



INSTITUTO UNIVERSITARIO NEZAHUALCÓYOTL.
SISTEMA INCORPORADO.

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO.

¿LA JURISPRUDENCIA ES LEY?

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A:

MIGUEL CHÁVEZ BENÍTEZ

ASESOR:

LIC. OSCAR UGALDE ROSALES



NOVIEMBRE DEL 2009



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.

AGRADECIMIENTOS

A mi madre, la Señora Alicia Benítez Rodríguez, por haberme dado un patrimonio, como lo es el estudio en sus diversas etapas de la vida, mismo que como buena mexicana contribuyo en el constante mejoramiento cultural de la familia mexicana y del ser humano, formación académica que nunca se podría llevar a cabo sin sus esfuerzos de madre.

Gracias

Al instituto Universitario Nezahualcóyotl, por haberme aceptado en sus instalaciones y otorgado todo el conocimiento para poder salir adelante.

Gracias

Al director técnico de la licenciatura de derecho, Rodolfo Calvillo Popoca, por ser él, quien recibió a mi primera generación de la licenciatura en derecho, además de ser nuestro amigo y maestro en diversas materias del derecho.

Gracias

Al licenciado Oscar Ugalde Rosales por haber aceptado asesorarme en mi investigación de tesis, por tenerme paciencia y hacerme ver mis errores y aplaudir mis logros, sobre todo, por ser una gran persona y muy profesional.

Gracias

A los miembros del H. Jurado por haber aceptado estar presentes para calificar mi investigación de tesis y querer compartir ese momento, como lo es otorgar el título de licenciado en derecho, en representación de mi instituto Universitario Nezahualcóyotl, a los egresados de mi primera generación.

ÍNDICE

| | Pág. |
|---|------|
| Introducción..... | I |
| CAPÍTULO I. MARCO CONCEPTUAL | |
| 1.1. La ley..... | 1 |
| 1.2. La jurisprudencia..... | 4 |
| 1.3. La interpretación..... | 8 |
| 1.4. La interpretación jurídica..... | 9 |
| CAPÍTULO II. EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA E INTERPRETACIÓN | |
| 2.1. La jurisprudencia en Roma y su interpretación..... | 21 |
| 2.2. Evolución de la jurisprudencia en otros sistemas jurídicos..... | 24 |
| a) Familia jurídica romanista..... | 25 |
| b) Familia jurídica del <i>common law</i> | 27 |
| c) Familia jurídica socialista..... | 36 |
| d) Sistemas religiosos o filosóficos..... | 38 |
| c) Familia híbrida o mixta..... | 38 |
| CAPÍTULO III. ESCUELAS Y SISTEMAS DE INTERPRETACIÓN | |
| 3.1. La Escuela de la Exégesis..... | 39 |
| 3.2. La Escuela Histórica Alemana..... | 42 |
| 3.3. La Jurisprudencia Dogmática..... | 44 |
| 3.4. La Jurisprudencia de Conceptos..... | 46 |
| 3.5. La Jurisprudencia de Intereses..... | 49 |
| 3.6. La Escuela Científica Francesa..... | 50 |
| 3.7. Sociologismo y Escuela de Derecho Libre..... | 52 |
| CAPÍTULO IV. LA JURISPRUDENCIA EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO | |
| 4.1. El fundamento de validez de la jurisprudencia..... | 60 |
| 4.2. Funciones del Estado..... | 70 |
| 4.3. La jurisprudencia, interpretación y creación del derecho..... | 75 |
| 4.4. Integración de la ley..... | 83 |

| | |
|---|------------|
| 4.5. Semanario Judicial de la Federación..... | 91 |
| 4.6. Excesos y defectos de la jurisprudencia..... | 94 |
| CONCLUSIONES..... | 99 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 104 |
| HEMEROGRAFÍA..... | 107 |
| LEGISLACIÓN..... | 108 |
| BIBLIOGRAFÍA AUTOMATIZADA | 109 |

INTRODUCCIÓN

La jurisprudencia está regulada en la Constitución y específicamente en la Ley de Amparo, aplicándose diariamente al impartir justicia en todos los tribunales de la República y en todas las materias (civil, penal, mercantil, fiscal, administrativa, laboral y agraria), por lo que la jurisprudencia judicial en su función integradora, tiene las mismas características y efectos de la ley, y existen excesos de ésta al interpretar e integrar la misma. Además, de que la jurisprudencia es obligatoria únicamente para los tribunales jurisdiccionales jerárquicamente inferiores.

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

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

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

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

El sistema jurídico mexicano tiene el defecto de no reconocer a la jurisprudencia formalmente, las mismas características de la ley, que son a saber: la obligatoriedad,

imparcialidad, abstracción, y la generalidad. Incluso no existe en la Constitución restricción a los efectos de la jurisprudencia, que nació para ser una norma obligatoria, general y abstracta y más aún, nació para definir y tutelar la ley de leyes.

Con mucha razón, lo que se denomina jurisprudencia en una de sus acepciones, al ser la exacta interpretación de la ley, no es algo distinto ni una parte de lo que se interpreta, sino la totalidad de lo interpretado y por tanto la ley con todos sus elementos y características. Pero sobre todo, que al suplir los vacíos de la ley, o lo que es lo mismo al “integrarla” crea una norma nueva, que es lo que permite tenga las mismas características y efectos de ésta. Por lo que, se deben reconocer dichas características, ya que materialmente sí las reúne, pero lo que proponemos es que se consideren de manera también formal, toda vez que así sucede en la práctica.

Nos limitaremos pues a dar una visión amplia de la jurisprudencia, para poder resaltar su importancia y hacer hincapié en que la jurisprudencia es una fuente formal y no solamente una fuente material, tomando algunas ideas importantes de otras escuelas de interpretación a nivel mundial y de los sistemas jurídicos contemporáneos. Del mismo modo, se hará un análisis, para ver sus aciertos y desaciertos, para tratar de dar una posible solución al problema que enfrenta. Ciertamente, el problema abordado es de relevante importancia, sobre todo en virtud de que hoy en día, existen diversas tendencias sobre la institución de la jurisprudencia, una de ellas, es la que considera que ésta es la exacta interpretación de la ley únicamente; la otra por el contrario sostiene que ha rebasado esta función, y que por tanto llega a constituir la misma ley, con todos sus efectos y características, de ahí, que lo que se pretende es demostrar, la segunda tendencia, es decir; la que sostiene que es la ley misma, de manera material, y proponer que sea reconocida de manera formal, toda vez que reúne las características de la ley.

CAPÍTULO I MARCO CONCEPTUAL

1.1. La ley

Podemos definirla como el ordenamiento jurídico de carácter general, abstracto, obligatorio e impersonal, que tiene una sanción directa o indirecta en caso de incumplimiento.

Para Kelsen, la ley jurídica es el enunciado que describe el derecho, en cuanto enunciado jurídico formulado por la ciencia jurídica, pero no ella misma el objeto descrito, el derecho, la norma jurídica. Esta última, concluye cuando de ser general suele designársele como "ley".¹

Baqueiro Rojas, afirma que: "Dentro de un marco estrictamente jurídico debe entenderse por ley la fuente formal de derecho, resultado del proceso legislativo que se distingue de otras normas jurídicas por su carácter de generalidad y abstracción."²

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

Para Nicola Abbagnano la palabra abstracción deriva de: "Abstracción (lat. *abstractio*; ingl. *abstraction*; franc. *abstraction*; alem. *abstraktion*; ital. *astrazione*). Operación mediante la cual cualquier cosa es elegida como objeto de percepción, atención, observación, consideración, investigación, estudio, etc., y aislada de otras cosas con las cuales se encuentra en una relación cualquiera. La A. tiene dos aspectos: 1) aislar la cosa elegida de las otras con las cuales se halla en relación (el abstraer de); 2) adoptar como objeto específico de consideración aquél con que éste queda aislado (A. selectiva o precisión)."³

¹ KELSEN, Hans, Teoría pura del derecho, trad. Roberto J. Vernengo, 2ª. ed, México, Editorial UNAM, 1982, p. 84.

² BAQUEIRO ROJAS, Edgard, Diccionarios jurídicos temáticos. Derecho civil, México, Editorial Oxford, Volumen 1, 2002, p. 69.

³ ABBAGNANO, Nicola, Diccionario de Filosofía, Trad. de Alfredo N. Galletti, 13ª. reimpresión, México, Ed. Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 4.

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

En cuanto a esto, Kelsen sostiene que: "Un mandato es la expresión de una voluntad (o de un deseo) individual y tiene por objeto la conducta de otro individuo."⁴ Estos elementos de voluntad y deseo, son precisamente en cierto sentido, los que llegan a constituir un mandato.

Se define igualmente por Kelsen, que: "Una norma es una regla que expresa el hecho de que alguien debe proceder de cierta manera, sin que esto implique que otro realmente "quiera" que el primero se comporte de tal modo."⁵ Es decir, con lo que hemos dicho anteriormente, Kelsen con mucha razón, hace la distinción entre lo que es (ser) y lo que debe de ser (deber ser) que se encuentra determinado por la norma.

Según Kelsen, así debe de ser, porque, en efecto, la "fuerza obligatoria" o "validez" de la ley se encuentra intrínsecamente referida no a su posible carácter general, sino únicamente a su carácter de norma. Tomando en cuenta que, por su misma naturaleza, el derecho es una norma, no hay razón para considerar exclusivamente como jurídicas las normas generales. Si las individuales presentan en otros aspectos las características esenciales del derecho, habrá que considerarlas también como parte de éste. Sin embargo, las normas generales tienen siempre la forma de proposiciones hipotéticas.⁶

Kelsen concluye que: "Las normas jurídicas no constituyen proposiciones, esto es enunciados declarativos sobre un objeto dado al conocimiento. Según su sentido, son mandamientos y, en cuanto tales, órdenes, imperativos; pero no sólo mandamientos, sino también permisiones y autorizaciones."⁷

Kelsen y Baqueiro dicen que cuando la norma jurídica es general y abstracta, se dice que es una ley en sentido material, por otra parte, los sistemas políticos modernos encomiendan a órganos específicos la facultad legislativa, por lo general a parlamentos o diputaciones colegiadas, pero estos cuerpos no sólo crean normas generales que revisten forma de ley, es decir, leyes en sentido material, generales y

⁴ KELSEN, Hans, Teoría general del derecho y del Estado. Trad. Eduardo García Máynez, 2ª. ed., México, UNAM, 1995, p. 36.

⁵ KELSEN, Hans, Teoría general del derecho y del Estado. Op. Cit, p. 41.

⁶ *Ibidem*, p. 45.

⁷ KELSEN, Hans, Teoría pura del derecho. Op. Cit., p. 84.

abstractas, sino también disposiciones específicas, individualizadas y concretas (autorizaciones, concesiones, permisos) dirigidas a otros órganos de poder o a individuos particulares, estas normas individualizadas y concretas se conocen también como leyes en sentido formal por el órgano de quien provienen.⁸

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

De lo que colegimos, que la función ejecutiva de la ley reglamentaria, es la de desarrollar los preceptos o funciones establecidos por la Constitución, de lo que debemos entender por facultad reglamentaria y reglamento como el conjunto ordenado de reglas o preceptos que da la autoridad competente para la ejecución de una ley o para el régimen de una corporación, una dependencia o un servicio. Y en este mismo tenor el maestro Zuñiga señala que el reglamento es: "Un conjunto de normas obligatorias de carácter general, emanadas del Poder Ejecutivo, dictadas para el cumplimiento de los fines atribuidos a la administración pública."⁹

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

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

⁸ Cfr. KELSEN, Hans, Teoría pura del derecho, p.240; BAQUEIRO ROJAS, Edgard, Op. Cit, p. 69.

⁹ CIRNES ZÚÑIGA, Sergio H., Diccionarios jurídicos temáticos, Criminalística y ciencias forenses, México, Editorial Oxford, Volumen 6, 2002, p. 64.

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

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

A manera de conclusión podemos afirmar, que la ley se puede definir como la regla y medida de todo acto humano, y que la primera regla y medida de todo acto humano debe de ser necesariamente la razón.

1.2. La jurisprudencia.

El significado etimológico de la palabra jurisprudencia, según el maestro Palomar de Miguel, lo define en su diccionario como:

"Jurisprudencia. (lat. *Jurisprudencia*.) f. Ciencia del derecho. // Enseñanza doctrinal que dimana de los fallos o decisiones de autoridades gubernativas o judiciales. // Norma de juicio que suple omisiones de la ley, y que se funda en las prácticas seguidas en casos iguales o análogos.// En los países que tienen tribunales de casación, la que sientan aquellos fallos judiciales emitidos por estos tribunales, que suponen la más alta jerarquía dentro de la organización judicial, y cuya doctrina es de obligatorio acatamiento para todos los jueces y tribunales sometidos a su jurisdicción. // Méx. Obligatoriedad que alcanza un asunto jurídico después de haber sido resuelto por la Suprema Corte de Justicia o por los tribunales colegiados de circuito, una vez satisfechos los requisitos legales."¹⁰

En el derecho romano, según Ulpiano la acepción de jurisprudencia, era conocida como "Jurisprudencia es el conocimiento de las cosas divinas y humanas, la

¹⁰ PALOMAR DE MIGUEL, Juan, Diccionario para juristas. México, Editorial Porrúa, Tomo II, 2000, p. 885.

ciencia de lo justo y de lo injusto (*Jurisprudencia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*)."¹¹

De acuerdo con Cisneros Farías, atendiendo a la definición del concepto jurisprudencia elaborada por Ulpiano, ésta es la noticia o conocimiento de las cosas divinas y humanas, así como la ciencia de lo justo y de lo injusto (*est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti et iniusti scientia*). Es evidente pues que la jurisprudencia es la primera ciencia europea de la cuál se tuvo conocimiento, esta connotación clásica romana, revela que es el primer metalenguaje del derecho romano.¹²

Así las cosas, que la jurisprudencia tiene diversas acepciones a saber:

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

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

Cabe señalar que no sólo la Suprema corte de Justicia de la Nación funcionando en pleno o en salas y los Tribunales Colegiados de Circuito, pueden fijar jurisprudencia, pues también la fijan el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, pues también pueden hacerlo el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, Tribunales Agrarios, Tribunal Federal de lo Contencioso Administrativo, así como los tribunales superiores de algunas entidades federativas, cada uno de ellos en su respectiva jurisdicción. Las resoluciones emitidas por los organismos antes

¹¹ CUERPO DEL DERECHO CIVIL ROMANO, trad. Kriegel, Hermann y Osengrüggen y por D. Idefonso L. García del corral, Primera Parte, INSTITUTA.-DIGESTO, Barcelona, Editorial Lex Nova, Número 287, 1889, p. 5.

¹² CISNEROS FARÍAS, Germán, Diccionario de frases y aforismos latinos. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Serie Estudios Jurídicos, número 51, 2003, p. 56.

señalados, además de satisfacer el requisito de la reiteración de su sentido sin interrupción por alguna en contrario, deben ser aprobadas por un quórum específico que en ocasiones, como en los tribunales colegiados de circuito, llega a ser por unanimidad.

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

En efecto, la ley y la jurisprudencia son consideradas como "fuentes formales" del derecho, en atención a las características de los procesos por las que surgen, los cuales se encuentran revestidos de forma, sin las cuales, la ley o la jurisprudencia no pueden crearse.¹³ Dentro de sus semejanzas, podemos señalar que nacen por la acción de órganos del Estado, es decir, de las diversas funciones del Estado que analizaremos en ulterior tema; también tienen en común, que ambas instituciones se encuentran reguladas por la ley, y por último, las dos determinan el derecho positivo como principales fuentes.

No perdamos de vista las diferencias por su origen, que señala el maestro Acosta Romero. Dichas instituciones nacen de procesos formalmente establecidos, pero, dichos órganos son distintos debido a las diversas funciones del Estado: la ley, del Poder Legislativo (Ejecutivo), y la jurisprudencia como todos sabemos, del Poder Judicial, es decir, se fundamenta en la actividad de los jueces, que, para aplicar la ley a los casos concretos, deben necesariamente interpretarla y en ocasiones integrar sus vacíos.¹⁴

¹³ ACOSTA ROMERO, Miguel, et al. Derecho jurisprudencial mexicano. México, Editorial Porrúa, 1998, p. 81.

¹⁴ *Ibidem.*, p. 82.

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

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

Para Alfonso Noriega la jurisprudencia es fuente formal, material, directa e interpretativa del derecho. Es fuente formal, porque se equipara a la norma jurídica en su fuerza obligatoria, sin llegar a ser formalmente una norma jurídica, pero sin ser un elemento verídico para integrar una disposición legal a un caso concreto. Es fuente material, puesto que al confirmar, suplir e interpretar la ley, desentraña el sentido de la misma. Es fuente directa, ya que la ley no puede prever todas las inestables situaciones y reglamentarlas en su debida forma; y he aquí que la jurisprudencia viene a integrar el derecho al haber silencio de la ley, siendo en ese caso concreto como fuente directa del mismo.¹⁵

Así también, es preciso proyectar la posible jerarquía que existe entre la ley y la jurisprudencia, que acertadamente señala Acosta Romero ya que la jurisprudencia puede tener tres posiciones diferentes respecto a la ley; en el primero, de subordinación, en cuyo caso el juez sólo interpreta la ley para lograr su aplicación al caso concreto; el segundo, de igualdad relativa, cuando se trata de llenar el vacío legal, puesto que en tal caso el juez se aproxima mucho a la función del legislador; en el tercero, la jurisprudencia puede situarse por encima de la ley y contravenirla, cuando un órgano jurisdiccional facultado para ello la declara inconstitucional. En

¹⁵ NORIEGA, Alfonso. Lecciones de amparo, 3ª Edición, México, Editorial Porrúa, Tomo II, 1991, p. 1120.

resumen, la jurisprudencia es una auténtica norma jurídica, pues su obligatoriedad emana directamente de la Constitución.¹⁶

1.3. La interpretación.

De acuerdo al maestro Gerardo Dehesa, "la palabra *hermenéutica* se deriva del griego *hermenéia* que significa explicación, derivado a su vez de la palabra *herméus* interprete. Hermenéutica es la expresión de un pensamiento de explicación y, sobre todo, de la interpretación del mismo."¹⁷

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

Como se indica, la hermenéutica es la teoría sobre la comprensión e interpretación de textos jurídicos, filosóficos, teológicos, bíblicos y literarios. Sin embargo, para desarrollar su tarea se vale de la lógica, la lingüística, la filosofía y la historia como medios para llegar a una mejor comprensión e interpretación. En efecto, hoy la hermenéutica está centrada en tres puntos centrales a saber: la aclaración, interpretación y comprensión de textos.

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

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

¹⁶ *Ibidem*, p. 88.

¹⁷ DEHESA DÁVILA, Gerardo, *Etimología jurídica*, 2ª ed, México, Poder Judicial de la Federación (Suprema Corte de Justicia de la Nación), Coordinación General de Sistematización y Compilación de Tesis, 2004, p. 106.

Por otra parte, el ilustre maestro García Máynez, dice que "interpretar es desentrañar el sentido de una expresión. Se interpretan las expresiones, para descubrir lo que significan. La expresión es un conjunto de *signos*; por ello tiene *significación*."¹⁸

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

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

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

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

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

Máynez concluye que, "Se dice que las expresiones son equivalentes cuando, siendo diversas las significaciones, refiéranse al mismo objeto."¹⁹

1.4. La interpretación Jurídica.

¹⁸ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 32ª. ed., México, Editorial Porrúa, 1980, p. 325.

¹⁹ *Ibidem*. p. 326.

Intrínsecamente, la problemática originada en el derecho, se halla además, el de la exacta determinación del alcance y significado de su texto: el gran problema de la interpretación jurídica.

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

Según el maestro Pedro de Aragonese "Por interpretación se entiende normalmente la indagación y esclarecimiento de la norma jurídica que, tomando como punto de partida el texto de la norma, busca el pensamiento contenido en él, o bien el sentido que le marque la finalidad perseguida por ella."²⁰

Al respecto Kelsen²¹ afirma, que la interpretación es un procedimiento espiritual que acompaña al proceso de aplicación del derecho, en su tránsito de una grada superior a una inferior. En el caso en que más se piensa cuando se habla de interpretación, en el caso de la interpretación de la ley, se debe dar respuesta a la pregunta de qué contenido hay que dar a la norma individual de una sentencia judicial, al deducirla de la norma general de la ley para su aplicación al hecho concreto.

García Máynez considera que: "Si aplicamos las ideas del punto anterior al caso de la interpretación de la ley, podremos decir que interpretar está en descubrir el sentido que encierra. La ley aparece ante nosotros como una forma de expresión. Tal expresión suele ser el conjunto de signos escritos sobre el papel, que forman los "artículos" de los códigos."²²

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

²⁰ ARAGONESES ALONSO, Pedro. Proceso y Derecho Procesal. Editorial Aguilar, Madrid, 1960, Pág. 800.

²¹ KELSEN, Hans, Teoría pura del derecho. Op. Cit., p. 349.

²² GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, Op. Cit, p. 327.

Para Joseph Raz, la interpretación siempre esta presente en la aplicación del derecho, ya que al ser el derecho completo, los jueces no crean nuevo derecho, sino únicamente interpretan el mismo. "Así como la validez de la distinción entre identificar el derecho existente y el hacer nuevo derecho es inconsistente con el papel de la interpretación, así lo es la ampliamente compartida creencia de que el derecho es necesariamente incompleto. Si fuera incompleto los tribunales no podrían resolver las controversias interpretando el derecho."²³

De acuerdo con TAMAYO Y SALMORÁN quien afirma que: "Si la interpretación consiste en dotar de significado a ciertas cosas, signos o acontecimientos, entonces la interpretación jurídica -siguiendo este orden de ideas puede perfectamente consistir en cualquiera de las dos siguientes posibilidades: (1) La adscripción de un significado jurídico a ciertos hechos, signos, acontecimientos o comportamientos (objetos significados), los cuales se constituyen en objetos jurídicos en atención de que son jurídicamente considerados, o mejor, jurídicamente interpretados. (2) La adscripción de un cierto significado al discurso jurídico, i.e., leyes, constituciones, tratados, etc. (Al respecto conviene señalar que el problema de la interpretación jurídica, tradicionalmente planteado se ha referido casi exclusivamente a la segunda de estas nociones)."²⁴

Es por eso, que se razona que existe una serie de interpretaciones, *verbi gratia*, la interpretación constitucional en tanto corresponda aplicarla, mediante el procedimiento legislativo; una interpretación de los tratados internacionales o de las normas del derecho internacional general consuetudinario, cuándo tienen que ser aplicados por un gobierno, por un tribunal internacional o nacional; la interpretación de normas generales, que se realiza cuando los tribunales aplican dichas normas a los casos concretos y, la interpretación de normas individuales, es decir, sentencias judiciales, decisiones administrativas, negocios jurídicos; además esta la interpretación de los juristas, abogados y particulares, en síntesis: interpretación de todo el orden jurídico, que se traduce en todas las normas jurídicas, en tanto debe recibir aplicación.

²³RAZ, Joseph, ¿Por qué interpretar?. vid. en VÁZQUEZ, Rodolfo, Compilador, Interpretación jurídica y decisión judicial, 3ª. ed., México, Editorial Fontamara, Doctrina Jurídica Contemporánea, 2002, pp. 39-56.

²⁴ TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, Elementos para una teoría general del derecho. México, Editorial Themis, 1996, p. 336.

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

En el primer caso se habla de *interpretación auténtica*; en el segundo, de *interpretación judicial o jurisprudencial*, y, en el tercero, de *interpretación doctrinal*. Las dos primeras tienen carácter oficial o público y la tercera privado.

Asimismo, la labor hermenéutica no se refiere únicamente a los preceptos legales de general observancia, sino que puede hallarse dirigida como se menciona, hacia el descubrimiento de normas individualizadas.

Kelsen clasifica a la interpretación en dos tipos: la interpretación del derecho por el órgano jurídico de aplicación, y la interpretación del derecho que no se efectúa por un órgano jurídico, sino por una persona privada y, especialmente, por la ciencia del derecho.²⁵ Aquí, lo que interesa es la interpretación efectuada por el órgano de aplicación del derecho.

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

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

"La interpretación orgánica aparece, en consecuencia, como el acto de significación mediante el cual el órgano determina el sentido de los materiales jurídicos (como parte del lenguaje jurídico) que él tiene que aplicar a fin de proseguir el proceso de creación del derecho."²⁶ Es preciso, señalar que comparte el punto de vista de los que creemos en la construcción gradual del derecho, aunque no sabemos, a que tipo de creación del derecho se refiere, si a la creación de una norma individualizada exclusivamente o incluso a una general, ya que hace referencia únicamente a que la interpretación orgánica, así, juega un papel definitivo en el

²⁵ KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*. Op. Cit, p. 349.

²⁶ TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, Op. Cit., p. 340.

procedimiento de creación del orden jurídico, es decir, que el órgano aplicador, decide el curso de la creación y aplicación subsecuente del derecho.

Por el contrario Tamayo y Salmorán al referirse a la interpretación dogmática o doctrinal, señala que consiste en la interpretación que realizaban los prudentes, quienes cambiaron notablemente el significado original del material jurídico, extendiendo su aplicación (significado) a nuevas situaciones. Afirma que en el derecho romano arcaico no sólo existió la interpretación del discurso jurídico, sino que esta labor constituyó el núcleo de una específica actividad que se denominó *jurisprudencia*.²⁷

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

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

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

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

Si por "interpretación" se entiende la determinación en cuanto conocimiento del sentido del objeto interpretado, el resultado de una interpretación jurídica sólo puede ser determinar el marco que expone el derecho por interpretar, y, por lo tanto, el

²⁷Ibidem, p. 342.

conocimiento de varias posibilidades dadas dentro de ese marco. Por lo tanto, la interpretación de una ley no conduce necesariamente a una decisión única, como si se tratara de la única correcta, sino posiblemente a varias, con el mismo valor aún que una de ellas sea sólo derecho positivo, por el acto del tribunal competente.²⁸

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

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

Al respecto, García Máynez señala que lo que un sujeto expresa no es, *a fortiori*, lo que pretendía expresar. Puede haber una inadecuación entre la intención de aquél y los medios de que se vale para formular sus pensamientos.²⁹ Asimismo, es posible también por lo que se comentó anteriormente, que utilice signos que no concuerden con su voluntad o pretensión.

Según García Máynez, lo que cabe interpretar no es la voluntad del legislador, sino el texto de la ley. Esto no significa que la interpretación haya de ser puramente gramatical, pues la significación de las palabras que el legislador utiliza no se agota en su sentido lingüístico: para percatarse de ello basta con pensar en la equivocidad de muchos de los términos que maneja y, sobre todo, en la necesidad en que se encuentra de usar vocablos que poseen una significación propiamente jurídica, no

²⁸ *Ibidem*, p. 351.

²⁹ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Op. Cit.*, p. 328.

creada por él, y que se halla en conexión con muchas otras del mismo sistema de derecho.³⁰

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

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

Kelsen sostiene que pese a todos los esfuerzos de la jurisprudencia tradicional no se ha logrado resolver a favor de uno u otro, en manera objetivamente válida al conflicto entre voluntad y expresión. Todos los métodos interpretativos desarrollados hasta ahora llevan siempre a un resultado posible, y nunca a un único resultado correcto.³¹ Incluso inclinarse a la voluntad supuesta del legislador, dejando a un lado el tenor literal, o bien atenerse estrictamente al tenor literal sin preocuparse por la voluntad, por lo general, resulta inadecuado e inútil fundar jurídicamente una de esas posibilidades con exclusión de las otras y, por lo tanto poco deseado, por lo que necesariamente se requiere de una interpretación completa.

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

Considerando que la interpretación no debe ser únicamente un acto de conocimiento, sino también de voluntad del juzgador, en razón, de que la tarea de lograr a partir de la ley, la única sentencia correcta, es en esencial la misma que la de crear dentro del marco constitucional la única ley correcta. Es por eso que Kelsen sostiene así como no se puede obtener, partiendo de la Constitución, mediante interpretación, la única ley correcta, tampoco puede lograrse a partir de la ley, por interpretación la única sentencia correcta. Puede decirse que puede tener lugar una actividad cognoscitiva del órgano de aplicación, no se trataría de un conocimiento del

³⁰ *Ibidem*, p. 329.

³¹ KELSEN, Hans, Teoría pura del derecho. Op. Cit, pp. 351-352.

derecho positivo, sino de otras normas que pueden desembocar aquí en el proceso de producción de derecho: normas morales, normas de justicia, juicios de valor sociales, etcétera, que se suelen denominar con rótulos tales como: "bien común", "interés del Estado", "progreso", etcétera.³²

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

La interpretación que efectúa el órgano de aplicación del derecho es siempre auténtica. Crea derecho. Por cierto que se habla sólo de interpretación auténtica cuando la misma adopta la forma de una ley, o de un tratado internacional, teniendo carácter general, es decir, creando derecho no sólo para un caso concreto, sino para todos los casos iguales, y ello, cuando el acto considerado como interpretación auténtica constituye la producción de una norma general.

Pero también es auténtica, es decir, creadora de derecho, la interpretación realizada por un órgano de aplicación de derecho cuando crea derecho para un caso concreto (creación de una norma individual). En esta interpretación auténtica, el órgano jurídico que tiene que aplicarla, puede producir una norma que se encuentre enteramente fuera del marco cognoscitivo que configura la norma aplicable, recurriendo para ello a otra clase de interpretación.³³

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

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

Efectivamente, tanto los autores como nosotros, sostenemos que en la actividad judicial conjuntamente se aplica y se crea el derecho. Es decir, que el juez al aplicar la

³² *Ibidem*, pp. 353-354.

³³ KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*. Op. Cit, p.p. 354-355.

norma abstracta al caso concreto, crea una nueva norma antes inexistente para regular dicho caso. Por lo que Kelsen afirma que el juez al crear derecho aplica al propio tiempo la ley.³⁴

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

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

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

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

La interpretación científico-jurídica tiene que evitar con el mayor cuidado la ficción de que una norma jurídica siempre admite sólo un sentido, el sentido "correcto". Se trata de una ficción de la que se sirve la jurisprudencia tradicional para mantener el ideal de la seguridad jurídica. Dada la multiplicidad de sentidos de la mayoría de las normas jurídicas, este ideal sólo puede cumplirse aproximadamente.

³⁴ CALVO VIDAL, Félix M., La jurisprudencia ¿Fuente del Derecho?. Valladolid, España, Editorial Lex Nova, 1992, p. 86.

No se negará que esta ficción del sentido unívoco de las normas jurídicas puede tener grandes ventajas desde algún punto de vista político.

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

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

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

Los códigos por lo general señalan reglas de interpretación de los contratos y los testamentos que pueden ser extendidas a otros actos jurídicos, así como hace el Código Civil Federal que da preferencia a la intención evidente de los contratantes sobre las palabras que parecieran contrarias a ella, restringe el alcance de los términos del contrato sin admitir la interpretación extensiva que se acepta normalmente en la interpretación de la ley; dentro de la división de la interpretación lógica-sistemática y gramatical se inclina por la primera y así dispone que las palabras que pueden tener distintas acepciones serán entendidas en aquella que sea más conforme a la naturaleza del contrato según el uso o la costumbre. Es importante también el uso de la equidad cuando de acuerdo con las reglas anteriores se llegare a una solución ilógica notoriamente injusta, en esos casos se establecen reglas de equidad como son que si el contrato fuese gratuito se resolverá en favor de la menor transmisión de derechos y si fuere oneroso, en favor de la mayor reciprocidad de interés. Debe tenerse en cuenta que a falta de la ley que precise el alcance de los actos jurídicos, cuando sus autores no han hecho uso de su autonomía de la voluntad, se debe estar a los principios generales de derecho según lo dispone el Código Civil de acuerdo con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Otra forma de guiar la interpretación, es hacer uso de los aforismos o máximas interpretativas que a lo largo del tiempo han venido compilando los autores y que con frecuencia se usan a falta de disposición legal, ejemplos de aforismos de esta naturaleza:

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

"Sobre la letra debe prevalecer la intención."

"Los derechos son renunciables, no así los deberes" y, numerosos más que han sido incorporados a los textos legales.³⁵

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

"En la interpretación auténtica, el legislador interpreta el texto que ha promulgado. De conformidad con lo que comúnmente se acepta, *eius est interpretari*

³⁵ BAQUEIRO ROJAS, Edgard, Op. Cit, p. 63-64.

cuius est condere legem, el legislador tiene competencia para una interpretación auténtica."

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

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

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

"Existe por último, en orden de no en importancia, la interpretación que surge de otras fuentes: la interpretación de las partes y de sus representantes en el proceso jurídico, la cual a menudo estimula la interpretación operativa; la interpretación hecha por la opinión pública especialmente cuando se valoran el derecho y las decisiones aplicativas del derecho, lo cual es importante para identificar el contenido de la conciencia jurídica de los grupos particulares de una sociedad."³⁶

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

Queda claro entonces que en la doctrina se conocen distintos sistemas de interpretación, entre los que podemos señalar, el auténtico, el exegético, conceptual, dogmático, el histórico, el objetivo, el subjetivo, el sociológico, el psicológico, el pragmático, el teleológico, el sistemático, el analógico, el de mayoría de razón, el de *contrario sensu*, etcétera. Pero se antoja imposible una tarea mediante la cual se pretenda determinar la existencia de un sólo sistema de interpretación o simplemente que alguno de ellos deba estimarse *a priori* de aplicación preferente respecto de los demás.

³⁶ WRÓBLEWSKI, Jerzy, Constitución y teoría general de la interpretación jurídica. Editores Madrid: Civitas, Madrid, 1985, pp. 27-29.

CAPÍTULO II

EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA E INTERPRETACIÓN

2.1. La jurisprudencia en Roma y su interpretación.

A través de la historia de la humanidad, se ha visto que el hombre está dotado de voluntad libre que ha tratado de defender y hacer valer, que le permite desenvolver sus facultades naturales. En la sociedad esta libertad se ha encontrado limitada por el respeto a la de otros y surgen por ende reglas que garanticen a cada integrante de la sociedad con una medida igual al ejercicio de su actividad, de ahí la necesidad de que existan normas que rijan las relaciones sociales.

Históricamente la Jurisprudencia, se ha observado como criterio reiterativo para cierta acción, pudiéndose remontar al inicio de la vida. En las tribus primitivas existía el consejo de ancianos, a quienes se les solicitaba su opinión o consejo, pensaban que por la experiencia que habían adquirido de la vida, su opinión tenía cierto fundamento, pues contenía fuerza moral, ayudando a la existencia de organización y funcionamiento de la tribu.

Efectivamente, “la interpretación del derecho en la época arcaica estaba a cargo de los pontífices, éstos fueron en un principio los primeros jurisconsultos, la razón se debe a que los actos jurídicos estaban íntimamente ligados con el *ius sacrum*, de manera que, cuando alguien deseaba entablar un juicio, recurría a los pontífices para saber cuál era el día propicio para hacerlo, ya que ellos tenían a su cargo la elaboración del calendario; de la misma manera, aconsejaban al litigante para que su actuación fuese eficaz.”³⁷

En Roma, la Jurisprudencia comenzó en el Colegio Sacerdotal, que era el lugar donde vivían los pontífices, siendo estos de las pocas personas que sabían leer y escribir y por tanto eran los encargados de interpretar el derecho, así, los primeros jurisconsultos fueron sacerdotes, existiendo de esa forma vínculos con la religión.

Las opiniones de los pontífices fueron en un principio, verbales y el colegio sacerdotal cada año designaba a uno de sus miembros para que diera consultas jurídicas al público; posteriormente se adoptó la costumbre de fijarlas por escrito.

³⁷ PADILLA SAHAGÚN, Gumesindo. Derecho Romano I. 2ª edición, Editorial Mc Graw Hill, México 1998, 1 Pág. 25.

Al pasar los años, los sacerdotes después de la expedición de la ley de las XII tablas, por sus conocimientos hicieron aplicaciones prácticas de las normas respectivas.

Margadant Floris, nos dice: “Para que comenzara el verdadero florecimiento de la Jurisprudencia Romana, era necesario sacar la ciencia del derecho del reducido círculo de los sacerdotes, es decir, secularizarla.”³⁸ “Una de las principales causas que originaron una evolución en la Jurisprudencia, es cuando se realizaron las primeras publicaciones de los criterios de los pontífices, dando lugar a que la ciencia del derecho ya no se encontrara monopolizada por los sacerdotes, siendo Oneo Flavio, el encargado de publicar toda la colección de fórmulas que los sacerdotes habían elaborado a fin de que las partes las utilizaran en los actos jurídicos y sus procesos, aconsejadas en esto por los sacerdotes, siendo como una especie de libro de recetas de derecho”.

Con el transcurso del tiempo y conforme fue evolucionando la concepción del derecho y la Jurisprudencia en Roma, varios países europeos (entre los principales España y Francia) adoptaron gran parte de los lineamientos y principios del derecho romano, transmitiéndolo a su vez a México a través de la aplicación de los ordenamientos jurídicos.

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

³⁸ FLORIS MARGADANT, Guillermo, El derecho privado romano, 19 Ed., México, Ed. Esfinge, 1989. pág. 55.

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

Por lo tanto, la jurisprudencia no es derecho romano, sino la ciencia del derecho romano, es decir, un metalenguaje, que designa la actividad que realiza el jurista cuando describen el derecho, actividad que se denomina ciencia, doctrina o dogmática jurídica, y que literalmente significa conocimiento del derecho, con todo lo que esta palabra indica.

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

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

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

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

Así debe de ser, porque, en efecto, la jurisprudencia debe ser producto de la sabiduría jurídica de las personas que integran los órganos competentes para emitirla. Incluso en los países anglo-sajones de régimen jurídico consuetudinario, se cree, que la jurisprudencia producto de las resoluciones de los tribunales superiores, contiene la

sabiduría jurídica más profunda, no susceptible de ser modificada en cuanto a sus conclusiones concretas, es por eso, que en dicho sistema jurídico el precedente goza de fuerza, de considerable trascendencia jurídica y por supuesto de prestigio.

Como sabemos, la jurisprudencia fue considerada la primera ciencia jurídica europea, la cual influyó notablemente en otros sistemas jurídicos, como el Socialista, el *Common Law*, y por supuesto en otros países, que paulatinamente fueron perteneciendo al sistema jurídico romano-germánico-canónico, dentro de los cuales esta México.

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

2.2. Evolución de la jurisprudencia en otros sistemas jurídicos.

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

Coexisten en el mundo dos tradiciones legales muy importantes, en la medida en que han influido en la mayoría de los sistemas jurídicos de cada país: la familia

romanista (derecho civil y canónico) y la familia del *common law* (derecho común). Además, existen otras familias jurídicas como las mixtas y la de los sistemas filosóficos y religiosos. Ya que es preciso aclarar que, la familia socialista prácticamente ya no constituye una familia, aunque existen aún los sistemas socialistas de Cuba y China, pero sin embargo, nos referiremos brevemente a ellas a manera de síntesis.

Se llama tradición legal: "al conjunto de actitudes profundamente arraigadas, históricamente condicionadas, acerca de la naturaleza del derecho, acerca del papel del derecho en la sociedad y del cuerpo político, acerca de la organización y la operación adecuadas de un sistema legal, y acerca de la forma en que se hace o debiera hacerse, aplicarse, estudiarse, perfeccionarse y enseñarse el derecho."³⁹

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

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

a) Familia jurídica romanista

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

En la Monarquía la única fuente era la costumbre de los antepasados; pero en la República al ser reemplazado el rey por dos cónsules, el derecho era creado también

³⁹ HENRY MERRYMAN, John, La tradición jurídica romano-canónica, trad. Eduardo L. Suárez, 3ª. reimpresión, México, Editorial Fondo de Cultura Económica, 1997, p.17.

por éstos y por las magistraturas que se crearon como: la de los pretores, cuestores, censores, ediles y por los tribunos de la plebe.

Margadant sostiene que la República vio aparecer el derecho honorario, que llegó a constituir un sistema jurídico paralelo al *ius civile*. El derecho honorario era el que los magistrados plasmaban en sus edictos en virtud del *ius edicendi*, es decir, de la facultad que se les había otorgado de dictar normas. Este derecho suplió en algunos casos y corrigió el derecho civil, creando un sistema más equitativo y flexible, pero tampoco era extraño que las soluciones del pretor y del edil principalmente contradijeran al civil, creando nuevas instituciones jurídicas, más equitativas y de mayor eficacia procesal.⁴⁰

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

Consuelo Sirvent señala que los edictos de los magistrados eran las disposiciones de los magistrados que gozaban del *ius edicendi*, es decir, del derecho de emitir edictos, entre los que figuraban programas de trabajo y normas de conducta, los cuales eran anuales, traslaticios y repentinos, que se emitía cuando había que resolver un caso no previsto en el edicto anual. Los edictos de los magistrados fueron fuente del derecho honorario.⁴¹

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

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

⁴⁰ Vid. FLORIS MARGADANT, Guillermo, El derecho privado romano. 19 ed., México, Editorial Esfinge, 1993, p. 69.

⁴¹ SIRVENT GUTIÉRREZ, Consuelo, Sistemas jurídicos contemporáneos. México, Editorial Porrúa, 2000, p. 15-16.

Se dice también, que Justiniano al ser emperador bizantino quiso que perdurara la cultura jurídica romana, para lo cual se propuso llevar a cabo una enorme compilación de la misma que resultará utilizable en la práctica, es decir con la intención de positivizarla. Con este fin, le encargo a Triboniano, que contaba con un equipo de expertos, que realizara la recopilación de leyes imperiales que ya figuraban en los códigos gregoriano, hermogeniano, teodosiano y en las constituciones que se promulgaron después, este trabajo se termino en un año, recibiendo el nombre de Código de Justiniano y se publicó en el año 529.⁴²

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

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

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

b) Familia jurídica del *Common Law*.

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

De acuerdo con Consuelo Sirvent, que considera que éste derecho es eminentemente jurisprudencial, o sea, emanado del poder judicial, toda vez, que se fue formando por las decisiones judiciales (precedentes) emanadas de los tribunales

⁴² SIRVENT GUTIÉRREZ, Consuelo, *Op. Cit.*, p.19.

reales. Por tanto, la norma del *Common Law* se concreta al dar solución a un caso concreto.⁴³ A éste sistema jurídico pertenece principalmente Inglaterra, Estados Unidos de Norteamérica, Canadá, Australia y Nueva Zelanda.

Se dice también: que un aspecto importante en la creación de dicho sistema fue la época de Enrique II, en la que se crean los Tribunales Reales, que con el paso del tiempo se ampliaron y multiplicaron hasta formar la organización del poder judicial británico, dando lugar al sistema judicial del *Common Law*, al convertir los usos y costumbres de las tribus germanas en normas jurídicas de todo el reino a través de sus resoluciones.⁴⁴

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

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

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

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

Por lo se que dice que las únicas fuentes del derecho Inglés de mayor a menor importancia son: el precedente, la legislación, la costumbre, la razón y la doctrina.

⁴³ *Ibidem*, p. 8.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 63.

Aunque no todos los juristas angloamericanos sostienen la afirmación de que "Los precedentes son las decisiones de casos análogos al examinado, contienen el derecho vigente de manera no codificada. La regla jurídica que atribuye fuerza jurídica a los precedentes judiciales y obliga a su observancia en todos los casos futuros similares se denomina doctrina del *stare decisis*."⁴⁵ Como más adelante lo analizaremos, con el pensamiento de Roscoe Pound.

Consuelo Sirvent afirma que, el precedente consta de dos partes que son: la *ratio decidendi*, que es la declaración de la ley aplicada en la resolución de un problema legal, en ésta se encuentra la vinculatoriedad del precedente y; la *obiter dictum* que consiste en las opiniones e informes que se anexan a la sentencia.⁴⁶

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

Es del conocimiento común, que las normas son creadas de muy diversas maneras: las generales en el mayor de los casos a través de la legislación y la costumbre; y las individuales a través de actos judiciales y administrativos o de transacciones jurídicas, que en ocasiones llegan a constituir normas de carácter también general.

De acuerdo con lo dicho, se ha concluido que la regla que expresa el comportamiento consuetudinario de los hombres, sólo se convierte en norma jurídica a través de su reconocimiento por el tribunal que la aplica, y que, por consiguiente, las normas del derecho consuetudinario son producidas solamente por los tribunales.

Es por eso que Kelsen afirma que: "Allí donde el derecho consuetudinario es válido, la creación de normas generales no se encuentra reservada al llamado órgano legislativo, ni siquiera en el sentido de que otros órganos sólo pueden crear esas normas con autorización de dicho órgano. La costumbre es un método de creación de normas generales, que constituye una genuina alternativa con la legislación."⁴⁷

⁴⁵ *Ibidem*, p. 91.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 93.

⁴⁷ KELSEN, Hans, Teoría general del derecho y del Estado. Op. Cit., p. 322.

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

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

Según el tratadista John Chipman Gray, citado por Kelsen, “el derecho del Estado o de cualquier grupo organizado de hombres, está compuesto por las reglas que los tribunales, es decir, los órganos jurisdiccionales de este cuerpo, establecen para la determinación de los derechos subjetivos y los deberes jurídicos. Incluso señala que el conjunto de reglas que los tribunales establecen, no es la expresión de un derecho preexistente, sino el derecho a secas”. Además advierte, “que el hecho de que los tribunales apliquen determinadas reglas es lo que las convierte en derecho, pues no hay una entidad misteriosa llamada 'derecho' además de las mismas reglas, por lo cual los jueces son los creadores, más que los descubridores del derecho”.⁴⁸

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

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

⁴⁸ *Ibidem*, p. 178-179.

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

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

El tratadista Roscoe Pound, en su obra intitulada "*El Espíritu del Common Law*" afirma que, la tradición jurídica angloamericana llamada *Common Law* constituye una forma peculiar del pensamiento judicial y jurídico, una manera de tratar problemas jurídicos más bien que un cuerpo definido de reglas determinadas. No obstante, el *Common Law* subsiste en los Estados Unidos a pesar de la gran cantidad de legislación que aparece cada año en nuestras colecciones legislativas, y le proporciona forma y consistencia.⁴⁹

De ahí que, sostenga que las fórmulas jurídicas son necesarias para mantener la dignidad del tribunal, para acelerar la marcha de sus asuntos, para que la persona revestida de autoridad se mantenga dentro de los límites debidos y para que el juez pueda aprovecharse de la experiencia del pasado. Ante todo, ésta actitud de los tribunales del *Common Law*, es lo que se llama doctrina de la supremacía del derecho (*supremacy of law*).

Roscoe Pound señala además que "Junto con la doctrina del precedente judicial y del juicio por jurado, esta doctrina de la supremacía del derecho constituye una de las tres instituciones distintivas y más características del sistema jurídico angloamericano."⁵⁰

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

⁴⁹ POUND, Roscoe, El espíritu del "Common Law". Trad. de José Puig Brutau, s.e., Barcelona, Editorial Bosch, s.a., p. 17.

⁵⁰ *Ibidem*. P. 79.

Por otro lado Roscoe Pound considera: "De ahí que, durante un siglo, nuestros tribunales dedicaran sus principales esfuerzos al desarrollo de nuestro derecho del caso y la jerarquía judicial fue organizada en consideración a tal finalidad."⁵¹

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

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

Es indudable que refuta el positivismo desde la perspectiva metodológica, única vía que permitía unificar la diversidad de escuelas positivistas. Una concepción del derecho que niegue la separación absoluta entre el derecho y la moral, y que no acuda a principios de justicia material preestablecidos, como hacía el viejo iusnaturalismo es una doctrina peligrosa, porque Dworkin demuestra que en la práctica jurídica de los tribunales, la distinción entre el derecho y la moral, no es tan clara como sostienen los positivistas. Acudir al derecho que se aplica y obedece para demostrar que la moral interviene en el derecho, es muy peligrosa para la doctrina positivista, porque pone de manifiesto la debilidad de su enfoque.

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

⁵¹ *Ibidem.* p. 126.

reconocimiento, permite identificar las normas mediante un *test* que él denomina *el test de su pedigree o de su origen*.

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

"La reacción positivista no se ha limitado a la mera modificación de la regla de reconocimiento (Carrió o Sartorius) o a la búsqueda de criterios distintos (Raz) para la identificación del derecho. Algunos autores han interpretado la obra de Dworkin como una nueva versión del iusnaturalismo. Richards sostiene que: la interpretación del razonamiento judicial ha sido utilizada por Dworkin para defender una forma de iusnaturalismo en oposición al positivismo de Hart. El razonamiento jurídico, según Dworkin, invoca y utiliza principios que los tribunales desarrollan lentamente mediante un largo proceso de razonamiento y de creación de precedentes. Estos principios son específicamente morales. En consecuencia, el razonamiento jurídico depende del razonamiento moral, en el sentido de que los principios morales juegan un papel muy importante en razonamiento jurídico, específicamente en los casos difíciles. Y, por tanto, la tesis central del positivismo, la separación entre el derecho y la moral, es falsa; no se puede separar el razonamiento jurídico del razonamiento moral."⁵²

Sobre este punto Carrió ha señalado que: "la descripción de Dworkin de las actitudes de los jueces americanos es correcta pero no puede ser invocada como contraejemplo del positivismo... La Constitución americana ha incorporado algunos *standards* morales como criterios de validez jurídica y los jueces americanos aplican estos *standards* como criterios últimos de validez. A causa de esta circunstancia, la conexión existente en aquél país entre el derecho y la moral, aunque sea importante y estrecha, no es una conexión necesaria o conceptual sino fáctica."⁵³

Según Dworkin, el positivismo hartiano es incapaz de dar cuenta de la complejidad del derecho. Para poner a prueba las tesis positivistas, plantea el problema de la función judicial. En la tradición positivista más desarrollada (el caso de

⁵² DWORKIN, Ronald, Los derechos en serio, trad. Marta Guastavino, Barcelona, España, Editorial Planeta-Agostini, 1993. p. 11.

⁵³ *Ibidem.*, p. 12.

Hart en su obra *The Concept of law*) se mantiene la tesis de la discreción judicial. En caso de que no exista una norma exactamente aplicable el juez debe decidir discrecionalmente. El derecho no puede ofrecer respuesta a todos los casos que se plantean. El positivismo hartiano sostiene que en los casos difíciles no existe respuesta correcta previa a la decisión del juez, que tiene un marcado carácter discrecional. Dworkin atacará la teoría de la función discrecional de los jueces enunciando la tesis de la respuesta correcta.

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

Sostiene que: "las leyes y normas del derecho consuetudinario suelen ser vagas, y es necesario interpretarlas antes de que se les pueda aplicar a casos nuevos. Además, algunos casos plantean problemas tan nuevos que no es posible resolverlos ni siquiera forzando o volviendo a interpretar las normas existentes, de manera que en ocasiones los jueces deben legislar, ya sea encubierta o explícitamente. Pero cuando lo hacen, deben actuar como representantes del legislativo, promulgando el derecho que, en su sentir, promulgaría éste de verse enfrentado con el problema."⁵⁴

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

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

⁵⁴ *Ibidem.*, p. 147.

las teorías de cada juez acerca de lo que es la práctica se incorporan por referencia a través de cualquier descripción y reestructuración de precedente en la que se apoye, aspectos de otras interpretaciones populares de la época.

Es preciso, pues, aceptar que la fuerza gravitacional del precedente no puede ser captada por ninguna teoría que suponga que el precedente tiene fuerza de ley como la legislación. Pero lo inadecuado de tal enfoque sugiere otra teoría superior. La fuerza gravitacional de un precedente se puede explicar apelando, no a la prudencia de imponer leyes, sino a la equidad de tratar de manera semejante los casos semejantes.⁵⁵

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

Dworkin, llama Hércules al juez, que debe construir un esquema de principios abstractos y concretos que ofrezca una justificación coherente para todos los precedentes de derecho consuetudinario y, en cuanto también han de estar justificadas por principios, para las estipulaciones constitucionales y legislativas.⁵⁶

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

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

⁵⁵ *Ibidem.*, p. 185.

⁵⁶ *Ibidem.*, p.190.

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

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

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

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

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

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

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

c) Familia jurídica socialista.

Este sistema, se tratara con fines académicos, con el objeto de analizar sus principales fuentes de creación del derecho socialista a manera de introducción.

El sistema socialista soviético se implantó en Rusia a raíz de la revolución bolchevique de 1917. Los sistemas jurídicos socialistas soviéticos integraron una nueva tradición o familia jurídica. Con anterioridad a la revolución, el derecho ruso pertenecía a la familia neorromanista, y después del término de la guerra fría vuelve nuevamente a incorporarse a ella.

Según Consuelo Sirvent, ésta familia jurídica fue la de más reciente creación y, también la más efímera, ya que se le aceptó cuestionada acerca de su autonomía hasta 1939. Sin embargo, con el colapso del sistema socialista soviético desaparece, asimismo, esta familia jurídica, incorporándose de esta manera algunos países a la tradición neorromanista, otros al sistema religioso musulmán, y a la familia mixta.⁵⁷

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

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

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

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

La jurisprudencia que como ya se dijo es la principal fuente del derecho común, pero que en éste sistema juega un papel muy restringido, dichos fallos se encuentran controlados por publicaciones oficiales, por lo que no existen publicaciones privadas. Diremos por tanto que, la jurisprudencia en este sistema tiene prácticamente la función reservada a la interpretación de la ley y no a la integración y creación de normas generales, como ocurre en otros sistemas jurídicos.

⁵⁷ SIRVENT GUTIÉRREZ, Consuelo, *Op. Cit.*, p. 10.

d) Sistemas religiosos o filosóficos.

Los sistemas religiosos no constituyen una familia, son independientes entre sí y ninguno de ellos agrupa una pluralidad de derechos nacionales. La característica de este sistema es que no separa la religión del derecho. El más importante de estos sistemas es el musulmán que es el derecho de una comunidad de fieles que profesa la fe islámica.

e) Familia híbrida o mixta.

Esta familia como algunas que existen, son sistemas que por sus propias características resultan difíciles de clasificar dentro de una familia jurídica determinada, ya que en ellos están presentes elementos que pertenecen a dos o más sistemas distintos, como ejemplo tenemos: la India, Japón e Israel.

CAPÍTULO III

ESCUELAS Y SISTEMAS DE INTERPRETACIÓN

3.1. Escuela de la Exégesis.

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

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

Según García Máynez, el pensamiento inspirador de la citada escuela fue por primera vez formulado en la memoria *L' autorité de la loi*, leída por el jurista francés Blondeau en el año de 1841, ante la Academia de Ciencias Morales y Políticas. Según Blondeau, las decisiones judiciales deben fundarse exclusivamente en la ley. El mencionado jurisconsulto admite la interpretación, pero sólo en el sentido de exégesis de los textos. Consecuentemente con su punto de partida, rechaza "las falsas fuentes de decisión, con las cuales se pretende sustituir la voluntad del legislador": precedentes, usos no reconocidos legalmente, consideraciones de utilidad general, equidad, adagios, doctrinas, etcétera. Y llega al extremo de sostener que si el juez se encuentra ante leyes contradictorias, que haga imposible describir la voluntad del legislador, debe abstenerse de juzgar, considerar tales preceptos como no existentes y rechazar la demanda.⁵⁸

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

Además, si los medios auxiliares de que el intérprete se vale como es el caso del examen de trabajos preparatorios, exposiciones de motivos y discusiones parlamentarias, así como de la tradición histórica y de la costumbre. Si estos medios

⁵⁸ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, Op. Cit, p. 333.

resultan infructuosos, habrá que valerse de procedimientos indirectos, entre los cuales se encuentra la analogía, la equidad y los principios generales del derecho, pero no como fuente inmediata y directa, sino únicamente como criterio de inspiración que el legislador debió tener presente, y así por estos medios, poder completar la expresión de su pensamiento.⁵⁹

Según el tratadista Savigny en su obra llamada el *Tratado de Derecho Romano*, dice: "Si las fuentes resultan insuficientes para resolver una cuestión jurídica, debemos colmar la laguna, pues la universalidad es una condición tan esencial al derecho como su unidad. Por lo que debemos de proceder, tomando en cuenta que el derecho positivo se completa a sí propio, en virtud de su fuerza orgánica. De acuerdo con la definición que del derecho positivo he dado, debo admitir, la verdad de esta tesis; precisamente me he servido de ella para suprimir las contradicciones y restablecer la unidad del derecho. El resultado de este procedimiento en relación con el derecho positivo se llama analogía; las lagunas se llenan pues analógicamente."⁶⁰ Esto es precisamente, lo que se le conoce con el nombre de plenitud hermética del orden jurídico.

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

Es indispensable, examinar ahora, lo que niegan los juristas de la escuela de la exégesis.

Es evidente, al hacer uso del *argumento a contrario*, que niegan que la costumbre sea verdadera fuente de derecho, en la medida en que la mayoría como se menciona, sostienen que la formulación del derecho es exclusiva del legislador. Sólo será lícito recurrir a la costumbre cuando la ley así lo disponga, o cuando haya duda, y el examen de aquélla permita descubrir el pensamiento del legislador.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 335.

⁶⁰ Citado por GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, Op. Cit, p. 348.

Incluso cuando hay silencio, oscuridad o insuficiencia de los textos legales, ningún juez debe abstenerse de juzgar, según el Código Civil Francés, por tal razón, casi todos los exégetas se apartan en este punto de la opinión de Blondeau, y estiman que los jueces deben llenar las lagunas de la ley de acuerdo con los principios de justicia y equidad que se supone inspiran en todo caso la obra del legislador.⁶¹

Por esta circunstancia, es necesario hacer una crítica constructiva y considerar lo siguiente, que las conclusiones a que llegan los partidarios de la escuela de la exégesis derivan de una falsa idea sobre la plenitud de la legislación y las codificaciones.

El maestro García Maynez, examina la postura de Géný, respecto a la interpretación e integración de la ley, diciendo que Geny parte del principio de que la finalidad de la interpretación de la ley estriba en descubrir el pensamiento del legislador. En este punto coincide totalmente con la tesis de la escuela de la exégesis. Más no acepta que la legislación sea la única fuente del derecho, ni que pueda prever todas las situaciones jurídicas posibles. Se opone igualmente, a la doctrina de la Escuela Histórica Alemana, según la cual, la ley, una vez formulada, independízase de sus autores y empieza una vida propia, sujeta a la influencia de todos los cambios que traen consigo la evolución social y el progreso de las ideas. Afirma que "Interpretar la ley equivale simplemente a investigar el contenido de la voluntad legislativa, con el auxilio de la fórmula que la expresa."⁶²

Establecido el anterior principio, Géný critica la distinción entre interpretación gramatical e interpretación lógica. Una y otra se complementan necesariamente, pues la gramatical debe ser lógica, y la lógica debe partir del estudio de los textos.

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

Por otro lado, la Escuela de la Exégesis Francesa no toma en cuenta que, el sentido de la ley no es únicamente la voluntad del legislador, es decir, la función de los legisladores no descansa en dar expresión a lo que ellos quieren, sino también a lo que jurídicamente debe ser, de conformidad con todo el orden jurídico.

⁶¹ *Ibidem*, p. 337.

⁶² Citado por GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, Introducción al estudio del derecho. Op. Cit, p. 339.

3.2. Escuela Histórica Alemana.

Esta escuela histórica, tuvo como su más grande representante a F. Von Savigny.

De acuerdo con Rolando Tamayo, en la Escuela Histórica Alemana, el derecho como el lenguaje son creados de forma espontánea, constante e imperceptible en un determinado pueblo. Savigny sostiene que el derecho no es producto de una razón humana abstracta sino es el resultado del *Volkgeist* (del espíritu del pueblo), dicho razonamiento, sin duda, se inspira en el historicismo filosófico de Hegel, y de Schelling, adoptando el concepto de *Volkgeist* que refleja en la moral, en el derecho, en el arte y en el lenguaje.⁶³

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

Siguiendo las ideas de Rolando Tamayo y Salmoran⁶⁴, quien de una manera precisa señala las principales características de ésta escuela, como es sin duda, la inclusión del espíritu histórico en el análisis de las instituciones: única garantía del racionalismo; otra característica importante, es que ante el arbitrio del legislador y de la reducción del derecho a la ley, es necesario recurrir al riguroso método histórico aplicado a la jurisprudencia.

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

⁶³ TAMAYO Y SALMORAN, Rolando, Op. Cit, p. 368.

⁶⁴ Idem.

En cuanto a la interpretación de la ley, Rolando Tamayo comenta que "Savigny estima que para interpretar y conocer el derecho es necesario poseer un conjunto de principios que se manifiesten en virtud de un hábito prolongado y fundado en sólidas bases que permitan argumentar jurídicamente."⁶⁵

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

El método de la jurisprudencia, consiste precisamente, en que si surge una nueva forma de derecho, es siempre en estricta conexión con otra antecedente y tiende a la determinación y al perfeccionamiento de la misma. Es por eso, que se debe interpretar la legislación como disposiciones provisionales o meras instrucciones dirigidas a los tribunales.⁶⁶

Así, pues, Savigny afirma que la legislación debe ser atendida como indicaciones que reflejan las tendencias del derecho consuetudinario para que la legislación realice una dirección semejante a la que en Roma ejercía el edicto del Pretor. En este sentido, se ha dicho por la doctrina que los postulados del método histórico, pueden ser reducidos a tres: empirismo, relativismo y antirracionalismo.

Además, Germán Cisneros Farías⁶⁷, señala como principios generales del método histórico: al empirismo, causalidad y determinismo, irracionalismo y relativismo y por último la lógica jurídica.

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

Por lo que se refiere a la causalidad y determinismo, sostiene que todo fenómeno tiene una causa. Los actos humanos están ligados de tal forma que lo posterior está determinado por lo anterior. De ahí que el derecho no se crea libremente, sino en virtud de una necesidad, siendo indispensable estudiar las causas

⁶⁵ Citado por TAMAYO Y SALMORAN, Rolando, Op. Cit, p. 369.

⁶⁶ Idem.

⁶⁷ CISNEROS FARÍAS, Germán, La interpretación de la ley. 3ª. ed., México, Editorial Trillas, 2001, p. 94.

que dieron origen a una respuesta legal a los problemas suscitados. Asimismo, el irracionalismo y relativismo, se refleja en que el derecho es un cuerpo orgánico, natural. Así surge y vive en un constante producirse, hacerse y rehacerse, sometido a mutaciones que nada respetan, con el fin de hallar las verdades históricas, conseguidas por el camino del más correcto raciocinio (lógica jurídica).

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

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

Las consecuencias y efectos de la Escuela Histórica Alemana, según Tamayo: "Incorpora el análisis histórico a la jurisprudencia. Con Savigny la jurisprudencia adquiere un carácter sistemático. La escuela inicia, en cierta medida, la lógica jurídica, tomando como modelo a la jurisprudencia romana y, la dogmática jurídica y la más sólida construcción doctrinal."⁶⁸

3.3. La Jurisprudencia Dogmática.

Esta escuela, de acuerdo con Cisneros German, tiene a su más ilustre representante, especialmente a lo que a métodos de interpretación se refiere, a Rudolf Von Ihering (1818-1892). El auge de las ciencias empíricas, empieza a manifestarse en las humanidades. La jurisprudencia necesita dejar de ser un conjunto de glosas y recetas prácticas para convertirla en ciencia, en el riguroso sentido de la palabra.⁶⁹

Una de las características básicas de la escuela de la jurisprudencia dogmática, es el positivismo. La misión de la ciencia jurídica es investigar los materiales concretos suministrados por el derecho positivo, elaborarlo y formar una unidad sistemática mediante procedimientos lógicos.

⁶⁸ TAMAYO Y SALMORAN, Rolando, *Op. Cit.*, p. 370.

⁶⁹ *Idem.*

La jurisprudencia dogmática, tiene que construir un sistema coherente y unitario a partir de cualquier derecho positivo. El sistema jurídico -construido por la jurisprudencia- es un conjunto de normas, reglas y principios jurídicos, que permite regular cualquier caso posible de la vida social. De ahí que no existan lagunas. Las incongruencias e incertidumbres de la ley son siempre satisfechas mediante la creación de normas derivadas de los principios generales del sistema.

En este sentido, se señala que: "el sistema jurídico se construye primero inductivamente partiendo del derecho positivo, en cierta forma de la legislación. Se busca lo general hasta llegar a los principios o dogmas generales en los cuales todas las disposiciones unitarias orgánicamente convergen. Todas las consecuencias lógicas de tales principios o dogmas son también reglas que van a completar el sistema. Es importante señalar el carácter normativo que tiene el sistema."⁷⁰ Los principios generales de otras ciencias tienen sólo un valor cognoscitivo.

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

Para la jurisprudencia dogmática la interpretación de la ley, se convierte en una parte únicamente del problema general de la determinación, formulación y aplicación del derecho en general, y por tanto un problema exclusivamente de determinación del derecho positivo.

La ciencia jurídica es concebida por Ihering como aquel procedimiento que nos lleva a la construcción de un orden sistemático del derecho. Sostiene que el jurista romano para crear un orden sistemático, recurre a dos medios básicos que son: a) La simplificación cuantitativa, y b) La simplificación cualitativa. La primera se refiere a la selección del material jurídico y se reduce al primado de hacer todo lo posible con el menor número de elementos, y cuenta con las siguientes operaciones: análisis de la materia, concentración lógica, orden sistemático, terminología apropiada y empleo correcto de aquello que existe. En las simplificaciones cualitativas toda la idea es la construcción jurídica.⁷¹

⁷⁰ *Ibidem*, p. 371.

⁷¹ Citado por *Ibidem*, p. 372.

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

En efecto, la interpretación es indudablemente el primer paso que realiza el jurista para la construcción jurídica. Y trae como resultado, la explicación de la materia jurídica (resuelve contradicciones, establece el sentido oscuro de la ley y el de la voluntad del legislador, entre otros), con el objeto de establecer los principios fundamentales en que se basa y determinar sus efectos y consecuencias. Sin embargo, no basta con esto sino que, "es necesario pasar a la jurisprudencia superior, que consiste justamente en la conclusión sistemática del orden jurídico. La característica de los sistemas jurídicos es su completitud. De ahí que todo caso concreto supone una regla abstracta aplicable aunque haya sido creada por medio de una inferencia o argumentación jurídica."⁷²

Tanto la Escuela Histórica Alemana como la Escuela de la Jurisprudencia Dogmática del derecho, produjeron los más grandes adelantos de la ciencia jurídica alemana, influencia que fue decisiva en la producción doctrinal de la Escuela Histórica Alemana de Derecho Privado. Influencia que se traduce también en el Código Civil Alemán, el cual sirvió de base al igual que el Código de Napoleón, para la codificación universal.

3.4. La Jurisprudencia de Conceptos.

El representante más ilustre de esta escuela es Bernard Windscheid quien trató los conceptos jurídicos con un método normativo riguroso, con exactitud matemática y filológica, teniendo como fin la libertad de discusión sistemática para la realización de la máxima garantía jurídica."⁷³

Esta escuela surge como una reacción científica de los juristas alemanes, en franca oposición al método exegético y teniendo como fundamento académico el derecho romano y la lógica jurídica, también llamada dogmática jurídica, se considera que estos dos elementos, fueron los lazos unificadores entre los representantes de la Escuela Histórica Alemana y los creadores de la Escuela de la Jurisprudencia Conceptual.

⁷² *Idem.*

⁷³ *Ibidem*, p. 374.

Para la Escuela de la Jurisprudencia de Conceptos como para la Escuela de la Jurisprudencia Dogmática, el problema de la interpretación de la ley, es decir, el derecho legislado es parte de su metodología. La interpretación de la ley se encuentra subsumida dentro del problema más general de la interpretación del derecho (si bien hay que recordar que para la Jurisprudencia de Conceptos como para la Jurisprudencia Dogmática el derecho legislado constituye la mayor parte del derecho positivo). Es por eso que Windscheid considera que la interpretación es aquel procedimiento analítico que permite superar la incertidumbre y adscribir a los términos de la legislación un significado apropiado; y sólo la interpretación puede determinar los conceptos contenidos en las normas, para luego, reducirlos en sus partes constitutivas.⁷⁴

Ahora bien, la antigua jurisprudencia del derecho común, había limitado al juez a la subsunción bajo normas legales, a la aplicación de normas jurídicas objetivas, y le había negado toda atribución para complementar la ley. Incluso, se practicaba la complementación dependiente de la misma, bajo la forma de analogía legal o jurídica. En esta forma se maneja también en gran medida la complementación valorativa.

Además, Philipp Heck señala que: "Junto a ella y por encima de ella estaba como procedimiento especial la complementación de lagunas legales mediante la construcción de conceptos jurídicos, llamada también *jurisprudencia técnica de conceptos y método de inversión*."⁷⁵

En efecto, Philipp Heck señala que es muy característico del dominio de éste método en nuestra ciencia jurídica el que el propio Ihering, el pensador que tanto hizo por conseguir el reconocimiento del concepto de interés y que tan eficazmente combatió la sobreestimación del elemento lógico en la jurisprudencia, no fuera sin embargo capaz de liberarse del lazo del método tradicional.

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

⁷⁴ *Idem.*

⁷⁵ HECK, Philipp, El problema de la creación del derecho. Trad. Manuel Entenza, Granada, España, Editorial Comares, Colección Crítica del Derecho, 1999, p. 36.

las lagunas, es decir, se convierten en fuente inagotable las construcciones conceptuales del sistema.

La importancia de Windscheid en la ciencia del derecho y, en general, de la escuela de Leipzig es inestimable. A partir de entonces la interpretación ya no es aspecto metodológico de la ciencia del derecho, sino un elemento del procedimiento de creación del derecho. Así como la interpretación jurídica para la jurisprudencia dogmática es una actividad tendiente a reformular el derecho positivo.⁷⁶

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

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

"Por último, la jurisprudencia superior de Ihering ha disfrutado efectivamente de amplia aplicación durante todo el siglo XIX. No ha sido, sin embargo, un dominio absoluto y único. Junto a ella ha subsistido siempre una robusta tendencia a tener en cuenta permanentemente los resultados prácticos y el valor vital de esos resultados. Un instrumento de esa tendencia era la analogía, la aplicación de una proposición legal a casos análogos al descrito."⁷⁷

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

⁷⁶ TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, Op. Cit, p. 376.

⁷⁷ HECK, Philipp, Op. Cit, p. 45-46.

3.5. La Jurisprudencia de Intereses.

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

Esta escuela surge como una reacción directa en contra de la Escuela Histórica Alemana y la Jurisprudencia Conceptual, y es probablemente la dirección metódica que ha logrado una mayor popularidad, en razón de que se aplica en considerable medida.

Como característica esencial de esta tendencia, Philipp Heck señala que consiste: en que utiliza como conceptos metódicos auxiliares el concepto de interés y la serie de nociones que están en conexión con él: estimación de intereses, situación de intereses, contenido de intereses, etc. Se utilizan estos conceptos en el análisis de los problemas normativos y en la estructuración de la reflexión de esos conceptos auxiliares es además imprescindible para una más profunda penetración.⁷⁸

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

Rolando Tamayo y Salmoran, señala que las principales características de la Jurisprudencia de Intereses son las siguientes: *i)* Funda en la experiencia toda decisión que no sea deducida directamente de la ley. *ii)* Es la importancia que concede al concepto de interés, la vida es un complejo de intereses que se mueven en distintas direcciones produciendo incesantes conflictos. Estos conflictos de intereses reclaman normas capaces de superarlos. *iii)* En contrapartida con las otras escuelas jurídicas en que la determinación del derecho aplicable no es sino uno de los

⁷⁸ *Ibidem*, p. 61.

momentos de la determinación del fenómeno jurídico, la determinación de la norma aplicable es todo el método de la Jurisprudencia de Intereses.⁷⁹

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

3.6. La Escuela Científica Francesa.

Rolando Tamayo y Salmorán señala que la Escuela Científica Francesa representa una crítica definitiva a los métodos tradicionales siendo a su vez, una nueva concepción metodológica. Rechaza el fetichismo legalista así como el riguroso conceptualismo. Sin duda Francois Geny es el autor más distinguido de esta escuela. Geny emprende una crítica al método tradicional de interpretación del derecho, primeramente ataca la identificación de la ley escrita con el derecho; posición positiva de varias escuelas, particularmente de la Escuela de la Exégesis.⁸⁰

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

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

En primer lugar, deberá reconocerse que la ley, como obra humana, es forzosamente incompleta, por grande que sea la perspicacia de sus redactores. Habrá que tener en cuenta, en segundo lugar, que se manifiesta siempre a través de ciertas fórmulas, que suelen ser interpretadas por otras personas. Estas no podrán llegar directamente al conocimiento de la voluntad del legislador, sino que tendrán que dirigir su atención hacia la fórmula legal.⁸¹

"El punto de partida de la obra de Geny es la distinción entre ciencia y técnica la cual tiene como base la distinción entre dato (*donné*) y lo construido (*contruit*). El dato

⁷⁹ TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, Op. Cit, p. 376.

⁸⁰ Ibidem, p. 378.

⁸¹ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. Op. Cit, p. 338.

formula la regla de derecho tal como resulta de la naturaleza de las cosas. Lo construido hace referencia al trabajo artificial que tiende a establecer la regla jurídica en precepto susceptible de influir en la vida. Esto es, la ciencia tiene por objeto constatar los datos de la naturaleza y de los hechos, el contenido de la técnica es la constitución jurídica.⁸²

Puede decirse que Geny parte del principio de que la finalidad de la interpretación de la ley estriba en descubrir el pensamiento del legislador. En este punto coincide totalmente con la tesis de la Escuela de la Exégesis Francesa. Más no acepta que la legislación sea la única fuente del derecho, ni de que ésta sea plena, es decir, que no puede prever todas las situaciones jurídicas posibles. Por esta circunstancia consideramos que se opone, igualmente, a la doctrina de la Escuela Histórica Alemana, según la cual, la ley, una vez formulada, se independiza de sus autores y empieza una vida propia, sujeta a la influencia de todos los cambios que traen consigo la evolución social. Cuando se hace intervenir a la historia para aclarar el texto de la ley no es, no debe ser, la verdad histórica lo que se ha de buscar, sino solamente el ambiente histórico del legislador.

Es por eso, que Rolando Tamayo citando a Geny, considera también que su tesis parte de que la ley no es la única fuente del derecho, ciertamente la ley es la fuente más importante del derecho moderno. La ley no puede ser un mero producto racional, en su elaboración intervienen elementos irracionales, fácticos, psicológicos, biológicos, económicos, etc. Es pues evidente que Geny considera un error oponer la interpretación gramatical a la interpretación lógica: ya que ambas se complementan. Tampoco se puede plantear una opción entre el texto y el espíritu de la ley.⁸³

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

⁸² TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, Op. Cit, p. 378.

⁸³ Ibidem. p. 379.

3.7. Sociologismo y Escuela de Derecho Libre.

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

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

Kelsen señala que se requiere de una sociología jurídica que describa al derecho como conjunto de "reglas generales", no como una serie de reglas sobre lo que debe ser, o "reglas escritas sobre el papel". Se habla también de dicha teoría como de una "jurisprudencia realista".⁸⁴

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

Además, Kelsen sostiene que también es falso caracterizar a la jurisprudencia sociológica como una disciplina "empírica" o "descriptiva" en oposición a la jurisprudencia normativa considerada como disciplina no "empírica" o "prescriptiva". La jurisprudencia normativa describe su objeto particular como cualquiera otra ciencia empírica: pero su objeto está constituido por normas y no por tipos de comportamiento real.⁸⁵

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

Crítica a Bingham y otros representantes de la jurisprudencia sociológica piensan que el derecho puede ser únicamente descrito "desde un punto de vista externo" por medio de reglas que tengan el mismo carácter que las leyes de la

⁸⁴ KELSEN, Hans, Teoría general del derecho y del Estado. Op. Cit, p.193.

⁸⁵ Ibidem, p.194.

naturaleza. Esto es un error. La jurisprudencia normativa describe el derecho desde un punto de vista externo, a pesar de que sus enunciados son juicios sobre lo que debe ser.⁸⁶

Los abogados de la jurisprudencia sociológica sostienen que el jurista tiene la misión de predecir la conducta de los miembros de la sociedad de acuerdo con reglas "reales", así como el físico predice, de acuerdo con una ley natural, los movimientos futuros de un cuerpo.

El magistrado Oliver Wendell Holmes considera también que la jurisprudencia tiene como misión predecir lo que los órganos de la sociedad, especialmente los tribunales, harán en lo futuro. El famoso artículo *The path of the law* (La senda del derecho), dice lo siguiente: "Los individuos desean saber en qué circunstancias y hasta qué punto correrán el riesgo de ir en contra de lo que es mucho más fuerte que ellos, por lo que se proponen la tarea de discurrir cuándo tal peligro ha de ser temido. El objeto de nuestro estudio es entonces la predicción de la interferencia de las fuerzas públicas a través del instrumento de los tribunales."⁸⁷ Sin embargo, debemos entender por derecho las profecías acerca de lo que los tribunales harán realmente, y nada más.

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

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

⁸⁶ *Ibidem*, p.195-196.

⁸⁷ Cfr. KELSEN, Hans, Teoría general del derecho y del Estado, p.197-198; y Teoría pura del derecho, p.101.

habrán de conducirse probablemente en lo futuro, deben los mismos conducirse de igual modo de acuerdo con la jurisprudencia normativa.⁸⁸

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

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

Por otra parte, Max Weber señala que la jurisprudencia se refiere a normas jurídicas idealmente validas. Es decir, investiga la significación normativa que deba atribuirse a un enunciado que pretende representar una norma. La sociología investiga lo que realmente acontece en la sociedad, por cuanto existe cierta probabilidad de que sus miembros crean en la validez de un determinado orden y orienten su conducta hacia ese orden.⁸⁹

Veamos ahora, otra de las escuelas que han tenido también una importante influencia, nos referimos a la Escuela de Derecho Libre.

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

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

Así pues, la investigación de Ehrlich constituye el punto de partida del movimiento. Ehrlich parte de la concepción básica de que *el caso particular se decide del mejor modo cuando el juez, libre de la atadura de preceptos generales, lo aprecia*

⁸⁸ KELSEN, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*. Op. Cit, p. 202.

⁸⁹ Citado por *Ibidem*, p. 209.

*exclusivamente en sus características. A esta original forma de jurisprudencia reserva el nombre de creación libre del derecho.*⁹⁰

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

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

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

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

Es a partir de sus circunstancias como se elige el método que mejor se adapte a ellas; cada uno de los métodos existentes, concurrentes, es un método posible de aplicación, así, el juzgador esta en libertad de escogerlo, según el caso por resolver. Es decir, la codificación, el sistema jurídico, el orden normativo son innecesarios para esta escuela.⁹¹

Como se advierte, los líderes de esta escuela sostienen, lo que se predica no es la libertad frente a la ley, sino frente al legalismo. No se estimula la decisión judicial *contra legem*, sino contra los excesos de interpretación de la ley, mediante conceptos lógicos, mediante aforismos legales que, según la escuela nadie acepta su estabilidad, sino que se mueven de acuerdo con la lógica de cada juzgador.

⁹⁰ HECK, Philipp. Op. Cit, p. 55.

⁹¹ CISNEROS FARIAS, Germán, Op. Cit, p. 107-108.

Consideremos ahora los postulados de la Escuela del Derecho Libre:

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

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

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

Cuarto. En casos desesperados, enmarañados, que son dudosos sólo desde el punto de vista cuantitativo, como la indemnización por daño moral, el juez puede -y debe-, decidir a su arbitrio."⁹²

Ahora bien, en opinión de Castán Tobeñas, veamos algunos de los defectos que se le atribuyen a la Escuela del Derecho Libre:

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

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

Tercero. Que dicho método, al conceder al juez una cooperación en la creación del derecho -que *a priori* puede ser admisible y que históricamente cuenta con ejemplos como el del pretor romano o las cortes de equidad inglesas, sin contar con el que

⁹² *Idem.*

marcan aquellos códigos modernos, que como el Suizo, admiten la figura del juez legislador en caso de lagunas legales-, desconoce las bases sobre las que la organización y la función judicial descansa en aquellos regímenes jurídicos, inscritos en un orden positivista, en donde las facultades de los tribunales están limitadas, en principio, a la aplicación de las leyes."⁹³

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

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

- a) Repudiación de la doctrina de la suficiencia absoluta de la ley;
- b) Afirmación de que el juez debe realizar, precisamente por la insuficiencia de los textos, una labor personal y creadora.
- c) Tesis de que la función del juzgador ha de aproximarse cada vez más a la actividad legislativa."⁹⁴

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

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

⁹³ *Ibidem*, p.108-109.

⁹⁴ Citado por GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, Op. Cit., p. 347.

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

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

Inclusive O. Bülow sostiene que las fuentes formales son insuficientes para resolver toda controversia, por lo que es necesario admitir, a favor del juez, el derecho a una actividad independiente, que ha de basarse en el estudio de los hechos y hallarse dirigida por las exigencias de la lógica; estas ideas encuentran un continuador en el austriaco Ehrlich, quien en su estudio sobre las lagunas de la ley, subraya la gran importancia de la tarea del juez, cuando las fuentes formales resultan insuficientes, y explica cómo los conceptos jurídicos generales permiten al intérprete ejercer una actividad creadora.⁹⁵

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

El intérprete puede entender la ley mejor de lo que la entendieron sus creadores y la ley puede ser mucho más inteligible que su autor, es más, tiene que ser más inteligente que su autor.⁹⁶

La crítica que se le hace a esta escuela, es que Ehrlich valora demasiado el valor vital de la creación libre de derecho, y demasiado poco el de la regulación legal. Es verdad que la ley, como todo orden, puede dar lugar a durezas y rigideces, y

⁹⁵ *Ibidem*, p. 348-349.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 351.

también admiro que un juez ideal colocado en situación de plena libertad podría hallar en muchos casos una decisión más adecuada que la de la ley, pero la aplicación coherente y complementaria de la ley debe dar lugar a resultados más adecuados que la creación totalmente libre del derecho.⁹⁷

Sostiene Philipp Heck que lo que quiere Ehrlich es hacer lugar a la creación libre del derecho en la medida en que no se esté en presencia de una clara decisión de la ley. A esto corresponde la fórmula, defendida en otro lugar, de que el juez está vinculado por el texto determinado, pero disfruta de libre estimación más allá del alcance de aquél como lo afirma Smelin, Kantorowicz y Stampe han sido interpretados en otro sentido: ambos atribuirían al juez la facultad de modificar la ley. Kantorowicz ha calificado de incorrecta esa interpretación, mientras que Stampe sigue defendiendo esa exigencia.⁹⁸

⁹⁷ HECK, Philipp, Op. Cit, p. 56.

⁹⁸ Ibidem, p. 57.

CAPÍTULO IV

LA JURISPRUDENCIA EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO

4.1. El fundamento de validez de la jurisprudencia.

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

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

Kelsen entiende por "validez" la existencia específica de las normas. Decir que una norma es válida equivale a declarar su existencia o -lo que es lo mismo- a reconocer que tiene "fuerza obligatoria" frente a aquellos cuya conducta regula."¹ En este sentido, puede decirse que la validez es una cualidad del derecho.

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

De acuerdo con Kelsen, la razón o fundamento de validez de una norma está siempre en otra norma, nunca en un hecho. La búsqueda del fundamento de validez de una norma no nos conduce a una realidad, sino a otra norma de la cual la primera procede, en el sentido que habremos de investigar posteriormente, es decir, la norma cuya validez no puede derivar de otra superior, la llamamos "fundamental". Esta norma fundamental representa, como fuente común, el vínculo entre todas las diversas normas que integran un determinado orden.²

¹ Cfr KELSEN, Hans, Teoría general del derecho y del Estado, p. 35; y Teoría pura del derecho, Op. Cit, p. 23.

² KELSEN, Hans, Teoría general del derecho y del Estado, p.p. 130-131.

La expresión "fuente" del derecho es una expresión figurada. Se le emplea no solamente para designar los métodos de creación jurídica, a saber la costumbre y la legislación (entendido el último término en su sentido más amplio, que como ya vimos comprende también la creación del derecho a través de actos judiciales y administrativos y de transacciones jurídicas), sino también para caracterizar el fundamento de validez del derecho y, especialmente, la razón última de dicha validez. La norma básica aparece entonces como la "fuente del derecho". Además, es usada en un sentido no jurídico, que se aplica a todas aquellas ideas que en realidad ejercen influencia sobre los órganos de creación jurídica, *verbi gratia*, normas morales, postulados políticos, teorías jurídicas, opiniones de expertos, que no tienen ninguna fuerza obligatoria.³

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

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

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

³ *Ibidem*, p.p. 155-156; y p.p. 242-243.

Del mismo modo, siguiendo el pensamiento de Kelsen, el cual da una definición clara y precisa de Constitución y a la vez, establece la diferencia entre Constitución en sentido material y formal, al señalar que: "La Constitución, en sentido formal, es cierto documento solemne, un conjunto de normas jurídicas que sólo pueden ser modificadas mediante la observación de prescripciones especiales, cuyo objeto es dificultar la modificación de tales normas. La Constitución en sentido material está constituida por los preceptos que regulan la creación de normas jurídicas generales y, especialmente, la creación de leyes."⁴

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

De ahí que, la jurisprudencia que emana de los tribunales del Poder Judicial de la Federación, sea válida por tener su fundamento de validez en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que establece principalmente en su artículo 94 su obligatoriedad, pues establece en el octavo párrafo que: "La ley fijará los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los tribunales del Poder Judicial de la Federación sobre interpretación de la Constitución, leyes y reglamentos federales o locales y tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano, así como los requisitos para su interrupción y modificación."

Ahora bien, debemos referirnos a las características de la jurisprudencia obligatoria. De acuerdo con Fix-Zamudio,⁵ el establecimiento de esta institución se debe al pensamiento del ilustre jurista mexicano y magistrado de la Suprema Corte Ignacio Luis Vallarta, quien propuso en su proyecto de la Ley de Amparo, esencialmente aprobado en 1882, que el criterio expresado por la Corte en cinco resoluciones pronunciadas en el mismo sentido, tuviese carácter imperativo para los tribunales federales y así se consagró expresamente en el Código Federal de Procedimientos Civiles de 1908. Pero es evidente, una vez analizado el archivo inédito de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que no fue propuesta exclusiva de L. Vallarta, sino que fue propuesta de todos los ministros, al pedirse por acuerdo del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se regulara la jurisprudencia, se le

⁴ Ibidem. p.147.

⁵ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS COMENTADA.** Instituto de Investigaciones Jurídicas; Tomo II, Editorial Porrúa, 14ª ed., México, UNAM, 1999, p. 936.

atribuye a él por ser el actual Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por eso consideramos apropiado hacer esta aclaración.

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

Además, en la reforma mencionada de 1951 se consignó esta institución en la fracción XIII del propio artículo 107 constitucional, pero sólo respecto al juicio de amparo, y por ello, fue reglamentada por los artículos 192 y siguientes de la Ley de Amparo. Y en las reformas de 1967⁶ a la propia ley fundamental, se le otorgó mayor amplitud a la jurisprudencia obligatoria, puesto que se le desvinculó del artículo 107 mencionado, y se le incorporó en el quinto párrafo del artículo 94, con objeto de darle mayor amplitud desde dos ángulos: en primer lugar, al extender la jurisprudencia obligatoria a todos los asuntos de competencia de los tribunales federales y no exclusivamente al juicio de amparo; en segundo término, respecto de la ampliación de la interpretación obligatoria a las leyes y reglamentos locales.

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

"XIII. Cuando los tribunales colegiados de circuito sustenten tesis contradictorias en los juicios de amparo de su competencia, los ministros de la Suprema Corte de Justicia, el Procurador General de la República, los mencionados tribunales o las partes que intervinieron en los juicios en que dichas tesis fueron sustentadas, podrán denunciar la contradicción ante la Suprema Corte de Justicia, a fin de que el pleno o la sala respectiva, según corresponda, decidan la tesis que debe prevalecer como jurisprudencia.

Cuando las salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sustenten tesis contradictorias en los juicios de amparo materia de su competencia, cualquiera de esas salas, el Procurador General de la República o las partes que intervinieron en los

⁶ Nota: Véase al respecto las reformas y adiciones a la Constitución de 1917, publicada el 24 de octubre de 1967, relativa al artículo 94.

juicios en que tales tesis hubieran sido sustentadas, podrán denunciar la contradicción ante la Suprema Corte de Justicia, que funcionando en pleno decidirá cuál tesis debe prevalecer.

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

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

Asimismo, la Ley de Amparo vigente regula dicha institución, principalmente en sus artículos 192 a 197-B, en relación con el artículo 177 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, establecen los requisitos para la formación de la citada jurisprudencia, así como para interrumpirla y modificarla. En tanto se corrige el correspondiente defecto de técnica legislativa de la Ley de Amparo, el artículo 15 transitorio de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación de 1995 establece que las resoluciones del pleno de la Suprema Corte "constituyen jurisprudencia, siempre que lo resuelto en ellas se sustente en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, y que hayan sido aprobadas por lo menos por ocho ministros.

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

Justicia de la Nación funcionando en pleno o salas y los tribunales colegiados de circuito en las ejecutorias que pronuncien en los asuntos de su competencia distintos del juicio de amparo se regirán por las disposiciones de la Ley de Amparo, salvo en los casos en que la ley de la materia contuviera disposición expresa en otro sentido.

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

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

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

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

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

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

- I. Cuando la Sala Superior, en tres sentencias no interrumpidas por otra en contrario, sostenga el mismo criterio de aplicación, interpretación o integración de una norma;
- II. Cuando las Salas Regionales, en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, sostengan el mismo criterio de aplicación, interpretación o integración de una norma y la Sala Superior lo ratifique, y;

- III. Cuando la Sala Superior resuelva en contradicción de criterios sostenidos entre dos o más Salas Regionales o entre éstas y las propia Sala Superior."

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

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

El principio de obligatoriedad de la jurisprudencia electoral que establezca la sala superior lo encontramos en el artículo 233, y obliga a las salas regionales, al Instituto Federal Electoral, autoridades electorales en tratándose de asuntos relativos a derechos político-electorales de los ciudadanos o bien en los asuntos en que se hayan impugnado actos o resoluciones de autoridades electorales de competencia local, lo será también para las autoridades electorales locales.

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

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

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

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

En efecto, el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa es un tribunal de carácter administrativo, dotado de plena autonomía para dictar sus fallos, como claramente lo establece su ley orgánica.⁷

Dicho tribunal está integrado, trece magistrados, los cuales integran la Sala Superior, de los cuales once magistrados ejercerán funciones jurisdiccionales, y dos forma parte de la Junta de Gobierno y Administración, durante los periodos que señala la ley.

La Sala Superior del Tribunal Superior actuara en Pleno o en dos Secciones y, los dos magistrados de la sala de la Sala Superior que forman parte de la Junta de Gobierno y Administración del Tribunal, no forman parte del pleno ni de las dos secciones, excepto en los casos previstos en las fracciones I, II, III, IV y V del artículo 18 de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.

El pleno Esta integrado por once magistrados supernumerarios, y uno de ellos ser nombrado el presidente del pleno, por lo que puede actuar también en dos secciones, y cada sección está integrada por cinco magistrados, de entre los cuales se elige al presidente de la sección.

Por lo que se refiere a la sala superior y a sus secciones, éstas cuentan con atribuciones para fijar jurisprudencia o suspenderla, así como para ordenar su publicación, de acuerdo con el artículo 18, fracción IX y 23 fracción VI de la Ley Orgánica.

Por otro lado, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal es un tribunal administrativo, dotado de plena jurisdicción y autonomía para dictar sus

⁷ Vid. Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, publicada en la segunda sección del Diario Oficial de la Federación, el viernes 15 de diciembre de 1995.

fallos, en términos de lo que establece el artículo 1º. de la Ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el martes 19 de diciembre de 1995.

Este tribunal se compone de una sala superior, integrada por siete magistrados; y por tres salas ordinarias, integradas cada una con tres magistrados.

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

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

En el artículo 90 de la mencionada ley, se regula la modificación e interrupción de la jurisprudencia que establece la sala superior. La resolución que interrumpe requiere del voto en el mismo sentido de cinco magistrados; mientras que, para modificarla, deberán observarse las condiciones señaladas para su formación, es decir, que existan cinco ejecutorias dictadas en un mismo sentido no interrumpidas por otra en contrario y aprobadas por el voto de cinco magistrados.

No olvidemos que la Constitución, en su artículo 27 fracción XIX, ha instituido Tribunales Agrarios para que administren justicia es esa materia, los cuales son órganos federales dotados de plena jurisdicción y autonomía para dictar sus fallos, conforme a su ley orgánica.

Los tribunales agrarios se componen de un Tribunal Superior y de Tribunales Unitarios Agrarios. El artículo 3º de la Ley Orgánica de los Tribunales Agrarios establece que el Tribunal Superior Agrario se integra por cinco magistrados numerarios, uno de los cuales lo presidirá. Por su parte, los Tribunales Unitarios Agrarios estarán a cargo de un magistrado numerario.

Respecto a la competencia del Tribunal Superior Agrario para emitir jurisprudencia, la encontramos en el artículo 9º fracción V, de la ley orgánica mencionada.

Se fija jurisprudencia con cinco sentencias dictadas en el mismo sentido no interrumpidas por otra en contrario, aprobadas por lo menos por cuatro magistrados. También constituirá jurisprudencia la resolución del Tribunal Superior Agrario que resuelva la contradicción de criterios entre los sustentados por los diversos tribunales unitarios agrarios en sus sentencias. Y será obligatoria para los tribunales unitarios a partir de su publicación en el Boletín Judicial Agrario.

El Tribunal Superior Agrario, también pueden interrumpir la jurisprudencia, con el voto favorable de cuatro magistrados, además de la expresión de las razones en que se funde la interrupción.

Por último, es preciso señalar que los tribunales superiores de justicia de algunas entidades federativas, en sus preceptos constitucionales establecen, sus sistemas de integración jurisprudencial, su obligatoriedad, la forma en que debe modificación e interrupción y los órganos de publicación y difusión.

4.2. Funciones del Estado

Cuando, hablamos en este apartado de los tres poderes del Estado, nos referimos a la división del poder, entendido en el sentido de una función del Estado, y entonces admitimos la existencia de funciones estatales distintas.

Los órganos del Estado, como el poder legislativo, ejecutivo y judicial, son por lo general, los dos primeros instituidos para la creación de normas abstractas. Por el contrario, el poder judicial como órgano perteneciente a éste, es por lo general, instituido para la aplicación de las normas abstractas a los casos concretos controvertidos, creando normas individuales como producto de dicha aplicación e interpretación, pero excepcionalmente al realizar su función interpretativa, también llega a crear normas abstractas, dicha afirmación será comprobada en los puntos siguientes.

Acabamos de decir que el poder legislativo es "competente" para expedir una norma. Pero esta forma de expresión en realidad no implica sino el hecho de que

determinada conducta de los individuos que forman dicho órgano, tienen de acuerdo con el orden jurídico, el carácter de función legislativa, por lo cuál, tales individuos son capaces de hacer leyes.

Siguiendo el pensamiento de Kelsen, quien sostiene que por poder legislativo, o legislación, no debemos entender la función total de creación del derecho, sino un aspecto especial de dicha función, la creación de normas generales. Considera que una "ley" producto del proceso legislativo es esencialmente una norma general o un complejo de tales normas. Por el contrario "Derecho" es el término usado como designación de la totalidad de las normas jurídicas, sólo en cuanto identificamos el derecho con la forma general de la ley e ignoramos la existencia de las normas jurídicas individuales.

Por esta circunstancia Kelsen entiende por legislación, no la creación de todas las normas generales, sino sólo la de normas generales por órganos específicos, a saber: los llamados cuerpos legislativos, terminología que tiene orígenes históricos y políticos.¹⁰⁶

Sin embargo, la creación de normas generales, es decir todas las leyes pertenece en principio al poder legislativo, pero existen ciertas excepciones que veremos a detalle.

En efecto, "la creación de normas generales por órganos distintos al legislativo, es decir, por órganos del poder ejecutivo o del poder judicial, es concebida usualmente como función ejecutiva o judicial."¹⁰⁷

Desde el punto de vista funcional, no hay diferencia entre normas y leyes o estatutos, toda vez que las generales creadas por el poder legislativo son llamadas leyes, para distinguirlas de esas otras normas generales que, como ya dijimos son creadas por vía de excepción por órganos ejecutivos o judiciales. *Verbi gratia*, las leyes generales expedidas por el ejecutivo, y que la doctrina las ha denominado ordenanzas o decretos. En general, la función del Estado es exactamente igual.

En igual forma, el poder ejecutivo por medio de su función administrativa, puede crear normas generales. En efecto, puesto que la Constitución otorga a determinadas

¹⁰⁶ KELSEN, Hans, Teoría general del derecho y del Estado. Op. Cit, p. 304.

¹⁰⁷ Idem.

autoridades administrativas, *verbi gratia*, al presidente de la República o a los miembros de su gabinete, el poder de expedir normas generales de acuerdo con las cuales son elaboradas determinadas prescripciones de una ley. Estas normas generales, que no son creadas por el poder legislativo, sino por otro órgano, sobre la base de normas generales que el legislador ha expedido, se llama, como lo establecimos anteriormente reglamento u ordenanzas.¹⁰⁸

La administración es pues, una de las tres funciones que la teoría tradicional considera como las funciones esenciales del Estado.

Según Kelsen, "La Constitución puede facultar a ciertos órganos administrativos, en especial, al gobierno, para dictar normas jurídicas generales, en cierta circunstancia bien determinada, bajo forma de ordenanzas, que no sirven para reglamentar con mayor detalle leyes ya existentes, sino que regulan ciertos objetos en lugar de las leyes."¹⁰⁹

El presidente de la República, que preside el poder ejecutivo ejerce una función legislativa cuando tiene el derecho de evitar, por medio del veto, que normas aprobadas por el órgano legislativo se conviertan en leyes, o cuando tales normas no pueden convertirse en procesos legales sin la sanción del mismo ejecutivo, el ejecutivo de hecho cumple una función legislativa, en el sentido de que puede tener el derecho de tomar la iniciativa en el proceso legislativo, sometiendo un proyecto de ley al órgano encargado de legislar.¹¹⁰

Para distinguir, desde el punto de vista material, las funciones del Estado, es correcto acudir a los conceptos de motivo y fin de los actos jurídicos que realiza. Si lo que el Estado persigue es la implantación del derecho mediante el establecimiento de situaciones jurídicas generales y abstractas, estará ejerciendo la función legislativa; si lo que pretende es el establecimiento de situaciones jurídicas particulares y concretas, según el caso, las funciones administrativa o jurisdiccional.¹¹¹

Diremos que, cuando la actividad del Estado produce situaciones jurídicas generales, esta realizando su función legislativa, y cuando establece situaciones

¹⁰⁸ *Ibidem*, p.154.

¹⁰⁹ KELSEN, Hans, Teoría pura del derecho. Op. Cit., p. 281.

¹¹⁰ KELSEN, Hans, Teoría general del derecho y del Estado. Op. Cit., p. 322.

¹¹¹ SILVA, Carlos de, Op. Cit., p.139.

jurídicas particulares, según el caso, realiza las funciones administrativa o jurisdiccional.

Creemos, que no hay ningún orden legal de un Estado moderno en el cual los tribunales y autoridades administrativas queden excluidos de la creación de normas jurídicas generales, esto es, de la actividad de legislar, y de legislar no solamente sobre la base de leyes y preceptos de derecho consuetudinario, sino también directamente sobre la base de la Constitución.¹¹²

Los tribunales ejercen una función legislativa, cuando su decisión, en un caso concreto, se convierte en precedente para la resolución de otros similares, creando así una norma general que se encuentra en el mismo nivel de las leyes que proceden del llamado órgano legislativo y, también cuando están autorizados para nulificar leyes inconstitucionales o reglamentarias.

La anulación de una ley es una función legislativa o, por decirlo así, un acto de legislación negativa. Un tribunal facultado para anular leyes en forma individual o de manera general como lo pretendemos, funciona como legislador en sentido negativo, pero por medio de la centralización de la revisión judicial, del más alto tribunal la Suprema Corte de Justicia de la Nación.¹¹³

Debemos, por tanto, entender que la función del Estado en la producción de las situaciones jurídicas abstractas y concretas, se realiza por medio de la utilización de dos métodos, que tienden a la búsqueda necesaria de la unidad y coherencia del orden jurídico existente, esto significa que lo abstracto o general en el pensamiento, no es otra cosa distinta más que lo concreto o particular de la realidad. Se trata pues de dos procedimientos que conducen al mismo resultado, la creación del derecho por medio de la diversidad de funciones que realiza el Estado, que hemos explicado brevemente.

En efecto, tanto la legislación como la jurisdicción producen normas jurídicas y que no son más que etapas distintas del proceso de la creación del derecho que no pueden entenderse la una sin la otra, por lo tanto, no podemos, aislar las características propias de la función administrativa por completo y negar las relaciones con las otras dos funciones legislativa y jurisdiccional del Estado.

¹¹² *Ibidem*, p. 320.

¹¹³ *Ibidem*, p. 318.

Así pues, la función judicial, lo mismo que la legislativa, es, al propio tiempo, creación y aplicación del derecho. La función judicial se encuentra ordinariamente determinada por normas generales, tanto en lo que respecta al procedimiento como en lo que atañe al contenido de la norma que debe crearse, mientras que la legislación usualmente sólo se halla determinada por la Constitución en el primero de los dos aspectos. Esta diferencia, sin embargo, es sólo de grado.¹¹⁴

Es preciso, establecer la diferencia entre forma jurídica y forma de Estado, ya que ésta constituye un caso especial de la forma del derecho en general. Se trata de la forma del derecho, es decir, del método de producción de derecho en la grada superior del orden jurídico, en el terreno de la Constitución.

El Estado tiene por misión histórica, se enseña, en tanto crea el derecho, su derecho, para luego someterse al mismo, es decir, para obligarse y facultarse con su propio derecho. Y a su vez, el derecho sólo puede justificar al Estado cuando es presupuesto como un orden esencialmente diferente del Estado, contrapuesto a la naturaleza originaria de éste, constituyendo así un Estado de derecho.¹¹⁵

De tal manera, si se reconoce en el Estado un orden jurídico, todo Estado es un Estado de derecho, dado que esta expresión es reiterativa.

La circunstancia de que la actividad del Estado se manifieste materialmente en las distintas formas señaladas, no implica el rompimiento de la idea de la unidad de ese poder que simplemente se exterioriza de manera diferente en distintas situaciones.

Al respecto, Kelsen afirma que las funciones del Estado resultan ser idénticas a las funciones esenciales del derecho. Lo que se expresa en la distinción entre los tres poderes del Estado, es la diferencia entre creación y aplicación del derecho.¹¹⁶

Entonces cabe concebir al Estado como ni más ni menos jurídico que el derecho mismo, es decir, siempre existirá una identidad del Estado y el derecho.

¹¹⁴ *Ibidem*, p.159.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 290.

¹¹⁶ KELSEN, Hans, Teoría general del derecho y del Estado. Op. Cit, p. 304.

Ahora bien, los tres poderes del Estado, solamente representan diferentes etapas del proceso por el cual el orden jurídico nacional es de acuerdo con sus propias prescripciones creado y aplicado.

Queda claro entonces que la doctrina de los tres poderes del Estado es desde el punto de vista jurídico, la doctrina de las diferentes etapas de creación y aplicación del orden jurídico nacional. Del mismo modo, sólo la producción y la aplicación del derecho son designadas funciones jurídicas, en un sentido más estricto y específico.

4.3. La jurisprudencia, interpretación e integración del derecho.

Carlos de Silva sostiene que: "No es posible concebir a la jurisprudencia, en tanto norma general, como un fenómeno aislado, sin atender al cúmulo de sus relaciones en el ámbito de lo jurídico. Es importante entenderla como actividad del Estado consistente, en suma, en la interpretación e integración de otras normas jurídicas independientemente del órgano que las haya producido".¹¹⁷

Para la comprensión de la jurisprudencia como fuente formal de derecho, resulta conveniente el estudio previo de la decisión jurisdiccional como norma individualizada de conducta, ya que es ésta la causa del establecimiento de la norma general jurisprudencial.

Pues bien, la jurisprudencia es producto de la función jurisdiccional, pero comparte la naturaleza de las normas generales. Supone, en esencia, el ejercicio de facultades materialmente legislativas, aún cuando por circunstancias meramente accidentales se le puede distinguir de la legislación que proviene del poder legislativo y de las normas generales que emite el ejecutivo.

Es necesario, examinar otros puntos de vista respecto a sí la jurisprudencia llega a constituirse como una norma general, o no.

El ministro Genaro Góngora Pimentel, acepta que, existen dos tipos de disposiciones generales, abstractas, impersonales y obligatorias: Las emanadas de los otros poderes, como lo son los reglamentos expedidos por el poder ejecutivo

¹¹⁷ SILVA, Carlos de, La jurisprudencia, interpretación y creación del derecho, vid. en VÁZQUEZ, Rodolfo, Compilador, Interpretación jurídica y decisión judicial, 3ª. ed., México, Editorial Fontamara, Doctrina Jurídica Contemporánea, 2002, p. 137.

federal y la jurisprudencia establecida por el poder judicial de la federación, conocidas como normas legales en su aspecto "material", al citar a Adolfo Muñoz Delgado.¹¹⁸

Incluso llega a sostener también, que: "...la jurisprudencia sí es una fuente material del derecho en México, tanto por llenar las particularidades técnicas que caracterizan a dichas fuentes, como por contar con los atributos de generalidad, imparcialidad, abstracción y obligatoriedad antes mencionados, en su aspecto de interpretación de la ley. Por lo tanto señala que si la jurisprudencia es fuente del derecho, equiparándose a la misma ley en su fuerza obligatoria, sin llegar a constituir formalmente una norma jurídica, pero sí con los atributos esenciales de la ley, como son, la generalidad, la imparcialidad y la abstracción, entonces necesario es concluir que al igual que la ley, según los términos en que se haya sentado la jurisprudencia, autoriza determinado tipo de conducta, ordena en cierto sentido o prohíbe la realización de determinados actos.

Queda claro entonces que la jurisprudencia si constituye una ley en sentido material, y resulta lógico pensar que cuando hay dos normas contradictorias de igual categoría, y del mismo ámbito espacial y temporal de validez, la jurisprudencia opta por una de ellas, el efecto es análogo al que produciría un acto legislativo que deroga la norma preterida. Cuando la jurisprudencia llena de contenido una ley vaga o imprecisa, casi equivale a una nueva ley que sustituye a la antigua.¹¹⁹

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, por su parte ha caído en constantes contradicciones, ya que efectivamente en las resoluciones que emite sostiene que la jurisprudencia no es una norma, ni reúne las características de una ley; sin embargo, su criterio es inconsistente, ya que en su obra denominada *La jurisprudencia en México*, cambia totalmente de criterio al sostener que: "Existe labor creadora por parte del juez cuando, al momento de resolver, interpreta las normas generales y abstractas y las aplica a los casos concretos que le son presentados. Por tanto, si la jurisprudencia es la interpretación jurídica y ésta implica creación, entonces la jurisprudencia es fuente del derecho."¹²⁰

¹¹⁸ GÓNGORA PIMENTEL, Genaro, Introducción al estudio del juicio de amparo, 7ª. ed. México, Editorial Porrúa, 1999, p. 611.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 623.

¹²⁰ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *La jurisprudencia en México*, Op. Cit, p. 300.

Queda clara entonces que la labor creadora de la jurisprudencia se encuentra tanto en la interpretación como en la integración que hacen los órganos jurisdiccionales.

"Por su parte, Alfonso Noriega estima que es evidente que la reforma de 1950 fue decisiva en la apreciación de la jurisprudencia como fuente del derecho ya que, a partir de ese momento, se le dio el carácter de fuente formal, material, directa e interpretativa del derecho, y se estimó que cumplía con las características de generalidad, imparcialidad, abstracción y obligatoriedad, hasta entonces exclusivas de la ley, y que la jurisprudencia reproduce dentro de la esfera y los límites que le son propios."¹²¹

La decisión judicial crea una norma individual y en ocasiones de carácter general que debe ser considerada como válida y, por consiguiente, como legalmente obligatoria, es decir, con fuerza de ley, mientras no sea anulada en la forma que prescribe la ley mediante la declaración de un órgano competente, por medio de la forma extraordinaria que llaman revisión judicial. Por tanto, una norma general, creada por decisión judicial, es siempre válida, es decir, no puede ser nula, pero en cambio puede ser anulada.

En cuanto a la sentencia judicial que ha de dictarse fundándose en leyes, no sólo se encuentra determinado el órgano y el procedimiento, sino también el contenido de la sentencia correspondiente, aparece no sólo una aplicación de derecho, sino también una producción de derecho.

Sin embargo, es indispensable la comprensión de las facultades legislativa y jurisdiccional en sus aspectos material y formal, y el papel que juegan en la creación del derecho; la naturaleza jurídica del acto jurisdiccional, sus causas y consecuencias. No olvidemos las ideas de Kelsen en cuanto concibe al Estado como orden jurídico, y sostiene que: "El Estado es la comunidad creada por el orden jurídico nacional...;...no es posible comprender la esencia de un orden jurídico nacional, su *principium individuationis*, a menos de presuponer la existencia del Estado como realidad social subyacente"¹²², es decir, habla de la unidad de Estado y derecho. Examinemos la cuestión de esta manera: "El derecho queda comprendido en la categoría de norma; es un sistema de normas, un orden normativo. El Estado, como comunidad jurídica, no

¹²¹ *Ibidem*, p. 313.

¹²² *Ibidem*, pp. 215 y 216.

es algo separado de su orden jurídico, dicho dualismo es en realidad una de las piedras angulares de la ciencia política y la jurisprudencia modernas.¹²³

El insigne maestro Kelsen, considera que no hay que identificar el concepto de creación del derecho expresado en el concepto de legislación, *legis latio*, con la actividad de ciertos órganos históricamente individualizados, que realizan una tarea especializada, confundiendo de ese modo el concepto de derecho con el de 'ley'. Además, existe la apariencia de semejante separación porque únicamente se da el nombre de "leyes" (*leges*) a las normas generales creadas por el órgano "legislativo".

Evidentemente la situación jurídica particular y concreta que determina la sentencia no es la misma que hipotéticamente establece la ley de manera general y abstracta. La sentencia establece normas de conducta cuyo cumplimiento puede lograrse coercitivamente. Ciertamente se trata de normas jurídicas individualizadas, no generales, que son producto de un procedimiento de concreción del derecho.

El maestro Carlos de Silva, sostiene que la diferencia entre los diversos sistemas o procedimientos de concreción del derecho no es esencial sino de grado, pues todos ellos suponen el paso de lo abstracto a lo concreto creando, así, situaciones jurídicas individualizadas o particularizadas distintas de las generales de la norma abstracta.¹²⁴

Queda claro entonces que la norma que regula la creación de otra es aplicada en el acto de creación. La creación del derecho es siempre aplicación del mismo. Diremos que, por regla general la creación de una norma jurídica es aplicación de un precepto de grado más alto, que regula su creación; y la aplicación de una norma superior, normalmente es creación de otra inferior determinada por aquella, como es el caso de la jurisprudencia, como norma individualizada.

Resulta, por tanto que la actividad creadora de la jurisprudencia como norma general, tiene que hallarse determinado por el orden jurídico, es decir, por las "fuentes del derecho" obligatorias y las de carácter no obligatorio, pero que en la mayoría de los casos influye y determina el contenido de la sentencia judicial.

La decisión judicial puede también crear una norma general. La resolución del juez puede tener fuerza obligatoria no sólo para el caso sometido a su conocimiento,

¹²³ *Ibidem*, p. 217.

¹²⁴ SILVA, Carlos de, *Cit.*, p. 142.

sino para otros análogos que los tribunales pueden ser obligados a resolver. Una decisión judicial puede tener el carácter de un precedente, es decir, de decisión obligatoria en relación con la solución futura de todos los casos semejantes, cuando no representa la aplicación de una norma preexistente, sino cuando legisla.

Por lógica natural, para aplicar una norma resulta indispensable su interpretación, pues no es posible hacerlo sin desentrañar previamente el significado del texto legal.

Con mucha razón, Carlos de Silva señala que es cierto que a lo largo de la historia se han acuñado conceptos como los de "espíritu del legislador", "razón de la ley", "intención del legislador", "propósito de la norma", etc. Pero también lo es que el aplicador del derecho interpreta la norma y descubre esos conceptos imprimiendo a su decisión sus propias características psicológicas e ideológicas, mediante sus propios procedimientos lógicos. La experiencia judicial hace patente que muchas decisiones producidas en casos particulares han interpretado de manera diferente y aun contradictoria, términos legales tales como "interés social" y "orden público", lo que en gran medida se explica por la diferente personalidad, experiencia e ideología de los diferentes jueces que han pronunciado las resoluciones correspondientes.¹²⁵

En suma, puede concluirse que la eficacia de las normas jurídicas generales, en la realidad, no podrían producirse si no opera el proceso de concreción. En otros términos, como señala Carlos de Silva, la ley carecería de sentido si no existiera la posibilidad de la creación de derecho mediante el establecimiento, entre otras, de normas individualizadas por órganos del Estado, y en ello radica la importancia y trascendencia de la función jurisdiccional tanto desde el punto de vista material como formal. Aquí, es indispensable aludir al concepto material de la función, porque es posible el ejercicio de ésta por autoridades administrativas, e incluso por tribunales no judiciales legalmente facultados para establecer jurisprudencia, como acontece en nuestro país.

La aceptación de la creación de derecho por la vía del ejercicio de la función jurisdiccional no debe llevar, pues, al extremo de negar la existencia de un sistema de la razón que orienta a la legislación, ni justificar una total anarquía dentro del orden jurídico. La resolución judicial no necesariamente debe ser arbitraria en el sentido de contrariar deliberadamente la racionalidad de un sistema jurídico.

¹²⁵ SILVA, Carlos de, Op. Cit, p.145.

De modo que el tribunal de última instancia está facultado para producir o bien una norma jurídica individual, cuyo contenido se encuentra predeterminado por una norma general producida por vía legislativa o consuetudinaria, o bien, una norma jurídica general cuyo contenido no está así predeterminado, si no que tiene que ser determinado por el tribunal mismo de última instancia.

Sin embargo, la función productora de derecho de los tribunales, presente bajo toda circunstancia, aparece en forma clara cuando el tribunal está facultado, a través de sentencias con valor de precedente, también a producir normas generales, es decir, una autorización por medio de las tesis aisladas y sobre todo por la jurisprudencia que él mismo emite.

La aceptación de la posibilidad de la creación del derecho por la vía jurisdiccional no lleva implícita la de la idea de una verdadera y total anarquía jurídica. A este respecto, Kelsen aclara: "Entendiéndose aquí por 'anarquía' una completa falta de ordenación. Tampoco hay que ir tan lejos como a veces se hace al identificar el momento de lo 'general' con la 'razón' queriendo ver ya así lo 'razonable' en toda ordenación general; una tendencia desarrollada en la intención de hacer aparecer el derecho positivo en cualquier circunstancia como razonable, esto es, como derecho natural, y legitimarlo de ese modo, ¡Sólo que la norma general (abstracta) es sólo una de las, pero no la forma de manifestación de la ordenación normativa! El error funesto, pero que por desgracia se ha hecho tradicional, de que el derecho sólo sea existente en la forma general, de que todo derecho se encuentre encerrado en normas generales y que la 'Ley', esto es, la norma general, sea idéntica al derecho, debe ser evitado a toda costa. Ha sido descubierto con todas sus consecuencias y, hay que esperarlo, definitivamente suprimido por la *teoría de la construcción gradual del derecho*."¹²⁶

En otros términos, la racionalidad del derecho no está únicamente en determinado tipo de normas, sino en la totalidad del sistema jurídico.

"Es por ello, que no es posible entender a la jurisprudencia como un fenómeno aislado, pues obviamente supone la preexistencia de otras normas, generales y particulares, que le dan origen y permiten que, a su vez, se convierta, en norma general para cuya aplicación es también indispensable su interpretación. La

¹²⁶ *Ibidem*, p. 339.

jurisprudencia se encuentra inmersa en un sistema de derecho positivo determinado."¹²⁷

Pero según las ideas expuestas y atendiendo al sistema jurídico correspondiente a cada Estado, habrá de determinarse la fuerza que habrán de tener o no los precedentes en los casos en que éste reconoce validez normativa a la jurisprudencia, es necesaria la conclusión en el sentido de que ésta es fuente de derecho tanto material como formal.

En la medida en que la jurisprudencia se integra por un conjunto de precedentes que establecieron normas particulares y que, por ello fueron creadores de derecho, ella también lo es y juega un papel importante en la evolución jurídica, en tanto que impide que el contenido normativo de las leyes permanezca estático. No necesariamente la jurisprudencia se produce *contra legem*, aunque esto es posible en la práctica, pero en todo caso tiene la virtud de adecuar la ley a las cambiantes situaciones políticas, económicas y sociales. Por otra parte, en la medida en que se constituye como norma general, orienta la actividad de la totalidad de los órganos jurisdiccionales creando un ambiente de seguridad jurídica. En estos aspectos, resulta de fundamental importancia el principio de la modificación de la jurisprudencia.¹²⁸

El proceso de concreción de normas generales y, en consecuencia, el de integración de la jurisprudencia, necesariamente implican la interpretación de normas generales o bien de normas individualizadas o particularizadas. Las primeras establecen situaciones jurídicas abstractas, las segundas, emitidas por órganos del Estado, establecen situaciones jurídicas concretas, y las terceras, producidas por los particulares, también situaciones concretas.¹²⁹

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

Las decisiones jurisdiccionales, en determinadas circunstancias y cumpliendo determinados requisitos, constituyen la jurisprudencia obligatoria. Es decir, la

¹²⁷ *Ibidem.* p.150.

¹²⁸ *Ibidem.* p. 151.

¹²⁹ *Ibidem.* p.152.

jurisprudencia se produce o puede producirse por la aplicación de todos los sistemas de la interpretación aludidos y, una vez integrada, se convierte en fuente de interpretación legal que goza de validez general.

La jurisprudencia, al igual que toda norma, requiere, para su aplicación, de interpretación de su sentido normativo. Según se vio, su interpretación se rige por los mismos sistemas de interpretación legal, pero siempre debe entenderse a los casos concretos que fueron materia de las resoluciones jurisdiccionales que le dieron origen y a las normas que en ella se interpretaron.

La jurisprudencia obligatoria, posee alcance diverso del que corresponde a los cinco fallos individualmente considerados. Pues mientras éstos son normas individualizadas, referidas concretamente al caso que resuelven, la jurisprudencia obligatoria equivale a una norma general de interpretación o de integración, que obliga a las mismas Salas; a los Tribunales Unitarios y Colegiados de Circuito; a los Juzgados de Distrito; a los Tribunales Militares y judiciales del orden común de los estados, Distrito Federal y Tribunales Administrativos y del Trabajo, locales o federales.¹³⁰

Como la jurisprudencia es una nueva norma obligatoria, distinta de la que interpreta, para efectos jurídicos tendrá necesariamente que aceptarse que se sustituye en la norma interpretada. El contenido de la norma inicial no puede ser otro que el que le atribuye la jurisprudencia mientras ésta no sea interrumpida o modificada. En este sentido, la modificación de la jurisprudencia es equivalente a la modificación o reforma de la ley que interpreta. Ésta, la ley, conserva los mismos signos externos de su manifestación, pero su significado es distinto, tanto cuanto se haya modificado un criterio jurisprudencial anterior.

Claro que la modificación de una norma mediante un proceso formalmente legislativo es distinta de su modificación por la vía jurisdiccional, pero esa distinción no es esencial sino de grado. No es posible válidamente sostener que el fenómeno indicado rompe con el principio de la división de poderes, puesto que las modernas concepciones de esta división aceptan, sin lugar a dudas, que es factible atribuir facultades materialmente legislativas a órganos administrativos y, como en el caso, jurisdiccionales. Pero, de cualquier forma, como la norma jurisprudencial no puede

¹³⁰ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, Introducción al estudio del derecho. Op. Cit., p. 330.

desligarse de la ley interpretada, la abrogación o derogación de esta última normalmente priva de efectos a la tesis de jurisprudencia correspondiente.¹³¹

Si el cambio de jurisprudencia supone el del sentido normativo contenido en una ley, esto equivale, según se precisó, a una modificación de la ley misma; y por tanto, su integración es, por naturaleza, retroactiva.

Por último, es importante señalar que hay otros procedimientos de creación jurisprudencial, nos referimos a la jurisprudencia que emana tanto de una controversia constitucional como de una acción de inconstitucionalidad. Sin embargo, no debemos confundir este procedimiento de creación jurisprudencial con los tradicionales, ya que se trata de un procedimiento nuevo, que sólo requiere una ejecutoria, siempre que sea aprobada por una mayoría mínima de ocho votos y por supuesto con efectos diferentes.

4.4. Integración de la ley.

En el caso de que no haya una norma general, aplicable al caso concreto, el tribunal competente está obligado a crear, para el caso concreto, la norma del derecho sustantivo que considere satisfactoria, justa o equitativa. En este caso, el tribunal funciona como legislador, es decir, su precedente tendrá el carácter de norma general.

Se trata de la ficción de que el ordenamiento jurídico tiene una laguna, lo cual significa que el derecho en vigor no se puede aplicar a un caso concreto porque no hay ninguna norma general que se refiera al propio caso. Es una ficción, porque el orden jurídico no puede tener lagunas. Debemos, por tanto, entender que en este supuesto el orden jurídico no contiene ninguna norma general aplicable al caso concreto, por lo tanto, el juez no llena una laguna del derecho realmente en vigor, sino que añade a éste una norma individual a la que no corresponde ningún precepto general.¹³²

De ahí que Kelsen afirme que el tribunal es siempre legislador, en cuanto crea derecho. "Pero el carácter de legislador que el tribunal tiene, se acentúa cuando no está ligado por el derecho sustantivo, sino sólo por el adjetivo, es decir, cuando está autorizado para crear el derecho sustantivo aplicable al caso, sin que su decisión se

¹³¹ SILVA, Carlos de, *Op. Cit.*, p.155.

¹³² KELSEN, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado. Op. Cit.*, p.175.

encuentre determinada por una norma generalmente preexistente del mismo derecho sustantivo."¹³³

De acuerdo con Kelsen en su obra *Teoría pura del derecho* señala que: En este caso su conducta se encuentra negativamente regulada por el orden jurídico, es decir, regulada en cuanto esa conducta no le está jurídicamente prohibida y, en ese sentido, le está permitida. En este caso, con todo, es interpretado por la jurisprudencia tradicional, en determinadas circunstancias como una "laguna" en el orden jurídico.

"En el enjuiciamiento de la teoría de las lagunas se trata de establecer las circunstancias determinantes de que, según esa teoría, aparezca una "laguna" en el derecho. Según la misma, el derecho válido no es aplicable en un caso concreto, cuando ninguna norma jurídica general se refiere a ese caso. De ahí que el tribunal tenga, para resolver el caso, que colmar la laguna mediante la producción de la norma jurídica correspondiente. Lo esencial de esta argumentación reside en señalar que la aplicación del derecho válido, como conclusión de lo general a lo particular, no es posible lógicamente es este caso, dado que falta la premisa necesaria, la norma general. Esta teoría es errada, puesto que reposa en la ignorancia del hecho de que cuando el orden jurídico no estatuye ninguna obligación a cargo de un individuo, su comportamiento está permitido.

Sin embargo, el propósito de la ficción de las lagunas, consiste en que el legislador, admite la posibilidad de que los preceptos abstractos establecidos por él puedan conducir en ciertos casos a resultados injustos o no equitativos, en cuanto no puede prever todos los casos concretos que habrán de presentarse. Es por eso que faculta al órgano de aplicación del derecho, a no aplicar las normas generales legislativamente establecidas, y a crear una norma nueva, en caso de que la aplicación de los preceptos generales creados legislativamente puedan tener un resultado no deseado por el orden jurídico.

De ahí que el legislador, para limitar esa autorización otorgada al tribunal, que reputa inevitable, recurra a la ficción de que el orden jurídico válido no puede ser aplicado en ciertos casos, no por razones subjetivas, moral-políticas, sino por razones objetivas, lógicas, y que, por ende, el juez sólo debe actuar como legislador cuando el derecho exhibe una laguna.¹³⁴

¹³³ *Ibidem*, p.173.

¹³⁴ KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*. Op. Cit, p. 257.

A veces, la misma ley precisa o prevé la posibilidad de las lagunas y además, como se debe de proceder para colmar dichos vacíos de la ley, remitiendo al juzgador a la costumbre, a los principios generales del derecho, a la analogía y a razones de justicia o equidad.

Lo primero que el intérprete ha de investigar es si el ordenamiento legal a que se haya sometido, existen o no reglas generales de integración. Si existen deberá sujetarse a ellas; en caso contrario, habrá de aplicar los procedimientos que la ciencia jurídica le brinda.¹³⁵

Examinemos la cuestión de esta manera, la costumbre no puede dejar de ser fuente formal del derecho, y en tanto, de todo el orden jurídico, ya que consideramos indispensable recurrir a ella, en los casos no previstos por la ley.

García Máynez señala, cuando se trata de una costumbre no contraria a la ley, que viene a completarla, y agregaríamos nosotros y a integrarla plenamente, llenando sus lagunas, no hay dificultad en admitir la aplicabilidad de la misma (costumbre *praeter legem*). La dificultad estriba en decir si las costumbres opuestas a leyes vigentes (*contra legem*), ya se trate de las que contrarían directa y abiertamente lo estatuido en los preceptos legales (*consuetudo abrogatoria*), ya de las que simplemente tienden a dejarlos sin efecto (desuetudo), pueden ser consideradas como obligatorias.¹³⁶

Si tomamos en consideración lo antes expuesto, debemos aclarar que en este caso la costumbre contraria a la ley tanto de forma directa, como por desuso, no puede ni debe constituir un procedimiento de integración, ya sea parcial o total del orden jurídico. Resulta, por tanto que en dicha circunstancia la costumbre sería una excepción, del procedimiento integrador, en razón de que hay otros procedimientos más prácticos, como por ejemplo, los de la lógica.

Por consiguiente, debemos considerar que la analogía juega un papel esencial en la creación de una nueva ley, tanto individual como general, aunque no se trate de un procedimiento puramente lógico, ya que en él intervienen siempre juicios de valor.

¹³⁵ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, Introducción al estudio del derecho. Op. Cit, p. 344.

¹³⁶ Op. Cit, p. 343.

El razonamiento analógico o por analogía, es un razonamiento de lo particular a lo particular análogo o de lo singular a lo singular análogo. Por su forma, el razonamiento analógico reviste la apariencia de un silogismo, aunque admite que a ciertas correspondencias entre dos objetos deben seguir otras, lo cual, si bien goza de cierta verosimilitud, carece en absoluto de seguridad; por este motivo el razonamiento analógico nunca termina en una resulta afirmación.¹³⁷

De acuerdo con García Máynez, podemos decir que la analogía supone una identidad parcial, es decir, cuando presentan algunas notas comunes; y aplicada a los preceptos legales, puede ser que exista analogía de supuestos o analogía de disposiciones, es decir, dichas situaciones jurídicas son análogas cuando entre ellas existe una identidad parcial o, lo que es lo mismo, cuando presentan ciertos elementos comunes.¹³⁸

En todo caso, lo que se aplica al caso imprevisto no es el precepto legal que resuelve el caso análogo, sino una norma nueva, que posee un supuesto jurídico diverso.

En este sentido, la analogía consiste, en atribuir a situaciones parcialmente idénticas (una previa y otra no prevista en la ley), las consecuencias jurídicas que señala la regla aplicable al caso previsto. Ello equivale a formular una nueva norma cuyo supuesto expresa en abstracto las características del caso no previsto, y atribuir a éste las consecuencias que produciría la realización del previsto, si bien entre uno y otro sólo hay una identidad parcial.

Por tanto, "no debe hablarse de aplicación analógica de un precepto a un caso no previsto, sino de *creación o formulación analógica de una norma nueva, cuya disposición es idéntica a la de aquel precepto, pero cuyos supuestos sólo son semejantes.*"¹³⁹

La aplicación analógica de la ley según Gény, constituye uno de los medios más eficaces de integración de los textos. Esto quiere decir que no es para él un procedimiento de interpretación, ya que se recurre a ella precisamente cuando la interpretación revela que un caso por resolver no ha sido previsto. La aplicación analógica sólo puede justificarse cuando a una situación imprevista se aplica un

¹³⁷ *Ibidem*, p. 367.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 368.

¹³⁹ *ibidem*, p. 369.

precepto relativo a un caso semejante, no por el simple hecho de la semejanza, sino porque existe la misma razón para resolver el caso imprevisto en igual forma que otro.¹⁴⁰

Incluso la aplicación analógica puede basarse en una consideración de índole legislativa (*ratio legis*), derivada de las ideas de justicia o de utilidad social, o en elementos técnicos (*ratio iuris*), a la luz de un concepto puramente jurídico.¹⁴¹

Queda claro pues, que la aplicación analógica no es de ninguna manera una forma de interpretación o cualquier método interpretativo de la ley, porque su función esta dirigida precisamente a colmar lagunas que ésta presenta. En efecto, no se trata de un procedimiento interpretativo. Hay, pues, que reconocer abiertamente que la ley es sólo, un elemento objetivo que se toma como punto de partida, para aplicar la misma disposición a todos aquellos casos, no previstos, en que exista como ya dijimos anteriormente una igualdad de razones jurídicas.

Veamos ahora el papel que juega la equidad en el procedimiento de integración de las normas.

En relación a la equidad debemos dejar claro que dicho concepto fue muy bien definido y estudiado por el filósofo griego Aristóteles, maestro de la escuela el Liceo, dicha definición que analizaremos es la más aceptada por todos los juristas modernos.

"Cuando la ley habla universalmente, y un caso surge sobre ella y que no es cubierto por un juicio universal, entonces es correcto cuando el legislador nos falle por sobre estimar o por tratar de corregir la omisión. Se dice que el legislador mismo habría dicho que estaba presente y que había puesto en la ley lo que el conocía."¹⁴²

Por ello, dice Aristóteles¹⁴³, lo equitativo es justo y mejor que cierta clase de justicia; pero no mejor que la justicia absoluta, pero sí mejor que el error que surge del sentido absoluto de la afirmación; pues esta es la naturaleza de lo equitativo. Es una corrección de la ley en donde es defectuosa debido a su universalidad. En efecto, esta es la razón por la cual todas las cosas no son determinadas por la ley, pues hay algunas que se escapan y es imposible someterlas, por lo que a veces es necesario

¹⁴⁰ Cit por GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, Introducción al estudio del derecho. p. 367.

¹⁴¹ Ibidem, p. 342-343.

¹⁴² ARISTÓTELES, Ética nicomaquea. México, Editores Unidos, 1999, p. 110.

¹⁴³ Idem.

un "decreto", y aumentaríamos nosotros que en ciertos casos una "resolución judicial", como procedimiento de integración.

Hemos dicho anteriormente lo que por equidad se entiende. Hay, por otra parte ciertos casos en que la aplicación exacta de una norma a una situación concreta, puede resultar, inconveniente o incluso injusta, por lo que la equidad llega o constituye una función correctiva. Por lo tanto, es un medio que el juzgador aplica, para subsanar los defectos derivados de la universalidad de la ley, o sea, lo que nosotros denominamos generalidad.

Por consiguiente, cuando la ley dispone de una manera general, y en los casos particulares hay algo excepcional, entonces, viendo que el legislador calla o que se ha engañado por haber hablado en términos generales, es imprescindible corregirle y suplir su silencio, y hablar en su lugar, como él mismo lo habría hecho si estuviese presente y hubiera conocido el caso particular.

Lo propio de lo equitativo consiste precisamente en restablecer la ley en los puntos en que es inconveniente e injusto, a causa de la imposibilidad del error, por tratarse de la creación de una norma universal, de que el legislador se ha valido. El recurrir a la equidad, permite, corregir lo universal de la ley, y substituir a la justicia legal abstracta, por la justicia del caso concreto.

Resulta, por tanto, que el juez no debe resolver un caso concreto en base a su propia "disposición del carácter", valiéndose de que esta aplicando la equidad, y que tal disposición es lo equitativo.

Hablemos por último de los principios generales del derecho como medio de integración de la ley.

Algunos juristas contemporáneos niegan la posibilidad de identificar a la equidad con los principios generales del derecho, sin embargo, otros como Osilia y Maggiore, hacen de la equidad un principio general del derecho.

De acuerdo con Osilia, toda ley, creada bajo cierta idea de equidad, es la expresión más auténtica de la equidad, y esta equidad es concebible con el procedimiento de abstracción de los principios generales del derecho positivo, con los cuales se identifica.

Por su parte, Giuseppe Maggiore en su estudio sobre la equidad y su valor en el derecho, se expresa de la siguiente manera: "La equidad no es una fuente, sino la fuente de derecho por excelencia y, por tanto, sería innecesario que el legislador la enumerara entre ellas para que desplegase en la vida concreta del derecho todo su valor; sería siempre fuente de éste aun cuando jamás se le mencionara."¹⁴⁴

En igual forma, puede decirse que la equidad juega un papel de primer orden en la integración del derecho, y específicamente en la ley, ya que en la mayoría de la legislación positiva se le menciona. Además, debemos reconocer que bajo el nombre de principios generales del derecho, se ocultan en realidad los principios generales de la justicia y por lo tanto de la equidad.

Para García Máynez¹⁴⁵, la función de la equidad en nuestro sistema jurídico, considerándola como recurso del juez -al que puede acudir, después del examen de los términos de la ley- para salir de la duda, por medio de los principios generales del derecho. En otras palabras, cuando no se puede resolver una controversia con una disposición concisa y explícita de la ley, no siempre es necesario seguir el camino indicado, de recurrir a la analogía o, cuando el caso sea todavía dudoso, a los principios generales del derecho, sino que hay casos -aquellos indicados expresamente por la ley- en que el recurso genérico y previó a la equidad del juez, quitará toda duda respecto de la solución de los casos específicos.

Consideramos ahora lo siguiente, que sea cual fuere la posición que se adopte, creemos que en cualquier caso debe la equidad ser considerada como principio general de derecho, y, en realidad, como el más fundamental de ellos, ya que sirve de base a todos los otros.

Por esta circunstancia la regla de derecho que ordena hacer leyes justas y dictar sentencias equitativas sea la suprema norma, el más elevado principio, no nos autoriza para negar que dicha norma sea, a su vez, un principio general.

De ahí que, la equidad sea considerada como un principio de derecho natural que ordena al juez resolver equitativamente los conflictos de que conoce. El fundamento de validez de aquella norma hay que buscarlo en el valor de lo justo y en las exigencias que de él derivan.

¹⁴⁴ Citado por GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, Introducción al estudio del derecho, p. 375.

¹⁴⁵ Idem.

La seguridad jurídica demanda que los jueces llamados a resolver una controversia, cumplan su cometido aplicando con la mayor fidelidad posible los preceptos de la ley escrita; pero cuando en un determinado caso no hay ley al caso aplicable y se han agotado los recursos que brinda la interpretación, la justicia exige, y el derecho positivo permite, que el juzgador se inspire en criterios de equidad, ya que no está autorizado para abstenerse de resolver las contiendas.

La aplicación del criterio de equidad, en los casos que existe una laguna en el derecho legislado, permite conciliar las exigencias de la justicia con las de la seguridad jurídica y, gracias a la restricción que arriba apuntamos, hace posible la realización plena de otro de los postulados capitales de la vida del derecho, a saber: la coherencia y unidad armónica de cada sistema.¹⁴⁶

Determinar qué deba entenderse por principios generales del derecho es una de las cuestiones más controvertidas en la literatura jurídica. Sostienen algunos autores que el método para descubrirlos consiste en ascender, por generalizaciones crecientes, de las disposiciones de la ley a reglas cada vez más amplias, hasta lograr que el caso dudoso quede comprendido dentro de alguna de ellas.¹⁴⁷

Los principios generales del derecho son fundamentales de la misma legislación positiva, que se encuentran escritos en la ley, pero que son presupuestos lógicos necesarios de las distintas normas jurídicas, de las cuales es fuerza de la abstracción deben exclusivamente deducirse. Pueden ser de hecho, principios racionales superiores, de ética social y también principios de derecho romano, universalmente admitidos por la doctrina.

El que en ciertos códigos se hable primeramente de la analogía y después de los principios generales del derecho, tiene su explicación en el hecho de que los segundos no se obtienen por un procedimiento análogo; pues, si así fuera, resultaría inútil la referencia a ellos.

García Máynez comenta que, cuando se afirma que los principios generales son los del derecho natural, quiere decir que, a falta de disposición formalmente válida, debe el juzgador formular un principio dotado de validez intrínseca, a fin de resolver la cuestión concreta sometida a su conocimiento. Sin embargo, los principios generales

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 378.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 370.

que sirvan de base para llenar lagunas de la ley, no deben nunca oponerse a los preceptos contenidos en ésta. De ahí que Carnelutti afirme que los principios generales del derecho no son algo que exista fuera, sino dentro del mismo derecho escrito, ya que derivan de las normas establecidas, o sea, son el espíritu o la esencia de la ley.

4.5. Semanario Judicial de la Federación.

La creación del Semanario Judicial de la Federación (por decreto de 8 de diciembre de 1870), fue un logro que se le atribuyó al entonces Presidente de la República Benito Juárez García, quien mando promulgar el decreto del Congreso de la Unión a través del cuál, se estableció un periódico denominado *Semanario Judicial de la Federación*, el cuál serviría para publicar todas las sentencias definitivas, desde el restablecimiento del orden legal en 1867 en lo sucesivo, los pedimentos del Procurador General de la Nación, los pedimentos del Ministro Fiscal de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los pedimentos de los promotores fiscales de los tribunales de circuito y juzgados de distrito, las actas de acuerdos del pleno de la Suprema Corte de Justicia, y otros informes.

En efecto, como lo señala la Suprema Corte de Justicia de la Nación, fue en 1850 cuando por primera vez trató de publicarse y difundirse la jurisprudencia mexicana. En ese entonces se creó una publicación no oficial llamada *Semanario Judicial*, enderezada a difundir la información más relevante sobre jurisprudencia creada por la Suprema Corte de Justicia, dejando de editarse en 1855, año en que la revolución del Plan de Ayutla derribó al gobierno de Santa Anna y dio origen a la Constitución de 1857.¹⁴⁸

Después el primer ordenamiento legal que dispuso la publicación de los criterios de la Suprema Corte fue la Ley Orgánica Reglamentaria de los Artículos 101 y 102 de la Constitución, proclamada el 30 de noviembre de 1861, y nueve años después, el entonces presidente de la República Benito Juárez emitió el famoso decreto mediante el que se creaba el *Semanario Judicial de la Federación*.¹⁴⁹

Asimismo, es importante señalar que la integración de la jurisprudencia publicada de la primera a la cuarta épocas, se realizó con fundamento en la

¹⁴⁸ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *La jurisprudencia en México, Op. Cit.*, p. 697.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 298.

Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1857, de ahí que sea inaplicable y se le llame *jurisprudencia histórica*. Las épocas quinta a la novena, integradas de 1917 a la fecha constituyen la *jurisprudencia aplicable o vigente*.

En la actualidad existen otros instrumentos que refuerzan la tarea del *Semanario Judicial de la Federación*, como son: El Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, que tiene como objetivo dar a conocer la jurisprudencia más destacada; el CD-ROM del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, a través del cual se publica el órgano oficial de difusión de la jurisprudencia en medio magnético, para facilitar su consulta; y además obras de difusión de jurisprudencia, como el Anexo de Jurisprudencia de los Informes Anuales de Labores de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y la Serie de Debates del Pleno de la Corte, *inter alia*.

Además, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación establece que la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis será el órgano competente para compilar, sistematizar y publicar las tesis y jurisprudencias emitidas por los órganos del Poder Judicial de la Federación. En materia electoral, la Coordinación de Jurisprudencia y Estadística Judicial del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación es la que se encarga de compilar, sistematizar y publicar las tesis relevantes y de jurisprudencia que emite dicho órgano judicial.

Actualmente se editan discos ópticos, que contienen jurisprudencia y tesis aisladas hasta el momento vamos en la novena época que emite la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los tribunales colegiados de circuito. Además, es importante señalar que ya vamos en la tercera época de jurisprudencia por lo que respecta a la del Tribunal Electoral.

Asimismo, a través de la evolución del Semanario Judicial de la Federación, los criterios jurisprudenciales han sido publicados por épocas, y cada una ha tenido diversa duración.

Las épocas se agruparon en dos grandes periodos: antes y después de la Constitución de 1917. Las primeras cuatro épocas como ya se dijo, se dieron antes de la referida Constitución, por lo que los criterios jurisprudenciales emitidos durante ellas se consideran actualmente inaplicables, y conforman la llamada "jurisprudencia histórica". Como sabemos, las épocas quinta a novena, que comprenden de 1917 a la fecha, forman "la jurisprudencia aplicable o vigente".

Por lo que se refiere al primer periodo, es decir, a la jurisprudencia histórica, tiene las siguientes características:

"La primera época, comprende 7 tomos, que contienen las resoluciones emitidas por los tribunales federales de octubre de 1870 a septiembre de 1875.

La segunda época, comprende 17 tomos y abarca de enero de 1881 a diciembre de 1889.

La tercera, comprende 12 tomos que contienen los fallos de los tribunales federales de enero de 1890 a diciembre de 1897.

La cuarta época, comprende 52 tomos, con los fallos producidos entre 1898 y 1914."¹⁵⁰

El segundo periodo, es decir, de la llamada jurisprudencia vigente, evolucionó de la siguiente forma:

"Por lo que se refiere a la quinta época, esta integrada por 132 tomos. Cubre el lapso del 1º. de junio de 1917 al 30 de junio de 1957.

La sexta época, por su parte esta integrada por 138 volúmenes, numerados con cifras romanas. Abarca del 1º. de julio de 1957 al 15 de diciembre de 1968.

Luego, la séptima época integrada por 228 volúmenes, identificados con números arábigos. Va del 1º. de enero de 1968 al 14 de agosto de 1988.

Después, la octava época integrada por 15 tomos identificados con números romanos más 87 (86-2) Gacetas. Abarca del 15 de enero de 1988 al 3 de febrero de 1995.

Por último, la novena época inició el 4 de febrero de 1995, con edición mensual."¹⁵¹

¹⁵⁰ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *La jurisprudencia en México*. Op. Cit, p. 701.

¹⁵¹ Op. Cit, p. 703.

Estos periodos tuvieron dos interrupciones, la primera en 1875, en virtud de razones administrativas y financieras y de la revuelta iniciada en 1876 por Porfirio Díaz, con motivo del Plan de Tuxtepec. Y la segunda interrupción de la publicación del *Semanario Judicial*, se produjo al término de la cuarta época. En agosto de 1914, con el Plan de Guadalupe que hizo triunfar a Venustiano Carranza, quien desconoció a los tres poderes y clausuró la Suprema Corte.

En cuanto a la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, sus orígenes se remontan al año de 1988. El cuatro de febrero de ese año, el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación expidió el Acuerdo 3/1988, creación que respondió a las reformas sufridas por la Ley de Amparo el 5 de enero de 1988.

4.6. Excesos y defectos de la jurisprudencia.

Ahora, vamos a enlistar una serie de consideraciones en torno a los excesos y defectos que consideramos que tiene la institución de la jurisprudencia y de la manera de prevenirlos:

El procedimiento de denuncia de contradicción de tesis es el productor de lo que hemos llamado *jurisprudencia unificadora*.

Los artículos 197 y 197-A de la Ley de Amparo establecen en forma limitativa a los sujetos legitimados para promover la denuncia de contradicción de tesis.

La institución de la jurisprudencia, en cuanto a sus diversas acepciones, en las cuales se ha visto una evolución constante, desde su origen hasta nuestros tiempos, va adquiriendo fuerza y por tanto, es de considerarse que éstas nuevas modalidades, vulneran la esfera de la competencia del Poder Legislativo, en cuanto órgano encargado de elaborar las leyes que rigen a nuestro sistema jurídico, me refiero a que hoy en día hay pugna en la doctrina a través de los diversos puntos de vista de los juristas destacados de nuestro país e incluso en derecho comparado, en los tribunales jurisdiccionales y principalmente contradicción entre los mismos, en establecer los criterios que rigen dicha institución, en la medida en que unos consideran que la jurisprudencia únicamente es la exacta interpretación de la ley por una parte; y otros opinan, que la jurisprudencia ha ido más allá de esa función principal que ha gozado hasta nuestros días, en razón de que no es ya interpretativa del derecho o en

particular de la ley, sino que adquiere una nueva función de crear el derecho, e inclusive llega a ser la ley misma, esto por otra parte.

En este orden de ideas, podemos manifestar que, la jurisprudencia si constituye legislación nueva a la que está en vigor, al ser interpretada crea una norma nueva fijando por tanto, un contenido totalmente diferente inclusive es de considerarse que llega a ser la ley misma, en virtud de tener las mismas características de ella.

Por considerar de suma importancia este apartado, estamos de acuerdo con lo que Burgoa afirma al establecer, que la jurisprudencia fue elevada por el artículo 107 constitucional en las reformas de 1950, al rango de fuente del derecho, equiparándose a verdaderas normas legales, por reunir determinadas cuestiones de derecho, como la generalidad, la imparcialidad y la abstracción.¹⁵²

La fracción XII del artículo 107 de esta iniciativa considera que la ley determinará los términos y casos en que sea obligatoria la jurisprudencia de los tribunales del Poder Judicial de la Federación, así como sus requisitos para su modificación.

En este mismo sentido se pronuncia el ministro Góngora Pimentel, al afirmar que la jurisprudencia sí es fuente material del derecho en nuestro país, ya que llena las particularidades técnicas que caracterizan a dichas fuentes y cuenta con las características de generalidad, imparcialidad, abstracción y obligatoriedad ya mencionados con anterioridad¹⁵³.

Para Alfonso Noriega la jurisprudencia es fuente formal, material, directa e interpretativa del derecho. Es fuente formal, porque se equipara a la norma jurídica en su fuerza obligatoria, sin llegar a ser formalmente una norma jurídica, pero sí ser un elemento verídico para integrar una disposición legal a un caso concreto. Es fuente material, puesto que al confirmar, suplir e interpretar la ley, desentraña el sentido de la misma. Es fuente directa, ya que la ley no puede prever todas las inestables situaciones y reglamentarlas en su debida forma; y he aquí que la jurisprudencia viene a integrar el derecho al haber silencio de la ley, siendo en ese caso concreto como fuente directa del mismo.¹⁵⁴

¹⁵² BURGOA O, Ignacio. El Juicio de amparo. México, Editorial Porrúa, 1990, p. 818.

¹⁵³ GÓNGORA PIMENTEL, Genaro. Introducción al estudio del juicio de amparo. 7ª ed., México, Editorial Porrúa, 1999, p. 533.

¹⁵⁴ NORIEGA, Alfonso. Lecciones de amparo. Op. Cit, p. 1120.

Muchas veces, los que votan por un proyecto de ley tienen cuando más un conocimiento muy superficial del contenido de ésta, en razón de que la Constitución sólo exige que voten por el proyecto levantando la mano o diciendo "sí". He aquí lo que es preciso que demuestre ahora, sostengo que la norma general que el legislador emite, en muchos de los casos no alcanza a prever todas las situaciones concretas, en estos casos, es preciso pues que el órgano judicial ante la deficiencia de la ley o vacío, interprete ésta estableciendo su sentido e incluso llegue a integrarla, creando una nueva norma. Además, existe indudablemente la posibilidad, de que también dicho órgano aplicador, puede emitir un criterio jurisprudencial que no tenga nada que ver con la norma que interpreta, y llegar también en este sentido a llenar el vacío de ésta, sin tomar en cuenta el orden jurídico existente, en síntesis, no podemos prescindir del error legislativo ni tampoco de la deficiencia del judicial, o sea, de la falta de técnica legislativa y técnica jurídica respectivamente, y por tanto también del mal empleo de los métodos interpretativos.

Al respecto, Carlos de Silva como hemos dicho anteriormente afirma, que en México se han suscitado críticas al sistema competencial del Poder Judicial de la Federación que permite que diversos órganos jurisdiccionales estén facultados para establecer jurisprudencia, aduciéndose que son frecuentes las contradicciones en que se incurre en detrimento de la seguridad jurídica, no obstante que se encuentran previstos procedimientos tendientes a resolver esas contradicciones, mediante las cuales la Suprema Corte de Justicia de la Nación puede determinar cuál es la tesis jurisprudencial que obligatoriamente debe prevalecer. Esas críticas podrán estimarse injustificadas o exageradas, pero dan una idea de los problemas que en la práctica se producen en la deficiente interpretación y aplicación del derecho.

Otro de los principales defectos, es precisamente no contar con principios o reglas que precisen la delimitación o alcances de esa función creadora, ni del papel que en ella juega la interpretación, en tanto que no existe plena uniformidad en lo relativo a la posición que el juzgador debe adoptar al aplicar normas generales a casos especiales.

El error funesto, pero que por desgracia se ha hecho tradicional, de que el derecho sólo sea existente en la forma general, de que todo derecho se encuentre encerrado en normas generales y que la 'Ley', esto es, la norma general, sea idéntica al derecho, debe ser evitado a toda costa. Ha sido descubierto con todas sus

consecuencias y, hay que esperarlo, definitivamente suprimido por la *teoría de la construcción gradual del derecho*.

Al respecto, Carlos de Silva señala: Según el sistema que en su derecho positivo adopte cada Estado, las decisiones jurisdiccionales, independientemente de ser normas concretas, o bien pueden constituir meros precedentes (cuya fuerza para casos posteriores dependerá de lo convincentes que resulten sus argumentaciones), o bien, normas generales por la obligatoriedad que en determinadas circunstancias tengan los precedentes. Una sola sentencia podrá tener únicamente efectos particulares y concretos, o generales y abstractos como acontece, por ejemplo, en los sistemas de derecho positivo que aceptan la posibilidad de que los órganos de control de la constitucionalidad declaren, con efectos absolutos, la invalidez de normas generales. La jurisprudencia obligatoria podrá o no tener esos efectos absolutos pero, siempre, por definición, consistirá en normas jurídicas generales. Por lo tanto, consideramos que al no contar la jurisprudencia con esos efectos absolutos, se le esta restando importancia a dicha institución, y entonces resulta necesario corregir este defecto de la jurisprudencia, por medio del reconocimiento de que cuenta con las características de la ley, pero no únicamente de forma material sino también formal, es decir, debe existir necesariamente un reconocimiento legal.

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

Asimismo, es importante mencionar, que actualmente existe un nuevo proyecto de nueva ley de amparo, en el que parece se hace referencia a la supresión de la *Formula Otero*, pero no por medio de la generalidad de la jurisprudencia, forma que nosotros consideramos que puede llegar a ser posible.

En gran medida, algunas jurisprudencias emitidas por los tribunales competentes o por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no son uniformes, nos referimos a que las cinco tesis que deben de ser emitidas en un mismo sentido, a veces no hablan ni siquiera del mismo tema, o incluso hablando del mismo tema son criterios encontrados, en estos casos la jurisprudencia producto de dichas

resoluciones ha caído en exceso, ya que su función es interpretar, aplicar e integrar o suplir la ley.

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

Incluso no existe en la Constitución restricción a los efectos de la jurisprudencia, que nació para ser una norma obligatoria, general y abstracta y más aún, nació para definir y tutelar la ley de leyes.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La Hermenéutica es la ciencia de la interpretación, que está básicamente centrada en tres puntos a saber: la interpretación, aclaración, y comprensión de textos. Como consecuencia de lo anterior, la Hermenéutica Jurídica por deducción se centra en la interpretación, aclaración y comprensión de la ley.

SEGUNDA.- La interpretación constituye el principal objetivo de la jurisprudencia, y consiste en explicar, poner en lenguaje común, dar el sentido de lo desconocido, esclarecer, a través de un método dialéctico y su correspondiente argumentación.

TERCERA.- En cuanto a la interpretación los individuos y en general la ciencia jurídica deben establecer un sentido, éstos porque tienen que acatar las normas jurídicas, y aquella porque tienen que describir el derecho positivo, y por tanto, tiene que interpretar sus normas.

CUARTA.- En toda interpretación no debemos prescindir de la intención o voluntad que quiso plasmar el legislador en la ley, pero tampoco debemos tomar únicamente tal voluntad para establecer el sentido de la ley, debemos recurrir a la razón práctica.

QUINTA.- Existen distintos sistemas de interpretación, entre los que podemos señalar, el auténtico, dogmático, conceptual, histórico, objetivo, subjetivo, sociológico, psicológico, pragmático, teleológico, sistemático, analógico, el de mayoría de razón, y el de *a contrario sensu*, *Inter alia*.

SEXTA.- Es imposible la supremacía de un sólo sistema de interpretación, más bien deberá emplearse según sea el caso práctico determinado método como referencia, sin exclusión de los demás, es decir, teniéndolos siempre presentes.

SÉPTIMA.- En lo que respecta a los diferentes sistemas de interpretación propios de cada escuela, en donde unas se basan en el dogma dejando fuera la posibilidad de una interpretación sociológica, y viceversa, unas toman en cuenta lo histórico, social, subjetivo, dejando sin posibilidad una construcción axiológica o dogmática, consideramos que para resolver las lagunas y contradicciones en el derecho es preciso adoptar un sistema de interpretación ecléctico.

OCTAVA.- La ley y la jurisprudencia son consideradas como "fuentes formales" del derecho, en atención a las características de los procesos por las que surgen, los cuales se encuentran revestidos de forma, sin las cuales, la ley o la jurisprudencia no pueden crearse.

NOVENA.- La jurisprudencia judicial se equipara a la ley porque, aunque formalmente no lo es, lo es materialmente en cuanto posee los atributos esenciales de aquélla, que son la generalidad, la abstracción, obligatoriedad e imparcialidad.

DÉCIMA.- La jurisprudencia en el sistema jurídico mexicano, entendida como la exacta interpretación de la ley, o la integración de ésta, por ese sólo hecho reúne y tiene las características de la ley. Asimismo, sin olvidar que la jurisprudencia es la ciencia del derecho, es decir, un metalenguaje, que interpreta no sólo a la ley, sino a todo el derecho en general, lo que constituye su amplitud y alcance por pura lógica.

DÉCIMA PRIMERA.- Existen dos tipos de disposiciones generales, abstractas, impersonales y obligatorias diferentes a las que emite el Poder Legislativo: Las emanadas de los poderes (ejecutivo y judicial), como lo son los reglamentos expedidos por el Poder Ejecutivo Federal y la jurisprudencia establecida por el Poder Judicial de la Federación, conocidas como normas legales en su aspecto "material".

DÉCIMA SEGUNDA.- Bajo las apariencias de complementar el orden jurídico, por medio de la excusa de una exacta interpretación de la ley, los jueces suprimen la norma interpretada y la substituye por una norma nueva. Los tres poderes del Estado, solamente representan diferentes etapas del proceso por el cual el orden jurídico nacional es de acuerdo con sus propias prescripciones creado y aplicado.

DÉCIMA TERCERA.- La eficacia de las normas jurídicas generales, en la realidad, no podrían producirse si no opera el proceso de concreción. Al grado de que la ley carecería de sentido si no existiera la posibilidad de la creación de derecho mediante el establecimiento, entre otras, de normas individualizadas por órganos del Estado, y en ello radica la importancia y trascendencia de la función jurisdiccional tanto desde el punto de vista material como formal.

DÉCIMA CUARTA.- Atendiendo al sistema jurídico correspondiente a cada Estado, habrá de determinarse la fuerza que habrán de tener o no los precedentes, en los casos en que éste reconoce validez normativa a la jurisprudencia, es necesaria la

conclusión en el sentido de que ésta puede ser fuente de derecho tanto material como formal.

DÉCIMA QUINTA.- La jurisprudencia tiene como función central la interpretación del derecho, para determinar su significado y alcance *latu sensu*, y por tanto también a la ley que forma parte de él *strictu sensu*. Además, tiene otra función fundamental la de crear o construir el derecho con ocasión a los casos concretos que se someten al conocimiento de los tribunales.

DÉCIMA SEXTA.- El juez, realiza siempre una función de creación, a veces vinculada a la norma y en ocasiones cuando hablamos de una función integradora no vinculada a ninguna norma. La jurisprudencia es por tanto, la reformulación de la norma general o particular, por lo que ésta reformulación, puede ser parcial, o total, como es el caso de la integración.

DÉCIMA SÉPTIMA.- La jurisprudencia complementa el orden jurídico, primero por medio de la interpretación y después por la integración que hace el órgano jurisdiccional competente.

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

DÉCIMA NOVENA.- En cualquier orden jurídico habrá siempre ciertos casos jurídicamente no regulados en los cuales, en algún punto, el derecho no da ninguna solución en ningún sentido y el derecho es, consecuentemente, parcialmente indeterminado o incompleto. Por lo que en tal situación, el juez tiene que ejercer su discreción y crear derecho para el caso, en vez de aplicar meramente el derecho preexistente ya establecido, que a su vez, también confiere y constriñe sus poderes de creación del derecho.

VIGÉSIMA.- El juez debe aplicar la norma abstracta y convertirla en otra norma concreta, distinta de la anterior, y en casos muy específicos cuando hay inexistencia, imperfección, silencio, oscuridad o simplemente insuficiencia del derecho, tendrá que

integrarla y por tal motivo crear una nueva norma que inicia siendo individual, pero que adquiere el carácter de general cuando se aplica a los demás casos posteriores, considerados análogos o similares.

VIGÉSIMA PRIMERA.- La jurisprudencia puede tener tres posiciones diferentes respecto a la ley; en el primero, de subordinación, en cuyo caso el juez sólo interpreta la ley para lograr su aplicación al caso concreto; el segundo, de igualdad relativa, cuando se trata de llenar el vacío legal, puesto que en tal caso el juez se aproxima mucho a la función del legislador; en el tercero, la jurisprudencia puede situarse por encima de la ley y contravenirla, cuando un órgano jurisdiccional facultado para ello la declara inconstitucional. En resumen, la jurisprudencia es una auténtica norma jurídica, pues su obligatoriedad emana directamente de la Constitución.

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

VIGÉSIMA TERCERA.- Podemos afirmar, que la jurisprudencia mexicana está en constante decadencia debido a los excesos y defectos que en ciertos casos se comenten al emitirla y además por la misma regulación deficiente de la institución.

VIGÉSIMA CUARTA.- Concluimos que la respuesta a la interrogante sobre si ¿LA JURISPRUDENCIA ES LEY?, la respuesta es que si, en razón de que la jurisprudencia, como la ley, son “fuentes formales” del derecho, en atención a los procesos por los que surgen, procesos revestidos de forma, sin los cuales la ley y la jurisprudencia no se crean. Además, de que nacen por la acción de órganos del Estado; y ambas instituciones están reguladas por la ley, aunado a que poseen las mismas características materiales, como son la generalidad, imparcialidad, abstracción y obligatoriedad. Asimismo, la jurisprudencia es ley en atención de que complementa el orden jurídico, primero por medio de la interpretación y después por la integración que hace el órgano jurisdiccional competente. En general, se afirma que la legislación se actualiza cuando la jurisprudencia cumple las siguientes funciones: cuando la confirma, cuando la integra, cuando la interpreta y cuando la deroga. El juez al interpretar la ley y al emitir jurisprudencia, a veces interpreta exactamente la ley, pero en otras ocasiones rebasa esta principal función y crea una ley nueva, y por supuesto

siempre crea una norma nueva cuando integra la ley, de ahí que la jurisprudencia reúne las características de la ley.

Por lo que finalizamos que la jurisprudencia es ley, en razón de los órganos que establecen la jurisprudencia por la vía de la interpretación judicial, crean un nuevo derecho, situación que permite distinguir a la jurisprudencia como una verdadera norma jurídica, ya sea por medio de la interpretación o por medio de la integración, lo que la coloca sin lugar a dudas, como la segunda fuente de derecho en importancia dentro del orden jurídico positivo, mucho más aún que la costumbre, la doctrina y los principios generales del derecho.

BIBLIOGRAFÍA

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

ACOSTA ROMERO, Miguel y Alfonso Pérez Fonseca. Derecho Jurisprudencial Mexicano, México, Ed. Porrúa, 1998.

ARAGONESES ALONSO, Pedro. Proceso y Derecho Procesal. Editorial Aguilar, Madrid, 1960.

ARISTÓTELES, Ética nicomaquea. México, Editores Unidos, 1999.

BAQUEIRO ROJAS, Edgard, Diccionarios jurídicos temáticos. Derecho civil, México, Editorial Oxford, Volumen 1, 2002.

BURGOA O, Ignacio. El Juicio de amparo. México, Editorial Porrúa, trigésimacuarta Edición, Edición Actualizada 1998.

CALVO VIDAL, Félix M., *La jurisprudencia ¿Fuente del Derecho?*, Valladolid, España, Ed. Lex Nova, 1992.

CIRNES ZÚÑIGA, Sergio H., Diccionarios jurídicos temáticos. Criminalística y ciencias forenses, México, Editorial Oxford, Volumen 6, 2002.

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

CISNEROS FARÍAS, Germán, La interpretación de la ley. 3ª. ed., México, Editorial Trillas, 2001.

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

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

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

DWORKIN, Ronald, Los derechos en serio, trad. Marta Guastavino, Barcelona, España, Editorial Planeta-Agostini. 1993.

FLORIS MARGADANT, Guillermo, El derecho privado romano, 19 Ed., México, Ed. Esfinge, 1989.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, Introducción al estudio del derecho. 32ª. ed., México, Editorial Porrúa, 1980.

GÓNGORA PIMENTEL, Genaro, Introducción al estudio del juicio de amparo. 7ª. ed. México, Editorial Porrúa, 1999.

HECK, Philipp, El problema de la creación del derecho. Trad. Manuel Entenza, Granada, España, Editorial Comares, Colección Crítica del Derecho, 1999.

HENRY MERRYMAN, John, La tradición jurídica romano-canónica. trad. Eduardo L. Suárez, 3ª. Reimpresión, México, Editorial Fondo de Cultura Económica, 1997.

KELSEN, Hans, Teoría general del derecho y del Estado, Trad. Eduardo García Máynez, 2ª edición, México, Editorial UNAM, 1995.

KELSEN, Hans, Teoría pura del derecho, trad. Roberto J. Vernengo, 2ª. Ed, México, Editorial UNAM, 1982.

NORIEGA, Alfonso. Lecciones de amparo, 3ª Edición, México, Editorial Porrúa, Tomo II, 1991, p. 1120.

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

PADILLA SAHAGÚN, Gumesindo. Derecho Romano I. 2ª edición, Editorial Mc Graw Hill, México 1998.

PALOMAR DE MIGUEL, Juan, Diccionario para juristas. México, Editorial Porrúa, Tomo II, 2000.

POUND, Roscoe, El espíritu del "Common Law", Trad. de José Puig Brutau, s.e., Barcelona, Editorial Bosch, S.A.

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

SILVA, Carlos de, La jurisprudencia, interpretación y creación del derecho. vid. en VÁZQUEZ, Rodolfo, Compilador, Interpretación jurídica y decisión judicial, 3ª. ed., México, Editorial Fontamara, Doctrina Jurídica Contemporánea.

SIRVENT GUTIÉRREZ, Consuelo, Sistemas jurídicos contemporáneos. México, Editorial Porrúa, 2000.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, La jurisprudencia en México.

TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, Elementos para una teoría general del derecho. México, Editorial Themis, 1996.

WRÓBLEWSKI, Jerzy, Constitución y teoría general de la interpretación jurídica. Editores Madrid : Civitas, Madrid, 1985.

HEMEROGRAFÍA

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. 19ª. Ed., V. IV, Real Academia Española, Ed. Espalsa Calpe, 1981.

DICCIONARIOS JURÍDICOS TEMÁTICOS, Derecho procesal, 2 Ed., México, Colegio de profesores de derecho procesal facultad de derecho de la UNAM, Oxford, Volúmenes 1-6, 2002.

MÉXICO, PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Épocas del Semanario Judicial de la Federación*, 2ª. Ed., Coordinación General de Compilación y Sistematización de Tesis, 2001.

MÉXICO, PROYECTO DE LA LEY DE AMPARO REGLAMENTARIA DE LOS ARTÍCULOS 103 Y 107 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, SCJN, 2000.

LEGISLACIÓN

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

LEY DE AMPARO REGLAMENTARIA DE LOS ARTÍCULOS 105 Y 107 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

LEY DE AMPARO COMENTADA, por Alberto del Castillo del Valle, 4ª. Ed., México, Ediciones Jurídicas Alma, 2002.

LEY DE AMPARO, Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y Código Federal de Procedimientos Civiles, 1ª. Reimpresión, México, Ed. Pac, 1998.

LEY ORGÁNICA DE LOS TRIBUNALES AGRARIOS.

LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN.

LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA.

LEY DEL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL DISTRITO FEDERAL.

LEY REGLAMENTARIA DE LAS FRACCIONES I Y II DEL ARTÍCULO 105 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

BIBLIOGRAFÍA AUTOMATIZADA

MÉXICO, PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Jurisprudencia y tesis aisladas 1917-2000, Ius 2000*, 10ª. Versión, 2 CD, Coordinación General de Compilación y Sistematización de Tesis.