecto, para definir el grado de racionalidad de la contradicción de tesis sobre anacostismo, y proponer una ponderación racionalmente motivada.
3. Toda sentencia es un acto de voluntad del juez, en la que intervienen no solo cuestiones jurídicas (formalidades para la aceptación y desahogo de pruebas, o valoración de las mismas), sino los prejuicios, la educación (incluida la corriente filosófica a la que pertenece), y la apreciación del juzgador de la realidad. En ese contexto, escoge una opción entre las posibles, y cubre su

## Conclusiones

---

elección con un método de interpretación.

4. No existe en nuestro ordenamiento jurídico, precepto alguno que prohíba la interpretación de las normas, la adopción de alguno método de interpretación, o el establecimiento de prelación o preferencia de algún modelo de interpretación. Quizás la única restricción en la interpretación efectuada por el poder judicial (a excepción de la Corte), sea el Consejo de la Judicatura Federal. Quien tiene como función implícita dentro de sus facultades, la homologación de criterios.
5. A pesar de que las sentencias representan la voluntad del juzgador, y que no existen limitantes en nuestro ordenamiento jurídico, para la implantación de algún método de interpretación. Las presiones sociales, políticas y económicas suscitadas en el año de 1998, el señalamiento del ejecutivo federal acerca de la elección para México, y los comentarios de algunos Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, apuntan a no tener la certeza acerca de la independencia de la Corte al dictar el fallo.
6. Mediante un lenguaje poco claro y engañoso, se realizó una interpretación forzada del artículo 2° de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito; para negar la aplicación supletoria en materia de capitalización de intereses, de los artículos 2397 del Código Civil y 363 del Código de Comercio. Bajo el argumento de que la aplicabilidad de los ordenamientos,

se encuentra condicionada a la imperfección de la ley de títulos; lo cual es inexacto por dos razones. Primero, la falta de restricciones en la capitalización de intereses, o la inexactitud de su regulación, es un defecto de la ley de títulos; cuya consecuencia no solo es la deficiente regulación, sino la necesaria aplicación supletoria de la legislación mercantil general, los usos bancarios y mercantiles, y el Código Civil. Y segundo, la Corte evade la tematización de la limitación en la supletoriedad, única y exclusivamente para el tema de capitalización de intereses.

7. En lo referente a la determinación de la tasa de interés, y mediante las patologías comunicativas de ininteligible, error referencial y falta de veracidad y rectitud; lograron una forzada interpretación del artículo 48 de la Ley de Instituciones de Crédito. El cual supuestamente establece un sistema cerrado de interpretación en el derecho bancario; pues aunque citado artículo, delimita el tema de intereses, hace remisión expresa a Ley Orgánica del Banco de México, la cual no existe. Y el Reglamento Interior del Banco de México, es omiso en lo referente al tema. Motivo por lo cual, debió aplicarse la legislación mercantil general, de conformidad con la fracción II del artículo 2° de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. Señalando el artículo 362 del Código de Comercio: "los deudores que demoren en el pago de sus deudas deberán satisfacer, desde el día siguiente al del vencimiento, el interés pactado para este caso, o en su defecto el 6%

## Conclusiones

---

anual.<sup>2</sup>

8. Al estar ausentes las pretensiones de validez de los actos de habla, y con una actitud acertónica; el Pleno realiza una interpretación forzada del segundo artículo transitorio de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito de 1985. La cual no deroga o abroga el inciso b) del artículo 8, del Reglamento sobre las Instituciones Nacionales y Organizaciones Auxiliares del Crédito. Por lo cual el reglamento se encuentra vigente y las Instituciones de Banca Múltiple, no tienen facultades para otorgar refinanciamientos de pasivos.
9. La interpretación de que el inciso b) del artículo 8, del Reglamento citado, solo prohíbe el refinanciamiento de pasivos a la banca de desarrollo, es forzada. Al no establecer diferencia entre banca de desarrollo y banca múltiple, la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares (1941) y su reglamento (1959), toda vez que de 1925 a 1976, solo existían Instituciones Nacionales de Crédito.
10. El hecho de que el Estado vigile el sistema financiero, mediante la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y la Comisión Nacional Bancaria, no disminuye las prerrogativas de la banca; incluida la consignada en el artículo 65 de la Ley de Instituciones de Crédito. El cual, obliga a la Institución a realizar un proyecto de viabilidad económica de las inversiones. Máxime si

pone en riesgo el dinero de sus ahorradores. En este contexto, si la nulidad resulta de la carencia de uno, o varios de los requisitos exigidos por la ley; y la Banca omitió el proyecto de viabilidad económica. Es nulo el contrato de apertura de crédito, por no haberse cumplido todos los requisitos consignados en la ley.

11. Para determinar que el crédito adicional del contrato de apertura de crédito, no es un acto simulado de capitalización de intereses; se realizó una interpretación forzada del artículo 2180 del Código Civil. Al sostener que uno de los requisitos para la procedencia de la acción de simulación, es que la declaración de las partes no coincida con la realidad. Es decir, que dicha simulación se debió atribuir a las dos partes, y no sólo al Banco.
12. Es forzada la interpretación de que la Ley del Banco de México, permite la capitalización de intereses. Citado ordenamiento ni siquiera plantea la posibilidad, por lo cual y vista la prelación de supletoriedad de la Ley de Títulos, se debió aplicar el artículo 363 del Código de Comercio. El cual establece que los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses; mas los contratantes podrán capitalizarlos. En este tenor, la capitalización de intereses antes de su vencimiento, es ilegal.
13. Es superficial el estudio de la falsedad ideológica realizado por la Corte; el cual se delimitó a señalar que aceptar la falsedad ideológica, implicaba

## Conclusiones

desconocer la naturaleza jurídica del contrato de apertura de crédito. Ya que el contrato base es consensual, y para su perfeccionamiento no se requiere la entrega física del dinero. Aún cuando se había definido a la falsedad ideológica, como la constancia de algo que en realidad no sucedía.

14. Es forzada la interpretación de que el artículo 52 de la Ley de Instituciones de Crédito, permite los movimientos contables en lugar de la entrega física del dinero. Toda vez que dicho ordenamiento solo plantea la posibilidad para pactar el servicio mediante el uso de sistemas automatizados, como medios electrónicos, sin permitir expresamente la realización de movimientos bancarios que generen o descarguen deudas a través de medios y asientos electrónicos.
  
15. Se evadió la tematización y la problemática de las diferencias entre capitalización de intereses, y la cláusula de crédito adicional o contrato de apertura de crédito adicional; mediante las patologías comunicativas de lenguaje poco claro y engañoso, que conllevo a una interpretación sumamente forzada de los preceptos. Para establecer que el contrato de apertura de crédito adicional, jurídicamente no implica pago de intereses sobre intereses, ni pacto de pago de intereses sobre intereses, ni capitalización de los mismos, sino que se trata de un acto jurídico independiente, autorizado por la ley y que por lo mismo no es nulo. Lo cual es falso por dos razones. Primero, el crédito adicional si implica el cobro de intereses sobre intereses, al ser la

consecuencia de disponer del crédito; ya que dichas erogaciones se suman al crédito adicional, y sobre ambas se cobran los intereses. Y segundo, no es un acto jurídico independiente, ya que su existencia depende del crédito principal, que habrá de cubrirse con el adicional.

16. Vista la deficiente tematización de la supletoriedad, la interpretación común referente a la libertad contractual, en lo relacionado a la capitalización de intereses, fue defectuosa. Lo que evitó considerar la gama de posibilidades, como la aplicación de los artículos 363 del Código de Comercio y 2397 del Código Civil; y permitió la legalidad de la capitalización de intereses, aún antes de haberse devengados.
17. Por último, en todos los temas abordados en la contradicción de tesis 31/98, la interpretación común fue deficiente, al no tematizar los factores determinantes del anatocismo, mediante las patologías comunicativas de inteligibilidad, error referencial, engaño y falta de rectitud. Aunado a que los Ministros asumieron el tipo de acción social estratégica, es decir, buscaron el éxito a cualquier precio; y nunca adoptaron una aptitud hipotética. Lo que se tradujo, en que las soluciones posibles de la problemática se limitaran, siendo poca su efectividad, al solo considerar los intereses personales. Convirtiendo en obstáculo del proceso comunicativo, y contenido ideológico del discurso del derecho, lo no tematizado. Por todo lo anterior, la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sobre el anatocismo no sólo

## Conclusiones

---

no es racional, sino tampoco es ética.

### III. Fuentes bibliográficas

*"Sin libros, Dios esta callado, la justicia dormida, las ciencias paradas, la filosofía coja, las letras mudas, y todas las cosas envueltas como heladas tinieblas."*

*Thomas Bartholin.*

#### Libros y diccionarios

Alexy, Roberto.

*Teoría de la Argumentación Jurídica*. Traducción Manuel Atienza e Isabel Espejo, C.E.C., Madrid, 1997.

Arellano García, Carlos.

*Práctica Forense de Derecho Mercantil*. Editorial Porrúa, México 1999, 12ª edición.

Atienza, Manuel.

*Las razones del derecho*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, número 134, México 2003, 1ª edición.

Barrientos Grandon, Javier.

*La Cultura Jurídica en la Nueva España*. Universidad Nacional Autónoma de México, 1993, 1ª edición.

Bernal, Beatriz.

*Historia del derecho romano y de los derechos neorromanos*. De los orígenes de la alta edad media. Editorial Porrúa, México 1989, 4ª edición.

Berumen Campos, Arturo.

*Análisis comunicativo del proceso penal en México*. Instituto Nacional de Ciencias Penales, México 2000, 1ª edición

## Fuentes bibliográficas

---

Apuntes de filosofía del derecho. Cárdenas Editor, México 2003, 1ª edición.

Bialostosky, Sara.

Panorama del Derecho Romano. Universidad Nacional Autónoma de México, México 1990, 3ª edición

Borja, Soriano, Manuel.

Teoría General de las Obligaciones. Editorial Porrúa, México 2000, 17ª edición

Briseño Sierra, Humberto.

Derecho Procesal Tomo IV, Cárdenas Editor, México 1970, 1ª edición.

Cabanellas de Torres, Guillermo.

Diccionario Jurídico Elemental Editorial Heliasta, Argentina 1998, 1ª edición.

Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual Editorial Heliasta, Argentina 1989, 1ª edición

Cabrera Acevedo, Lucio.

Documentos Constitucionales y Legales relativos a la Fundación del Poder Judicial 1810-1917, tomo II, Poder Judicial de la Federación, México 1997

Carranco Zúñiga, Joel.

Poder Judicial Editorial Porrúa, México 2000, 1ª edición

Castro y Castro, Juventino, V.

La suprema Corte de Justicia ante la ley Injusta. Un fallo histórico

## Fuentes bibliográficas

---

Koschaker, Pablo.

Europa y el derecho romano. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1955, 1ª edición.

Lemus García, Raúl.

Síntesis histórica del derecho romano. Editorial Limsa, México 1962, 1ª edición

Margadant Floris, Guillermo

El derecho privado romano. Como introducción a la cultura Jurídica Contemporánea. Editorial Esfinge, México 1994, 20ª edición

La segunda vida del derecho romano. Miguel Ángel Porrúa, México 1986, 1ª edición.

Macedo, Pablo.

El código civil de 1870: su importancia en el derecho mexicano. Editorial Porrúa, México 1971, 1ª edición.

McCarthy, Thomas.

La teoría crítica de Jürgen Habermas. Editorial Tecnos, Madrid 1998, 4ª edición.

Montesquieu, Charles Louis de.

Del espíritu de las leyes. Traducción de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega. Editorial Altaya, 1ª edición, España 1993

Noriega Cantu, Alfonso.

Las ideas políticas en las declaraciones de derechos de la constitución políticas de México (1814-1917) UNAM, México 1984, 1ª edición

## Fuentes bibliográficas

---

respecto al llamado "Anatocismo". Editorial Porrúa, México 1999, 3ª edición.

El digesto de Justiniano, tomos I y II, Editorial Aranzadi, Pamplona 1968, traducción de A. Dors, F. Hernández-Tejero y otros, 1ª edición.

El sitio de Querétaro, según sus protagonistas y testigos. Editorial Porrúa, México 1997, 4ª edición.

Fix-Zamudio, Héctor.

El poder judicial en el ordenamiento mexicano, Fondo de Cultura Económica, México 1996, 1ª edición.

González, María del Refugio.

El derecho indiano y el derecho provincial novo hisánico, Marco historiográfico y conceptual. UNAM, México 1996, 1ª edición.

Granger, Guille-Gastón.

La razón. Traducción de Nannina Rivarola. Editorial Universitaria de Buenos Aires, Argentina 1958, 2ª edición.

Hale, Charles A.

La transformación del liberalismo en México a fines del siglo XIX. Traducción de Purificación Jiménez. Editorial Vuelta, México 1991, 1ª edición en español.

Hernández-Tejero Jorge, Francisco.

Lecciones de Derecho Romano. Universidad de Madrid, Madrid 1989, 5ª edición

Kaufman, Arthur.

El pensamiento jurídico contemporáneo. Traducción de María José Fariñas Dulce y otros. Editorial Debate, Madrid 1992, 1ª edición

Ovalle Favcla, José.

Derecho Procesal Civil, Editorial Harla, México 1997, 7ª edición

Pallares, Eduardo.

Diccionario de Derecho Procesal Civil, Editorial Porrúa, México 1958, 1ª edición

Palomar de Miguel, Juan.

Diccionario para Juristas. Tomo I, Editorial Porrúa, México 2000, 1ª edición

Petit, Eugenio.

Tratado Elemental de Derecho Romano, Editorial Porrúa, México 1995, 12ª edición.

Perelman, Ch.

Tratado de la argumentación, Traducción de Julia Sevilla Muñoz, Editorial Gredos, Madrid 1994, 1ª edición

Platón.

Diálogos, Editorial Porrúa, México 2001, 27ª edición

Rabasa, Emilio.

La Constitución y la dictadura. Estudio sobre la organización política de México; Editorial Porrúa, México 1990, 7ª edición

Real Academia Española.

Diccionario de la Lengua Española, Editorial Espasa-Calpe, Madrid 1970

Rojina Villegas, Rafael.

Compendio de Derecho Civil. Tomo III. Teoría General de las Obligaciones. Editorial Porrúa, México 1987, 15ª edición

## Fuentes bibliográficas

---

Searle, John.

Actos de habla. Traducción de Luis Valdés Villanueva, Editorial Cátedra, Madrid 1994, 4ª edición.

Tamayo y Salmorán, Rolando.

Elementos para una teoría general del derecho. Introducción al estudio de la Ciencia Jurídica. UNAM, Editorial Themis, México 1992, 1ª edición

La jurisprudencia y la formación del ideal político. Introducción histórica a la ciencia jurídica. Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México 1983, 1ª edición.

Taracena, Ángel.

Porfirio Díaz, su vida, su obra y su época. Editorial Jus, México 1983, 1ª edición

Tarello, Giovanni.

Cultura jurídica y política del derecho. Traducción de Isidro Rosas Alvarado, Fondo de Cultura Económica, México 1995, 1ª edición en español.

Vallata, María Laura.

Diccionario Jurídico. Editorial Vallata, Argentina 2001, 2ª edición

Vernengo, Roberto, J.

La interpretación literal de la Ley. Editorial Abeledo-Perot, Buenos Aires, Argentina 1994, 2ª edición.

Villoro Toranzo, Miguel.

Introducción al estudio del derecho. Editorial Porrúa, México 1999,

14ª edición, p. 104

Vignaux, Georges

La argumentación. Ensayo de lógica discursiva. Traducción de Cecilia Hidalgo y Oscar Traversa, Editorial Hachete, Argentina 1986, 1ª edición.

Zertuche, García, Héctor Gerardo.

La Jurisprudencia en el Sistema Jurídico Mexicano. Editorial Porrúa, México 1992, 2ª edición

### Colecciones

Flores Cano, Enrique.

De la colección La antorcha encendida, El caso de la Nueva España. Editorial Clio.

Instituto de Investigaciones Legislativas.

Argumentación parlamentaria (1982-1996). Serie II, Léxico y discursos parlamentarios, Volumen II, La Argumentación, Tomo I, LVI Legislatura, Cámara de Diputados, México 1997, 1ª edición

Enciclopedia parlamentaria de México. Serie III. Documentos, Volumen I. Leyes y documentos constitutivos de la Nación, Tomo II, México 1997, 1ª edición.

México a través de los siglos. Historia general y completa del desenvolvimiento social, político, militar, artístico, científico y militar de México desde la antigüedad más remota hasta la época actual. Dirigida por Don Vicente Riva Palacios, Editorial Cumbre, México 1983, 19ª edición.

Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Procedencia del juicio de amparo contra resoluciones del Consejo de la

## **Fuentes bibliográficas**

---

Judicatura Federal que imponga sanciones administrativas a secretarios o empleados de los Tribunales de Circuito y Juzgados de Distritos. Serie Debates.

Krause, Enrique.

Porfiro, Tomos: La ambición (1884-1900), El poder (1884-1900) y El derrumbe (1900-1911), Editorial Clio, México 1993, 1ª edición.

## **Publicaciones periódicas.**

Anuario de Filosofía Jurídica y Social de la Asociación Argentina de Derecho Comparado, Sección Teoría General, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1989

Diario de Debates de la Cámara de Senadores del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, 17 de diciembre de 1994

Diario Oficial de la Federación, 31 de diciembre de 1994.

LA JORNADA, del 2 al 14 de octubre de 1998.

Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, UNAM. Tomo IX, Julio-Diciembre de 1947. Número 35-36. México 1947.

Revista de la Facultad de Derecho. UNAM. Tomo XXVIII, número 110, México 1978.

## **Legislación.**

Código Civil de Guatemala

Código Civil para el Distrito Federal.

Código de Comercio (de México)

Código de Comercio de la República Oriental de Uruguay  
Código de Comercio de Puerto Rico  
Código de Comercio de Uruguay  
Código de Comercio de Venezuela  
Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal  
Código Penal Federal  
Constitución de los Estados Unidos Mexicanos  
Decreto Ley número 4 de la República de Panamá, Superintendencia de Bancos.  
Ley de Amparo  
Ley de Bancos de la República de Guatemala  
Ley de Instituciones de Crédito.  
Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos.  
Ley del Banco de México.  
Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.  
Ley Orgánica del Poder Judicial Federal  
Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.  
Reglamento Interior del Banco de México.

### Sitios web.

[www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/83/art3.htm](http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/83/art3.htm)  
[www.scjn.gob.mx](http://www.scjn.gob.mx)  
<http://rehue.csociales.uchile.cl/publicaciones/moebio/01/frprino3.htm>  
[www.amorpomedellin.org/columna/sobre\\_el\\_diz%C3%A1logo.htm](http://www.amorpomedellin.org/columna/sobre_el_diz%C3%A1logo.htm)  
<http://www.monografias.com/trabajos/anatocismo/anatocismo.shtml>  
<http://www.camaradediputados.gob.mx/sprensa/archibol98/oct13.htm>  
<http://www.banxico.gob.mx/dDisposiciones/FSDisposiciones.html>  
<http://www.semanario.com.mx/2001/230-01072001/TemaSemana.html>  
[http://www.cbm.org.mx/Ser\\_sfmhistoria.htm](http://www.cbm.org.mx/Ser_sfmhistoria.htm)  
[www.banguat.gob.gt/info/dec2595.dpf](http://www.banguat.gob.gt/info/dec2595.dpf)  
[http://www.cja.com.ar/portal/fallos/capit\\_inter.htm](http://www.cja.com.ar/portal/fallos/capit_inter.htm)

