



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

Facultad de Derecho

Posgrado en Derecho

Con Reconocimiento de Validez Oficial ante la Secretaría de Educación Pública, bajo acuerdo número 985162 de fecha 17 de agosto de 1998.

LA SUPLETORIEDAD EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO.

Tesis que para obtener el grado de

Doctor en Derecho

Sustenta el

Mtro. Ignacio Soto Sobreyra y Silva.

Director de la Tesis

Dr. José de Jesús Ledesma Uribe.

**Al Dr. José de Jesús Ledesma Uribe
mi maestro y amigo por mas de 40
años y director de este trabajo.**

**Al Dr. José Antonio Sánchez Barroso
Director del Programa de Doctorado
en Derecho, de la Facultad de Derecho,
Universidad Panamericana, Ciudad de
México.**

LA SUPLETORIEDAD EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO.

INTRODUCCIÓN.....	1
PLAN DE LA OBRA.....	4
I.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS.....	5
1. Grecia, Roma. La analogía encuentro genial del pensamiento griego y su aprovechamiento en Roma. Equidad, Analogía, Principios del Derecho.....	5
2. Sistema de fuentes formales en Roma.....	18
3. El sistema abierto del Derecho romano hasta Justiniano.....	19
4. Aparición de un sistema jurídico dotado de plenitud hermética.....	23
5. Su recepción en los siglos sucesivos.	25
6. La cuestión en México, de la Nueva España, Código Napoleón, a los primeros códigos civiles mexicanos.	33
II.- CIENCIAS DE LA CONDUCTA	42
1. La persona humana	42
III.- LA NORMA JURÍDICA.	68
2. La perspectiva histórica de la noción.	68
3. Del positivismo al siglo XX.	76
4. Elementos formales de la Norma Jurídica.	80
5. Elementos materiales de la Norma Jurídica.....	84
IV.- SISTEMA JURÍDICO.....	87
1. Concepto. Sistema jurídico y orden jurídico.	87
2. Clases de sistema. Sistema natural y sistema cultural.	90
3. Sistema jurídico y sistema político.	91
4. Elementos del sistema jurídico.	97
5. Notas esenciales del sistema jurídico.	99
6. Interacción de los subsistemas jurídicos en un régimen federal.....	105
7. Derecho Común. Su contribución a la formación de un sistema jurídico auto-suficiente.....	109
8. La supletoriedad como complementariedad.....	110
9. Comparación de normas: La suplida y la supletoria.....	112
10. El negocio jurídico ante el silencio de sus autores: La ley supletiva desde el pensamiento de Savigny.	113
11. Diferencias con el reenvío.....	114
V.- FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DEL SISTEMA JURÍDICO AUTÁRQUICO.....	117
1. El sistema jurídico es esencial al Estado.	117
2. Prohibición terminante de la denegación de justicia.	127
3. Artículos 14 y 16 constitucionales.....	131
4. El derecho humano a recibir la impartición de justicia y la obligación correlativa del Estado.....	156

5. La diversidad y multi-variedad de la realidad social frente a la previsión legislativa.....	160
6. El trabajo judicial.....	163
7. Sistemática del derecho escrito.....	165
VI.- TÉCNICA JURÍDICA.....	169
1. Los diversos ámbitos de validez de la norma jurídica: espacial, temporal, material, personal	169
2. Lamentable ausencia en los planes de estudio de la Técnica Jurídica.....	172
3. Técnica de elaboración, adaptación, interpretación, integración y eliminación de la norma jurídica.....	173
4. Integración de la norma y derecho supletorio.....	179
VII.- LA PLENITUD HERMÉTICA DEL SISTEMA JURÍDICO ESCRITO. SU AUTOSUFICIENCIA.....	181
1. Limitaciones de la norma jurídica escrita.....	181
2. La plenitud hermética del Derecho.	184
3. La costumbre delegada.	203
4. Sus diferencias con el Common Law del Reino Unido. Su base común: La analogía.	209
5. La equidad en la estructura del Common Law.....	212
6. Una mirada al Tratado de Libre Comercio de América del Norte.	214
VIII.- EL COMMON LAW DE LOS ESTADOS UNIDOS NECESIDAD DE INTEGRACIÓN JURÍDICA.....	218
1. Las características propias del federalismo norteamericano.	220
2. Common Law federal y locales.....	223
3. Necesidad de la integración jurídica.....	226
4. El juez norteamericano, su formación y paradigma.	228
5. Formación intelectual y axiológica del juzgador.....	229
IX.- LAS LAGUNAS DEL SISTEMA JURÍDICO ESCRITO.....	232
1. Lagunas de la ley escrita.....	232
2. Imposibilidad de lagunas en el Derecho mismo.....	233
3. El Derecho como concepto supra-legal.....	237
4. El lenguaje metafórico de “lagunas”.....	240
5. El tejido analógico de la equidad.....	242
6. La hermenéutica jurídica.....	247
7. Aplicación de la hermenéutica jurídica en la interpretación e integración del derecho escrito.....	251
X.- DERECHO COMPARADO.	258
1. Clases de comparación entre sistemas de ley escrita.....	260
2. Las constituciones de España, Argentina, Chile y Uruguay.....	264

XI.- EL SISTEMA JURÍDICO DEL DERECHO CANÓNICO.....	270
1. Formación histórica.....	270
2. Fuentes formales de este sistema.	271
3. El Código de 1917.....	275
4. El Código de 1983.....	276
5. Solución a las lagunas del derecho escrito.	278
6. Analogía.....	280
7. El papel de la costumbre en Derecho Canónico.....	281
XII.- LA FILOSOFÍA DE LA SUPLETORIEDAD DEL SISTEMA JURÍDICO	284
1. Subsistencia de la sociedad.	284
2. Exigencia propia del conflicto por dirimir.....	287
3. El estado de Derecho.....	288
4. Necesidad para alcanzar el Bien Común.	290
5. Seguridad y certeza jurídicas.....	291
6. Soberanía y prestigio nacional.....	292
CONCLUSIONES.	294
1. BIBLIOGRAFIA	298
2. GENERAL.....	298
3. LEGISGRAFÍA.....	304
4. MESOGRAFÍA.....	305
5. ENCICLOPEDIAS.....	307
6. DICCIONARIOS.....	308

INTRODUCCIÓN.

La supletoriedad como idea, como concepto y como operación técnica del Derecho, se presenta solamente cuando nos encontramos frente a un sistema escrito con pretensión de suficiencia derivada de sus postulados. Por ello, en los derechos antiguos, anteriores a la Roma tardía, la noción no se requería.

La supletoriedad es complementación de un derecho legislado que en todos los casos será menor a las casi infinitas posibilidades de modificación de las circunstancias de la vida social. Por lo mismo, el concepto que nos ocupa, está íntimamente ligado a las fuentes reales de un derecho escrito.

Es bien sabido que entre la realidad social y la norma escrita hay una conexión orgánica que en la filosofía de la ley se suele llamar dato real o social. Con este término se alude primariamente al hecho societario que debe impulsar al legislador a fin de prevenir, remediar y, principalmente, promover el orden que se le ha encomendado. Empero, en muchas ocasiones este dato pasa desapercibido al autor de la norma escrita, o no manifiesta en su observación propiamente sociológica todo el caudal de consecuencias que puede engendrar. Por ello es fundamental que la educación jurídica se encuentre bien nutrida de las ciencias sociales.

Podemos preguntarnos de dónde extrae el legislador su inspiración para cumplir su cometido además de ese dato social. Si observamos la realidad, apreciaremos que lo hace apoyado primariamente en la experiencia propia o de otras sociedades semejantes, por ello resulta tan importante el estudio y disciplina que enseña el derecho comparado.

El legislador debe empero, también acudir a la dogmática jurídica y buscar la ley que finalmente es “solución a un conflicto” sacado de su propia inventiva, disciplina que desafortunadamente se encuentra con un paupérrimo espacio en las escuelas y facultades de Derecho.

Vale la pena insistir por qué en un sistema abierto sin plenitud hermética, no es ni necesario, ni tampoco posible, tratar de supletoriedad. Esta idea se encuentra estrechamente conectada con la insuficiencia de las hipótesis de la norma redactada.

La semántica misma de la voz supletoriedad, conlleva la idea de insuficiencia o defecto de la norma escrita que debe ser integrada con otras o con postulados a los que refiere el propio sistema como son la equidad, la analogía, los principios generales y especiales del Derecho.

Cuando el sistema conserva a la costumbre como fuente directa que llamamos delegante, la supletoriedad puede hallarse en los hábitos o formas de comportarse en la convivencia habitual.

En este caso, nos encontramos de frente a una supletoriedad estructural que es la costumbre misma de la cual dimana todo el resto del sistema escrito. Se trataría de una supletoriedad claramente expresa, aunque la norma escrita, no lo estableciera así. Es verdad que hoy, en el mundo occidental esto no existe. Este supuesto interesa más bien, a la historia del derecho.

Es claro que en un sistema jurídico abierto no es necesario pensar ni necesitar de la supletoriedad ya que el juzgador goza de absoluta libertad para ir más allá de lo que disponga la norma escrita, está autorizado para ello sin mayor límite que su intuición y juicio propio. Nuestro sistema escrito si es contemplado de una manera indebida, excluyendo la necesidad de la supletoriedad, quedaría como imperfecto. Pero a bien mirar, es perfectible ya que su insuficiencia legislativa se hace perfecta con la norma que suple la deficiencia originada por la laguna, el sistema así visto es imperfecto pero perfectible y es justamente en esa perfectibilidad en donde reside su propio y genuino carácter sistémico dotado de justa plenitud hermética y a la vez hermenéutica.

Si proseguimos considerando las épocas en las que al juzgador le estaba autorizado abstenerse de resolver por ausencia de norma, sí, se aprecia con meridiana claridad que nos

encontrábamos de frente a una estructura insuficiente. Los ius-naturalistas, entendieron que la norma más abstracta que ordena lo justo y prohíbe lo contrario; no se había encarnado adecuadamente en ese supuesto sistema que por su carácter de insuficiente, imprevisor en la suma de sus supuestos, no era en rigor, un propio y claro sistema.

No encontramos, a decir verdad, antes de la legislación de Justiniano del siglo VI, un principio de supletoriedad claro y contundente como lo fue la remisión a la analogía, a la equidad, a los principios especiales y generales del Derecho, por más que esta última diferenciación de sabor griego, no fue vista con claridad por esa legislación bizantina.

Regresando un poco a la antigüedad, podemos pensar en la justicia salomónica que nos conserva la respetable tradición vetero testamentaria.

Cuando se presentan las dos mujeres con el niño ante el rey, resulta que sólo una podía ser la madre o quizás ninguna. El rey más que acudir a una resolución de la verdad, encuentra en su Sabiduría, la forma para inducir a una actitud demostrativa de la verdad dentro de la rudeza del derecho antiguo que únicamente sirve para conseguir, como se hizo, el resultado deseado. Así, más que suplir, resolvió amenazar para saber y supo.

Queda pues de manifiesto que sólo hasta que aparecerá un sistema escrito de leyes que pretende ser la traducción de las exigencias de justicia, habrá casos no previstos a los que es preciso dotar sin embargo de una solución suficiente.

En otras hipótesis no demasiado alejadas de nuestro tiempo, el juzgador podía excusarse de resolver el conflicto aduciendo falta de disposición en la legislación. En este triste caso del “non liquet”, dicho sistema quedaba inoperante vulnerando la garantía hoy, más bien derecho de acceso a la justicia para alcanzar una solución adecuada.

PLAN DE LA OBRA.

El trabajo pretende abocarse a profundizar en la materia. Se inicia con un somero panorama de la supletoriedad antes de la consolidación del sistema jurídico romano del siglo VI para entroncar el material a través de la edad media con la codificación que se avizora desde finales del siglo XVIII, pasando por el magnetismo del Código Napoleón de 1804 a fin de desembocar en la historia de nuestra codificación.

El apunte de carácter histórico es somero, de vista panorámica ya que la intención del presente texto es más bien de carácter doctrinal.

Enseguida, nos detendremos en la Teoría de la Norma Jurídica para entender el sentido y la función del Sistema Jurídico. De esta manera, desde el punto de vista de la técnica jurídica, especialmente de la interpretación e integración de la norma escrita, apreciar la necesidad y el sentido de la supletoriedad.

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

SUMARIO: 1. *Grecia. Roma. La analogía: encuentro genial del pensamiento griego y su aprovechamiento en Roma. Equidad, Analogía, Principios del Derecho*; 2.-*Sistema de fuentes formales en Roma*; 3.- *El sistema abierto del Derecho romano hasta Justiniano*; 4.- *Aparición de un sistema jurídico dotado de plenitud hermética*; 5.- *Su recepción en los siglos sucesivos*; 6.- *La cuestión en Mexico, de la Nueva España, Código Napoleón, a los primeros códigos civiles mexicanos.*

1.- Grecia. Roma. La analogía: encuentro genial del pensamiento griego y su aprovechamiento en Roma. Equidad, Analogía, Principios del Derecho.

Como punto de partida, entendamos que el término, *Derecho*, tal y como es posible conocerlo en la actualidad, no era lo que hoy se considera como sistema jurídico, ya que en Grecia cada *Polis (Ciudad Estado)* estaba regida por su propio sistema de leyes, de aquí que éste se empleara en la forma regional e históricamente delineada por la ley positiva, pero teniendo como ancla que existía un pensamiento jurídico que podía ser puesto como común y en los mismos principios. Ejemplo de lo anterior es el del legislador *Corondas* para la provincia de *Catania*, donde se adoptaron deliberadamente por otras polis, a la vez de producirse también préstamos mutuos de menor escala, usados dentro de la forma que tenía el entonces derecho mercantil, con la gran influencia política y sobre todo cultural ejercida por Atenas, la cual se llevó a cabo desde el mismo Estado. Esto propició que la forma de las leyes atenienses, se esparcieran a otras polis y marcaran su forma y fondo, y son también la que mejor se conocen, gracias a la existencia de ciertas fuentes.

Muchos estudios hechos por avezados especialistas en derecho comparado, han llegado a la conclusión que existe cierto paralelismo de las formas Griegas con las Romanas, mismas

formas que son posibles de estudiar dentro de las llamadas “*Leyes de Gortina*”¹, dado que su trascendencia puede encontrarse registrada dentro de papiros que se conservan en Egipto, la misma que guarda estrecha relación con el derecho romano observado dentro de las provincias de oriente.

En la actualidad no existe ninguna colección sistemática de la ley griega, dado que todo deriva de los poemas homéricos. Para los detalles de la ley ática es necesario depender de parte de declaraciones en los discursos de los oradores áticos, que a veces son capaces de verificar estos estados por la confianza, pero a menudo imperfecta, con la ayuda de las inscripciones.

Al ser más concreto encontramos que, en el fondo las leyes de Atenas se encuentran en *Las Leyes de Platón*, que se ocupan de la teoría del sujeto sin ejercer dentro del que hacer cotidiano, dentro de la realidad, los Principios de las leyes Platónicas, que juzgan a la política Aristotélica, con el fin de argumentar sobre las leyes en su estrecha conexión con las constituciones, revisa el trabajo de ciertos legisladores griegos de la antigüedad. En el tratado sobre la Constitución de los atenienses se incluye un relato de la jurisdicción de los diversos funcionarios públicos y de los mecanismos de los tribunales de justicia, y por lo tanto nos permite prescindir del testimonio de segunda mano de gramáticos y *diadocos* (*rectores de alguna escuela filosófica*) que deriva su información del mencionado tratado. La producción bibliográfica atribuida a *Teofrasto* con respecto a las leyes, mismas que adicionaban un compendio de las leyes de un nutrido número de pueblos considerados como bárbaros, incluidos también los llamados Estados Griegos, mismos que solo tienen representación en unos cuantos fragmentos.

¹ *Las leyes de Gortina* son un código legal arcaico, griego, el más extenso que se conoce por ahora, procede de *Gortina*, en el sur de Creta, y estas se esculpieron en piedra en el siglo V a. C. La forma es arcaica, parecida a las primeras leyes bíblicas, su escritura se registra sobre una serie de tablillas de piedra que están adosadas a una pared, de lo que se tiene conocimiento es que, de la inscripción original quedan 600 líneas, su contenido las sitúa en el comienzo de la segunda mitad del siglo V a. C. *Cfre*: Gagarin, Michael, & Perlman Paula. *The laws of ancient Crete c. 650 – 400 BCE*. Oxford University Press, New York, EUA, 2016. Págs. 1 a 5.

Dada una cierta inclinación griega al pensamiento y a la organización formal, además de la exaltación hacia la justicia como virtud o valor fundamental tanto para Platón como para Aristóteles, de la misma manera se podría referir el lugar donde estas cavilaciones empiezan, a efecto de generar una mayor abstracción y comprensión, que se posee del derecho hoy en día, a partir de sus propios orígenes e influencias remotas. Estas influencias encuentran lugar en la obra del griego Hesíodo, principalmente en su texto *Trabajos y días*, donde se criticó fuertemente a la ociosidad y la injusticia que muchas veces los jueces cometían.

En el siglo VIII a. C., se realiza el cometido de formular la poesía épica, misma que impactó en establecer la justicia como virtud elemental, dando inicio a la larga tradición que se desarrollaría por Platón, y después Aristóteles. Por su parte Hesíodo recoge dos formulaciones, la primera proveniente de Homero, llamada *Temis*, que estableció que los dioses entregaban a los hombres la figura de Temis, que significa la representación de la ley, en su sentido más amplio de comprensión; la otra formulación que hizo Hesíodo proporcionó la figura denominada como *Diké* (*el primer concepto de justicia*), que de alguna manera, estaría siendo recibida por parte de Aristóteles dentro del concepto aristotélico de: *Dar a cada uno lo suyo* (*formula que después recogería el jurista romano Ulpiano, a fin de crear su concepto de la justicia distributiva*).

Entendiendo que puede darse una situación en la que algo no sea justo de acuerdo a la *Temis* pero sí a *Diké*, en tanto que *Temis* se refiere a la autoridad del derecho, a su legalidad y validez; y la *Diké* significa el cumplimiento de la justicia, traducida como dar a cada uno lo que es pertinente, y lo que cada uno puede exigir; en torno a esto, podemos afirmar que la interpretación que de aquí podría hacerse, atiende a la preocupación de los pueblos antiguos por presentar una exigencia de frente a un derecho que igual constituyó el fin más alto, al hacerse mas que presente la necesidad del origen de la primera formación jurídica, misma que no se reflejo en la constitucion de un sistema jurídico como tal.

La formación del derecho surgió completamente como quien está ligado al ideal de la formación del individuo mientras era parte de la *polis*, y donde el *ethos* cobró más importancia que el *logos*, teniendo como resultado la misma formación del individuo como tal, dirigiéndose hacia lo que se conoce como el *camino correcto*; demostrando que el derecho no consiste en un sistema que es puramente rector, al igual que generador del precepto más grande, consistente en que el hombre observe la correcta vida dentro de la sociedad.

El culmen que representó el idealismo griego dentro de lo que fueron sus leyes, sin lugar a dudas, fueron las *Leyes de Licurgo* que se presentan. Con respecto al trabajo de *Licurgo* se contradice con lo que los propios griegos concebían como *legislación*, en palabras de la especialista *María Brower*, se puede apuntar lo siguiente: “*No es una codificación habitual de leyes particulares y públicas, sino los nomoi (territorios cultivables), en el sentido de una tradición oral, dotada de validez, de la que solo unas cuantas leyes fundamentales y solemnes fueron fijadas de forma escrita.*”²

Con esto, el trabajo de *Licurgo* pudo potencializar lo que se conoció de alguna manera como la importancia que tuvo la educación y la formación del pensamiento dentro de la sociedad, al tener marcada disposición en la legislación que desembocó en lo que hoy es posible conocer como *democracia*, enfatizando el carácter obligatorio de las leyes, que la *polis* exhibía.

De lo que con certeza se tiene un registro fidedigno, corresponde al trabajo legislativo de *Dracón* aproximadamente entre los años 621 y el 620 a.C., muy poco se sabe sobre este autor y su legislación, “siendo conocida únicamente la ley de homicidios, que sobrevivió a las reformas de *Solón*.”³

Corresponde afirmar que La ley de homicidios de *Dracón* regía aún en el siglo IV a.C., aunque el resto del código de *Dracón* no sobrevivió, por considerársele de los más estrictos.

² Brower. María, *Governance and Innovation*, Routledge Press, New York, EUA, 2018. Pág. 166.

³ Edwards, I. E.S, Gadd C. J, & Hammond N.G.L, *The Cambridge Ancient History, Part II Early history of the middle east*, Cambridge University Press, , UK, 1970, Pág.370 .

Según las investigaciones realizadas dentro del mundo antiguo se puede concluir bajo la óptica de renombrados especialistas, que en ese tiempo los tribunales griegos eran baratos y ejercitaban la interpretación de las leyes, pues bien se sabe que los funcionarios de estos no percibían salario, dado que los procesos se realizaban dentro del día que transcurría; dentro de los considerados casos particulares, estos tenían resolución de forma más ágil, dada la falta de expertos que supieran cómo aplicar la justicia y su interpretación, ni abogados, ni jueces o magistrados como se les conoce hoy día.

Un pleito legal tenía en su forma primaria, dos partes y una causa que se alegaba con el argumento de que un acto ilegal se había cometido, y la otra parte sostenía que dicho acto no había sido ilegal, o que no había sucedido nada. De aquí bien se sabe que el jurado tenía la decisión respecto a si el acusado era culpable, o no y, en caso de que lo fuera, cuál debería ser el castigo. *“En los tribunales de Atenas, el jurado tendía a estar formado por la masa de la gente común, mientras que los litigantes provenían principalmente de las élites de la sociedad.”*⁴

Dentro de las leyes atenienses, los propios tribunales sirvieron como quien daba resolución a los conflictos en base a argumentos que se podían catalogar como válidos o inválidos, sustituyendo el precepto de cumplimiento coherente de normas, derechos y obligaciones. Bien se sabe que existía un tribunal conocido como el *Pritaneo*, mismo que se encargaba de dar causa y seguimiento a personas y demás implicados en delitos de sangre tales como el homicidio, con el fin de que Atenas se viera sin problemas por la violencia que desataría un hecho delictivo de sangre.

Los legisladores griegos fueron un conjunto de figuras históricas, muy mitificadas, que individualmente dieron leyes a ciudades concretas. La sociedad de los helenos elevó el prestigio de su legislación, *leyes (νόμος nomos)* que consideraban un honor público el regirse por ellas y adecuar el comportamiento individual a sus requisitos.

⁴ Forsdyke, Sara. *Street theatre and popular justice in Ancient Greece: Shaming, stoning and straying offenders inside and outside the en Past and Present*, Oxford University Press, , UK, 1952, Pág.6 .

Totalmente efectivo en el caso de las polis democráticas, como la de Atenas, donde se acuña el término “*Nomos Basileus* (*Νόμος Βασιλεύς*, literalmente: La ley *Nomos* es el rey *Basileus*, pero ejecutado en el sentido de *la ley es la que hace de rey, o nos regimos por la ley*),”⁵ de la que fue un ejemplo vital de ello *Sócrates*, que insistió en darse muerte porque así se había determinado legalmente.

En el siglo VII a.C., en el periodo arcaico, es en el que se sitúan la mayor parte de los legisladores; un ejemplo de ellos son *Dracon*, *Solón* y *Clístenes* (para la Hélade); *Licurgo* (en Esparta); *Fedón* y *Filolao* (en Corinto), por último, *Falces de Calcedonia* o *Pítaco de Mitilene*.

“Antes que ellos, hubo legisladores en las ciudades de *Magna Grecia*, como *Zaleuco de Locros* (antes del 650 a.C.) y *Carondas de Catania*, su discípulo.”⁶

La palabra griega νομοθετης (*nomothetos*, también transcrita en otras formas, como *nomothetas* y *nomothete*)⁷ designa tanto a los legisladores como a un cargo público ateniense posterior al arcontado de *Euclides* (403–402 a.C.), ejercido por un panel de *heliastas* o jurados, elegidos por la “*Ecclesia* en un gran número (del orden del millar) para realizar cambios en la legislación.”⁸

Dentro del periodo monárquico heleno y con la posterior incorporación al Imperio Romano, el tipo del *basileus* fue convertido, en un proceso de evolución que no termina hasta el periodo de la *Antigüedad tardía*, en algo similar a lo que se definirá en el *Antiguo Régimen Europeo Occidental* como monarquía absoluta: el rey como legislador; dado que acumula todos los poderes: *Siendo el supremo legislador, no sólo no está sometido a la ley, sino él mismo es la ley* (*νομο ουχ υποκειται αλλα νομος εστιν*).⁹

⁵ *Ibidem*.

⁶ Palao Herrero. Juan. *El sistema jurídico Ático clásico*, Dykinson Editorial, Madrid, 2007, Pág., 47.

⁷ Almodavar García. Javier y Gómez, Tirado. Juan Manuel. *Griego I*, Editex México, 2008, Pág. 254.

⁸ Spiteris, Yannis. *Eclesiología Ortodoxa*, Dehoniano, Salamanca España, 2003, Pág. 287.

⁹ *Ibidem*.

En cuanto al cambio que sobrevino con el *Derecho Bizantino*, o legislación del Imperio Bizantino, incluso en el periodo en el que se impuso una mayor helenización, “fue una continuación del derecho romano, que se codificó precisamente con Justiniano I (Código de Justiniano, Pandectas).”¹⁰

Antes, la sociedad de Atenas, que oscilaba entre la aristocracia rural y las clases populares, había tendido gradualmente a una cierta apertura, y a principios del siglo VII a.C. medió entre ambas partes *Solón*, cuyas reformas en el sistema judicial entrañaron dos grandes novedades: la posibilidad de ejercer la acusación particular, (pues hasta entonces la acción era solo personal salvo en casos de homicidio) y la introducción del derecho de apelación a un tribunal contra la decisión de un magistrado; con ello se otorgaba una mayor tutela judicial a las clases populares. En la práctica suponía la democratización del sistema judicial, en torno al año 460 a.C. el *Consejo Aristocrático* del *Areópago* fue despojado de bastante poder y jurisdicción salvo la de asuntos religiosos, asesinato, entre otros...

La democratización se hizo más profunda cuando Pericles introdujo el sueldo para los jueces: dos óbolos por día, lo que facilitó que accedieran al jurado los humildes y, sobre todo, los ancianos, por entonces normales que componían un órgano, los *Dikasteria* (*Δικαστήρια* *Tribunales*), de donde se formaba cada tribunal para ser miembro de Grecia, la figura del *Dikastés* (*δικαστής juez*) que es extraña a nuestro concepto de juez y se aproxima al de jurado, sin serlo exactamente. Los que ostentaban el cargo de jueces sufragaban con una pequeña piedra o una concha marina, depositandola al interior de una urna. En caso de condena, algunas penas venían fijadas por la ley, pero normalmente la acusación o *eisangelia* (*εισαγγελία fiscalía*) proponía una pena, y otra alternativa el condenado, Las penas de prisión no eran frecuentes o largas, se preferían las multas, la muerte, el destierro *εξόριστος* (*exòristos ostracismo o destierro*), el embargo de propiedades o la privación de derechos (*atimia* *ἀτιμία*, desprecio, del griego *ἄτιμος* *átimos*, *repulsión*).

¹⁰ Mousourrakis, George *The historical and institutional context of roman law*, Routledge press, New Zealand, Pág. 20

En tanto que las partes, tales como la tutela judicial era solo útil para los hombres libres atenienses, en tanto que los metecos podían tener acceso a la jurisdicción. Las mujeres eran representadas por una especie de tutor, el *kyrios* (*κυρίως el principal*), el ciudadano podía perder el derecho a recurrir a los tribunales en caso de *atimia* o pérdida del honor, los delitos y las faltas no se diferenciaban como hoy en día, pero sí había una clara separación entre causas públicas y privadas.

No había abogados, sino acusador y acusado en persona, que hablaban por ellos mismos durante el tiempo marcado por un *reloj arena* o *clepsidra* (*κλεψυδρα*).

Sin embargo a partir del orador *Antifonte* proliferaron los discursos hechos por los “*logógrafos*”¹¹ y la oratoria se desarrolló hasta llegar a los discursos de *Lisias* o *Demóstenes*, un buen discurso era fundamental para convencer a los jueces. En la Atenas de la antigüedad, la práctica jurídica requería del litigante defender su caso ante el tribunal con dos discursos sucesivos, no existían abogados, y la ley sólo permitía a un amigo o pariente ayudar a cada parte en el litigio, si un litigante no confiaba en sí mismo para hacer su propio discurso, para defender

¹¹ El término *logógrafos* (*λογογράφος, logographos*, derivado de *λόγος*, *logos*, que tiene su significado como historia o prosa, y *γράφω*, *grapho*, escritura) constituían a los historiadores y denominados cronistas griegos anteriores a *Heródoto* (*considerado el padre de la historia*), mismo que denominó a sus predecesores como *λογοποιοί* (*logopoioi*, de *ποιέω*, *poieo*, hacer), *Tucídides* aplicó el término logógrafo a todos los que le precedieron, incluyendo al propio *Heródoto*. El mismo término de logógrafos se aplicaba en la Antigua Grecia a los autores de discursos jurídicos, Con una sola excepción, provienen de la región de *Jonia* y sus islas, que por su situación era la zona más favorablemente situada para la llegada de noticias de países lejanos, tanto de Oriente como de Occidente, ellos podían escribir en dialecto jónico, en lo que se llamó el estilo *imperiódico*, preservando el carácter *poético* de modelos *épicas*, aunque no el estilo. La crítica que ejercen sobre sus fuentes es mínima: un simple intento de racionalizar las leyendas y tradiciones en torno a la fundación de las ciudades, las genealogías de las familias gobernantes (lo que se denomina *arcontología*) y los usos y costumbres de cada pueblo, por esa razón se les suele considerar más cronistas que historiadores. El primer logógrafo fue *Cadmo de Mileto* (*siglo VI a.C.*), que escribió la historia de su ciudad (*si es que realmente era nativo de ella*). Muchos importantes logógrafos se desarrollaron en la mitad del siglo VI a.C. y las Guerras Médicas, el último fue *Ferécides de Leros*, que murió alrededor del año 400 a.C. *Hecateo de Mileto*, en sus *Genealogiai*, fue el primero en intentar (no del todo con éxito) separar el pasado mitológico del histórico, lo que significó un paso crucial en el desarrollo de la historiografía. es la única fuente que *Heródoto* citó por su nombre, tras *Heródoto* el género declina, para ganar algo de popularidad en la época helenística. *Cfre: Shortwell, T, James. An introduction of the history of history, Columbia University Press, New York, 1922, Págs. 144 a 150.*

su caso podía buscar los servicios de algún personaje al que se llamaba logógrafo, un escritor en prosa, o algún historiador.

Corresponde a un hecho comprobado que, los primeros historiadores denominados *logoroiros* (*λογοποιός*, de *ποιέω*, poieo, hacer). El logógrafo escribía un discurso que el litigante debía aprender de memoria y recitar ante el tribunal. *Antifonte* de Atenas (480 a. C.–410 a. C.) fue uno de los primeros en practicar esta profesión. Para poder exculpar a las presuntas víctimas de las encarnizadas persecuciones políticas, se optó por introducir con posterioridad la llamada carrera política de muchos *logógrafos*.

El discurso correspondiente a la oratoria, en la Hélade estaba enriquecida en una vida pública de gran vitalidad, en relación a los discursos de los *logógrafos*, contó en determinado momento con los de los *demagogos* (*aplicados éstos a los discursos políticos tendentes a obtener el favor de las asambleas y muy criticados por los filósofos, por no buscar la verdad, lo que hizo crear a éstos otra clase de oratoria*), *las oraciones fúnebres* (como el famoso Discurso fúnebre de *Pericles* recogido por *Tucídides*) y *las arengas militares*. Entre los considerados como los *logógrafos jurídicos* más famosos de la historia de la antigüedad se encuentran: *Antifonte de Atenas, Demóstenes, Dinarco, Hipérides, Isócrates y Lisias*.

De aquí podemos partir para dilucidar que el término Analogía sobreviene del griego *αναλογία* (*ana*: reiteración o comparación y *logos*: estudio), lo cual significa comparación o relación entre varias cosas, razones o conceptos; comparar o relacionar dos o más seres u objetos a través de la razón, señalando características generales y particulares comunes que permiten justificar la existencia de una propiedad en uno, a partir de la existencia de dicha propiedad en los otros.

En el aspecto lógico, permite comparar un objeto con otros, en sus semejanzas y en sus diferencias. Una analogía permite la deducción de un término desconocido a partir del análisis de la relación que se establece entre dos términos de ella conocidos.

La analogía posibilita una vía inductiva de argumentar. Nos permite intentar representar un pensamiento o experiencia respecto a un objeto a través de una comparación de distintas dinámicas o situaciones; dando a entender que éstas comparten similitudes, dentro del Derecho: “*la analogía constituye el fundamento de poder considerar casos semejantes mediante una cuidadosa comparación*”¹². Tal es el fundamento de la jurisprudencia.

El primer precedente del que se tiene memoria, es el término “*Frónesis, utilizado para indicar que en esa virtud reside el intelecto,*”¹³ así también, es como se hace uso de la prudencia a la hora de poder dilucidar cuidadosa y calculadamente, lo que en un futuro no lejano los romanos construirían con el término *Jurisprudencia*, como uno de los primeros y más acabados criterios de analogía jurídica dentro de la antigüedad.

Como es posible observar, la característica que se puede derivar de tales hechos y que gira en torno al *derecho supletorio de la época*, corresponde a que éste mismo empezó a existir gracias a que había ausencia muchas veces de leyes que pudieran aplicarse a determinado caso en concreto, por lo que fue necesario que éstas tuvieran una forma definida a fin de poder aplicarse de manera subsecuente o a falta de; lo cual centró las bases para lo que hoy podemos conocer como tal.

Como punto de partida *La Heliea* (Ἡλιαία) era el *Tribunal Supremo de la Antigua Atenas*,¹⁴ este también era llamada *Gran Ekklesía*, era el nombre del lugar donde se realizaban las audiencias, pero luego esta denominación se extendió hasta incluir también al tribunal.¹⁵

Los jueces eran llamados *heliastas* (Ἡλιασταί) o *dikastas* (Δικασταί δικασταί jueces, omomokótes ὁμωμοκότες, los que juraban, es decir, los jurados). Los procesos de juzgar eran llamados *Dikazein* (ellos juzgan).

¹² Ledesma Uribe, José de Jesús. *La hermenéutica analógica y su aplicación al derecho*, Revista de la facultad de derecho de México, México, nueva serie, año 2014, núm. 261. enero – junio del 2013, págs. 51 a 81

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ *Ibidem*.

La Heliea era un tribunal popular compuesto por 6000 ciudadanos, mayores de 30 años y repartidos en diez clases de 500 ciudadanos (1000 quedaban en reserva) sorteados cada año para ser *heliastas*. Para la acusación, dado que no existía el aparato judicial de hoy día, bastaba con una iniciativa personal de un ciudadano, como para iniciar cualquier proceso judicial. Para el caso de condena, podían recibir una parte de la multa, expuesta como indemnización y a su vez exhibida como recompensa otorgada por su labor dentro de la justicia, por lo cual algunos ciudadanos hacían de la delación su oficio, eran los *συκοφάντες* (*sykofántes denunciante*).

A pesar de los mecanismos que limitaban las desviaciones de este sistema, esto contribuía a dividir la ciudad y servía de argumento al partido aristocrático contra el nuevo régimen, por un complicado sistema. Según el asunto, se designaba por sorteo (*por designio de la autoridad*) un número pequeño o grande de *heliastas* para cada proceso, así, a título de ejemplo, para un proceso privado, se reunían 201 jueces normalmente, 401 excepcionalmente; para los procesos públicos, eran 501, 1001, o 1501 jueces, hay que decir que el hecho de juzgar era muy complicado ya que no se contaba con legislación alguna o procedimiento establecido, posibilitando una gran interpretación de las leyes existentes.

Las sentencias que no tenían apelación se podían ejecutar inmediatamente, donde se comprende que el tribunal político de la Heliea, sostenía más el criterio decisonal sometido a votación, para esto, como medida de avance el denominado tribunal de los *Efetas*, resolvió atraer, dividiendo las competencias del *Aeropago*, divididas en cuatro puntos importantes a según la calidad o especificidad de los casos a tratar:

1. El Prytaneion (*Πρυτανεῖον* Pritaneo) donde se juzgaba la muerte que había sido consecuencia por objetos o animales.
2. El Paladino: Donde se juzgaban las muertes involuntarias de los Metecos (*μέτοικος extranjeros*) y Esclavos (*δμῶς, Dmos*).
3. El Delfino: Que juzgaba la legítima defensa.
4. La Playa: Donde se juzgaban a los exiliados.

Aunque es bastante oscuro en la actualidad determinar el origen del tribunal *Heliea*, Aristóteles afirmó que los tribunales fueron un elemento democrático en la constitución de *Solón*.

Al día de hoy muchos de los historiadores modernos, consideran que la ley ateniense era de procedimientos amplios, se ocupaba de la administración de la justicia, es decir, que trataba sobre los derechos, obligaciones y delitos. Las leyes atenienses se solían escribir con la forma: *si alguien hace A, entonces B es el resultado*, y estaban más preocupadas por las acciones legales que deben llevarse a cabo por el fiscal, que por definir estrictamente qué actos debían ser juzgados. A menudo, esto daba lugar a que el jurado tuviera que decidir si la ofensa que se había cometido era de hecho, o una violación de la ley en cuestión.

En tanto que para el correcto desarrollo de la ley ateniense, uno de los primeros eventos que pueden ser datables en la historia de Atenas es la codificación de sus leyes por *Dracón*, probablemente entre el 621 y el 620 a.C.; sabemos poco sobre su autor, *Dracón de Tesalia*, su código, con su ley de homicidios, que sobrevivió a las reformas de Solón, solo parece que distinguía entre el homicidio premeditado e involuntario, y proporcionaba la reconciliación del asesino con la familia del hombre muerto. La ley de homicidios de *Dracón* regía aún en el siglo IV A a.C., aunque el resto del código de *Dracón* no sobrevivió, se cree por la tradición ateniense que fue de los más duros.

Los códigos de leyes atenienses establecidos por *Dracón* fueron reformados íntegramente por *Solón*, que fue el *Arconte Epónimo* del año 594-593 a.C. Estas reformas incluían la cancelación de las deudas y las reformas a la propiedad de la tierra, así como la abolición de la esclavitud para aquellos que habían nacido en Atenas., sin embargo, la atribución de las innovaciones legales específicas y reformas a *Solón* y sus sucesores es muy difícil porque no había una tendencia en la antigua Atenas a atribuir las leyes a Solón con independencia de la fecha de promulgación.

En el sistema legal ateniense, los tribunales se han visto como un sistema de resolución de conflictos mediante argumentos, en lugar de hacer cumplir un sistema coherente de normas, derechos y obligaciones.

Un tribunal, el Pritaneo, era el responsable de encausar a personas desconocidas, animales y objetos inanimados por homicidio, probablemente con el fin de garantizar que Atenas estuviese libre de culpa por delitos de sangre.

El sistema judicial ateniense estaba dominado por los hombres. El jurado se constituyó solo de hombres, y, como Simón Goldhill argumentó, “El tribunal ateniense parece haber sido muy poco dispuesto a permitir cualquier presencia femenina en el espacio cívico del propio tribunal de justicia.”¹⁶

Junto con la aplicación oficial de la ley en los tribunales, en la antigua Atenas, y de otras ciudades griegas antiguas, la justicia y la cohesión social fueron forzadas colectivamente por la sociedad en general, la justicia colectiva informal a menudo se dirigía a los infractores de élite.

Los jurados se componían de hombres seleccionados anualmente de un grupo de 6.000 voluntarios, y se requería que fueran ciudadanos de pleno derecho, mayores de 30 años. Los jurados se pagaban con una pequeña cuota en la época de Pericles, lo que pudo haber dado lugar a un número desproporcionado de ciudadanos pobres y ancianos que trabajaran como jurado.

De acuerdo con lo argumentado por el historiador *Michael Gagarin*, “Los oradores que escribieron discursos jurídicos, tuvieron un papel mucho más importante en los juicios que los atenienses de la época actual, debido a la falta de las técnicas modernas forenses y de

¹⁶ Goldhill, Simon *Ritual, Finance, Politics: Athenian Democratic Accounts presented to David Lewis*(*Representing democracy: women at the Great Dionysia*), Clarendon Press, Oxford University, 1994, Pág. 350.

investigación que podrían haber proporcionado otras fuentes de evidencia al tribunal ateniense.”¹⁷

En el sistema legal ateniense, no hubo abogados profesionales, aunque los discursos conocidos como los de Demóstenes, son discursos que fueron entregados, como en el caso de *Contra Leptines*, en nombre de otros. Estos discursos se han descrito como tan cercanos a la función de un abogado moderno como el sistema legal ateniense permitiría.

2.- Sistema de Fuentes formales en Roma.

El término fuente del derecho designa todo lo que contribuye o ha contribuido a crear el conjunto de reglas jurídicas aplicables hoy por el Hombre.

Como punto de partida de orden general, lo que se consideró como las principales fuentes del Derecho, fueron a la Religión y a las Costumbres, de ahí nació lo que hoy se conoce como la moral que fuere abordada y estudiada por la Ética como ciencia y luego por el Derecho. Los más antiguos escritos religiosos en los que se plasmó la moral y regularon la conducta del hombre, fueron todos los documentos que conforman hoy La Biblia y El Código de Hammurabi.

En los países en los que se ha podido registrar con verdadero éxito un derecho escrito, ha podido entenderse, que las principales fuentes del derecho corresponden a tanto textos como tratados internacionales, constituciones, leyes, reglamentos. Sin embargo, otras fuentes son a veces admitidas según la materia, tales como la costumbre, los principios generales del derecho consagrados por la jurisprudencia (a veces inspirados por la doctrina de juristas especializados, profesores, abogados, magistrados, etc.) o unos principios de derecho natural, universales, escritos en la naturaleza y costumbres de los seres vivos y el ser mismo de las cosas.

¹⁷ Gagarin, Michael, *Telling Stories in Athenian Law*, American Philological Association Press, Oxford University, 1974, Pág. 133.

3.- El sistema abierto del Derecho romano hasta Justiniano.

Las fuentes del derecho son un criterio de determinación del sistema jurídico de un país considerado según sus antecedentes; por nombrar algún ejemplo: *El derecho denominado como escrito*, por el propio derecho romano, dentro de las constituciones de las polis griegas o los futuros estados europeos.

Dentro del muy particular caso del Derecho Romano, este se puede dividir en los siguientes períodos:

1. La monarquía, desde mediados del siglo VIII a.C. (año de la fundación de Roma) que se extendió hasta la expulsión de Roma del rey Tarquinio el Soberbio el 509 a. C.

2. La República Romana, desde el 509 a.C. En los años 451 y 450 a. C. se publicó la Ley de las XII Tablas, que constituyen la base del derecho romano republicano. En esta época, el Estado se basa en el equilibrio de poderes: así, los magistrados son elegidos democráticamente por los hombres libres en las asambleas populares, que además aprueban a las leyes; en tanto que los magistrados, hacen las funciones que les son encomendadas, mientras que dentro del Senado se encargan de dictar resoluciones, llamadas senadoconsultos, que en la práctica tenían fuerza de ley. La crisis política que atraviesa Roma en el siglo I a. C. finalmente termina con la degeneración total del sistema republicano, que culmina con el otorgamiento, en la práctica, por el Senado del poder absoluto del Estado romano a Octavio Augusto el 27 a. C.

El Principado, desde el 27 a. C. hasta mediados del siglo II. En esta época, el Estado era autoritario, sometido a la autocracia del emperador o Príncipe, de ahí su nombre. Algunos emperadores célebres son: Augusto (27 a. C.-14 d. C.), Calígula (37-41), Nerón (54-68) o los hispanos Trajano (98-117) y Adriano (117-138). Bajo estos últimos Roma alcanzó su máxima dimensión territorial: 5 millones de km², configurándose como una de las grandes potencias mundiales de la época.

3. El Dominato o Imperio absoluto, desde mediados del siglo II hasta el 476, año en el que desaparece el Imperio Romano de Occidente. En esta época, el Emperador tiene el poder absoluto. El Emperador es quien dicta las llamadas «constituciones imperiales» (no confundir con las modernas Constituciones). En el 380, se produce la conversión del Imperio de la antigua religión romana al cristianismo mediante el Edicto de Tesalónica, bajo el gobierno de Teodosio I el Grande. Este emperador divide el Imperio en Occidental y Oriental y lo cede a sus hijos Honorio y Arcadio, respectivamente. Las invasiones germánicas llevan al declive y desaparición del Imperio Occidental, que separa la Antigüedad Tardía de la Alta Edad Media.

4. Finalmente, el gobierno de Justiniano I (527-565) en el Imperio de Oriente, época en la que se realiza la Compilación Justiniana, cuya publicación data del 529 d.C. La obra está compuesta por el Código, el Digesto o Pandectas, las Instituciones y las Novelas. La Compilación es la base del derecho romano y gracias a ella textos jurídicos de juristas romanos de gran técnica jurídica y valor histórico han logrado ser conservados.

Los textos del Corpus han sido trabajados por juristas desde su publicación y hasta la actualidad. Con capital en Bizancio (*actualmente Estambul*), Justiniano conquistó toda Italia, la costa del norte de África y el sudeste de Hispania. Tras la muerte de Justiniano, paulatinamente el Estado pierde gran parte de esos territorios y se le suele denominar con un término distinto: Imperio Bizantino; pues el Imperio pasa a transformarse en un Estado propiamente medieval.

La primer fuente formal la constituye las costumbres heredadas de los antepasados denominadas como *mores maiorum*. Se trata de un derecho consuetudinario, que progresivamente se distingue de las normas morales y religiosas, con las cuales comparte idéntico origen, en cuanto a sus fuentes de conocimiento e interpretación, se pueden encontrar: las denominadas justinianas, que corresponden a el *Corpus iuris civilis*, con este nombre se conoce desde la Edad Media la obra compilatoria llevada a cabo por el emperador Justiniano I. En la primera mitad del siglo VI d.C. se suman, igualmente, las constituciones imperiales denominadas como justinianas posteriores a la compilación, las que dan origen a una cuarta

parte del *Corpus Iuris Civilis*, llamada *Novellæ*. El mencionado Corpus se compone de las siguientes partes:

1. Las Instituciones, síntesis de preceptos y doctrinas en cuatro libros de reducida extensión. Escrita para el estudio del derecho.
2. El Digesto, reunión de fragmentos de obras de treinta y cuatro grandes jurisconsultos romanos, formando cincuenta libros. Es la parte más voluminosa del Corpus.
3. El Código, colección de rescriptos imperiales dictados por varios emperadores.
4. Las Novelas (de la expresión latina *novellæ leges* nuevas leyes), fueron las constituciones promulgadas por el emperador Justiniano después de publicar la compilación compuesta por las tres partes anteriores.

De aquí también podemos encontrar las llamadas extrajustinianneas, que incluyen:

A) Fragmentos de obras de juristas de la época clásica, conservados en general merced a las refundiciones hechas en el periodo posclásico.

- *Las Instituciones de Gayo*; manual elemental de este jurisconsulto de la época de Antonio Pío.

- Fueron los segmentos de la obra *Sententiæ* o *Sententiarium libri V ad filium*, atribuida como una obra de Paulo. Conocimiento que, especialmente para el derecho penal, completa un manuscrito parcial de la obra adquirido y publicado por la universidad de Leiden en 1954.

- Los *Tituli ex corpore Ulpiani*, denominación que se suele dar a los fragmentos de una obra jurídica, la identificación de cuyo autor es poco segura. A esta fuente se le suele conocer como *Epitome Ulpiani* y como *Regulæ Ulpiani*.

- La parte, muy escasa, de la obra *Responsa*, de Papiniano; descubierta en un pergamino hallado en Egipto.

- Un apéndice de *Ars gramática*, de *Dositheus*; consiste en trozos de una obra jurídica clásica, utilizada para ejercicios.

- Los *Scholia Sinaítica*, llamados así por haber sido descubiertos en un convento del monte SINAB. El cual corresponde integralmente a un comentario griego sobre una obra del jurisconsulto Ulpiano.

B) Colección que contiene también constituciones imperiales.

- Fragmenta Vaticana*, corresponde a los restos de una valiosa colección privada de pasajes de juristas clásicos y leyes imperiales, misma que debió redactarse en los postreros años del siglo IV y primeros del V, y estos fueron encontrados en un pergamino dentro de la biblioteca del Vaticano. La ley de las doce tablas no cumplió su objetivo, pues se siguieron conservando privilegios para los patricios, y en consecuencia seguían las grandes desigualdades con los plebeyos, se prohibía el matrimonio entre patricios y plebeyos, las penas mantuvieron su dureza y los gentiles como jefes de la Gens mantuvieron su hegemonía y autoridad, pero los plebeyos tuvieron una aparente tranquilidad ya que la ley de las doce tablas estatuyó una igualdad en el orden civil y suponía de esta forma desaparecer la arbitrariedad judicial.

Con el asentamiento formal de Roma como ciudad y sobretodo como cultura, fue necesaria la creación de una comisión de investigación a fin de recabar y poner a buen recaudo lo estudiado de los antecedentes griegos. Esta delegación elaboró X (10) tablas de leyes que fueron justas y, por tanto, muy favorables a los plebeyos, pero, al no estar terminado el trabajo, se nombró una segunda comisión, de corte mucho más conservador, misma que elaboró las dos últimas tablas, con leyes integralmente en contra de los plebeyos que, por ejemplo, tenían prohibido los matrimonios de corte mixtos. Esta comisión intentó perpetuarse en el poder, pero fue depuesta y el sistema de magistraturas empezó a funcionar de nuevo. La gran respuesta obtenida fue el primer cuerpo legal visto y elaborado, como la Ley de las XII Tablas, del año 451 a. C., dado que estuvieron expuestas al público dentro del Foro Romano.

En el año 367 a. C., las denominadas *Leges Liciniæ-Sextiæ* terminaron el proceso de empate entre las clases de los patricios y plebeyos, dando el acceso paulatino de estos últimos a los cargos de las magistraturas y los sacerdocios, aunque el primer *Pontifex Maximus* plebeyo, se tuvo que esperar más de un siglo.

La compilación legislativa se fue realizando de forma acumulativa a través de los Edictos del Pretor. A partir de la Ley de las XII Tablas, los Pretores asumieron la función jurisdiccional, y para poder tipificar nuevos casos emitían al inicio de su mandato un Edicto en donde se mencionaba que era castigable, en donde se asumían como propios los edictos de los pretores anteriores, y se corregían o abolían las disposiciones ya recibidas.

En un inicio, los pretores eran sólo dos, uno el *Prætor Vrbanus* se dedicaba a juzgar los asuntos en los que participasen ciudadanos romanos, mientras que el otro, el *Prætor Peregrinus*, atendía los casos en los que únicamente atendía a los no ciudadanos, es decir los que no eran romanos. Los casos tratados eran bastante variados, pero la mayoría derivaban de asuntos comerciales. Así, las relaciones comerciales obligaron a la creación del precedente del llamado derecho contractual, un derecho *ultra citroque obligatio* (que obliga a ambas partes), a partir del cual nace el llamado *Ius Gentium* o derecho de gentes.

4.- Aparición de un sistema jurídico dotado de plenitud hermética.

El sistema legal romano fue complicándose cada vez más, ya que los Tribunos de la Plebe a través de los *Comitia Tributa* elaboraban Plebiscitos sobre los más variados asuntos, políticos, económicos, jurisdiccionales, mientras que el Senado, a través de las resoluciones llamadas *Senatus Consultum* creaba jurisprudencia.

Con el advenimiento del Imperio, los emperadores asumieron la función de los Tribunos de la Plebe con el ejercicio de la *Tribunicia Potestas*, lo que les permitió legislar a través de los Edictos y Constituciones imperiales. Por su parte, los gobernadores provinciales poseían poderes

jurisdiccionales y podían emitir leyes propias para sus provincias, pero que podían ser recurridas por los provinciales ante el Senado y/o el Emperador.

La meta que se consiguió de todo este pleno de disposiciones fue un enorme y desordenado cuerpo de leyes de diferentes tipos, muchas veces opuesto, lo que facilitó la creación del tipo de los jurisconsultos (o Juristas), que trataban de simplificar el conjunto legal y formar doctrina jurídica, que pudiera aplicarse también a los nuevos casos. Existieron grandes juristas considerados clásicos, tales como *Ulpiano*, *Papiniano*, *Herenio Modestino*, *Gayo* y *Paulo*.

El primer intento de organizar generalmente el derecho se le atribuye al emperador oriental *Teodosio II*, quien sucedió a *Arcadio*. Bajo su patrocinio, se elaboró el *Codex Theodosianus*, que a su vez sirvió como base para la creación de derecho en los nuevos reinos germánicos que sucedieron al Imperio romano en occidente. Este código fue reconocido como fuente de derecho por el emperador *Honorio*, tío de *Teodosio II*. El *Breviarum Alarici* o *Lex Romana Visigothorum*, elaborada por el rey visigodo *Alarico II*, es heredera directa del *Codex Theodosianus*.

Por su parte, el gran número de disposiciones legales y de casos que no estaban contemplados en el *Codex Theodosianus* fue elevado, a lo que el emperador *Justiniano* alentó la recopilación de las disposiciones en el *Corpus Iuris Civilis*, que constaba de las *Institutiones* o también de los principios generales de derecho, en el caso del *Digesto* o colección de opiniones jurídicas de jurisconsultos que fueron heredadas del pasado a efecto de servir como consulta a los jueces y magistrados en la resolución de casos, del *Codex Iustinianus* o recopilación de leyes en vigor desde tiempos Republicanos hasta la redacción del *Corpus* legal de Justiniano, y las *Novellæ*, mismas que ya en griego, recogían en las leyes emitidas en la parte de Bizancio, partiendo de Justiniano.

Después de todo este gran viaje, se puede hacer hincapié en que los romanos carecieron de una unidad definitoria de ciencia jurídica, y no sería sino hasta el periodo conocido como clásico en donde los privatistas necesitaron buscar un orden sistemático, estos aún seguían enfrascados

entre el barroco debate entre *Ius* y *Techné* (Arte y Habilidad) y amalgamando los términos expuestos por los griegos, como la *Frónesis*, que dio origen a la *Jurisprudencia*, y gracias a la contribución hecha por el jurista Ulpiano, “El conocimiento de las cosa divinas y humanas, la ciencia de lo bueno y justo; este concepto marcó definitivamente la construcción de lo que se conoció en su momento como *Iuris prudens*.”¹⁸

5.- Su recepción en los siglos sucesivos.

El derecho romano se difundió a consecuencia de la enseñanza universitaria que comenzó en Bolonia en el siglo XII con el nacimiento de ésta dentro de la esfera cultural de Europa central así como de la necesidad de que el conocimiento fuera difundido y sobre todo entendido, dado que en aquellos años las órdenes monásticas tales como los dominicos, poseían mayormente dentro de sus enclaves gran parte del conocimiento existente y disponible de la época. Más concretamente gracias a la labor desempeñada por el gramático y jurista Irnerio, creador de las denominadas *Glosas*, cuyo método, consistente en hacer breves aclaraciones textuales o glosas y distinciones terminológicas, fue con posterioridad desarrollándose de modo progresivo por los denominados *Glosadores*, los cuales pueden ser mencionados como los más importantes, sobresalen *Azón* (profesor en Bolonia entre 1190 y 1229) y *Acursio* (compilador de las glosas de los predecesores en una *Glossa* ordinaria). Con la aparición de *Bartolo de Sassoferrato* (discípulo de *Cino da Pistoia* y considerado por muchos estudiosos del derecho y romanistas como uno de los más influyentes juristas de todos los tiempos) dentro del siglo XIV, cuando el derecho romano obtuvo gran renombre. Aun que *Bártolo* tuvo una corta vida, legó una gran producción expuesta en comentarios, tratados monográficos y dictámenes; se considera que fue el mayor artífice y promotor del derecho romano común, y que junto con el derecho canónico originó el *utrumque ius*, que representa el fundamento de la cultura jurídica europea.

¹⁸ Ledesma Uribe, José de Jesús, Irigoyen Troconis, Martha, Patricia y Rosas, Vallejo, David. Derecho Romano I en Enciclopedia Jurídica de la Facultad de Derecho UNAM, México, Porrúa – UNAM, Facultad de Derecho, 2018, t. I, Págs. 22 y 23.

A partir del siglo XIV, Inglaterra presentó una tradición jurídica característica, diferente a la de la romanística en Europa, aunque se asemejaba en mayor medida al modo operativo de los juristas de corte romanos y al evidente desinterés generado por las pruebas judiciales. La acogida europea del propio derecho común, revistió de cierta importancia, aunque misma que fue algo tardía en Alemania, donde esta fue objeto de una elaboración científica que recibe el nombre de derecho de las Pandectas.

El “*Renacimiento*”¹⁹ como movimiento cultural, en donde la ciencia cobró un gran auge, ligada a la nueva visión antropocéntrica del humanismo, y favorecida por la invención de la imprenta y por los viajes y descubrimientos geográficos ocurridos en esta era. Las ciencias naturales, fundamentadas en la metafísica nominalista, se diferenciaron de los estudios anteriores *de raíz aristotélica* en dos factores esenciales: la idea de la naturaleza y el método físico. La primera evoluciona desde la física ontológica aristotélica hacia un discursar simbólico fundamentado en las matemáticas, pasando de analizar el *ser de las cosas* a interpretar variaciones de fenómenos; por tanto, se renuncia a conocer las causas a cambio de medir los fenómenos, sentando las bases de la ciencia positiva. El método físico, por otro lado, se fundamenta en el empirismo, basado en el *análisis de la naturaleza*, el cual parte de una hipótesis de origen matemático para llegar a una comprobación a posteriori de esa premisa apriorística. Uno de los principales teóricos de la nueva ciencia fue el filósofo inglés *Francis*

¹⁹ Renacimiento fue el nombre dado en el siglo XIX con el que se le conoció a un gran movimiento cultural que se formó en Europa Occidental entre los siglos XV y XVI. Fue un período de transición entre la Edad Media y los inicios de la Edad Moderna. Sus principales exponentes se hallan en el campo de las artes, aunque también se produjo una renovación en las ciencias, tanto naturales como humanas. La ciudad de Florencia, en Italia, fue el marco del nacimiento y evolución de este movimiento, que se expandió por toda Europa. El Renacimiento fue fruto de la difusión de las ideas del humanismo, que determinaron una nueva concepción del hombre y del mundo. El término *renacimiento* se utilizó reivindicando ciertos elementos de la cultura clásica griega y romana, y se aplicó originariamente como una vuelta a los valores de la cultura grecolatina. En esta nueva etapa se planteó una nueva forma de ver el mundo y al ser humano, con nuevos enfoques en los campos de las artes, la política, la filosofía y las ciencias, cambiando el teocentrismo medieval por el estudio del hombre (antropocentrismo). El historiador y artista *Giorgio Vasari* fue el primero que utilizó la palabra “*renacimiento*” (*rinascita*) para describir la ruptura con la tradición artística medieval, a la que calificaba como un estilo de bárbaros, que más tarde recibirá el calificativo de Gótico. *Vasari* pudo dar su opinión de que las artes estaban en decadencia al caer el Imperio Romano y solo habían sido salvadas por los artistas de la Toscana a partir del siglo XIII. *Cfre:* <http://search.open.ac.uk/public/search/results?q=Renaissance>, definición de renacimiento, consultado el miércoles: 23 de enero del 2019 a las 21:49.

Bacon, padre del empirismo filosófico y científico; su principal obra, *Novum Organum*, presenta la ciencia como técnica, experimental e inductiva, capaz de dar al ser humano el dominio sobre la naturaleza. Una de las disciplinas de corte científico que más se ha desarrollado en este periodo fue sin lugar a dudas, la astronomía, y gracias esencial a Nicolás Copérnico; quien fungió como el difusor de la teoría heliocéntrica que explica que los planetas giran alrededor del Sol frente a la geocéntrica admitida en la Edad Media, donde la Tierra es el centro del universo. Expuso esta teoría, basada en la de *Aristarco de Samos*, en su obra *De revolutionibus orbium coelestium* (1543). Este sistema fue posteriormente desarrollado por *Johannes Kepler*, quien describió el movimiento de los planetas conforme a órbitas elípticas (*Astronomia nova*, 1609).

Por último, *Galileo Galilei* sistematizó estos conocimientos y formuló los principios modernos del conocimiento científico, por lo que fue procesado por la Inquisición y obligado a retractarse; sin embargo, está considerado por ello el fundador de la física moderna. Otro astrónomo destacado de este período fue *Tycho Brahe*, creador del observatorio de *Uraniborg*, desde el que realizó numerosas observaciones astronómicas que sirvieron de base a los cálculos de *Kepler*. También cabe remarcar que en 1582 el papa Gregorio XIII introdujo el calendario gregoriano, que sustituyó al anterior calendario juliano.

Las matemáticas también avanzaron notablemente en esta época: *Christoph Rudolff* desarrolló la utilización de las fracciones decimales; *Johann Müller Regiomontano* estudió la trigonometría esférica y rectilínea en *De triangulis omnimodis* (1533); los italianos *Gerolamo Cardano* y *Lodovico Ferrari* resolvieron las ecuaciones de tercer y cuarto grado, respectivamente; otro italiano, *Tartaglia*, utilizó el triángulo aritmético para calcular los coeficientes de un binomio (*Tratado general de números y medidas*, 1556); *Rafael Bombelli* estudió los números imaginarios (*Álgebra, parte mayor de la aritmética*, 1572); *François Viète* efectuó importantes avances en trigonometría (*Canon mathematicus*, 1579), y creó el simbolismo algebraico (*Isagoge in artem analyticam*, 1591); *Simon Stevin* estudió las primeras tablas de intereses, resolvió el problema de la composición de fuerzas y sistematizó las fracciones decimales.

Dentro de las ciencias naturales y el campo de la medicina, también hubo importantes avances: en 1543 *Andrés Vesalio* publica *De humani corporis fabrica*, una fantástica compilación sobre anatomía puesta con profusas ilustraciones, siendo este texto considerado como uno de los más influyentes libros científicos; *Bartolomeo Eustachio* fue el descubridor las cápsulas suprarrenales; *Ambroise Paré* contribuyó enormemente a iniciar la cirugía moderna; *Conrad von Gesner* descubrió la zoología moderna con su primera clasificación de animales divididos en géneros y familias; *Miguel Servet* describió la circulación pulmonar, y *William Harvey* la de la sangre; *Gabriele Falloppio* estudió la estructura interna del oído; *Ulisse Aldrovandi* creó el primer jardín botánico en Bolonia; *Bernard Palissy* fundamentó la paleogeografía; *Caspar Bauhin* introdujo un primer método de clasificación de las plantas; y *Zacharias Janssen* inventó el microscopio en 1590.

También avanzó notablemente la geografía y la cartografía, gracias a los numerosos descubrimientos realizados en esta época. Cabe destacar la labor del flamenco *Gerardus Mercator*, (autor del primer mapa del mundo 1538) y descubridor de un método de posicionamiento geográfico sobre un mapa del rumbo dado por una aguja imantada.

En el terreno de la química, relacionada todavía con la alquimia medieval, hubo escasos avances: *Georgius Agricola* fundó la mineralogía moderna, clasificando los minerales según sus caracteres externos (*De Re Metallica*, 1556); *Paracelso* aplicó la alquimia a la medicina, estudiando las propiedades de los minerales como fármacos, en el transcurso de cuyas investigaciones descubrió el Zinc; *Andreas Libavius* escribió el primer tratado sobre química con una mínima base científica (*Alchimia*, 1597), e introdujo diversos preparados químicos, como el ácido clorhídrico, el tetracloruro de estaño y el sulfato amónico, así como la preparación del agua regia.

Por último, conviene citar la figura polifacética de *Leonardo da Vinci*, ejemplo del hombre renacentista interesado en todas las materias tanto artísticas como científicas (*homo universalis*). En el terreno de la ciencia, realizó varios proyectos como máquinas voladoras, concentradores

de energía solar o calculadoras, que no pasaron de meros proyectos teóricos. También realizó trabajos de ingeniería, hidráulica y mecánica, y estudios de anatomía, óptica, botánica, geología, paleontología y otras disciplinas.

Con el Renacimiento y su cultura más humanista e individualista, así como el despegue económico y su consecuente grado de ostentación social, y unido a los avances tecnológicos, se desarrollaron notablemente todos los aspectos relacionados con el aspecto individual y el cuidado personal, como la peluquería y la moda. La peluquería sufrió una profunda transformación y un gran auge en cuanto a establecimientos y productos dedicados al cuidado del cabello. Se puso de moda la depilación de las cejas, así como de la frente, a veces hasta medio cráneo. Aumentó el gusto por el teñido, siendo el rubio el color preferido. Por lo general, los peinados incluían un tocado, con cinco tipos principales: las tocas, las cofias o albanegas, los bonetes, los rollos y los sombreros. Desde el siglo XVI, en especial los peinados, especialmente los femeninos, fueron ganando en exhuberancia, con sofisticadas estructuras de rizos, encajes, cintas.

Entre tanto, dentro del campo del derecho, esto trajo consigo la desacreditación del método empleado por *Bártolo*, consistente en el aprovechamiento de los textos del *Corpus Iuris* como argumentos de autoridad. Pero, en tanto a esta neva propuesta de corte método lógico (denominado como *mos Italicus*), antagonico a una nueva de tintes más racionales, que presisaba de usar los textos del *Corpus Iuris* como los orígenes del conocimiento para la reedificación de la historia jurídica romana, dentro del marco de otras fuentes, como pueden ser las de corte literario o las de corte arqueológico (*mos Gallicus*).

El derecho romano en un tiempo estuvo considerado, como un medio formal de formación dentro del derecho. Los grandes jurisconsultos de la Roma antigua, específicamente dentro de la época clásica (tenida entre el 130 a.C. y el 230 d. C.), lucieron por su capacidad generadora de nuevas instituciones, con su impronta dentro del estilo pragmático sobre el edicto pretorio, buscando siempre la consideración del ideal de justicia descendiente de la forma de pensamiento

griego, nacida del concepto de *suum cuique tribuere* (dar a cada uno lo suyo). Gottfried Leibniz los llegó a compara con los matemáticos que usaban sus principios amén de fórmulas algebraicas. En tanto que, el derecho romano de alguna manera fue necesario para comprender la historia y literatura romana, dado que los ciudadanos romanos ya estaban avanzados y listos para ejercer la práctica del derecho y tenían un gusto natural por su estudio.

El derecho romano es la base e inspiración del derecho civil y comercial en muchos países:

Para el caso del Common Law que estaba originalmente basado en el antiguo derecho romano, antes de hacerse una tradición por sí misma dentro de Inglaterra, de donde partió hacia el Reino Unido (*con excepción de Escocia*), los Estados Unidos y gran parte de las antiguas colonias británicas.

En contraste, los llamados sistemas de derecho continental se encuentran basados más directamente en el derecho romano; el sistema legal de la mayoría de los países en la Europa continental y América del Sur forman parte de esta condición, por medio de la influencia del Código Napoleónico. Estos son generalmente llamados sistemas latinos.

En la actualidad, lo que se considera como derecho privado, tiene su antecedente remoto en esta forma jurídica, de donde se originaron buena parte de las instituciones que aun existen en la actualidad. En Occidente, la estructura del derecho civil todavía responde a directivas y criterios del derecho romano, con mayor intensidad en los relacionados con la regulación de los derechos patrimoniales, en especial las obligaciones. Son, asimismo, como subraya *Antonio Fernández de Buján*, múltiples y variadas las enseñanzas que depara el estudio de los principios y normas constitucionales, administrativas, fiscales, penales e internacionales en el ámbito del derecho público, *ius publicum*, romano.

En tanto que dentro del derecho de familia no sucede lo mismo, de donde la fuente romana es mucho menor, pues es substituida por algunas ponderaciones hechas por la Iglesia Católica. También se puede decir que posee poca influencia dentro de las ramas del derecho privado como

las el derecho comercial, y prácticamente no predomino dentro del derecho penal ni en las ramas de lo que se conoce como derecho público.

A partir de la división que se fue creando por toda Europa, esta se fue desarrollando en lo que hoy se conoce como familias jurídicas, las cuales están marcadas por un cambio entre ellas.

Por sistema jurídico se entiende el conjunto de normas jurídicas, actitudes e ideologías vigentes en un país sobre lo que es el Derecho, su función en la sociedad y la forma en que se pensaba o tendría que crearse, aplicarse, comprenderse, perfeccionarse, enseñarse y hasta estudiarse.

De esa manera, el sistema jurídico reúne las estructuras y las modalidades de funcionamiento de los órganos, instituciones y componentes sociales encargados de la aplicación e interpretación de las reglas de Derecho, así como de aquellos que las crean o influyen en su creación, interpretación y modificación.

El sistema jurídico supone el conjunto de normas jurídicas objetivas que están en vigor en determinado lugar y época, integrando las diversas fuentes jurídicas, como las leyes, las costumbres, la propia y denominada jurisprudencia de los tribunales y de la doctrina, que se observa en los diversos Estados del mundo, y los mecanismos de creación, modificación, interpretación y aplicación. Cada país tiene su propio sistema jurídico y su peculiar manera de considerar el Derecho, sus fuentes y los componentes significativos en su creación, interpretación y aplicación. Se puede clasificar los sistemas jurídicos en las siguientes grandes familias, si bien el sistema jurídico de cada país puede ser clasificado en alguna de las anteriores familias, puede presentar variaciones dentro de ellas o bien integrar instituciones o elementos de otros sistemas; existen pues numerosos países que tienen un sistema jurídico mixto.

Ahora debemos preguntarnos si los países comparten una misma cultura jurídica, esto se refiere a que si sus ciudadanos manifiestan actitudes similares hacia el derecho y se alientan

expectativas muy semejantes o similares respecto de estas versiones, dado que las características de ciertos sistemas jurídicos es su unidimensionalidad, es decir, los sistemas jurídicos mixtos o familias jurídicas mixtas buscan conciliar dos ordenamientos jurídicos diferentes, e históricamente esto surge en países con tradiciones jurídicas que experimentan la influencia de otra cultura.

Suele considerarse que los sistemas mixtos procuran armonizar los sistemas Romano-Germánico y el Anglosajón, pero no se trata exclusivamente de la convivencia de estas dos familias, un ejemplo de ello es el llamado sistema jurídico israelita, mismo que fusionó el derecho religioso del pueblo judío o también llamado derecho mosaico, el derecho anglosajón proveniente de Inglaterra principalmente, al tenerse como lo que dejaron los ingleses en su periodo de mandato, el derecho que se observó el mundo otomano, e incluso al derecho propio del pueblo islámico, como se ha podido ver, el concepto de *estilo*, que tuvo su origen dentro de la literatura y en la bellas artes, se emplea también en otras áreas y objetos de estudio muy diferentes.

De aquí que para poder abordar el objeto de estudio de la tesis, encontramos dentro del *Codex Iuris Canonici*, más precisamente dentro del Canon 19 que prescribe: “*a falta de un principio claramente expresado, la regla por aplicar deberá inferirse por simple analogía, con base en los principios legales generales que coincidan con la equidad de los cánones, a partir de una doctrina constante y fundamental y el estilo y la práctica de la Curia Romana,*”²⁰ lo que esto significa que corresponde al primer caso de supletoriedad del derecho en aquellos años dado que ya se establecía aplicar criterios por inferencia dentro de una analogía.

Dentro de este siglo, tal forma aun es usada, aunque con algunas modificaciones, pero en un sentido más formal, el concepto de la primera forma a emplear a la supletoriedad como forma

²⁰ Zweigert, Konrad & Kotz, Hein. *Introducción al derecho Comparado*, Oxford University Press, 2012, Pág. 75.

de analogía dentro del derecho sigue vigente. Ejemplo de ello es el concepto que se puede encontrar de la siguiente manera descrito:

*“Canon 19: Cuando, sobre una determinada materia, no exista una prescripción expresa de la ley universal o particular o una costumbre, la causa, salvo que sea penal, se ha de decidir atendiendo a las leyes dadas para los casos semejantes, a los principios generales del derecho aplicados con equidad canónica, a la jurisprudencia y práctica de la Curia Romana, y a la opinión común y constante de los doctores.”*²¹

Hay que apuntalar, que gracias a los nacionalismos existentes en Europa fue imposible hablar de un criterio unificador jurídico importante, ya que el Derecho Romano y el Derecho Canónico en su momento pretendieron hacerlo, lo cual resultó imposible de lograr.

6.- La cuestión en México, de la Nueva España, Código Napoleón, a los primeros códigos civiles mexicanos.

Para el año 218 a.C. cuando España fue conquistada por los romanos y con la caída de este imperio en el año 476, “La presencia romana en la Península supuso la aparición de dos ordenamientos jurídicos nuevos para la organización social peninsular: el *ius civile* y el *ius latii*”²², la toma de este lugar, prosiguió gracias al pueblo visigodo, al iniciar a finales del siglo IV y principios del siglo V, finalmente “Los alanos, suevos y vándalos irrumpieron en la Península Ibérica en el 409...”²³, lo cual permitió que los propios del lugar observaran sus usos y costumbres, mientras ellos regían, con la publicación del *Liber Iudiciorum* (libro de los jueces) “obra de los reyes *Chindasvinto* (642-653) y *Recesvinto*, padre e hijo, respectivamente... se dividió en 12 libros y éstos, a su vez, en títulos y leyes de contenido altamente romanizado...”²⁴ Es a bien saberse que la propia Corona de Castilla se formó en el año 1230 con la unión

²¹ Cfre: http://www.vatican.va/archive/ESL0020/_P2.HTM, consultado el día 26 de enero del 2019, a las 18:51

²² Cruz Barney, Oscar. *Historia del Derecho en México*, Oxford University Press, 2ª edición, México, 2003, pág. 46.

²³ *Ibidem*. pág.53.

²⁴ *Ibidem*. pág.57.

definitiva de *Castilla y León* bajo *Fernando III* y principalmente de su hijo *Alfonso X* conocido como *El Sabio*, con quien se llevaron a cabo obras importantes tales como: *El Espéculo*, *El Fuero Real* y *las 7 Partidas*. La obra más importante desde el punto de vista legislativo, fue esta última, a tal punto de estar dividida en 7 libros y contener dos mil quinientas leyes, con la diversidad de estatutos jurídicos que causaba conflictos en la aplicación del derecho. “La Corona de Castilla se formó en 1230, con la unión definitiva de Castilla y León bajo Fernando III. Si bien los reinos integrados en una Corona por lo general conservan en cierto grado su personalidad, en el caso de la Corona de Castilla a partir del siglo XIII, los reinos se despersonalizaron. Sólo desde 1348, con el *Ordenamiento de Alcalá*, se puede hablar de un sistema jurídico castellano.”²⁵

Uno de los antecedentes de la supletoriedad lo encontramos dentro de “*la aplicación del derecho en Castilla al final del siglo XIII y primera mitad del XIV se llevó a cabo en un clima problemático, provocado por los acuerdos de las Cortes de Zamora a los que se llegó debido a la sublevación popular.*”²⁶

De acuerdo con el Título XXVIII, ley primera, se dispuso que:

“...*Por las cuales leys en este nuestro libro mandamos que se libren primeramente todos los pleytos ceviles, é creminale; é los pleytos, é contiendas que se non pudieren librar por las leys deste nuestro libro, é por los dichos fueros, mandamos que se libren por las lays contenidas en los libros de las siete Partidas, que el Rey Don Alfonso nuestro Visabuelo mandó ordenar...*”²⁷

“*Así el Orden de prelación del derecho castellano quedó integrado de la siguiente forma:*

1. *En primer lugar el propio Ordenamiento de Alcalá y el derecho real y de Cortes.*

²⁵ Cruz Barney, Oscar. *Historia del Derecho Indiano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 22.

²⁶ Cruz Barney, Oscar. *Historia del Derecho Mexicano*, Oxford University Press, México, 2ª edición, 2003, pág. 113. “Durante el reinado de Alfonso XI, las Cortes de Alcalá promulgaron en 1348 el llamado Ordenamiento de Alcalá, considerado el monumento más precioso de la legislación española que nos ha quedado de D. Alfonso XI, que tuvo la virtud de establecer por primera vez un orden de prelación de fuentes...” Idem.

²⁷ *Ibidem*. pág. 114.

2. *En su defecto los Fueros Municipales.*
3. *En tercer lugar las Siete Partidas.*²⁸

En cuanto al reconocimiento y antecedente de la supletoriedad, quedaba consignada la real erudición del Rey para la resolución de cualquier caso que se pudiese presentar si había conflicto de leyes o falta de éstas, prueba de ello, es lo siguiente: “...se insinúa, que en las Cortes de Madrid de 1329 se arreglaron los Tribunales de Justicia; y que era tanto el temor de los hombres a lo recto y justiciero de D. Alonso el XI (sic), que todos los comestibles se abandonaban de noche en las plazas públicas y quedaban seguros.”²⁹

Con la publicación de *El Ordenamiento de Montalvo de 1484*, el libro de las Bulas y Pragmáticas de Juan Ramírez de 1503, y las Leyes de Toro de 1505, La Nueva Recopilación de 1567, en donde ya se preveía la contradicción, constituye, sin lugar a dudas, el segundo antecedente de las leyes que versan sobre el conflicto de aplicación o supletoriedad.

“Debido a la necesidad de contar con un cuerpo de derecho actualizado, Carlos IV encargó a Reguera Valdelomar que elaborara un nuevo suplemento de la Nueva Recopilación. En 1802... Reguera presentó un plan para la elaboración de una Novísima Recopilación, que fue aprobado tras dos años de trabajo quedando terminada el 15 de julio de 1805...

el orden de prelación quedo de la manera siguiente:

1. *Novísima Recopilación de 1805.*
2. *Nueva Recopilación de 1567.*
3. *Leyes de Toro de 1505.*

²⁸ Idem. “Con la inclusión de las partidas en el orden de prelación se abrieron las puertas, al derecho común, pero de manera limitada, pues solo estaba vigente el contenido en la obra alfonsina. Este orden de prelación se mantuvo vigente hasta el siglo XIX. Ante las partidas, tanto el Ordenamiento como los Fueros resultaron ser textos de corto alcance, lo que propició una aplicación efectiva y constante de las partidas. En cuanto a la recepción del ius commune, se había asegurado por el Ordenamiento de Alcalá, y por el hecho de que en 1427 el papa Juan II, mediante una pragmática, autorizó la alegación en juicio de las obras de Glosadores y Posglosadores.”

²⁹ El ordenamiento de leyes que D. Alfonso XI hizo en las cortes de Alcalá de Henares en el año 1348, Madrid, 1848 Librería de los señores viuda e hijos de D. Antonio Calleja. Parte del Discurso de Preliminares y exposición de motivos expuesta dentro de la edición, pág. III, (nota al pie 1) edición En línea <http://fama2.us.es/fde/ocr/2004/ordenamientoDeAlcala.pdf> , Consultado el día 10 de julio del 2019 a las 3:40.p.m.

4. *Ordenamiento de Alcalá de 1348.*
5. *Los Fueros municipales.*
6. *Las siete partidas.*

La obra consta de 12 libros divididos en títulos y leyes, con un índice por materias y disposiciones. En virtud de que no incluye ninguna cláusula derogatoria, se entiende que la Nueva Recopilación continuaba vigente como derecho supletorio.”³⁰

Cuando: “los territorios americanos y filipinos quedaron unidos a la Corona Castellana, por lo que el derecho de ésta pasó a aplicarse de manera automática en ellos; sin embargo, las necesidades y los problemas propios de las Indias hicieron necesaria la creación de disposiciones particulares para su solución. Así, se creó una amplia gama de reales cédulas, provisiones, ordenanzas, instrucciones y demás disposiciones que en su conjunto son llamadas leyes de Indias...

Por tanto, el orden de prelación en las Indias fue el siguiente:

1. *En primer lugar, las leyes dictadas especialmente para las Indias, ya sea en la Península o bien en las propias Indias.*
2. *En segundo lugar, las costumbres desarrolladas en los municipios de españoles en Indias o “costumbre criolla”.*
3. *En tercer lugar, las costumbres indígenas que no fueran en contra de la religión católica o de las leyes castellanas o indianas.*
4. *En cuarto lugar, La Novísima Recopilación de 1805.*
5. *En quinto lugar, La Nueva Recopilación de 1567.*
6. *En sexto lugar, Las Leyes de Toro de 1505.*
7. *En séptimo lugar, El Ordenamiento de Alcalá de 1348.*
8. *En octavo lugar, Las Siete Partidas.”³¹*

³⁰ Cruz Barney, Oscar. Historia del derecho en México. *Óp. Cit*, pág. 124.

³¹ *Ibíd*em, págs. 232-233.

Cuando se dio la conquista española a las tierras aztecas, que tuvo su consumación en 1521, lo que hizo que los pueblos originarios quedaran sometidos al dominio español, se le llamó a estos territorios recién conquistados como *Nueva España*, pues básicamente el aprendizaje jurídico que tuvimos lo hicimos gracias a la asimilación. Respecto a esto se creó la *Recopilación de las Leyes de Indias* promulgadas en 1680. En el caso de la *Nueva España* es posible mencionar *La Ordenanza de Intendentes* de 1786, relativa a la organización política, administrativa y judicial de la Colonia. A partir de la conquista, se aplicaron en La Nueva España, las leyes españolas e indianas, ambas de corte romano y la Constitución de Cádiz de 1812.

*“A lo largo del siglo XIX los juristas mexicanos produjeron una gama de obras que abarcara libros, folletería y tesis académicas hasta artículos periodísticos y discursos políticos. Las obras de estos autores respondían en ciertos casos a la necesidad de construir un nuevo Estado, separado doctrinalmente de España. Así desde la independencia se inició un proceso de sustitución del antiguo derecho aún vigente. La legislación española continuó vigente en México durante buena parte del siglo XIX, en todo aquello que no contraviniera el nuevo orden constitucional...”*³²

“Con la independencia y la supervivencia del Derecho Español en México, ese orden de prelación se adoptará y adaptará en el Derecho Mexicano con el resultado siguiente...

I. En los Estados, las leyes de los Congresos que cada uno ha tenido; pero en el Distrito y Territorio, las leyes generales.

II. Decretos de las Cortes de España y reales cédulas de 1811 a 1821.

III. La Ordenanza y Reglamento de Indias del Cuerpo de Artillería, del 10 de diciembre de 1807.

IV. La Ordenanza del Real Cuerpo de Ingenieros, de 11 de julio de 1803.

V. La Ordenanza General de Correos, del 8 de junio de 1794..

VI. La Real Ordenanza Naval para el servicio de los baxeles de S.M., de 1802.

³² *Ibídem* págs. 816-817.

- VII. *La Ordenanza de Intendentes, del 4 de diciembre de 1786.*
- VIII. *La Ordenanza de Minería, del 25 de mayo de 1783.*
- IX. *Las Ordenanzas de S.M. para el régimen, disciplina, subordinación, y servicio de sus Ejércitos, del 20 de septiembre de 1769.*
- X. *La Ordenanza de Milicia Activa o Provincial, del 30 de mayo de 1767.*
- XI. *Las Ordenanzas de Bilbao, del 2 de diciembre de 1737.*
- XII. *La Recopilación de Indias, de 1680.*
- XIII. *La Novísima Recopilación de Castilla.*
- XIV. *La Nueva Recopilación de Castilla.*
- XV. *Las leyes de Toro.*
- XVI. *Las Ordenanzas Reales de Castilla.*
- XVII. *El Ordenamiento de Alcalá.*
- XVIII. *El Fuero Real.*
- XIX. *El Fuero Juzgo.*
- XX. *Las Siete Partidas.*
- XXI. *El derecho canónico.*
- XXII. *El derecho romano.*³³

Una vez dada la consumación de la Independencia de la Nueva España, para septiembre de 1821, se asumió el nombre de México y para el día *10 de enero de 1822* se elaboró un documento llamado *Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano*. Será hasta el *24 de febrero de 1821*, intentando cambiar toda la legislación de origen y de influencia española, mediante decreto del *22 de febrero de 1822*, por el cual se nombraron diversas comisiones, con el objeto de redactar nuevas leyes, que surgió el primer *Código Civil* elaborado en el país, que fue el de *Oaxaca de 1827*, el cual fue seguido por el *Código de Zacatecas de 1829*, los cuales fueron seguidos por el *Código civil para el Distrito Federal y el Territorio de la Baja California de 1870*. Cabe aportar que dentro de éste, “*el criterio de supletoriedad en el sistema escrito*

³³ *Ibíd*em, pags. 817-818. “*Este Orden de prelación estuvo vigente mientras se promulgaban los Códigos de carácter nacional. El parteaguas en esta sustitución fue el Código Civil de 1870, pedido por todos, ya que era imposible manejar tal cantidad de disposiciones sin perderse.*” *Ídem*.

*resulta una expresión muy clara de la necesidad de colmar las diferencias del derecho escrito a través del método de auto integración. Es aquí donde el derecho civil en cuanto expresión de la doctrina legislada, ofrece su núcleo unificativo y de coherencia al sistema.”*³⁴

Dentro de un primer indicio de donde proviene el criterio de *supletoriedad*, encontramos, como punto de partida, el año de 1807 con la promulgación del *Código Napoleón*, en donde se empezó a observar el principio de supletoriedad, al consignarse dentro del *Artículo 4*, el cual a la letra expone:

*“Artículo 4: El juez que se niegue a dar sentencia a pretexto del silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley, podrá ser acusado como reo de denegación de justicia.”*³⁵

Este precepto en un principio, no fue entendido por los juristas de la escuela de la exégesis como establecimiento de la *Completitud (ya preconstituida) del Derecho Legislativo*, sino tan sólo como imponiendo al juez la prohibición *Non Liqueat* (No es posible).

Será hasta el año de 1857, con la promulgación de la Constitución Liberal de ese año, que expresamente dentro del *Artículo 126* se reguló lo siguiente:

*“Artículo 126: Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados hechos ó que se hicieren por el Presidente de la República, con aprobación del Congreso, serán la ley suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, Leyes y Tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o Leyes de los Estados.”*³⁶

Después de la cruenta *Guerra Civil* que se desató por los conflictos de intereses existentes, misma que duró 3 años en abierta oposición a los dos proyectos de Estado (*Liberal Vs*

Ledesma Uribe, José de Jesús. *Justo Sierra O'Reilly, padre de la codificación mexicana*, disponible en: <https://www.derecho.unam.mx/investigacion/publicaciones/librosfac/pdf/pub03/05DrLedesma.pdf> , pág. 169.

³⁵ *Código Napoleón* Cfre: <http://fama2.us.es/fde/codigoNapoleon.pdf>

³⁶ Tena, Ramírez, Felipe. *Leyes Fundamentales de México 1808 – 2005*, Porrúa, México, 24ª edición, 2005, pág. 627.

Conservador) y cuyas señales acarrearían la *Segunda Intervención Francesa*, culminando con el intento fallido de imposición de un *Segundo Imperio Mexicano* y una vez restaurada la República que, en el año de 1870 con el *Proyecto de Código Civil para el Distrito Federal*, encargado por *Benito Juárez* a uno de los más grandes juristas mexicanos, *Justo Sierra O'Reilly*, que se plantearían las bases de la actual legislación, y no será hasta la promulgación de este Código en 1870, que se harían patentes las ideas vertidas dentro de este proyecto ya considerando a la *supletoriedad*.

Ejemplo de lo anterior, se encuentra consignado dentro del *Artículo 20* de dicho código, el cual expresamente dice:

*“Artículo 20: Cuando no se pueda decidir una controversia judicial ni por el texto ni por el sentido natural o espíritu de la ley deberá decidirse según los principios generales de Derecho, tomando en consideración todas las circunstancias del caso.”*³⁷

Por tanto, en palabras de Ledesma Uribe: *“la supletoriedad no debe confundirse con la integración de las lagunas de ley, la primera se da frente a la necesidad de complementar el derecho aplicable, la segunda se precisa cuando a falta de previsión legislativa, debe crearse o localizarse a través de los respectivos procesos técnicos, el derecho aplicable, que exige la plenitud del sistema jurídico escrito.”*³⁸

Al efecto Consuelo Sirvent, indica:

“El cual fue sustituido por el Código Civil de 1884 y éste a su vez por el Código Civil de 1928, promulgado en 1932. Estos códigos surgieron directamente del modelo del Código Napoleón, por lo tanto la recepción del Derecho Romano Canónico se realizó a través del

³⁷ *Código Civil para el Distrito Federal y el Territorio de la Baja California*, Diario Oficial del Gobierno Supremo de la República, Tomo V, Núm. 59, México – Martes 28 de Febrero de 1871, Consultado en la Biblioteca de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Silvestre Moreno Cora, el día 5 de Julio a las 12:00 p.m. del 2019.

³⁸ Ledesma Uribe, José de Jesús. *Justo Sierra O'Reilly, padre de la codificación mexicana*, disponible en: <https://www.derecho.unam.mx/investigacion/publicaciones/librosfac/pdf/pub03/05DrLedesma.pdf>, pág. 170.

Derecho Castellano, de la enseñanza universitaria, de la práctica jurídica y de la promulgación del *Código Civil de Napoleón*.”³⁹

³⁹ Sirvent Gutiérrez, Consuelo. *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, Porrúa, México 11ª edición, 2009. pág. 57.

CAPÍTULO II

CIENCIAS DE LA CONDUCTA

SUMARIO: 1. *La Persona Humana*

El presente capítulo así como los capítulos III, IV y VII se refieren en lo conducente a un estudio del autor publicado en el año de 1997⁴⁰, en donde se esbozó una teoría de la norma jurídica. En aquellos tiempos el estudio nació como una respuesta a la Teoría del Derecho que formulara el padre Miguel Villoro Toranzo.

Por considerar que este estudio es de alguna manera la continuación de ese trabajo, que ahora tratará de encontrar aquello que es conforme a la Norma Supletoria, se citan algunas de sus partes.

1. *La persona humana*

El hombre es el sujeto natural de la moral, dotado de una capacidad maravillosa, puede discernir acerca del bien y del mal y obrar de acuerdo con la connotación que significa “*ser persona*”⁴¹. Aún más poseemos la facultad de la reflexión, esto es, podemos hacernos objeto de nuestra propia operación mental.

El hombre corresponde al sujeto natural de la moral en virtud de su capacidad auto posesión, lo lleva también a hacer una autoevaluación y a través de la conciencia, que sabe medir los efectos de su conducta a la luz de que es bueno y lo malo.

⁴⁰ Soto Sobreya y Silva, Ignacio. *Teoría de la norma Jurídica*, Porrúa, México, tercera edición, 2012. Capítulo II, III, IV.

⁴¹ El término *persona* proviene del latín *personae*, y éste probablemente del etrusco *phersu* (*máscara del actor, personaje*), el cual, según el *Diccionario de la lengua española*, procede del griego *πρόσωπον* (*prósōpon*), aunque dentro de su *sexta definición* concretamente lo define como: *Sujeto de Derecho*, Cfre: <https://dle.rae.es/?id=SjUIL8Z>, consultado el día 24 de febrero a las 11:50 am.

Sin el postulado anterior, resulta imposible aceptar la noción de responsabilidad y sin ésta, carecería de verdadero sustento metafísico el premio y el castigo, consecuencias análogas para entender el conocimiento de la conducta humana, lo que puede llamarse antropología, es decir los fundamentos filosóficos de la persona humana.⁴²

Si partimos de la idea invariablemente aceptada del hombre como portador de un principio de auto posesión y nos percatamos de que cada uno constituimos una caja o cápsula que puede permanecer completamente cerrada, es cierto, en casos excepcionales; comprenderemos así sea de lejos, la vivencia de los mártires, quienes han preferido perder la vida misma, antes de renunciar a esa voluntad o mismidad que por tanto trasciende a la vida biológica⁴³.

El principio denominado como *pro homine* o *pro persona*, corresponde a un relevante criterio interpretativo que en sí insta que toda autoridad perteneciente al poder judicial, legislativo o ejecutivo debe aplicar la norma o la interpretación más favorable a la persona o a la comunidad, en toda emisión de actos, resoluciones o normas que traten o en que se considere la protección o la limitación de Derechos Humanos, la cual debe ser la más amplia en el primer caso o la menos restrictiva, en el segundo.

⁴² Según el artículo I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dentro de su párrafo segundo expone de manera contundente que: “*Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.*” Siendo adicionado mediante decreto publicado el día 10 de junio del 2011 dentro del *Diario Oficial de la Federación*, Entendiéndose como el principio *Pro Persona*, enfatizando dentro de su tercer párrafo que : “*Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.*”, al haber sido reformado también dentro del decreto del 10 de junio del 2011, dentro del *Diario Oficial de la Federación*, por último, dentro de su párrafo cuarto profundiza, lo siguiente: “*Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.*” También reformado mediante decreto anteriormente mencionado, de allí que la disposición señala las normas relativas a los derechos humanos, las cuales tendrán una interpretación acorde a esta Constitución, en conjunto con los tratados internacionales propios de la materia, favoreciendo en todo momento a las personas dentro de su protección más amplia. <https://mexico.justia.com/federales/constitucion-politica-de-los-estados-unidos-mexicanos/titulo-primer/capitulo-i/#articulo-1> consultado el día 24 de febrero a las 12:33 pm.

⁴³ *Mártir* significa literalmente “testimonio”

El principio *pro homine* implica que la interpretación jurídica siempre debe buscar el mayor beneficio para el ser humano, es decir, que debe acudirse a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos y, por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer límites a su ejercicio, se contempla en el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en la que especifica: “*Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:*

- *Permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella.*

- *Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados.*

- *Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y*

- *Excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”*⁴⁴

En tanto que dentro del artículo 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el que establece lo siguiente:

- *Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él.*

- *No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones,*

⁴⁴ Cfre.https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm, consultado el día 17 de marzo del 2019 a las 14:00horas.

reglamentos o costumbres, sin pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado”⁴⁵

Publicados en el Diario Oficial de la Federación el siete y veinte de mayo de mil novecientos ochenta y uno, respectivamente. Ahora bien, como dichos tratados forman parte de la Ley Suprema de la Unión, conforme al artículo 133 constitucional, es claro que el citado principio debe aplicarse de forma obligatoria.

Aunado a esto, el principio *pro homine*, incorporado en múltiples tratados internacionales, es un criterio hermenéutico que coincide con el rasgo fundamental de los derechos humanos, por virtud del cual debe estarse siempre a favor de la persona e implica que debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación extensiva.

Como tal, el principio *pro homine* tiene varias formas de aplicación, entre las que se destacan: En primer lugar, en los casos en los cuales está en juego la aplicación de varias normas relativas a derechos humanos, debe aplicarse aquella que contenga protecciones mejores o más favorables para el individuo. En segundo lugar, en casos en los cuales se está en presencia de una sucesión de normas, debe entenderse que la norma posterior no deroga la anterior si ésta consagra protecciones mejores o mayores que deben conservarse para las personas. En tercer lugar, cuando se trate de la aplicación de una norma, debe siempre interpretarse en la forma que mejor tutele a la persona.

A partir de esto, podemos tomar en cuenta la reforma constitucional en materia de derechos humanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 10 de junio de 2011, en la que ofrece varias novedades importantes, las cuales pueden cambiar de manera profunda la forma de concebir, interpretar y aplicar tales derechos en México. Las principales novedades, dicho de forma sucinta, son las siguientes: La denominación del Capítulo I del Título Primero de

⁴⁵ Cfre. <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>, consultado el día 17 de marzo del 2019 a las 14:00horas.

la Constitución cambia, dejando atrás (al menos en parte) el concepto de *garantías individuales*. Con la reforma, ahora paso a llamarse *De los derechos humanos y sus garantías*. La expresión derechos humanos es mucho más moderna que la de garantías individuales y es la que se suele utilizar en el ámbito del derecho internacional. Con base en esto, podemos decir que los derechos humanos son el conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deberán ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a escala nacional e internacional. Facultades que implican que los derechos humanos son algo más que un anhelo de la humanidad. Son el fundamento filosófico y jurídico de las sociedades contemporáneas que concretan sus exigencias éticas dentro de un contexto histórico determinado.

Ahora bien, a partir de su fundamentación, su fuente desde una óptica ontológica es la dignidad del hombre frente al poder del Estado. Encuentran su fundamento inmediato en derechos inalienables que hacen referencia a bienes universalmente valiosos, como el derecho a la vida. Así como fueron percibidos, estos tienen el carácter de ser universales e indivisibles; lo primero, porque se predicán del hombre al hombre; lo segundo, porque los derechos civiles y políticos han de ser efectivos, del mismo modo que los derechos económicos, sociales y culturales han de ser garantizados por los Estados.

Los derechos humanos interesan hoy no sólo en el plano de las Constituciones de los Estados sino también en el del derecho internacional, ya su protección, en cuanto garantía de la integridad moral y física de toda persona, ha quedado recogida tanto en los ordenamientos constitucionales como en el orden jurídico internacional.

En cuanto a los derechos fundamentales podemos decir que *Luigi Ferrajoli* sostiene que los derechos fundamentales son: “*Todos aquellos derechos subjetivos que corresponden*

*universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o de personas con capacidad de obrar.”*⁴⁶

En México, sea ésta persona física o jurídica (*moral*), la tutela de derechos humanos se otorga a toda persona conforme al artículo 1º Constitucional, debiendo entenderse por persona todo ser humano titular de iguales derechos y deberes emanados de su común dignidad, y en los casos en que ello sea aplicable debe ampliarse a las personas jurídicas, pues normas positivas reconocen a las personas morales como titulares de esos derechos. La persona jurídica al ser parte en juicios fiscales o mercantiles, goza de derechos humanos como son los de audiencia, al debido proceso, al recurso sencillo, rápido y efectivo ante jueces y tribunales y otros. En conclusión, las personas morales son titulares de derechos humanos conforme a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ejemplo de ello está en la siguiente tesis jurisprudencial que habla ampliamente al respecto:

Personas morales, son titulares de derechos humanos conforme a la Constitución Política de los estados unidos mexicanos y, por tanto, opera en su favor la suplencia de la deficiencia de la queja en el juicio de amparo.

De acuerdo con el actual sistema constitucional, la tutela de derechos humanos se otorga a toda persona, conforme al artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, debiendo entender por "*persona*", según los trabajos legislativos que dieron lugar a la reforma de derechos humanos y amparo de junio de dos mil once, todo ser humano titular de iguales derechos y deberes emanados de su común dignidad, y en los casos en que ello sea aplicable debe ampliarse a las personas jurídicas; normas positivas y antecedentes que reconocen a las personas morales como titulares de esos derechos frente a otros ordenamientos

⁴⁶ Ferrajoli, Luigi. *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999.pág. 37.

internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos conocida como "*Pacto de San José de Costa Rica*". En ese sentido, si bien es verdad que una persona moral, de acuerdo con su naturaleza no tiene derechos humanos, pues se trata de una ficción jurídica y estos solo son inherentes al ser humano, tal situación no es óbice para que no se les reconozcan, porque detrás de esa ficción, existe el ser humano, es decir, la persona física, y desde el punto de vista técnico, esos derechos se identifican como fundamentales, reconocidos y protegidos por la propia Constitución Federal y la Ley de Amparo, al otorgarle la calidad de parte en el juicio de amparo; entonces, estos derechos de los seres humanos (*personas físicas*) asociados para formar una persona moral, repercuten en el derecho humano identificado como derecho fundamental, y en lo que corresponde a las personas morales, respecto de la titularidad de los derechos a proteger. De ahí que cuando acuden al juicio de amparo en su calidad de víctima u ofendido del delito, el juzgador está obligado a suplir la queja deficiente a su favor, pues con ello cumple con el principio de igualdad entre las partes.⁴⁷

Ferrajoli también aclara que por derecho subjetivo debe entenderse "*cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica*",⁴⁸ mientras que por status debemos entender "*la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.*"⁴⁹

En otras palabras, no se trata de una definición dogmática, es decir, formulada con referencia a las normas de un ordenamiento concreto, como por ejemplo, la Constitución italiana o la española. De acuerdo con lo anterior, son *fundamentales* los derechos que están adscritos por un ordenamiento jurídico a todas las personas físicas en cuanto tales, en cuanto ciudadanos o en

⁴⁷ PERSONAS MORALES . SON TITULARES DE DERECHOS HUMANOS CONFORME A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y , POR TANTO, OPERA EN SU FAVOR LA SUPLENCIA DE LA DEFICIENCIA DE LA QUEJA EN EL JUICIO DE AMPARO.(Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos) (México: Tribunales Colegiados de Circuito, Décima Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XXIII, Agosto de 2013, pág. 1692, amparo en revisión 90/2013.29 de mayo del 2013.)

⁴⁸ Ferrajoli, Luigi. *Óp. Cit.* pág. 37.

⁴⁹ *Ibíd.*

cuanto a los que se consideran capaces de obrar. A modo de conclusión es posible afirmar que, el denominado principio *pro homine* se entiende como una aplicación de modo preferente a la norma que resulta mas favorable a la persona humana, en la que queda establecido un orden de preferencia normativo e interpretativo, pues se debe acudir a la norma o la interpretación más amplia, e inversamente, a la norma más restringida cuando se trata de establecer de manera permanente el ejercicio de los derechos.

Al redactar una Demanda de Derechos Humanos y para hacer referencia al principio *pro homine* es de destacar que al redactar en el escrito, que se ha de presentar, se haga una investigación previa de jurisprudencia en la materia de Derechos Humanos contemplada, todos los tipos de Pronunciamientos usándolos y así como de los informes que encuentres claro aprovechando siempre la argumentación que realices, recuerda que esta la preeminencia de Constitución sobre la Norma Reglamentaria, la que siempre tendrá la aplicación más favorable al individuo (*o sea el principio Pro Homine*) y este será el medio de “*control difuso*.”⁵⁰

⁵⁰ El control de la regularidad constitucional de las leyes y otros actos es un elemento esencial de todo Estado constitucional de derecho. Existen diversos procedimientos jurídicos, cada uno con peculiares características, para mantener la vigencia del orden establecido por la ley fundamental, pero que comparten como justificación el carácter supremo de la Constitución como norma jurídica y la exigencia de mantener el respeto a sus disposiciones; estos procedimientos pueden ser clasificados desde diversos puntos de vista, destacando entre ellos aquel que distingue entre procesos ad hoc para la declaración de inconstitucionalidad de un acto y el control ejercido por los jueces o autoridades ordinarios dentro de los procedimientos de su competencia, reputado de carácter *difuso*. Aunque en México, el artículo 133 constitucional prescribe que los jueces preferirán aplicar las disposiciones de la ley fundamental, no obstante lo establecido en las leyes ordinarias, el control difuso de la constitucionalidad no ha tenido una efectiva práctica en nuestro país, ya que al existir procesos especiales para combatir los actos inconformes con las prescripciones de la Constitución, nuestros tribunales han estimado que dichos procesos son la vía que corresponde al estudio de toda cuestión de inconstitucionalidad. El control constitucional, concebido lato sensu, estriba en aquellos medios jurídicos que previenen, reparan, nulifican o sancionan, la violación de las disposiciones constitucionales. Dentro de esta concepción podríamos incluir, además de los medios tradicionalmente reconocidos en México como instrumentos de control de la constitucionalidad stricto sensu (juicio de amparo, etcétera), otros procedimientos como por ejemplo: el derecho de veto del presidente de la república establecido en el artículo 72, inciso c), constitucional, el cual faculta al titular del Ejecutivo a retornar a la cámara de origen todo proyecto de ley o decreto, lo cual podría efectuarse por los vicios de inconstitucionalidad de que adolecieren la ley o decreto en cuestión. Ahora bien, en sentido estricto, debemos considerar como medios de control constitucional únicamente a los instrumentos jurídicos que tienen por objeto mantener el respeto a las disposiciones constitucionales, a través de la nulidad de los actos contrarios a la ley fundamental; con diferentes palabras: los instrumentos de control constitucional stricto sensu, tienen carácter a posteriori, y persiguen la reparación del orden constitucional violado, no sólo establecer una posible responsabilidad y la imposición de alguna sanción, finalidad a la que contingente e indirectamente podrían servir. Cfre. Sánchez, Gil, Rubén. A. *El control difuso de constitucionalidad en México, reflexiones en torno a la tesis P./J. 38/2002*, Revista mexicana de derecho constitucional, México, Número 11, Julio – Diciembre 2004. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5713/7486>.

Aplicado al artículo Primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ya que esta tendrán que versar en la Universalidad y Progresividad Evolutiva en Materia de Derechos Humanos. Antes citados en la Carta Magna ya citada como Garantías Individuales hoy son todos Derechos humanos y con la aplicación del artículo 133 se abre con esa llave una puerta de inmensas posibilidades y Garantías que limitaba por cuestiones de poder. Esta apertura ha puesto a temblar y hará estragos a los Gobernantes pues ya desaparecerán los límites del pueblo para hacer efectivos los derechos consagrados y que fueron pisoteados por esas autoridades.

Pero el hombre es también por excelencia, un ser para la comunicación, precisamente en esa relación de cada uno con su conciencia y la de cada uno con otros, estamos contruidos para enlazarnos y comunicarnos reiteradamente a lo largo de nuestra existencia.

Se ofrece a nuestra mirada la paradoja insalvable que es el hombre: materia y espíritu hipostáticamente unidos hasta el advenimiento de la muerte, no podemos sustraernos al conocimiento del bien y del mal, de lo justo y de lo injusto, de lo permitido y de lo prohibido.

Tampoco podemos dejar de recriminarnos por las obras malas ya consumadas y por las obras buenas que no se realizaron, hemos referido en las líneas superiores algo de la ley natural, la cual se trata de un mandato que se encuentra permanentemente grabado en la conciencia de cada uno en el sentido absolutamente imperativo hacia el bien, su correlato igualmente enérgico o *a priori* es evitar el mal.

Tradicionalmente se acepta que bueno es aquello que puede perfeccionar a un ser, siendo por lo tanto apetecible y deseable para él, la personalidad humana en su centro y en su totalidad, es decir en relación consigo mismo, con los demás y con Dios, estéticos y aun los útiles perfeccionan sólo particulares facultades de la persona.⁵¹ Es una noción fincada en la realidad

⁵¹ Preciado Hernández, Rafael, Lecciones de Filosofía del Derecho, págs. 190 y 191.

del ser en tanto actualice sus potencialidades⁵², el bien debe ser conocido y deseado por el hombre, se trata del bien moral o bien honesto.

Otro punto importante digno de consideración es el de la conciencia, dado que esta corresponde a una facultad característica de la persona, sino a *saberse* que es, una peculiarísima facultad reflejada dentro del sujeto, en su conocimiento se hace a la vez objeto de su propio saber.

La conciencia por lo mismo es *saberse* y por lo tanto poder evaluarse, es decir juzgarse de acuerdo con alguna escala de valores. Es por tanto la puerta de ingreso al conocimiento del bien y del mal. Podemos distinguir por tanto la conciencia moral de la psíquica “*La primera permite discernir entre el bien y el mal y la segunda proyecta un efecto sobre el acto humano y su pertenencia a su autor, sobre el propio yo como sujeto de las vivencias.*”⁵³

La conciencia moral, como la hemos anotado arriba nos permite la *sindéresis* que es la capacidad del espíritu humano para conocer valores, preceptos y la ley natural.

La conciencia moral constituye la puerta de ingreso a lo que denominamos *vida interior* en sus diferentes vertientes. Ahí se localizan fenómenos de tanta trascendencia tales como el arrepentimiento, el remordimiento, la satisfacción por las buenas acciones.

De las anteriores consideraciones se aprecian los cimientos para la inteligencia de las ciencias de la conducta humana. La *sindéresis* es explicada por Santo Tomás como *el habitus* de los principios prácticos superiores ya que gracias a esta posibilidad se conocen los mandatos de la ley divina⁵⁴.

⁵² Suma Teológica 1-2-q.19.-21.

⁵³ Soto Sobreyra y Silva, Ignacio. *Teoría de la norma Jurídica*, Porrúa, México, tercera edición, 2012. pág. 4.

⁵⁴ Ver nota número 35 S. Theol I.II.93.6.

La personalidad humana ha sido explicada desde el punto de vista psicológico y antropológico como resultado o conjunción del temperamento y el carácter.

Lo mismo se explica a los hombres geniales y aun a aquellos que a diferencia de sus hermanos, desarrollan potencialidades que los hacen diferentes, esto no debe entenderse como la adopción que olvide que un determinismo no cabe en donde existen márgenes importantes de libertad.

Aquí el papel de la educación y el cultivo de uno mismo, son decisivos. El carácter en cambio, se va modelando poco a poco, desde que el niño comienza su desarrollo.

De ese modo en la persona humana, se presenta una zona de individualidad que deben ser reconocidas y fomentadas. Por ello se habla con toda propiedad de la *vocación de cada uno*. Es aquí donde cobra una gran fuerza el precepto que prescribe una conducta y la respuesta que cada uno ofrece en su vida propia.

A partir de esta exposición se va explicando la insuficiencia del ser humano para existir, crecer y subsistir sin enormes cuidados de los demás, la raíz del problema de la sociabilidad humana, se encuentra en la indigencia ontológica de la persona, en su contingencia, en su insuficiencia.

El hombre no puede ser considerado un simple medio para fines de otro, al contrario, posee su eminencia que es en última instancia su dignidad en virtud de que se sabe inteligente y capaz de autodeterminarse, esa comunidad no debe contraponerse como si fuera algo extraño o antagónico, al contrario es la unión de todos sus elementos humanos.

Desde una visión trascendente del cosmos, se entiende que el hombre ha sido elevado por Dios y por ello el ámbito social es entendido como un medio para alcanzar el campo sobrenatural.

Para cumplir con éxito su función, la sociedad debe estar dotada de la facultad de exigir a todos los miembros de la comunidad, todas las prestaciones necesarias sea de acción que de omisión, que se encaminen al Bien Común, otorgar normas para conseguir su cumplimiento e implantar en caso necesario, la corrección. De aquí derivan los principios de la solidaridad y colaboración.

He ahí cuál es el sustrato del Derecho y su necesidad normativa en el campo de la convivencia social que se impone al hombre, en atención a su indigencia y orfandad ontológicas que le conducen a la sociabilidad y al protagonismo del derecho. Así se podrá ofrecer la ayuda necesaria para que la persona ejercite su auto posesión y desarrollo, gracias a sus propias fuerzas (subsidiaridad). Por ello el enfoque estatal debe reducirse a socorrer a los miembros de la comunidad, sólo en aquello que ellos no puedan realizar por sí mismo, sin caer en un liberalismo inaceptable.

A fin de preparar el conocimiento de las normas jurídicas debidamente integradas en su Teoría General, *“es preciso recordar que las normas se refieren siempre al obrar, mientras que las reglas tienden a mirar hacia el hacer.”*⁵⁵

Tanto las normas como las reglas técnicas, rigen la actividad humana. Siguiendo a Aristóteles podemos ver que las reglas técnicas implican el camino o medio, para alcanzar un fin previamente conocido y deseado.

Cuando la voluntad tiende al logro de un bien intrínseco suyo, nos encontramos ante la norma de conducta. La norma en este sentido estricto, es por esencia violable, esto no contradice nada de su sentido de necesidad moral, más bien se refiere al orden de su eficacia.

Según Preciado Hernández el hacer humano se rige o bien por las reglas técnicas o bien que expresan una relación de necesidad física o de necesidad lógica condicionadas o

⁵⁵ *Ibídem.* Pág. 8.

simplemente por reglas convencionales, pero en ninguno de estos casos, cabe hablar de necesidad moral... *La necesidad moral no niega la libertad*⁵⁶.

El hombre es libre frente a su prójimo de respetar su vida o de asesinarlo, pero realizando el acto, sus consecuencias se imputan y siguen necesariamente al sujeto... las normas se refieren al obrar mientras que las reglas técnicas al hacer. Las que representan reglas imperativas que expresan un deber, precisamente porque están fundadas en el bien.

Si no está determinada por fines o criterios racionales, no puede recibir el calificativo de conducta, ni de obrar, ni de hacer, pues en ambos casos es preciso que haya una actividad teleológica. Si por otro lado nos acercamos a lo jurídico, nos estaremos adentrando en el campo de lo justo, o al menos de lo que en un grupo humano históricamente determinado, se entiende por tal.

Precisemos cómo y dónde se ubica lo jurídico en la dimensión de lo existente. Antes empero, conviene dejar sentado que también el *hacer humano*, está regulado por el Derecho y la Moral.

Estamos aquí en presencia de lo que la escolástica llama *bien útil* y que debe encontrarse subordinado al *bien honesto*, asombrosa capacidad para fabricar satisfactores y bienes útiles que se acreditan a sus autores o creadores de modo perpetuo (*Derecho Moral*).

No debe dejar de reconocerse, que el bien útil que venimos considerando a la luz del hacer humano, no es un fin en sí mismo, es un medio y debe ordenarse al bien honesto. Lo contrario conduce a un peligroso utilitarismo y hedonismo, como se presenta en el pensamiento de *Jeremías Bentham* y que continuó *John Stuart Mill*⁵⁷.

⁵⁶ En sus Lecciones de Filosofía del Derecho, págs.70 y ss. y 73 a74

⁵⁷ Diccionario de Filosofía del Derecho, de José Ferrater Mora, voz "Utilitarismo", con referencia a las fuentes

Recaséns Siches enseña que: “El Derecho no pertenece a la naturaleza física ni tampoco a la psíquica, centra su atención en lo que denomina seres ideales señalando que no deben confundirse con los fenómenos psíquicos, enseña después que... “Hay, pues, un mundo de ideas que no ocupa espacio, que no se extiende en el tiempo, que no tiene por tanto las dimensiones de la realidad, pero que tiene otra manera de ser... Evidentemente el Derecho no es un ser ideal.”⁵⁸

Tradicionalmente se estima que el estudio de los valores, en su prospectiva filosófica, lo lleva a cabo la axiología o estimativa.

Es cierto que la filosofía antigua y medieval, se ocupan mayormente del ser, no por ello se puede sostener que el valor no ocupe lugar dentro de ellas, más bien, que se haya subordinado al ser, que es comprendido siempre en función de la realidad.

Hoy ya no puede sostenerse seriamente un positivismo que explique o pretenda explicar el ser del Derecho, en la voluntad de la autoridad sin conexión legitimadora con la realidad del Bien Común que es una idea primordialmente moral.

Las formas de expresión de la justicia en normas se hermanan también con la teoría de las normas morales. Aquí reside el meollo de la preocupación que nos detiene en esta reflexión introductoria.

Se dice que *valen* y por ello no tiene ser sino “*valer*”⁵⁹, Los objetos ideales son intemporales y por ello se les confunde a veces con las idealidades, pero su forma de realidad no es el Ser Ideal ni el Ser Real, sino el Ser Valioso.

⁵⁸ Capítulo II de su Filosofía del Derecho y que se titula precisamente “El Universo, la vida humana, la Sociedad y el Derecho”, págs. 47 y ss.

⁵⁹ Siguiendo a Lotz, referido por Ferrater Mora en su *Diccionario de Filosofía* bajo la voz “Valor”

Los valores son objetivos, es decir no dependen de las preferencias individuales, mantienen su forma de realidad más allá de toda apreciación y valorización. Constituyen una región de objetos que se hallan necesariamente vinculados a la realidad. Por eso los valores hacen siempre referencia al ser y son expresados como predicaciones del ser.

La polaridad se descubre en el desdoblamiento de cada cosa Valente en un aspecto positivo y otro negativo. El negativo es denominado con frecuencia *disvalor* o *antivalor*. A la justicia se opone la injusticia⁶⁰.

Tampoco son indiferentes o intercambiables, no únicamente en su polaridad ya explicada, sino en sus mutuas relaciones. El conjunto de los valores, se puede apreciar en una tabla jerárquicamente ordenada. *“Literalmente, algo que tiene un precio, que es precioso, que vale la pena y por lo que el hombre está dispuesto a sufrir y sacrificarse, ya que le da una razón para vivir, y si es necesario, aún para morir”*.⁶¹

Identifican a una persona, le dan rostro, nombre y carácter propios. Los valores son algo fundamental para la vida personal, puesto que definen la calidad de la existencia, su anchura y profundidad.

Los valores están ante todo anclados en la mente. Percibo intelectualmente que algo vale la pena y estoy convencido de que es así. No es sólo la lógica la que cuenta, sino que también el lenguaje del corazón me dice que algo es precioso, y entonces, soy afectado por su mérito: Donde está tu tesoro, ahí está también tu corazón. Aquí cabe referirse pues a los valores morales primordialmente, tanto a los que proceden de la operación íntima como externa y social.

⁶⁰ Buscar la rica historia que ofrece dentro de la Filosofía Occidental, el tema de los “Trascendentales del Ser: uno, verdadero y bueno”.

⁶¹ *Ibíd.* Pág. 12.

El natural camino de la formulación y actualización de los valores es ese itinerario: Mente o intelección corazón o decisión acción, el hombre en tanto persona, es sujeto de intelección, se puede apoderar inmaterialmente de la realidad *Ego Cogo*. Las voliciones ya orientadas por la luz de la intelección, denotan la dirección de la acción, su camino y su deseada repercusión en el mundo, *Ego Ago*, en este aspecto, los valores no son mera o pura especulación, se orienta o dirigen a la realización y en su caso, si están subordinados al bien honesto, a la realización de la persona humana, a su crecimiento o desarrollo.

La persona es más persona, en la medida en que actualiza y multiplica sus potencialidades.

El planteamiento que hace *Recaséns Siches* y que venimos comentando, es muy sugestivo. Pocos autores se ocupan de buscar la localización del Derecho en el universo de lo existente.

Estimamos importante señalar que se ofrecen al hombre social y al hombre en lo individual, multitud de objetivaciones que sin reñir con el Derecho, no se confunden con esta realidad normativa. Ahí se encuentra el terreno de lo religioso y de los valores sociales y morales que no se agotan en lo justo⁶². En esto parece estar el Derecho.

No es una casualidad que los griegos, hayan colocado a la Justicia a lado de la Prudencia, la Fortaleza, la Templanza, es en este último terreno, en el que aparece lo justo. Ya Aristóteles señalaba que las virtudes dianoéticas, se refieren a la parte intelectual del hombre, en tanto que las éticas o propiamente morales y/o cardinales, se refieren a aquella parte del alma, que sin residir en la razón, sí puede y debe obedecerla.

⁶² En realidad el Derecho impone mínimos que deben ser satisfechos para que el grupo social no sólo sobreviva, sino para que pueda progresar. No debe olvidarse que más allá del Derecho, se presentan valores morales y religiosos que son por lo mismo, son metajurídicos.

Queda suficientemente claro a nuestro entender que si el Derecho se ubica en el campo de los valores sociales, llámese virtudes morales, cardinales o éticas de la voluntad; la teoría de las normas será la expresión natural, de esas posibilidades de crecimiento de la grandeza humana.

Es clásico el tema de los fines del derecho. Sólo haremos referencia a tan importante cuestión de un modo, sucinto, los fines del Derecho, entendido como orden normativo al servicio de la sociedad y de sus componentes humanos, hacen alusión directa y necesaria a los valores, universo en el que se sitúa el propio Derecho, el Bien Común es de naturaleza moral por su propia esencia de bien político pero principalmente por ser bien humano, este bien se integra por elementos espirituales y materiales que es específicamente diferente de cada uno de los bienes individuales.

Reviste el Bien Común un carácter general e histórico que nunca se alcanza de modo pleno e inacabado a la manera de bien personal de índole moral, que sigue la realización del autoproyecto personal individual⁶³.

Empero, el Derecho no puede tener la pretensión de ser todo lo que se requiera para alcanzar el bien de la comunidad. Esto se consigue primordialmente a través de la Justicia y la Seguridad Jurídica.

La justicia es una necesidad mínima que precisa la persona humana por el solo hecho de tener ese rango o eminencia dentro de la escala de las criaturas.

La noción objetiva de seguridad jurídica es un valor y fin muy importante del Derecho que se desarrolla y subordina a la justicia. Al respetar o transgredir la hipótesis de cada una de esas leyes, sean expresas, sean implícitas, se consagren en un sistema de principios escritos, o deriven de las sentencias que emanan de los órganos judiciales.

⁶³ del Vecchio, Jorge. *La Justicia*, Góngora, Madrid, 1925

La seguridad jurídica exige que las relaciones sociales que acaecen en la sociedad, se ajusten en el mayor número de veces a lo ya prescrito.

En términos de la escuela alemana de Heller⁶⁴ se dirá que la normalidad de dimensión social, se corresponde a la normatividad de dimensión propiamente Jurídica. De esa manera, reinará un clima de tranquilidad y certeza, que es indispensable para la consecución, mantenimiento y crecimiento del bien común.

Basta hacer alusión a la moneda fiduciaria para caer en la cuenta de la forma en que se entrelazan buena fe y seguridad jurídica. Veamos brevemente lo que significa el dinero.”... el dinero es por una parte un concepto que solo se encuentra en la economía y de esta materia se aplica a otras, como la jurídica... y por otra si bien es económico el concepto, el dinero no se encuentra en la realidad económica porque es un invento del hombre. En efecto cualquier bien es dinero y lo que le hace tener esta categoría es que las personas acepten al bien como representativo de los demás bienes... el dinero es objeto del comercio bancario, como los abarrotos lo son del comercio abarrotero, por lo tanto sin este objeto, que es objeto, no puede existir este comercio... El... el valor del dinero...” es el valor monetario o sea, su poder de compra, su poder adquisitivo, esto es, el dinero vale los bienes que con él se compran”⁶⁵

De esa manera, reinará un clima de tranquilidad y certeza, que es indispensable para la consecución, mantenimiento y crecimiento del bien común.

Debemos apreciar que la seguridad y certeza jurídicas, se subordinan después de lo valorar, al grado de eficiencia y eficacia que se logre y se conserve, por parte de la autoridad, en la aplicación y vida auténtica del derecho promulgado.

⁶⁴ Ver su Teoría Política, Hermann Heller, Fondo de la Cultura Económica, 1963.

⁶⁵ Soto Sobreyra y Silva, Ignacio. *Ley de Instituciones de Crédito* 12ª edición Editorial Porrúa, SA, México 2018 págs. 5 a 8

La seguridad y certeza jurídicas, deben crear y recrear, siempre de modo creciente un clima de bienestar y tranquilidad y para ello, no basta únicamente contar con sabios preceptos que empero no se encarnan en la realidad cotidiana.

Si el orden jurídico humano, consigue a través de la formación y funcionamiento de sus normas crear y conservar ese mínimo que se necesita para que la sociedad subsista, podrá ésta, desarrollarse y vivir en un estado de bien común, no virtual, sino auténtico.⁶⁶

La intelección del Derecho como valor, como sistema normativo, como posibilidad de bienestar y desarrollo social, se finca decididamente en la concepción que se asuma del hombre, de la respuesta al cuestionario básico primario y por ende también a la asunción de una particular escala o jerarquía de los propios valores.

En páginas anteriores hemos trazado una concepción moral del Derecho, que sustenta en la racionalidad y socialidad del hombre. En cambio una posición meramente positivista del Derecho, no requiere de legitimaciones de esta naturaleza, ahí, el Derecho vale y opera, simplemente porque ha sido colocado o *puesto* Derecho Positivo y es coercible, todo ello por obra de la autoridad.

No aceptamos ningún tipo de voluntarismo, colectivismo o autoritarismo. Todas estas posturas traicionan el sustento ontológico de la racionalidad y sociabilidad humanas, en sí mismo, olvidando que como las formas políticas, se trata de instrumentos al servicio del desarrollo humano, a partir de los mínimos que requiere la comunidad para su subsistencia.

Por ello se acepta generalmente que en todo auténtico Bien Común, debe darse una relación recíproca que aproveche a todos sus miembros y de ese modo, el conjunto se acreciente

⁶⁶ Ya William Luyten en su Fenomenología del Derecho Natural, en 1968, enriquece la fórmula de ese “mínimo”, que habpía expresado un año antes en su fenomenología existencial. Así al tratar de la intersubjetividad en sociedad, agrega al “mínimo amor”, “la expresión” ”mínimo de sí”. Para aludir en ambos casos la identificación de la justicia.

y beneficie con su desarrollo y eficacia, el conjunto de todos los supuestos y organizaciones públicos y privados, a fin de que todos los hombres desde la posición y función que ocupan en la sociedad, cumplan con su destino material y moral⁶⁷.

En la concepción de la existencia que postulamos, el Bien Común, ha sido rectamente entendido como subordinado al destino final de la persona humana ya que ésta es asumida como trascendente⁶⁸.

Como puede verse, el Derecho reviste una función instrumental que debe encaminarse a facilitar la consecución del Bien Común, en tanto que éste es universal. Nada de lo que es humano le es extraño, el Derecho es menos comprensivo.

El Bien Común es plástico en cuanto cambia en sus circunstancias concretas y se encarna en cada situación, no es una mera abstracción. Jamás se agota, es una realidad dinámica permanente, por ello es superior a los bienes estrictamente individuales o privados del hombre, a los que corresponden a éste en su calidad de parte integrante de la comunidad, pero es inferior al bien intemporal del hombre, es decir, que está subordinado al fin o destino sobrenatural que a cada uno le corresponde en cuanto persona.

Todo lo anterior permite trazar un marco adecuado para acercarse a la Teoría de la Norma Jurídica, que además de mostrarnos los aspectos técnicos de su formulación y operatividad, debe responder a la función que cumple en el terreno de la conducta social del hombre.

Sólo tratándose de seres racionales se puede entender el significado de la responsabilidad, de la autoposición que caracteriza a la persona, deriva la necesidad de que se autopresente las consecuencias de sus propios actos humanos y las afronte ante sí y ante los demás. La

⁶⁷ Pueden revisarse las voces “bien”, “justicia” y “Bien común”, en el Diccionario de Filosofía de Walter Brugger

⁶⁸ En su Clásico libro El Conocimiento de lo Social, Isaac Guzmán Valdivia, Citando a Maritain, Págs. 133 y ss., se repite que “...el bien común, fin de la convivencia social, está subordinado al destino final de la persona humana...”.

imputación hace referencia a la atribución objetiva del agente de sus actos deliberados así como de las consecuencias que de ellos se engendren.

La responsabilidad propiamente dicha, se abre y despliega en tres vertientes, que corresponden a cada una de las tres dimensiones de lo humano: la Conciencia, la Sociedad y Dios. Así el sujeto de responsabilidad es la persona capaz de acción moral y de acción jurídica.

La imputabilidad sólo se predica en sentido pleno respecto de la persona, cuando se origina el conocimiento y la libre decisión. Empero el derecho, debe establecer en tanto hechos jurídicos, las fuentes productoras de efectos; aun cuando no se originen en la esfera de la plena intelección y de la absoluta decisión del agente delitos culposos, responsabilidad por hecho ajeno, responsabilidad objetiva, caso fortuito, etcétera.

Esto es más pleno y evidente para la religión y moral y muestra al mismo tiempo una de las mayores dificultades para el juez en el Derecho.

La sanción ofrece un lugar muy cercano al de la responsabilidad y es una consecuencia natural de ella. La noción presenta una génesis indudablemente religiosa, *Sanctitas*, santidad o consagración al templo.

En su oportunidad, se estudiará, si la sanción es un elemento esencial de la norma o lo es de otra índole, por lo asentado arriba, es correcto hablar de sanción *premieral*, y no sólo de sanción punitiva.

A pesar de ello, la ciencia jurídica sólo ha sido capaz de desarrollar un Derecho Penal y no en cambio, del mismo modo, un *Derecho Premieral*⁶⁹.

⁶⁹ Así lo observa agudamente, F. Carnelutti en su *El arte del Derecho*, págs. 77 y ss.

De la sanción en sentido amplio, se sigue la seguridad y certeza jurídicas, ya que en su sentido abstracto, no sólo se dirige al quebrantador del precepto, sino a todos los que de modo potencial pudiesen serlo, implica también, de modo necesario, la fuente cierta de la obligación de restitución y reparación, así como el sentido aflictivo o de premio, según sea el caso. De ese mismo modo, de su infracción se derivará la frustración y la insatisfacción consiguientes.

Se ve claramente la pertenencia de la sanción, tanto en el campo de la conciencia, como en el de la vida social y de las relaciones de cada uno con su Creador⁷⁰.

Una muy breve referencia al objeto material y al formal de las ciencias de la conducta, permite cerrar esta primera reflexión introductoria al estudio de la norma jurídica.

El Derecho correspondiente a las ciencias normativas en cuanto juzgan el obrar humano a la luz de criterios o valores previamente organizados en un esquema jerárquico. La teoría del conocimiento, gnoseología o epistemología, parte de la filosofía general que estudia las posibilidades que tiene el hombre de conocer y que conduce a la toma de posesión de criterios y de operación de las ciencias filosóficas y de las ciencias inferiores.

El objeto material lo constituye el comportamiento humano, tanto en lo individual, cuanto en la actuación de la comunidad. La esfera de la realidad investigada, será pues siempre el obrar y el hacer humanos. Esta delimitación se opone a las llamadas ciencias físicas o naturales.

Empero, aun dentro de las ciencias del espíritu, es preciso distinguir las que estudian al hombre en su unidad e individualidad. Tales son la psicología, la religión, la moral individual; de aquellas otras que lo aprecian en su interacción frente a los demás, como la sociología, la historia, la moral social, el Derecho, por una parte, de las que proceden con juicios de valor o criterios axiológicos. Esto sin embargo, corresponde ya al objeto formal de la ciencia.

⁷⁰ Diccionario de moral cristiana, de Karl Hörmann, voz “sanción”

Sin entrar al estudio del método, no es nuestro cometido en esta tarea, ni pretender por ello referirnos a la filosofía; podemos indicar que el objeto formal de una ciencia, se refiere a la perspectiva o punto de vista desde el cual, el estudioso trabaja con su objeto material. Gracias al objeto formal, la sociología cumple con su tarea descriptiva y clasificativa de las relaciones sociales, mientras que el Derecho que coincide con ella, por cuanto hace al objeto material, se distingue por la emisión de juicios de valor que le son característicos. También y de modo característico, se cumple en la técnica de aplicación de la norma.

En ello tiene una importante nota común con todas las ciencias que valoran la conducta humana a la luz de los criterios supremos: El bien honesto y su contrario, no estamos de acuerdo en aceptar una visión positivista de las disciplinas jurídicas.

Aceptamos que la Filosofía y desde luego la Teología, nos dicen las últimas palabras de lo humanamente posible en estos saberes.

Dentro del campo de las disciplinas jurídicas, consideramos que debe reivindicarse un sitio muy importante para la Doctrina del Derecho. Es verdad que en nuestro medio, por razones de desarrollo histórico, la doctrina no es en rigor fuente formal del Derecho a diferencia de lo que ocurría en el período pre-justiniano del Derecho Romano.

Es característica, por demás loable de nuestra tradición de la Ciencia del Derecho, que así sea. De lo contrario, se ocasionaría un alto grado de anarquía e inseguridad jurídicas, que la doctrina influye a través de la llamada costumbre delegada, de la referencia o reenvío a los principios morales, la equidad, la moral y las buenas costumbres; no hace sino confirmar el sentido supraordinador de la Ley escrita⁷¹.

⁷¹ En el sistema romano anterior Justiniano, particularmente en la Época Clásica, la Doctrina fue conformadora del Derecho, ya que se trataba de un “Sistema Abierto”, en proceso histórico de formación, que se cerró y consolidó en el siglo VI.

Todo lo anterior en nada disminuye la enorme importancia de la doctrina jurídica, sea que se haga en las Universidades, Institutos o en cualquier otro sitio. En la medida en que se impulse el desarrollo de la Ciencia del Derecho, mejor evolucionará el Derecho Comparado y por lo mismo, los procesos de armonización de los sistemas jurídicos en el campo del Derecho Internacional Público, Privado e Interno.

Hoy en día en que tanto se trabaja a favor de la educación continua o permanente, del desarrollo y necesidad de los posgrados y ahora que crece sin detenimiento la importancia e influjo de la opinión pública interna e internacional; No obstante, en nada cambia el principio tradicional que le otorga su sentido a la plenitud hermética del orden jurídico, que deriva de la característica del primado y sentido delegante de la ley escrita.

Es frecuente que al preguntarse al jurista acerca de la naturaleza de alguna institución, se pretenda responder incurriendo en serias confusiones, respecto de la teoría del Derecho, de la jurisprudencia, de la política legislativa, de la moral social, etcétera.

La emisión de juicios de valor; ya en lo que es propiamente la jurisprudencia técnica, se desplaza tanto en la operación llamada aplicación de la norma, cuanto respecto de lo que es útil o deseable en la técnica legislativa que queda vinculada por normas adjetivas y principios sustantivos y que no puede escapar al denominado *Bien Útil* que es característico del bien hacer o de lograr mejor resultado en términos de eficiencia y efectividad, se alude al sentido axiológico profundo de la norma en referencia a los ideales y necesidades de la comunidad social. *¿Es correcta, adecuada y justa la norma vigente?* A ello ya se refiere la tradición *iusfilosófica* cuando distingue el Derecho establecido del Derecho deseable *ius condium* frente al *ius condendum*.

Otras veces, también se alude al hecho social humano o natural, en oposición a la conducta prescrita por la norma, para cimentar adecuadamente con estas ideas, una teoría de la norma jurídica, en cuanto a sistema de prescripciones de conducta socio-jurídica, es importante,

desechar con toda energía tal irreductibilidad y distinguir con todo cuidado, lo que es la necesidad moral o jurídica por una parte, de los que es el hecho social.

La continua referencia que hemos venido señalando hacia la moral, nos exige en este lugar, referirnos con amplitud a la conducta del hombre, vista a la Luz de la Moral. Hemos también, apreciado la fundamental importancia que reviste la asunción de una determinada postura, en relación con lo que es el hombre, su sentido y su destino dentro del cosmos, entendido como lo hace el *Cristianismo*.

Pasemos pues, a establecer las afirmaciones que desprenden de esta temática, para proseguir con nuestro estudio, tales como que el hombre es el sujeto natural del Derecho por su racionalidad que se expresa en su inteligencia, capacidad de autodeterminación y posibilidad de ejecución, de allí que la conciencia caracteriza al hombre y le permite el desdoblamiento, que hace posible la *reflexión*, gracias a esta operación nos es dado discernir separando el bien del mal, por consiguiente, el hombre, al lado de sus singularidades que lo hacen irrepetible, es por esencia social. Esto se deriva de su grandeza y de su indigencia, de allí que el obrar humano se despliega en el campo de la libre intelección, decisión, y acción que puede perfeccionar al hombre mismo o denigrarlo, por otra parte, el Derecho se localiza, como orden normativo, en el terreno de los valores y se explica, como una exigencia ontológica de los hombres viviendo en sociedad. De aquí que se necesite su expresión en *Normas* que se integran en un sistema de prescripciones de conducta.

Los fines del Derecho son la justicia, la seguridad y la certeza jurídica, y por lo mismo su contribución al *Bien Común*, en tanto que el Derecho tiene como función reglamentar la vida del hombre en sociedad, mirando al bien de la comunidad y al personal. Esto es en orden al cumplimiento del destino social y trascendental de la propia persona humana, de allí que la responsabilidad es la necesidad por antonomasia moral, de que cada uno dé cuenta de sus acciones a Dios, así mismo y a la sociedad. Por ello la sanción punitiva, se distingue de la *premiar*.

En tanto que para concluir, se afirma que las ciencias de la conducta se ocupan del obrar humano y lo enjuician a la luz del bien honesto, es característico de estas disciplinas, emitir juicios de valor, este es su cometido epistemológico, de acuerdo con su objeto formal propio.

En un amplio espectro de acción, al parecer con las nuevas reformas a la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* y a los tratados internacionales, que dan cuenta del contenido de esas normas individualizadas y que de alguna manera sirven de referente para la efectiva existencia del principio *Pro Persona*, el cual, persigue en si el respeto por la propia persona y sus Garantías individuales, contribuyendo así a la adopción de disposiciones de derecho interno.

CAPÍTULO III

LA NORMA JURÍDICA.

SUMARIO 1. *La perspectiva histórica de la noción*, 2. *Del positivismo al siglo XX*, 3. *Elementos formales de la norma jurídica*, 4. *Elementos materiales de la norma jurídica*.

1. *La perspectiva histórica de la noción.*

Después de habernos ocupado en la segunda parte de este trabajo acerca de las ciencias de la conducta y de habernos encontrado ahí con el lazo indisoluble que vincula al hombre con sus propios fines y por ende, con los del Derecho es preciso abordar lo relativo a Derecho y Moral, la Moral exige y necesita del orden jurídico, de su operatividad, de su eficacia. La Moral, por su parte anima, inspira, le ofrece su materia prima al orden jurídico diferenciándose éste de aquélla por su sentido coactivo como un “propio” del orden jurídico, por su preponderante exterioridad, naturalmente. (Véase cita no. 23)

Corresponde ahora consagrar el siguiente espacio al estudio de la norma jurídica, tanto en sus aspectos formales o lógicos, cuanto a los que miran su contenido o sustancia.

Se plantea un serio problema de método que deriva del empleo relativamente moderno o reciente de la expresión “norma, norma de conducta, norma jurídica”⁷². Tradicionalmente se ha empleado la denominación de Ley o Derecho Objetivo y pocas veces se ocupan los historiadores de aislar esta figura para hacerla objeto de sus investigaciones, separándola de la concepción sustantiva de lo jurídico.

⁷² Kelsen, Hans. *Teoría general de las normas*, Trillas, México, 1994.pág. 20.

En su oportunidad, apreciaremos que ha sido por obra del voluntarismo renacentista, del logicismo y desde luego, del positivismo; que ha sido posible separar la idea de norma de la Ley Justa o Derecho Imperativo o Derecho Ideal, más precisamente, Derecho Justo-expresión que por muchos siglos se consideró tautológica o Derecho Natural.

La noción de norma en general es muy antigua, por muchos siglos se expresó con la palabra Ley. No es sino hasta el siglo XVII que comienza a ampliarse la expresión norma, probablemente, según explican los expertos, como derivada de forma; de ahí la expresión “enorme” que denota forma excesiva⁷³. De norma ha derivado el adjetivo normativo que alude o califica a una conducta que respeta y se somete a lo prescrito por la norma; también ha derivado el adjetivo a veces substantivado “normal” para referirse a lo que sucede habitualmente, ya que lo razonable, esperado y mayoritario, es que la norma que prescribe sea obedecida.

La norma es una prescripción de conducta humana que se refiere al hombre en su individualidad; la prescripción lleva implícito el sentido de obligatoriedad, de conformarse, en el sentido de seguir la forma, con el modelo prescrito o indicado en el precepto posteriori.

Para ocuparnos de la noción de norma, a la luz de su perspectiva histórica, es preciso establecer que resulta imposible, como ya lo anotábamos, referirnos sólo al continente o envoltura lógica del precepto, sin atender a las distintas concepciones que se han dado desde la antigüedad de lo que se entiende por Derecho.

En el mundo helénico, la costumbre, como en todas las sociedades antiguas, fue la primera expresión de lo normativo, tanto entendida a la manera de un hábito social como también de las convicciones de necesidad que deben ser vividas por la comunidad para acercarse al Bien Común. Es muy claro que ya en el mundo griego se tuvo una clara concepción de que el

73 Esta es la opinión concorde de los estudiosos de la lengua y así puede demostrarse acudiendo a los diccionarios y obras generales de Etimología.

Derecho podía estar escrito y por lo tanto encerrado en una fórmula-forma, norma- o bien impreso o grabado en la conciencia del pueblo.

La doctrina del Derecho natural, construcción importantísima del pensamiento griego, a poco la extensión de la idea de Ley hacia lo que impone la naturaleza. A las leyes no escritas, se refiere de modo clásico a la Antígona de Sófocles. No importa que se trate de señalar un iusnaturalismo racionalista o voluntarístico, lo que importa aquí señalar es que la Ley no sólo presenta la forma de lo escrito.

A raíz de esta dicotomía de la Ley escrita-no escrita, Jenofonte en sus *Memorables* 1, 2, 43, llama Ley a todo lo que el poder soberano del Estado haya deliberado y prescrito como obligatorio, aquí se encuentra ya lo justo por naturaleza al lado de lo justo por ley.⁷⁴

Sócrates, fundador de la ética, construye de modo particular la teoría del acto humano que nos es transmitida por Platón y después será enriquecida por Aristóteles. En el pensamiento de Sócrates se encuentran las razones del origen natural y voluntario de la ley como forma de expresión del bien. Es cierto que en el pensamiento socrático no se encuentra elaborada una doctrina sistemática acabada, sin embargo entre Sócrates y los Sofistas como explican muy bien Fassó, la profunda diferencia radica en el hecho de que lo primero, a diferencia de los segundos, demuestra la universalidad tanto del conocimiento como de los valores morales⁷⁵. Sócrates toca uno de los puntos medulares de la ética cuando enseña que “*es preferible padecer una injusticia que cometerla*”⁷⁶ -*Gorgias o de la Retórica*, 29-35, 474 b-479.

Muchos factores externos y otros internos respecto del pensamiento griego, motivaran una recepción de estas ideas en el mundo antiguo. Esto se pone de manifiesto con el

⁷⁴ Soto, Sobreya y Silva, Ignacio. *Teoría de la norma Jurídica*, Porrúa, México, tercera edición, 2012. pág. 62.

⁷⁵ Historia de la Filosofía del derecho, Guido Fassó, tomo I, traducción de José F. Lorca Navarrete, Ed. Pirámide, Madrid, 1982

⁷⁶ *Ibidem*.

cosmopolitismo cínico, con la escuela estoica que siglos después será difundida principalmente por Cicerón en Roma.

El pensamiento de Sócrates que ha llegado a nosotros a través de los escritos de Platón se muestra insatisfecho con la antigua definición que el poeta Simónides ofrecía respecto de la justicia como “dar a cada uno lo que se le debe” ya que se objetaba que con esto se provocaría el hacer el mal a los enemigos y en ningún caso hacer el mal puede ser justo- Platón, *República I*, 69, 331-336.

Puede asegurarse que en el pensamiento de Platón se vive en un verdadero mundo de la soberanía de las leyes, la ley es entendida como instrumento ético fundamental y sustento del Derecho es la recta razón-*El Menón*, sigue siendo un escrito clásico para internarse en esta materia.

Aristóteles desarrolla de un modo notable el pensamiento ético de sus maestros. En el quinto libro de su *Ética a Nicómaco* se dedica enteramente al tema de la justicia. En Aristóteles también encontramos la norma de la equidad como correctivo a los excesos que pueden derivar de la generalidad de la ley escrita o a la amplitud de la razón natural *Ética a Nicómaco V*, 10, 1137, b.

Pasando por alto la escuela del epicureísmo y de las distintas alternativas que presentaron los escépticos, nos adentramos en la crisis de la filosofía griega recordando a uno de los seguidores del neoplatismo, *Calcidio*, cuya obra alcanzó notable éxito en la Edad Media y que vivió en la postrimerías del Imperio Romano de Occidente, tradujo al latín y comentó uno de los últimos diálogos de Platón: *El Timeo*.

Fue gracias a esta traducción, el único escrito platónico que durante mucho tiempo, conocieron los estudiosos medievales. En un pasaje de este documento, se emplea el adjetivo “positivo” para referirse al derecho positivo, que se contrapone al Natural para referirse al tipo

de Ley que se quiere indicar. Notamos lo anterior, pues como ya se ha puesto de manifiesto, resultó poco frecuente acudir a esta oposición hasta la época posterior el renacimiento europeo.

Con lo anterior nos aproximamos a la experiencia que se localiza en el derecho de los romanos.

El pensamiento filosófico en Roma, es escaso. Los principales estoicos: Cicerón, Séneca y más tarde Marco Aurelio, aunque aportan algunas novedades sustrayéndose al pesimismo de los primeros filósofos de esta escuela, se dedican principalmente a difundir el pensamiento de los griegos. Más tarde, comenzarán a apreciarse importantes expresiones de abstracción pero solamente en la época tardía, en las vísperas de la caída del Imperio Occidental. La influencia histórica del pensamiento de Cicerón es muy importante y se apreciará en la escuela de los Padres de la Iglesia.

En Roma nos encontramos en presencia de un sistema jurídico abierto como en los derechos antiguos. Se trata de llegar al conocimiento del Derecho y por tanto de sus formas de manifestación” La Norma”, mediante las creencias, el sentido común, las convicciones y todos los medios que faciliten obtener una solución justa a manera de una sentencia, si fuera el caso. El sistema se irá desarrollando primero, perfeccionando poco a poco, finalmente en el siglo VI, Justiniano instaurará por vez primera en la historia, un sistema jurídico de ley escrita con verdadero sentido autárquico, constituyéndose así la fundación o aparición de esta familia jurídica.

La costumbre, expresión del Derecho no escrito, es en los primeros tiempos la única forma de que se vale el Derecho para manifestarse. Al terminar la alta Edad Media, los glosadores estudiarán a profundidad la naturaleza jurídica de la norma consuetudinaria. El conocimiento cuidadoso de las razones históricas de la *lex*, de su proceso de formación constitucional y de sus partes constitutivas; conduce a la conclusión de que no fue entendida sino como una de las múltiples maneras de manifestación del Derecho, su carácter supremo, lo

comenzará a asumir hasta que el emperador desde el primer siglo de nuestra era, recibirá por delegación del pueblo, la facultad de legislar. Ahora el sentido y significación de las leyes es muy distinto del que tuvo la ley rogada de los primeros tiempos.

El papel que desempeñaron los plebiscitos los edictos de los magistrados, principal aunque no únicamente el pretor, los senadoconsultos, desde luego la jurisprudencia y las ya recordadas constituciones de los emperadores. Ahí tenemos una pléyade de modalidades de expresión de la norma jurídica que dejará su presencia y su secuela en todos los siglos siguientes, llegando inclusive a nuestro tiempo.

Los primeros signos o tendencias de hermetismo de algún sector de expresiones jurídicas, se tienen en Roma con el advenimiento de las leyes de las Doce Tablas en el siglo V a.C. Después del fallido deseo de Julio César de lograr una codificación de la jurisprudencia republicana, encontramos el Edicto Perpetuo en la primea mitad del siglo II d.C. Seguidamente, se entra ya de plano a la tendencia codificadora, primero, en un sentido más bien compilativo y de carácter privado -los llamados códigos de Gregorio y de Hermógenes- poco después ya con sentido público, localizamos el Código Teodosiano y el intento por organizar el basto caudal de la jurisprudencia en la denominada Ley de Citas.

Notamos, que en la medida en que decrece la creatividad y la producción de normas y doctrina en Roma, se va facilitando en mayor medida la coagulación o estratificación del Derecho. Parece haber ahí una relación de razón inversa que muchos siglos más tarde se vuelve a presentar en la Francia de los cinco Códigos de Napoleón.

La fundación del sistema jurídico de ley escrita que le otorga a ésta en su carácter prioritario, es llevada a cabo por Justiniano en ese siglo VI, ante la necesidad imperiosa, compulsiva, aunque finalmente no conseguida, de reunificar a las dos grandes porciones del Imperio Romano. Debiésemos hacer un estudio más detenido de este proceso histórico que no es

genealógico, a todos los derechos que en este tiempo constituyen la familia de ley escrita y por tanto de tradición romana, no obstante, no podemos extendernos tanto ésta parte.

Debe señalarse la importancia enorme que tuvo la llamada escuela Patrística con sus diferentes reafirmaciones de la idea de Ley Natural.

La esencia religiosa del evangelio, particularmente el mensaje contenido en el Nuevo Testamento, presentan de nueva cuenta la importancia y la supremacía de la Ley Divina entendida como ley Eterna que se manifiesta en la Ley Natural y se hace vida en la Ley Positiva.

Las aportaciones hechas por el pensamiento de los evangelistas, por San Pablo, San Agustín, San Isidoro de Sevilla, son decisivas en esta línea.

La historia de la norma jurídica en la Edad Media es muy compleja y abundante. Para Accursio que en su Gran Glosa hace culminar el trabajo de sus predecesores, la ley es entendida “como una prescripción santa que impone las cosas honestas y prohíbe las contrarias.”⁷⁷-Glosa al *Digesto* 1.32

Mientras tanto en el mundo anglo, se va configurando una mentalidad que siglos más tarde conducirá a una concepción instrumental del Derecho diferente de la que deriva de la tradición romana. En el sistema inglés la regla de Derecho *-rule of law-* ofrece otro significado que después se opondrá al de la norma de equidad de un modo semejante a aquel otro paralelismo que habíamos encontrado en Roma entre el Derecho Civil y el Derecho Honorario.

Es preciso distinguir entre la Escolástica anterior a Santo Tomás y la doctrina contenida en la Suma Teológica. Aristóteles y Cicerón son los inspiradores del racionalismo teísta de la teoría tomista de la ley. Ahí la razón y la fe se conjuntan y permiten que por vez primera se

⁷⁷ *Ibidem*. Pág. 67.

alcance un verdadero sistema filosófico no apoyado exclusivamente en creencias sino resultado de operaciones intelectuales perfectamente jerarquizadas.

Las reacciones al intelectualismo tomista se fueron presentando principalmente por vía del voluntarismo.

Al principio se quiere ver la ley en relación a la persona misma del monarca como lo hace Egidio Romano, otras veces como manifestación de la voluntad de Dios como en Dante si apreciamos sus enseñanzas en la Monarquía y en la *Divina Comedia* XIX, -79 a 90- con Guillermo de Occam nos acercamos y nos adentramos en el terreno del nominalismo ya anunciado por Escoto y ahora entendido como la obediencia ciega al mandato de Dios.

Toda esta época que ya preanuncia la llegada del Renacimiento ofrecerá explicaciones diversas al sentido de lo jurídico más no discute sus formas de manifestación, es decir las modalidades mismas de la normatividad.

Si incursionáramos en el naciente Derecho Mercantil, podríamos encontrar también algunas peculiaridades propias de los consulados y de los fueros o privilegios con que los monarcas dotaban a los gremios mercantiles.

Naturalmente, en algunos reinos de España -particularmente Aragón- y en Inglaterra, aparecen normas constitucionales con el propósito directo de proteger a los súbditos frente a los actos excesivos de la autoridad.

La quiebra intelectual y religiosa que produce la Reforma Luterana, levantará nuevos aires en el mundo del siglo XVI. No obstante, no se altera mayormente el cuadro de posibilidades de manifestación de la norma, se discuten, eso sí, de manera acalorada cuál puede ser la fuente del Derecho.

En este contexto histórico entra el mundo americano en la historia del occidente europeo.

Las nuevas modalidades de la cultura monárquica con sus parlamentos, cortes, formas de dominación, posibilitarán el desarrollo de una nueva cultura política siempre más dependiente del soberano que no sólo llega a encarnar a la ley sino de un modo imperioso también al Estado, como en el caso de Luis XIV.

La historia de la norma jurídica en el mundo de Nueva España es complejo y su desarrollo sería muy dilatado, basta señalar que esta historia demuestra la imposibilidad que tuvimos para sustraernos a los fuertes movimientos del constitucionalismo y de la codificación. Es en esos movimientos en donde se ratifica el ciclo histórico que nos va proporcionando nuestra propia identidad dentro del mundo jurídico de Ley Escrita.

Para los propósitos de esta que ahora iniciamos, nos parece conveniente señalar el modo con el cual el Derecho Mexicano asumió desde la época anterior a la consumación de nuestra independencia, la manera natural de expresar el Derecho: Legislación de Hidalgo, de Morelos, Constitución de Apatzingán realizada sobre el modelo parlamentario de la experiencia vivida en las Cortes de Cádiz⁷⁸...

2. *Del positivismo al Siglo XX*

Al entronizarse el positivismo como corriente filosófica moderna fundado por *Comte* y *Hume*. Tiene sus raíces en el racionalismo que se fue desarrollando y consolidando en los siglos de la ilustración también llamados del iluminismo en donde se sostuvo que el hombre es capaz de conocer toda la verdad por sus propias fuerzas y facultades. Se fue formando así un realismo excesivo que prepara la principal tesis del positivismo que se explica en la llamada Ley de los Tres Estados.

⁷⁸ Véase Leyes fundamentales de México de Felipe Tena Ramírez, Ed. Porrúa.

De acuerdo con Comte todas las ciencias deben recorrer en su desarrollo tres fases: La teológica que corresponde a un teocentrismo y pretende explicar los acontecimientos recurriendo al influjo sobrenatural de Dios o de los dioses y que a lo largo de la evolución de la cultura se adentra en la siguiente fase que es de carácter metafísico.

Para el positivismo los hechos son tomados tanto como objetos perceptibles cuanto como límites que se comprueban en las leyes que se van entrelazando.

El Neopositivismo insiste en que sólo es comprensible y posee sentido lo que puede comprobarse por la experiencia sensible. Con esta afirmación todos los principios metafísicos carecen de significado como objeto del pensar filosófico. No se deben confundir el positivismo como doctrina que reduce lo real a lo experimental con el método positivista que es menos exagerado.

Reducir el objeto material de la filosofía solamente a los principios que pueden ser materia de lo sensible; significa reducir la dimensión de lo humano y de lo existencial únicamente a una de sus vertientes. Como todos los monismos, el positivismo es un reduccionismo: vale en la medida en que afirma o acepta, no vale por lo que niega y excluye.

A las corrientes positivistas se les debe reconocer el mérito de haber llamado la atención sobre el hecho social y toda su fenomenología, de ahí ha derivado una serie de orientaciones de sociología general y de sociología jurídica.

El pensamiento filosófico positivista, incide naturalmente en el entendimiento y vida de la Moral y del Derecho. Se habla por tanto de un positivismo moral según el cual los valores éticos se fundan en la cultura y su evolución, en el pueblo, en las vivencias de la comunidad. Esto es muy grave porque pretende explicar que la bondad moral o valor de las acciones humanas no deriva del estatuto ontológico del hombre sino que depende de circunstancias contingentes o variables, se trata de las llamadas “oscilaciones posibles”. Por consiguiente,

como sigue describiendo Brugger: La Ley Moral- para el positivismo- no es invariable, como tampoco lo son los juicios éticos de valor que se reflejan en el espíritu de los hombres y de las culturas.⁷⁹

El positivismo moral pretende fundirse en el testimonio de la historia, para él no hay ninguna moral acabada, llegada del cielo, por así explicarlo, la moral se determina por la experiencia -empirismo moral- se ha ido gestando a lo largo de la historia -evolucionismo moral.

El positivismo incurre en un grave relativismo según el cual nunca podría llegarse a definir el bien y el mal si no es con apoyo en la sola experiencia, porque ésta dice únicamente lo que es, no lo que debe ser.

El relativismo moral que sostiene el positivismo conduce fácilmente al voluntarismo y al formalismo como únicas vías de entendimiento de la conducta jurídica y ética del hombre. Se parte de una concepción antropológica mutilada, reducida, que por lo mismo llega a consecuencias inaceptables.

Sus extravíos con respecto a los preceptos derivados se explican por la falsa aplicación de los valores morales supremos. Hay también un cambio justificado en exigencias morales de carácter más especial, en la concepción del modo de vestir, en las llamadas normas de cortesía, etcétera.

¿Qué podemos decir acerca del positivismo jurídico? Esta doctrina desconoce que el Derecho se funda en la condición de persona propia del hombre, condición que viene dada junto con su esencia y argumenta que la comunidad determina de manera absolutamente primordial el contenido del Derecho. En esta concepción se diluye la conexión entre el orden jurídico normado y cualquier Derecho anterior, se pretende que sus preceptos son Derecho, aun en el caso de que contradigan las relaciones esenciales ontológicas y el orden ético.

⁷⁹ *Ibidem*. Pág.71.

El formalismo jurídico coincide con el positivismo en cuanto no admite tampoco preceptos jurídicos determinados respecto al contenido y anteriores o superiores a los positivos, aceptando únicamente principio jurídicos formales y apegándose así al pensamiento de Kant⁸⁰.

Como puede entenderse fácilmente los pensadores positivistas como Saint-Simon, Spencer, Augusto Comte y otros fueron muy conocidos y difundidos en el México de los siglos XIX y XX. De alguna forma estas concepciones resultaron muy compatibles con los movimientos constitucionalistas que se produjeron en nuestro país a lo largo del Siglo XIX y cada vez se afianzaban más a la medida en que avanzaba la reforma que el ser contra la Iglesia significaba también oponerse al pensamiento tradicional. De los siglos XIX a XX se fue haciendo un lugar común en todo el mundo occidental separar Ley y Derecho, al menos olvidar o tratar de olvidar la relación de necesaria y consubstancial que hasta antes de la reforma protestante del siglo XVI, no se había expuesto ni siquiera.

En Europa, el positivismo jurídico formalista dio lugar a escuelas muy destacadas como la de la Jurisprudencia de Conceptos con representantes tales como Jorge Jellinek y Adolfo Merkel, la escuela Filosófica del Positivismo Jurídico.

No está por demás señalar de qué manera en los campos didáctico, doctrinal, del ejercicio profesional y de la vida misma del Derecho, esa fractura entre lo justo y lo legal ha conducido a una imposición casi unánime del positivismo entendido no tanto como doctrina, tampoco como método sino como actitud. Pero también cobra enorme importancia destacar que en la segunda mitad de la presente centuria los grandes pasos que ha dado el Derecho Internacional, la creciente globalización, el despertar de los derechos humanos, principalmente en estos últimos años, reconduce las inquietudes del mundo jurídico occidental hacia un último renacimiento del iusnaturalismo de contenido progresivo en donde se conservan los principios fundamentales y a

⁸⁰ Brugger en su Diccionario de Filosofía, bajo la voz “Derecho Natural” ilustra esta idea acudiendo a la libertad según pueda coexistir con la igualdad, así se tendría libertad de todos pág. 139.

la vez permanentes que el Derecho expresará en su normas destinadas a regular la vida social con las debidas adaptaciones a las complejas y muchas veces novísimas circunstancias.

3. *Elementos formales de la Norma Jurídica*

Entendemos con esta denominación los datos instrumentales con los que se constituye el precepto de conducta desde el punto de vista de su estructura lógica.

Los elementos formales de la Norma Jurídica han sido tratados por la Técnica Jurídica y de un modo particularmente insistente aun cuando con variaciones por la Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen, expresando que se refieren fundamentalmente a tres: El supuesto o hipótesis normativa, que es la conducta que prevé o imagina el legislador en esa primera enunciación del juicio de valor. El segundo elemento es la conexión o nexo que ata la hipótesis imaginada, pero extraída de la realidad, con su consecuencia o efecto jurídico que constituye propiamente el tercer elemento de los datos formales de la Norma de conducta y desde luego de la Norma Jurídica. ⁸¹

Algunas escuelas presentan explicaciones introductorias que ayudan a entender el tipo de juicio que constituye una norma de conducta en oposición a otro tipo de formulaciones⁸², nosotros no vamos a ocupar el presente espacio reproduciendo esas enseñanzas. El planteamiento de nuestro problema, se refiere a emplear el método analítico para determinar cuáles son esos componentes externos pero constitutivos del precepto normativo. Insistimos en esta división de elementos formales y materiales de la Norma Jurídica, ya que desde ahora manifestamos nuestro rechazo por una respuesta puramente formalista o positivista que pretenda reducir la esencia del Derecho sólo al precepto normativo sin interesarse inmediata y directamente por un cuidadoso análisis causal -etiológico- del ser del Derecho.

⁸¹ Kelsen Hans. *Óp. Cit.* pág.19.

⁸² Ver capítulo I de la Introducción a la Filosofía del Derecho de Eduardo García Máynez.

Antes de referirnos a esas otras formas de entender los elementos formales de la Norma Jurídica, debemos expresar nuestra separación del pensamiento Kelseniano, de que la norma primaria o fundamental es la norma sancionadora, esto es la que contiene la consecuencia que debe realizarse en el caso de incumplimiento del deber jurídico.

Para Kelsen la validez de las normas jurídicas depende de su eficacia, la pureza del método jurídico. Es cierto que el pensamiento de Kelsen sufrió distintas modificaciones que pueden seguirse a lo largo de su vida en Europa y después en los Estados Unidos. Es poco conocido en México este conjunto de transformaciones que parten de su *Teoría General del Estado* del año 1925 y prosiguen con su *Teoría General del Derecho y del Estado*⁸³.

La pureza del método termina siendo una deformación reduccionista de lo que el mismo Kelsen se había planteado. Al tratar de eliminar todo lo que no consideraba "propriadamente jurídico", se deformó y simplificó en un esquema unilateral la concepción que señala del Derecho y por consecuencia del "deber jurídico". Para el ilustre maestro, el deber Jurídico termina siendo la necesidad de omitir toda conducta prevista en la hipótesis de la Norma sancionadora como causa o condición de la ejecución de la punición o castigo. De ese modo, mediante una definición negativa seguidora de un concepto coactivo del Derecho, *Kelsen* desfigura el sentido verdadero del deber que es a nuestro juicio de índole valoral y que finalmente se desprende de la persona humana en su contexto societario.

Ya no insistiremos más en la consideración de la coacción como un "propio" muy importante y hasta caracterizador del Derecho, aprovechemos todo lo aceptable que tiene la Teoría Pura para el entendimiento de la Teoría General de la Norma. Kelsen explica acertadamente que el precepto normativo reviste un significado prescriptivo, no descriptivo, insiste como ya expresamos en su peculiar manera de entender "el deber" y con ello se sustrae a

⁸³ Una breve descripción de estas modificaciones se presenta bajo la voz "Norma Jurídica" en el Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM - Porrúa, material elaborado por Ulises Schmill Ordoñez.

una respuesta sustantiva que pudiese ser al menos, puerta de entrada hacia una Filosofía del Derecho bien preparada por su Teoría General.

Kelsen, aprovecha de la doctrina francesa del Acto Jurídico y de la alemana acerca del Negocio Jurídico, lo que le permite distinguir las normas completas de las llamadas por él, incompletas: "...Las normas de la Constitución que regulan la creación de los preceptos generales que habrán de aplicar los tribunales y otros órganos de aplicación del derecho; no son, por consiguiente, Normas Jurídicas independientes y completas⁸⁴.

Distintos autores han prestado atención a esta referencia de Kelsen llegando a precisar que las normas incompletas prescriben un deber en el sentido amplio de la expresión sin ninguna referencia de carácter orgánico y que las completas o primarias autorizan a los sujetos jurídicos a introducir nuevas reglas, modificarlas o extinguirlas.

Rafael Preciado Hernández⁸⁵ se ha ocupado en sus *Lecciones de Filosofía del Derecho*, de refutar con amplitud la Teoría de la Pureza del Método y la derivación del concepto de deber y de norma que ahí se encuentra.⁸⁶

Es importante preguntarse en este momento de nuestra reflexión qué tipo de noción es la que conviene a "norma". Habitualmente se opone lo normativo -adjetivo- a lo normal, la primera expresión es valoral y se conoce mediante un juicio que expresa un deber ser y un tener que ser de tipo moral. Con la voz normalidad, se expresa lo que acontece en la realidad, independientemente que se ajusten o no a la conducta prescrita.

Así se aprecia poco a poco que la idea de norma es análoga toda vez que de un modo u otro el analogado primario expresará siempre una prescripción. Lo anterior significa una representación de la conducta humana que da origen a un poder que en términos jurídicos se

⁸⁴ Teoría General del Derecho y del Estado, pág. 149.

⁸⁵ Ver páginas 49 a 52 de sus ya referidas Lecciones de Filosofía del Derecho.

⁸⁶ Soto Sobreyra y Silva, Ignacio. *Óp. Cit.* pág.77.

denomina derecho subjetivo y que tiene como correlato a un “tener” que en sentido amplio se denomina deber y a veces obligación⁸⁷.

Lo anterior nos permite aprovechar una serie de materiales que la Teoría Pura del Derecho nos ofrece en relación con los elementos o datos formales de la Norma Jurídica, para buscar otra presentación distinta que ofrece un pensamiento más tradicional. Así, siguiendo las enseñanzas de Santo Tomás, Preciado Hernández -págs. 120 y ss.- señala que los datos formales de la Norma Jurídica son: El sujeto, el supuesto, la relación, el objeto, el derecho subjetivo, el deber y la sanción. No pretendemos en este lugar analizar la presentación que en la materia formula Preciado Hernández y con la cual estamos de acuerdo. Insistimos en la necesidad de enriquecer el esquema de los elementos formales de la Norma Jurídica con los llamados implícitos y correlatos. Estimamos que tanto la presentación que al respecto formula la Teoría Pura del Derecho como la que hace el pensamiento más tradicional, son válidas como parte de la formulación de la Teoría General de la Norma. Nos parece muy grave quedarnos en este estadio del análisis y reducir la forma a la totalidad sin ir a buscar los datos sustantivos o materiales que subyacen y legitiman la dinámica y razón de ser de la norma jurídica en una concepción valoral del derecho. Volvemos a las nociones clásicas de causa *legis*: Razón de ser de la Ley, se trata, de buscar una respuesta ontológica suficiente, como puede verse, esto va conectado con los datos o elementos materiales que son tan importantes en una verdadera Teoría General de la Norma. Por otro lado, nos encontramos con la *voluntas legis*, que significa la decisión del legislador humano, no importa si se trata de un órgano unipersonal o de un cuerpo colegiado. Evidentemente la voluntad del legislador se aprecia de un modo más inmediato en los datos externos o periféricos de la norma, esto es, en esos elementos formales que acabamos de repasar.

⁸⁷ En sentido contrario, puede verse el escrito de Ulises Schmill Ordoñez, que considera que la norma no es un concepto unívoco y claramente especificado. Si recordamos la clásica definición que respecta de la ley nos transmite San Isidro de Sevilla en sus Etimologías 5.3.2-4 y apreciamos que es todo lo que la razón ha constituido para bien de los hombres, podemos sustentar válidamente que estamos ante una verdadera analogía,

La distinción anterior no se confunde, se asemeja a aquella que también en el pensamiento tradicional se ha señalado respecto del Derecho; contrastando el *iuscondndum*, que es el derecho ideal pero que impone la Naturaleza de la realidad frente al *iusconditum*, que es aquel que ha sido puesto *-positum*, positivo- por la voluntad del legislador humano.

Pasaremos enseguida a referirnos con brevedad a las fuentes de "lo obligatorio" en virtud de su estrechísima conexión con los aspectos formales y materiales de la Norma Jurídica.

4. *Elementos materiales de la Norma Jurídica.*

Referirse a los datos sustantivos de la norma de Derecho, significa manifestar la concepción y cosmovisión que tiene el autor respecto de la noción misma del Derecho y de su operatividad. Entendemos que nada puede hacerse en este campo si no partimos de la persona humana como protagonista y destinatario del Derecho. Todo al servicio de la persona humana sin desconocer, al contrario, insistiendo en su dimensión social. Por ello, asumimos una idea personalista-comunitaria de todo fenómeno jurídico. En esa misma dirección se entiende que la sociedad, y la autoridad se encuentran subordinadas a la consecución de los fines individuales y colectivos de la persona. En suma, al lado de la persona, de la sociedad y de la autoridad, una verdadera teoría general, de la norma jurídica, exige una referencia insoslayable a la noción de "Bien", entendido como noción moral.

Es sabido, que cualquier concepción de lo social y de lo político, se justifica como un modo de alcanzar el bien común que es de suyo una noción de carácter ético dentro de la cual se contienen los fines del Derecho: justicia, seguridad jurídica, la certeza y la paz entendida como en el pensamiento Agustiniiano, tranquilidad en el orden.

Por lo anterior se completan estos elementos sustanciales o constitutivos de la norma jurídica, si a la persona jurídica, sociedad, autoridad, fines jurídicos, deber de justicia y bien

común, se agrega la sanción entendida como respuesta natural y también necesaria al cumplimiento o incumplimiento del deber prescrito en el precepto normativo.

De ninguna manera, debemos pasar por alto que en numerosas ocasiones la persona humana necesita de las construcciones que gracias a la política y a la técnica jurídica, resultan y que son conocidas como personas colectivas o personas morales y de las cuales ningún derecho civilizado de estos tiempos puede prescindir.

Respecto de la sanción, debemos agregar que no entendemos de un modo cabal al Derecho, si no lo concebimos como un orden humano establecido en la sociedad y que opera de un modo preponderantemente externo gracias a la coacción de que dispone el Estado.

Ya hemos abundado en este capítulo al entender a la coacción como un "propio" del Derecho y por lo mismo no nos extenderemos más. No obstante lo anterior, nótese la enorme importancia que en una sana Teoría General de la Norma Jurídica reviste la atención que se asigne a este renglón. Ciertamente, no podemos seguir a Kelsen para quien la norma sancionadora es norma primaria. El Derecho es fundamentalmente un orden de prescripciones y propia y habitualmente hará uso de las sanciones que en un sentido amplísimo pueden ser prémiales que como normalmente se les entiende: punitivas. El deber jurídico mismo como expresión de una necesidad de carácter moral que se actualiza a favor de las personas humanas que se desarrolla en la sociedad; es la justificación y razón de ser del orden normativo jurídico⁸⁸.

Hemos ya insistido en la necesidad de invitar a los juristas a revisar el cuadro de las fuentes formales del Derecho, principalmente para adicionar dentro del nivel de normas individualizadas o de menor generalidad a todo el conjunto de disposiciones que principalmente emanan del Poder Ejecutivo en el amplísimo campo de la Administración Pública.

⁸⁸ Como referencia bibliográfica de esta sección puede consultarse además de las muchas veces citada Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen, las Lecciones de Filosofía del Derecho de Rafael Preciado Hernández, pag.124

Siendo estas normas individualizadas por ejemplo conforme a la Ley Federal sobre Metrología y Normalización en su artículo segundo Fracción XI aquellas que tienen por objeto la regulación técnica de observancia obligatoria que establece reglas específicas, atributos, características o prescripciones aplicables a un proceso o servicio .⁸⁹ Normas oficiales que sirven para regular la calidad así tenemos como ejemplo la norma ISO 9001:2015 que se refiere a la calidad de servicios.⁹⁰

⁸⁹ Diario oficial de la federación 1 de Julio de 1992 y su última reforma del 30 de abril del 2009

⁹⁰ Norma ISO 9001:2015, <https://www.iso.org/standard/62085.html>

CAPÍTULO IV

SISTEMA JURÍDICO.

SUMARIO: 1. *Concepto. Sistema Jurídico y orden Jurídico*; 2. *Clases de Sistema. Sistema natural y sistema cultural*; 3. *Sistema Jurídico y Sistema Político*; 4. *Elementos del Sistema Jurídico*; 5. *Notas Esenciales del Sistema Jurídico*; 6. *Integración de los subsistemas Jurídicos en un régimen Federal*; 7. *Derecho común, su contribución a la formación de un sistema jurídico autosuficiente*; 8. *La supletoriedad como complementariedad*; 9. *Comparación de normas: La suplida y la supletoria*; 10. *El negocio Jurídico entre el silencio de sus autores: la ley supletiva desde el pensamiento Sanvigny*; 11. *Diferencias con el reenvío.*

1. Concepto. Sistema Jurídico y Orden jurídico.

Para dar formal inicio, la acepción de sistema jurídico; se entiende, “como el conjunto de normas jurídicas, actitudes e ideologías vigentes en un país sobre lo que es el Derecho,”⁹¹ su función en la sociedad y la manera en que se crea o debería crearse, aplicarse, comprenderse, perfeccionarse, enseñarse y estudiarse. De esa manera, el sistema jurídico reúne las estructuras y las modalidades de funcionamiento de los órganos, instituciones y componentes sociales encargados de la aplicación e interpretación de las reglas de Derecho, así como de aquellos que las crean o influyen en su creación, interpretación y modificación. (Véase cita 23).

De la expresión *Sistema Jurídico*, a menudo se identifica sistema jurídico con orden jurídico.

Debe hacerse alguna precisión: orden jurídico, incluye una nota abstracta de pura contemplación de lo que establece el conjunto organizado de las normas de derecho, tanto en los supuestos como en las consecuencias normativas, sin embargo, cuando se habla de orden

⁹¹ Raz, Joseph. *El Concepto de sistema jurídico*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1986.pág. 154

jurídico, frecuentemente se está tocando su realización, su verificación en el mundo de los hechos o en algunos casos los impedimentos de facto que excluyen la correcta o compleja realización de lo establecido en el ordenamiento normativo.

El sistema jurídico supone el conjunto de normas jurídicas objetivas que están en vigor en determinado lugar y época, integrando las diversas fuentes jurídicas, como las leyes, las costumbres, la jurisprudencia de los tribunales y la doctrina, que rigen en los diversos países del mundo, así como sus mecanismos de creación, modificación, interpretación y aplicación. Cada país tiene su propio sistema jurídico y su peculiar manera de considerar el Derecho, sus fuentes y los componentes significativos en su creación, interpretación y aplicación.

Se ha podido definir al sistema normativo como sistema deductivo que tiene consecuencias normativas, para lo cual es necesario que en la base del sistema figure por lo menos un enunciado normativo. Se nos plantea ahora el problema de la definición del sistema jurídico, como subclase de sistemas normativos.

El procedimiento habitual consiste en definir el sistema jurídico a partir de la norma jurídica, es decir, primero se da una definición de norma jurídica, caracterizando su esencia o naturaleza, y luego se define el sistema jurídico como el conjunto de las normas jurídicas. De tal manera resulta que un sistema es jurídico porque contiene normas jurídicas. Nuestro propósito es proceder exactamente al revés: dar una definición de sistema jurídico y luego caracterizar como jurídicas las normas que forman parte de ese sistema. En otras palabras, en vez de definir el todo (*sistema*) en función de sus partes (*normas*), definiremos las partes en función del todo.

La razón de este giro ha de buscarse en nuestro escepticismo respecto de la viabilidad del otro procedimiento. Las dificultades con que tropieza el intento de definir la norma jurídica con independencia del sistema, surgen con toda claridad en la Teoría Pura del Derecho, que provee un excelente ejemplo en este sentido.

Kelsen define la norma jurídica como la norma que establece una sanción coercitiva y socialmente organizada. La presencia de la sanción es lo que confiere a la norma su carácter jurídico y constituye, por lo tanto, la esencia de la juridicidad. Una definición del derecho que no tomara en cuenta -como característica definitoria- la sanción, no sería satisfactoria para *Kelsen* porque no permitiría distinguir entre las normas jurídicas y otras normas sociales.

La idea de que el derecho está íntimamente ligado a la sanción no es nueva y es compartida en una u otra forma por casi todos los filósofos del derecho; pero *Kelsen* es el autor que más consecuentemente ha desarrollado esa idea al erigir la sanción en característica definitoria de cada una de las normas jurídicas. De ahí que para *Kelsen* todas las normas jurídicas tienen una estructura o forma común: todas prescriben sanciones.

Ahora bien, toda teoría monista que sostiene que todas las normas jurídicas responden a un esquema uniforme y que el derecho es el conjunto de normas así caracterizadas, debe dar cuenta del hecho de la diversidad de enunciados que suelen figurar en los códigos, leyes, decretos, constituciones y demás textos legales. El más leve examen muestra que no todos los enunciados que figuran en tales textos son normativos (en el sentido de que expresen normas de conducta que prescriban acciones o actividades) y los que lo son no siempre establecen sanciones. De hecho, sólo algunos artículos del Código Penal (en su parte especial) se ajustan directamente al esquema *kelseniano*. Todo o casi todo el resto de las disposiciones jurídicas no responde prima facie al esquema canónico y debe ser objeto de una reconstrucción. La tarea de la reducción de los enunciados jurídicos a la forma canónica es una tarea básica de toda teoría monista y *Kelsen* es bien consciente de ese problema.

Dentro de la producción escrita de *Kelsen* se pueden rastrear dos respuestas distintas al problema que nos ocupa, motivo de estas lienas. La primera es considerar todos los enunciados que no responden a la forma canónica como normas incompletas o fragmentos de normas. Como segundo supuesto; la norma sólo sirve de medida de valor dentro de cualquier juicio en el cual

se encontrará una conducta de manera objetiva, es decir, en un acto que concuerde o no con una norma que supone válida.

2. *Clases de sistema. Sistema natural y sistema cultural.*

Dentro de algunas anotaciones más convenientes, que haya que hacer sobre los dibujos y deformaciones que se suelen hacer del derecho natural, una de estas tiene que ver con el tema de la formalización del “*derecho natural*”,⁹² o su adecuación a la cultura original de algún pueblo en razón de estudio del propio, ¿Cómo se formaliza dicho derecho? ¿Cómo tiene vigencia positiva?

Se suele decir que el derecho natural carece de un proceso de formalización , esto es, le falta un procedimiento que le dé vigencia en el mundo jurídico práctico . Esto es tan falso como el resto de sus críticas. La formalización del derecho natural consiste precisamente en la tecnificación de los elementos que integran el derecho, dándoles forma y atribuyéndoles eficacia, es decir, estableciendo los requisitos para que dichos elementos sean válidos en sí mismos y en relación con los demás, a la vez que eficaces.

Al respecto, se ha señalado que “*el derecho natural, una vez positivado, debe ser integrado por la formalización mediante normas por las cuales se complete, se establezcan los mecanismos que garanticen su aplicación.*”⁹³

⁹² La distinción entre derecho natural e iusnaturalismo resulta especialmente importante por lo que a continuación se va a tratar. El derecho natural, dicho en términos generales, es, como dice *Finnis*, aquel conjunto de principios de razón práctica que “*muestran las formas básicas de realización humana*” y que “*distinguen el pensamiento práctico correcto respecto del incorrecto*”. En cambio el iusnaturalismo es un nombre genérico para todas las teorías que aceptan que hay un derecho natural, las cuales, como es obvio, difieren enormemente en sus explicaciones sobre el derecho natural y sobre sus verdaderos contenidos. En este escrito nos referiremos sobre todo al derecho natural, pero lógicamente desde la perspectiva de una versión del iusnaturalismo, la más clásica basada en Aristóteles y Tomás de Aquino, hasta hoy defendida por autores como John Finnis y Javier Hervada, no obstante las muchas diferencias entre ellos. Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press; Oxford, Inglaterra, *idem*, *Ley natural y derechos naturales*, trad. de C. Orrego, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, págs. 57-59

⁹³ Hervada, Javier. *Introducción crítica al derecho natural*, 6a. ed., Pamplona, Eunsa, 1990, *passim*. Del mismo

Un ejemplo: es el que propone Orrego: el delito de hurto . En todos los sistemas jurídicos dicho delito es castigado penalmente . En muchos de éstos la sanción depende del objeto y del valor de lo robado. Así, no puede sancionarse igualmente a quien hurta una billetera que a aquel que asalta un banco, etc. De este modo, es natural que se castigue al ladrón, y “*es de derecho positivo cuántos años sean (y lo más “positivo” o “impuesto” será lo que imponga el juez en su sentencia)*”.⁹⁴

Entendido lo anterior como se acaba de reseñar, se comprenderá mejor el sistema de garantías del derecho natural. Aquí hay que decir que una cosa es el derecho y otra el sistema de sus garantías por las que se hace efectivo. Si el derecho es en parte natural y en parte positivo, constituyendo ambos un solo Derecho, ¿cuál será entonces el sistema cultural del derecho natural? La respuesta es que no puede ser sino el mismo que el propio del derecho positivo, vigente y utilizado dentro de determinado lugar con las normas que de alguna manera han llevado muy aparejada ejecución con las formas establecidas por el rol cultural de determinado pueblo.

3. Sistema jurídico y sistema político.

Desde el punto de vista normativo, tenemos que el derecho es un sistema (*es decir cimentado teóricamente*) construido socialmente (*algunos piensan que naturalmente, racional*), haciendo que ciertas normas pertenezcan a un sistema o no.

Sistema político y Sistema Jurídico son realidades lógicas, existentes y operativas que de ninguna manera se confunden al contrario se completan y al mismo tiempo se delimitan. El sistema político debe estar expresamente consignado y definido en la norma fundamental, en la

autor: “Apuntes para una exposición del realismo jurídico clásico”, *Persona y Derecho*, Pamplona, núm. 18, 1988, pág. 180.

⁹⁴ Orrego Sánchez, Cristóbal. *Análisis del derecho justo. La crisis del positivismo jurídico y la crítica del derecho natural*, México, UNAM, 2005, pág. 81.

Constitución. En este sentido, el sistema político es parte integrada del sistema jurídico, empero, hay realidades políticas que escapan a lo que pertenece estrictamente al terreno del Derecho, por ello, se suele hablar con frecuencia de fines o situaciones metajurídicas, de facultades metaconstitucionales o metalegales.

El sistema político se entiende didácticamente a partir de los estudios de la vertiente social del Derecho, de la Teoría Política que comprende a la Teoría del Estado, a la Ciencia y de la Filosofía Política.

Si bajamos por un momento a nuestra Constitución Política podemos señalar algunos textos en los que se encuentran consignadas las bases del Sistema Jurídico: los artículos 1º, 2º, 14, 16, 29, 41, 73, 89, 121, 124, 133, 135, 136, entre otros, posteriormente aludiremos a los que nos parezcan más importantes en la cuestión que estamos tratando. Como es fácil comprender, el sistema político que define nuestra Constitución se encuentra, entre otros, en los artículos 39, 40, 41, 42 y siguientes, 49 y demás relativos de la parte orgánica de nuestra carta fundamental.⁹⁵

Algo denominado como sistema jurídico, siempre ostentara ciertas particularidades que lo hacen diferentes de otros sistemas, entendiéndose que ya no solamente por la cuestión de ser de carácter normativo, de allí que al usar la fuerza pública con carácter de autoridad, realza el status jurídico y no moral, porque para esto es importante lo que se puede identificar como con validez y existencia en el mismo sistema de normas, asentándose con la conocida norma básica de carácter fundamental, propuesta hecha por Kelsen (*grundnorm*) a fin de conocer que esta tiene pertenencia a lo que está inmerso dentro del mundo jurídico, partiendo de las normas primarias y secundarias.

En formal estudio del sistema dinámico, o lo que se considera como tal, es decir las normas que están implícitas, estas también poseen características fijas, por ejemplo: *Las*

⁹⁵ Soto Sobreyra y Silva, Ignacio. *Teoría de la norma Jurídica*, Porrúa, México, tercera edición, 2012. pág. 102.

clausula que se encuentran dentro de un texto constitucional, por eso la excepción, de allí se puede afirmar con toda veracidad que el sistema jurídico es dinámico, por lo que en todo el tiempo este sigue promulgando leyes, reformándolas o derogándolas según sea el caso, al existir un sistema que por si es diferente al que concebimos la primera vez como original.

Como marcada diferencia entre sistema jurídico y orden jurídico, podemos decir que el orden jurídico siempre tiende en ir más allá, ya que el cambio del orden jurídico es más riguroso, porque se necesita de cambios estructurales, en el que se puede decir que hacen parte del sistema para que sea cambiado (*reglas de cambio*), es decir hablamos de cambios supremos, un cambio de una norma sobre la que descansa todas las demás (*una regla de reconocimiento por dar un ejemplo*), entonces podríamos decir que mientras que el primero, el *sistema jurídico*, está más relacionado con el *orden jurídico* en sí, aunque no necesariamente, el orden jurídico está más relacionado en cuanto a la parte del orden político jurídico, a efecto de llevar a cabo un cambio fuerte tal como, un cambio de regimen, contemplando los avatares de carácter jurídico que puedan sobrevenir de manera arbitraria, en el que cambia el sentido de una constitución; como cuando hablamos de la familia, parejas del mismo sexo, pero haciendo la salvedad que no toda alteración normativa hace cambio al orden jurídico.

El sistema jurídico puede que sea muy dinámico, pero también tiene su estaticidad, lo que resulta en que cambien muchas cosas y otras no, a partir de todas las autoridades, no solo legislativas sino también administrativas, por ejemplo un sistema X puede cambiar con normas N1, 2 y 3, o no.

Y puede que una sola norma cambie ese sistema jurídico, pero con el orden jurídico pasa algo distinto, ya que resulta ser más estático que dinámico, aunque esto no quite su dinamismo; ya que el cambio temporal o permanente de estos sistemas, hace que cambie el orden jurídico (*que se le puede llamar político también*), siendo así el orden jurídico la suma de todo lo que se hizo temporalmente, momentáneamente en el sistema jurídico.

Para efectos de la investigación, cabe apuntalar que sistema político se define como: “El conjunto de elementos que interactúan y están interrelacionados recibe el nombre de sistema. Lo político, por su parte, se asocia a la actividad política; aquello vinculado a la administración de los temas públicos y a la gestión del Estado.”⁹⁶

El sistema político, de este modo, es la organización existente en un determinado territorio para el ejercicio de la política. En este sistema intervienen diversos agentes, instituciones y normativas que componen aquello que se entiende por poder político.

“Cada sistema político determina la forma de acceso al gobierno, es decir, a la administración del Estado y establece las bases sobre las cuales se desarrolla la actividad gubernamental. Estos sistemas, por lo tanto, están directamente vinculados con el modo de organización del Estado y con la Constitución.”⁹⁷

El sistema político puede relacionarse a la forma de Estado. Una de las posibles clasificaciones de sistema político arroja las siguientes tres posibilidades: unitario, federal y socialista. Veamos los tres conceptos más en detalle, a continuación.

Unitario: este tipo de sistema político consta de un gobierno único y centralizado, en el cual las divisiones internas tales como provincias o departamentos, entre otras propias del Estado, se limitan al plano administrativo, o sea que cada una de ellas cuenta con un gobernante designado por el Gobierno Nacional para representar el Poder Central.

Su Estado Interno no es autónomo ni cuenta con Poderes propios (*ni judicial ni legislativo*), además, no puede dictar leyes por su cuenta, decidir el monto del presupuesto o concebir impuestos internos, ya que en todos los casos depende del Poder Central.

⁹⁶ Reyes Salas, Gonzalo. *Sistemas Políticos Contemporáneos*, Oxford University Press, México, 2000. Pág. 163.

⁹⁷ <https://definicion.de/sistema-politico/>

Federal: a diferencia del sistema político unitario, el federal provee a las divisiones internas del Estado de sus propios Poderes (*Legislativo, Ejecutivo y Judicial*), los cuales elige el pueblo regional. De cualquier forma, también deben respetar las decisiones del Gobierno Nacional; por ejemplo, si bien cada provincia tiene su propia constitución, las leyes en ella expuestas no pueden estar en conflicto con las nacionales.

“Otros de los derechos que tienen las divisiones internas en un sistema político federal son la posibilidad de contar con un cuerpo de policía propio, crear sus impuestos internos y tomar las decisiones relacionadas con su presupuesto.”⁹⁸

Socialista: en un sistema político socialista, es la sociedad quien tiene el control, y para ello se organiza como un todo, incluyendo sus fuerzas de trabajo y sus medios de producción. Esto acarrea un nivel de planificación colectiva que debe tomar en cuenta diversos factores, como ser el plano económico y social de los habitantes.

La forma de gobierno también está determinada por el sistema político. Un territorio puede organizarse como república (el jefe de Estado es elegido para ocupar un cargo público) o monarquía (el jefe de Estado es una persona que hereda el cargo y lo ejerce de manera vitalicia).

“A su vez, cada una de ellas se subdivide en diferentes tipos. Dentro de la república encontramos *la presidencialista, la semipresidencialista, la parlamentaria y la unipartidista*; en el caso de la monarquía, está *la constitucional* (también conocida como parlamentaria), *la constitucional con monarcas activos*, y *la absoluta*. Otros sistemas políticos pertenecientes a esta clasificación, son los Estados gobernados por juntas militares (*como ser Tailandia, donde el Gobierno lo componen solamente autoridades de las fuerzas armadas*) y la teocracia (*la cual no admite una división entre el poder religioso y el político*).”⁹⁹

⁹⁸ <https://definicion.de/sistema-politico/>

⁹⁹ <https://definicion.de/sistema-politico/>

Veamos un ejemplo del funcionamiento de un sistema político. En Argentina, el sistema político vigente establece que el país es una república que está regida por la Constitución, organizada de modo federal con provincias que gozan de una cierta autonomía y con democracia representativa, en donde el pueblo gobierna a través de sus representantes, quienes son elegidos en elecciones democráticas.

De aquí que los Estados Unidos Mexicanos se encuentran organizados en una federación, cuya naturaleza jurídica, se fundamenta en los artículos 40 y 41 de la Carta Magna. Dichos preceptos constitucionales establecen que *“es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una república representativa democrática, federal, compuesta de estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior, pero unidos en una federación establecida según los principios de esta Ley fundamental; y el pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión, en los casos de la competencia de éstos, y por los Estados, en lo que toca a sus regímenes interiores, en los términos establecidos por esta Constitución.”*¹⁰⁰

Los Poderes de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos se encuentran separados de acuerdo al principio de la división de poderes tal como lo establece el artículo 49 de nuestra Carta Magna en: Ejecutivo, Legislativo y Judicial. De la misma forma que a nivel Federal, las 32 Entidades ya que por la reforma del artículo 43 Constitucional, el Distrito Federal es la Ciudad de México, Estados soberanos que están facultados para elegir a sus autoridades; cada Entidad Federativa dispone de su propia Constitución y legislación local.

Evidentemente, el federalismo, la presencia de las entidades federadas, el pacto de la propia federación, los municipios, son realidades políticas que tienen su dimensión sustantiva y que están operando continuamente en el ámbito de los dos sistemas¹⁰¹.

¹⁰⁰ https://www.oas.org/juridico/mla/sp/mex/sp_mex-int-description.html.

¹⁰¹ Soto Sobreyra y Silva, Ignacio. *Teoría de la norma Jurídica*, Porrúa, México, tercera edición, 2012.pág. 102.

Para finalizar, sostendremos que, en tanto que dentro del primero, la forma del sistema jurídico está más estrechamente relacionada con el *orden jurídico* en sí, aunque no necesariamente, el orden jurídico está más relacionado con el orden político jurídico, es decir en modo estructural casi siempre, para los cambios de regímenes políticos que puedan darse.

4. Elementos del sistema jurídico.

Respecto a los elementos propios del sistema normativo, en las teorías de justificación de los sistemas jurídicos existen diversas formas de distinguir entre fuentes formales y fuentes materiales del derecho. “Carlos Alchourrón ,”¹⁰² considera una versión más estricta de la diferenciación de fuentes, que se explica a continuación:

Formales

La legislación es la fuente formal del derecho por excelencia . la costumbre, así como otro tipo de normas, es tenida en cuenta solo cuando la ley lo indica.

Materiales

Las fuentes materiales del derecho, según este enfoque, son las siguientes:

- La moral. No se discute la naturaleza formal o material de esta fuente, pero se afirma que es material.
- La jurisprudencia. Se justifica el hecho de que la jurisprudencia no es una fuente formal del derecho, por cuanto, si una decisión judicial deriva de las leyes del Estado, la jurisprudencia no le aporta nada a dichas leyes y, si no se tiene en cuenta la ley en la jurisprudencia, se viola el principio de legalidad.

¹⁰² Alchourrón, Carlos. *Fundamentos para una teoría general de los deberes*, Marcial Pons S. A, Madrid, 2000. pág. 165.

La anterior distinción deriva de la doctrina de separación de poderes y se enfoca en la separación del poder legislativo del judicial, así:

- Legislativo. Citando la doctrina de separación de poderes, es la principal autoridad competente para crear las normas que sirven de referente de la conducta de los individuos en sociedad.

- Judicial. Consiste en resolver los casos particulares, de acuerdo con las normas emanadas del legislador.

Dicha separación de poderes, a su vez, se justifica en tres argumentos, que son:

- El argumento de la igualdad. Consiste en que, cuando los jueces aplican las leyes emanadas del legislativo, todos los casos del mismo tipo recibirán la misma solución. En consecuencia, la exigencia del ideal político de igualdad justifica también la separación de poderes.

- El argumento de la democracia. En aquellos países en donde se eligen popularmente los miembros del legislativo, no ocurre lo mismo con los miembros de la rama judicial, por lo cual, una separación tajante de esos poderes permite el control democrático sobre el modo de resolver los conflictos de los ciudadanos.

- El argumento de la certeza y la seguridad. Solo mediante una *estricta* división de poderes la persona está en condición de conocer sus derechos y sus obligaciones , antes de que haya sentencia judicial que los enuncie. Esta es la razón de la justificación de las sentencias judiciales, ya que, si no se hace, esta sería arbitraria y los derechos y obligaciones serían establecidos por el juez.

Aun con una separación tajante y radical de poderes, los resultados obtenidos no garantizan las cualidades intrínsecas de las decisiones adoptadas; entonces, en este modelo del sistema maestro, la justicia en las decisiones judiciales deviene de las normas generales emanadas del legislativo

5. *Notas esenciales del sistema jurídico.*

Lo que hay que apuntalar como notas importantes a saber, es que para *Luhmann*, el sistema es considerado como un conjunto de operaciones de carácter fáctico que, al ser compuestos de operaciones sociales, son constituidas como comunicaciones, cuyo “*punto de partida para su definición es, sin lugar a duda, la distinción entre sistema/entorno y no la norma, o una determinada tipología de valores*”¹⁰³

Es importante tener en cuenta el concepto de operación dentro del sistema: según *Luhmann*, es el acontecimiento que constituye una determinada actualización de posibilidades fácticas que, en cuanto suceden, desaparecen. No posee un tiempo definido dentro del sistema de la sociedad o, dicho de otro modo, un término de duración determinado, a menos que sea para su observación dentro del sistema ; en ese caso , sí tiene un tiempo o un término determinado (*pasado, presente o futuro*). En otras palabras, las operaciones son hechos que se presentan al interior del sistema en un tiempo presente determinado.

De acuerdo con *Luhmann*, el sistema de derecho, es “*todo sistema que tiene como función la emanación de normas jurídicas, que constituyen soluciones a casos emergentes.*”¹⁰⁴

Conocido también como sistema jurídico (*en adelante, entendido como sistema jurídico maestro*), constituye un sistema cerrado, por cuanto se observa y se describe a sí mismo, de forma que desarrolla sus propias teorías, comportándose de una forma constructivista, que no intenta representar el mundo exterior o sea, el entorno del sistema, sino construirse de acuerdo con su propia información.

En concordancia con lo anterior, es importante hacer una distinción entre el sistema jurídico y el entorno que lo soporta, a fin de mostrar el origen cierto de los sistemas jurídicos y sus relaciones fácticas con el ambiente en donde se desarrollan. Así, luego de hacer un estudio

¹⁰³ *Luhmann, Niklas. El Derecho de la Sociedad, Herder, México, 2005, pág. 98.*

¹⁰⁴ *Luhmann, Niklas. El Derecho de la Sociedad, Herder, México, 2005, pág. 77.*

histórico de la diferencia entre estos dos términos, Luhmann desarrolla dos concepciones para la misma: la sociológica y la jurídica.

En tanto que, para la Sociología, según Luhmann, “*toda esta distinción entre sistema y entorno obedece a un problema de interdependencia entre estos conceptos, a fin de que se pudiese representar a la sociedad (el entorno del sistema) como un factum,*”¹⁰⁵ es decir, un elemento productor de normas, dirigido con la finalidad de orientar los diversos sistemas presentes en él.

Es imposible describir hechos sociológicos con base en la distinción norma/hechos, porque el objeto de estudio de la Sociología no es el sistema jurídico, sino el sistema de la ciencia y estos conceptos son indiferentes a él.

Para Luhmann, es el sistema del derecho el sistema jurídico, en nuestro caso el que plantea las distinciones y descripciones que utiliza en sus operaciones. Por lo tanto, la unidad del derecho al interior del sistema jurídico se basa en su autoproducción, denominada “*autopoiesis.*”¹⁰⁶

Entonces, la sociedad es considerada como un determinado orden social que tiene la función de soportar y hacer posible la función integradora del derecho. Con el fin de dar un efectivo refuerzo a la idea del sistema jurídico maestro como un sistema cerrado, Luhmann

¹⁰⁵ *Ibidem.* pág. 84.

¹⁰⁶ La *autopoiesis* palabra derivada del griego: *αὐτο, ποίησις* auto, poiesis, a sí mismo; creación, producción, corresponde a la cualidad que presenta un sistema para reproducirse y mantenerse por sí mismo. Fue propuesto por los biólogos chilenos Humberto Maturana y Francisco Varela en 1973 para definir la química de auto mantenimiento de las células vivas. Una descripción breve sería decir que la autopoiesis es la condición de existencia de los seres vivos en la continua producción de sí mismos. no se restringe al plano de sus estructuras sino que incluyen sus elementos y sus componentes es decir, que él mismo construye los elementos de los que consiste. La intención de Luhmann es buscar equivalentes funcionales a la integración normativa para dar solución al problema que afecta la auto organización y la autoproducción de las sociedades en contextos de contingencia y riesgo. En ese aspecto introduce el nuevo paradigma *autopoietico* constituido en torno a la distinción entre sistema y entorno como condición de posibilidad para el sostenimiento del límite, el cual permite las operaciones autorreferenciales. *Cfre.* Luhmann, Niklas, *El Derecho de la Sociedad*, Herder, México, 2005, pág. 85., en León, Molina, Jorge Enrique. “Elementos para la composición de los sistemas jurídicos maestros,” NOVUM JUS, Colombia, Universidad Católica de Colombia, año I, núm. 1, enero- junio 2013, págs. 87 – 106.

expresa que el sistema tiene la facultad de verificarse a sí mismo y , mientras no lo haga, no produce consecuencias jurídicas en su entorno.

Dentro del caso del sistema mexicano, es posible afirmar que al retomarse estas ideas, no lo hacen un sistema *heteropoyético*, dado que las normas no son diferentes del sistema, sino que las mismas emanan del sistema a forma y modo de cumplir su función de regulación, y positivación de ciertos conceptos, mismos que son útiles para atacar las lagunas existentes dentro de éste, a su vez que presentan la posibilidad de que si no existe algún concepto en específico se pueda hacer uso de otro establecido generando consigo el carácter efectivo de *supletoriedad*, es decir el posible remplazo de un precepto por otro, si existiera *heteropoyesis*, no podría posibilitarse éste, además de que éste sería un sistema diferente, dado que el criterio de aplicación se volvería nulo pues no habría forma de llegar a una definición además de correcta aplicación.

Cuando aparecen elementos al interior del sistema, denominados extrajurídicos, también surgen confirmados en las normas positivas del sistema, con más exactitud, en las normas constitucionales del mismo; esto le otorga el carácter de reconocible a estos elementos extrajurídicos al interior del sistema.

Dentro de este contexto, la norma jurídica debe ser entendida como “una forma específica de expectativa fáctica”¹⁰⁷, que se puede observar de dos formas:

- A. Psíquicamente, es decir, cuando se sabe qué se quiere expresar en esa norma .
- B. Mediante el sentido que ella (valga decir, la norma) misma expresa, que es comprendida por el intérprete gracias a la comunicación.

¹⁰⁷ *Ibíd.*

Como dichas expectativas existen o no, en el evento en que deban existir, no hay necesidad de producir un deber ser normativo, sino que, en el plano de las expectativas, se puede anticipar normativamente lo que se puede esperar del plano de la realidad fáctica.

La teoría de sistema de Luhmann parte de la idea de que el sistema jurídico es un subsistema del sistema de la sociedad; por lo tanto, no interesa (en principio) la influencia de la sociedad sobre el derecho, por cuanto la unidad del sistema jurídico se produce y se reproduce única y exclusivamente por el sistema jurídico mismo y no por medio de los factores presentes en el entorno que intenten incidir en él.

Entonces se afirma que las relaciones entre el sistema jurídico, como subsistema del sistema de la sociedad, son ambiguas, porque:

- A. La sociedad constituye el entorno del Derecho, es decir, del sistema jurídico.
- B. Todas las operaciones del sistema jurídico se realizan en el seno de la sociedad, o sea, en su interior. Esto quiere decir que dichas operaciones son tanto jurídicas, como sociales.

Como lo explica Luhmann, el sistema jurídico desarrolla sus operaciones jurídicas, las cuales son también sociales, creando un entorno específico para la existencia de dicho sistema jurídico dentro del sistema de la sociedad.

Es decir, que el sistema jurídico maestro no hace otra cosa que crear formas lingüísticas, en forma de oraciones, que se intentan dar a conocer al sistema social por medio de la comunicación, respetando los límites que el mismo sistema de la sociedad traza para ello.

Este sistema maestro está diseñado para satisfacer los ideales políticos de seguridad e igualdad formal, pero, difícilmente garantizaría otros ideales como la justicia o la equidad, aunque uno de los propósitos del sistema maestro sea optimizar el servicio de justicia. El sistema maestro debe satisfacer dos condiciones para ofrecer la seguridad y la objetividad que se necesita en este punto. Son las condiciones de completitud y consistencia.

Un sistema autopoietico constituye los elementos de que se compone mediante los elementos de que lo integran. Con esto se alcanza una nueva comprensión de la idea del carácter cerrado o clausura (*Geschlossenheit*) del sistema. Aquí clausura no significa ni aislamiento frente al medio, ni plena determinación del sistema por sí mismo, sino que hace referencia a que todas las operaciones son siempre reproducidas por el sistema.

¿Cuál es esa unidad elemental del sistema jurídico, esa especie de átomo no susceptible de ulterior división dentro del sistema? Esta sería la pregunta central en todo sistema autopoietico, en el que la unidad del sistema no es sino clausura recursiva de la producción de los elementos del sistema por los elementos del sistema.

Pero no puede, según Luhmann, ser respondida de modo inmediato. Previamente se ha de distinguir entre comunicación y acción, por una parte, y, por otra y paralelamente, entereproducción y auto observación/auto descripción del sistema. Y ello porque los sistemas sociales solo pueden reproducirse mediante comunicación autorreferencial. Por tanto, han de partir de la formación de unidades de comunicación comprensible, en las que unitariamente sintetizan información, transmisión y comprensión.

Al mismo tiempo este proceso necesita de una reducción a acción, ya que de ello depende quién, con quién y sobre qué puede proseguir la comunicación. En sistemas sociales auto reproductivos debe introducirse una fuertemente simplificada auto observación y autodescripción del sistema por sí mismo, con lo que se pueden fijar conexiones suficientemente simples (*interlocutores, temas, informaciones, transmisiones, o sus correspondientes omisiones*) para la formación de sucesivos elementos. En lo que respecta al sistema jurídico, ocurre lo mismo, en tanto que sistema social.

Para Luhmann, *derecho solo existe en comunicación*, y comunicación significa también aquí *síntesis de información, transmisión y comprensión*, y no sólo la transmisión en cuanto tal. De ahí que la demarcación del derecho radique primeramente *en la conducción temática de*

procesos comunicativos. Todo sentido, incluso el de puros acontecimientos fácticos , puede ser jurídicamente relevante, es decir, entrar en la autorreproducción del sistema jurídico .

Pero dentro de este ámbito de relevancia está aquel núcleo del actuar jurídico efectivo que modifica la situación jurídica, desencadena consecuencias jurídicas y posibilita con ello nuevas expectativas normativas, que carecerían de toda cualificación jurídica sin tal actuar desencadenante.

Es el propio sistema jurídico el que determina qué tipo de acontecimientos tienen tal efecto y, por tanto, ello nunca puede decidirse sin conocimiento previo del propio sistema jurídico. La constitución de esos elementos es la específica prestación del sistema jurídico y tiene lugar mediante auto observación y autodescripción de este sistema. La tesis sostenida por Luhmann es que la demarcación del sistema jurídico exige universalización de posibles conexiones relevantes y reducción a auto observación como sistema de acción.

La principal consecuencia teórica es la siguiente: que los acontecimientos solo pueden alcanzar la cualidad de unidad elemental del sistema jurídico si modifican la situación jurídica . La autorreproducción del derecho se realiza como variación jurídica , como transferencia de la cualidad de validez normativa a expectativas parcialmente nuevas. El derecho se encuentra, con ello, en permanente variación gradual.

Señala Luhmann que a tenor de lo anterior se presenta bajo una nueva luz la relación entre sociedad y derecho, y aquí radicaría uno de los problemas principales de la teoría.

La sociedad, como sistema social, es modelo prototípico y supremo de sistema *autopoiético* y su unidad de base o elemento último, son comunicaciones. El sistema social se compone de comunicaciones dotadas de sentido, solo comunicaciones y todas las comunicaciones.

Tal formación de sus elementos presupone y desarrolla al mismo tiempo sociedad, por lo que fuera de ésta no existe comunicación alguna y, por tanto, tampoco comunicación de la sociedad con su medio. Es, precisamente por ello, incapaz de comunicar, no puede encontrar fuera de sí mismo ningún destinatario al que pueda transmitir algo. En tal sentido la sociedad es el sistema autopoietico por excelencia.

También el sistema jurídico se compone sólo de acciones comunicativas que desencadenan consecuencias jurídicas.

6. *Integración de los subsistemas jurídicos en un régimen federal.*

La actual estructura y formación de una Federación, está integrada por subsistemas que corresponden a una interacción y conducción en Estados (“*entidades federativas*”¹⁰⁸) y Municipios, con el fin de fortalecer a la Unión, es decir, unidades territoriales soberanas; además el gobierno central es responsable directo de aquellos componentes territoriales que le adjudique la ley (*espacio aéreo, mares e islas adyacentes*). Entendiendo este concepto como un ordenamiento de división política, el país se compone de 32 entidades federativas (*31 estados y la Ciudad de México, capital de la república*). Y estos a la vez se dividen en “*Municipios*.”¹⁰⁹ La idea de autonomía es muy diferente a la de soberanía, mientras que desde el punto de vista jurídico, soberanía es el poder supremo e ilimitado; mientras que la autonomía implica un poder jurídico limitado, existe un espacio de actuación libre y a la misma vez un campo que jurídicamente no debe traspasarse. “*Las entidades federativas son autónomas, pero están limitadas por la constitución del Estado Federal, empero, en su esfera de competencia pueden*

¹⁰⁸ Las entidades federativas son los estados miembros que integran parte del Estado Federal, en otros estados, se les denomina provincias o países, la característica esencial de una entidad federativa, es que goza de autonomía, y la columna vertebral de esta se encuentra en que las propias entidades federativas: *a)* se dan su propia Constitución, la cual es la base y fundamento de toda la legislación local. *b)* reforman su constitución siguiendo los mismos procedimientos que ella misma señala. *Diccionario Jurídico Mexicano, vol. II, (IV vols.), UNAM, Instituto de investigaciones jurídicas, México, 2005, pág. 1524.*

¹⁰⁹ El Municipio, corresponde al conjunto de principios legales y normas de jurisprudencia referentes a la integración, organización y funcionamiento de los gobiernos locales. *Cfre. Carmona, Romay, Adriano G. Programa de gobierno municipal, librería Martí, La Habana, 1950, pág.9.*

organizarse con libertad, siempre que respeten los lineamientos que les marca la ley fundamental.”¹¹⁰

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 que surgiría de la Revolución mexicana, confirmó el sistema federal de gobierno que ha durado hasta nuestros días. No obstante, en 1960 diversas reformas actualizaron el concepto de territorio nacional para adecuarlo a los intereses del país, en concordancia con el Derecho internacional público.

Como fue el reconocimiento del mar territorial (*12 millas náuticas —22.2 km— contadas a partir de la línea de base desde la que se mide la anchura de éste.*), la Zona económica exclusiva (*200 millas náuticas —370.4 km— contadas a partir de la línea de base desde la que se mide la anchura de éste.*) y el espacio aéreo (*todo aquel comprendido en modo horizontal sobre el territorio continental y el mar territorial; verticalmente con rangos no establecidos, pero estimados de 100 km.*) como zonas de administración federal.

Después de que los últimos territorios federales (*Baja California Sur y Quintana Roo en 1974*) fueran elevados a la categoría de Estados, todos los cambios constitucionales en materia de organización territorial, han estado vinculados al estatus de la Ciudad de México; hasta entonces un Distrito Federal con absoluta dependencia de los tres poderes de la Unión. Las progresivas modificaciones a este comenzaron en 1988 con la conformación de un órgano legislativo de elección popular (*Asamblea de Representantes del Distrito Federal*), continuaron en 1997 con la elección de un poder ejecutivo propio (*Jefe de Gobierno del D.F.*), y concluyeron en 2016 con la redacción de su propia constitución; otorgándole en la carta magna federal, los mismos derechos y facultades de cualquier estado, pero que, considerando su categoría de capital de la república, conserva la denominación de entidad federativa; también se dejan de emplear los nombres México D.F. y Distrito Federal, para usar únicamente el término *Ciudad de México*.

¹¹⁰ *Diccionario Jurídico Mexicano, vol. II, (IV vols.), Óp. Cit. pág. 1524.*

Dentro de ese subsistema, las entidades de la Federación Mexicana son libres y soberanas, autónomas en su régimen interno. Tienen la facultad de gobernarse según sus propias leyes; cuentan con una Constitución propia que no ha de contradecir los principios de la Constitución federal. Las facultades de sus poderes ejecutivos y legislativos, se entienden como aquellas que son derechos de las entidades; como la titularidad del mando de la fuerza pública (*policía estatal y guardia nacional adscrita*); la dirección y regulación de sus propias políticas económicas, de desarrollo social y de seguridad pública; así como la administración de aquellos recursos que surjan de sus impuestos locales o ingresos propios.

Los Estados pertenecientes a la República Mexicana, no pueden realizar alianzas con otros estados, ni con ninguna nación independiente, sin el permiso de la federación. Igualmente tienen prohibida la acuñación de moneda; gravar mercancía o tránsito de mexicanos y extranjeros; contraer deuda externa; legislar en materia fiscal para aquellos aspectos económicos que son exclusivos del gobierno federal y poseer Fuerzas Armadas propias.

La organización política de cada estado se basa en una separación de poderes: El poder legislativo recae sobre un congreso unicameral; el poder ejecutivo recae sobre un gobernador electo por sufragio universal; y el poder judicial recae sobre un Tribunal Superior de Justicia. Dado que los estados tienen autonomía legal, cada uno tiene sus propios códigos civiles y penales, además de cuerpos de seguridad pública.

No obstante, corresponde al Senado dirimir las diferencias de límites territoriales o declarar la desaparición de poderes en caso de alteración grave del orden; y a la Suprema Corte de Justicia resolver las controversias constitucionales entre las entidades, o estas con sus municipios, los poderes federales y los órganos autónomos.

En el Senado de la República, las entidades federativas los Estados y la Ciudad de México son representados por tres senadores: dos electos por sufragio universal con base en el principio de mayoría relativa y uno asignado al partido que obtenga la primera minoría. Además, la

federación conforma una circunscripción de la cual se eligen 32 senadores según el método de representación proporcional con listas abiertas de partido. Los diputados, por el contrario, no representan a los estados, sino a los ciudadanos.

Los estados se dividen internamente en municipios o demarcaciones territoriales, “*el ordenamiento jurídico de la administración pública del municipio, atañe a las respectivas relaciones en un radio de acción amplio que tiene por límite a las propias manifestaciones de la vida municipal.*”¹¹¹ Cada municipio goza de autonomía en su capacidad para elegir a su propio ayuntamiento, el cual es responsable, en la mayoría de los casos, de proveer todos los servicios públicos que requiera su población. A este concepto, que surgiría de la Revolución mexicana se le conoce como “*municipio libre.*”¹¹²

El ayuntamiento municipal, es encabezado por un presidente municipal, elegido cada tres años. “Cada municipio posee un cabildo integrado por regidores en función de su tamaño poblacional y síndicos de acuerdo al número que establezca la ley estatal.”¹¹³ En el caso de las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México, estas contarán con un poder ejecutivo (*alcaldes*) electo por sufragio universal, con facultades ejecutivas y autonomía administrativa idénticas a las de los municipios, pero carecerán de ayuntamientos o cabildos para funciones legislativas.

¹¹¹ Olivera de, Ives, *Curso de derecho municipal*, Abelardo / Perrot, Buenos Aires, 1960. pág.49.

¹¹² En síntesis podemos decir que el derecho municipal es una rama científicamente autónoma del derecho público municipal, es una rama científicamente autónoma del derecho público político, con acción pública, que estudia los problemas políticos, jurídicos y sociales del urbanismo y que guarda estrecho contacto con el derecho administrativo, con el derecho positivo, con el derecho rural, con la historia institucional y con la ciencia del urbanismo. *Cfre.* Korn, Villafañe, Adolfo. *La republica representativa municipal*, La plata, Argentina, 1944. pág. 36.

¹¹³ La distinción entre derecho municipal científico y derecho municipal positivo, define al primero como una porción de la ciencia del derecho que estudia en general las relaciones jurídicas y que da lugar al municipio como entidad política de existencia necesaria, mientras que el segundo, como una rama del derecho público interno. *Cfre.* Dana, Montaña, Salvador, *Estudios de política y derecho municipal*, Universidad del Zulia, Venezuela, 1962, págs. 18 y 19.

En total en México hay 2466 municipios; el estado con el mayor número de municipios es Oaxaca, con 570, y los estados con el menor número son Baja California y Baja California Sur, con solo 5.

Al mismo tiempo, los municipios están facultados por las constituciones locales para organizarse territorialmente; la mayoría de ellos denominando Delegaciones a aquellas comunidades situadas fuera del área urbana que constituye la llamada Cabecera municipal.

Aunque estas no tienen mayor autonomía que la elección de su delegado y la participación en los proyectos de desarrollo comunitario; pues las funciones de estos entes administrativos son meramente ejecutorias de las determinaciones del ayuntamiento.

También se les faculta para coordinar su organización con aquellos municipios con los que constituya, en una Zona metropolitana. Como es posible de ver, esta interacción de subsistemas, organiza de forma y fondo la pertenencia a un régimen federal.

7. *Derecho común, su contribución a la formación de un sistema jurídico auto suficiente.*

El derecho común (del latín *ius commune*) es un término que hace referencia a un derecho que se aplica a la generalidad de los casos, a diferencia de un derecho particular o especial (*derecho propio*).

Durante la Baja Edad Media se denominó así al derecho formado por el *Corpus Iuris Civilis* (derecho romano justiniano), el *Corpus Iuris Canonici* (derecho canónico) y la labor de los juristas sobre estos cuerpos jurídicos (*escuela de glosadores y comentaristas*).

El término *ius commune* fue utilizado en forma instrumental en las obras de algunos juristas romanos, como Gayo. Sin embargo, es durante la Baja Edad Media cuando se desarrolla

realmente el concepto. Posteriormente, con la aparición de un derecho especial aplicable a los comerciantes (*El derecho mercantil*), el derecho civil pasó a denominarse también derecho común, en complemento a aquel.

Según la acepción de derecho común como derecho civil general, “*es aquel que rige: a) De forma supletoria, cuando este existe y es aplicable en un territorio, b) La aplicación de uno u otro derecho en los conflictos de jurisdicción.*”¹¹⁴

En cuanto a la denominada autosuficiencia, se puede definir con el término *Autarquía*, la cual representa, la forma de descentralización administrativa que permite al gobierno por sí mismo en lo administrativo, personalidad jurídica y patrimonio propio, y además una finalidad pública en sus funciones; es característica del ente autárquico.

Según el derecho constitucional: “*Es la capacidad de autoadministrarse o autogobernarse, pero conforme a estatutos orgánicos provenientes de un poder superior.*”¹¹⁵ Los conceptos de autonomía y autarquía, para adquirir precisión, deben estar necesariamente referidos a un sistema jurídico-político determinado, ya que existe diferencia de matices, de aquí que la gran contribución del derecho común al sistema jurídico autosuficiente, sea de forma en que la condición de los sistemas luchan por su autoabastecimiento y rechacen toda ayuda externa.

8. *La supletoriedad como complementariedad.*

En estos casos, existen dos normas sin que una excluya a la otra, de forma que o bien se aplica la norma que opera a falta de figura jurídica al caso en especial (*supletoriedad*) o bien se aplican ambas normas (*complementariedad*).

¹¹⁴ *Diccionario Jurídico Mexicano, vol. II, (IV vols.), UNAM, Instituto de investigaciones jurídicas, México, 2005, págs. 1147 a 1149.*

¹¹⁵ Fraga, Gabino. *Derecho Administrativo*, Porrúa, 41ª edición, México, 2001, págs.224 a 225.

La supletoriedad opera cuando existiendo una figura jurídica en un ordenamiento legal, ésta no se encuentra regulada en forma clara y precisa.

Cabe señalar que para que opere la supletoriedad de la Ley, se deben cumplir ciertos requisitos necesarios para que exista esta figura jurídica, como son: “*primero*, que el ordenamiento que se pretenda suplir lo admita expresamente, y señale el estatuto supletorio; *segundo*, que el ordenamiento objeto de supletoriedad prevea la institución jurídica de que se trate; *tercero*, que no obstante esa previsión, las normas existentes en tal cuerpo jurídico sean insuficientes para su aplicación a la situación concreta presentada, por carencia total o parcial de la reglamentación necesaria;”¹¹⁶ y cuarto, que las disposiciones o principios con los que se vaya a llenar la deficiencia no contraríen, de algún modo, las bases esenciales del sistema legal de sustentación de la institución suplida ante la falta de uno de estos requisitos, no puede operar la supletoriedad de una legislación en otra.

En tanto que la complementariedad o articulación “*es una relación entre normas en virtud de la cual una disposición remite o reenvía a otra para completar determinados aspectos de su regulación, sin que se excluya la aplicación de la norma remitente.*” Se da cuando las distintas normas, conservando cada una su rango y naturaleza, aparecen engranadas entre sí como piezas del mismo mecanismo normativo.

En el Derecho del Trabajo, la forma más común de complementariedad es la que se establece entre una Ley y un Reglamento ejecutivo o de desarrollo, o bien entre una Ley y el convenio colectivo que la desarrolla, la solución en este supuesto es aplicar ambas normas.

Derivado de esto dentro de la estructura de la supletoriedad, podemos encontrar un tipo, la expresa la cual puede encontrarse dentro del artículo 14 constitucional en el tercer párrafo.

¹¹⁶ <http://www.contraloriadf.gob.mx/contraloria/cursos/MARCOJURIDICO/paginas/sl.php>

“En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.”¹¹⁷ Podemos hablar aquí de que no existe ninguna posibilidad de supletoriedad, entendiendo que donde sea explícita y sobre todo se hace patente que los criterios de la supletoriedad como la analogía, y aún la mayoría de razón, quedan terminante mente prohibidos.

En tanto que, el párrafo tercero del artículo 14 constitucional dice: “En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho .”¹¹⁸ De igual forma, se puede hacer patente de manera fehaciente, la supletoriedad de forma tácita, al expresar que dentro de la sentencia de cualquier juicio no penal, la sentencia tendrá verificativo dentro de la letra de la ley o conforme a la interpretación jurídica de esta, y mientras faltaren estos criterios cabe la posibilidad de aplicar los principios generales del derecho, exponiendo con esto la forma tácita, además de dificultar la aplicación de la ley para la resolución de controversias.

9. Comparación de normas: la suplida y la supletoria.

Por ello, la referencia a leyes supletorias es la determinación de las fuentes a las cuales una Ley acudirá para deducir sus principios y subsanar sus omisiones. la supletoriedad expresa debe considerarse en los términos que la legislación lo establece; de esta manera, la supletoriedad en la legislación es una cuestión de aplicación para dar debida coherencia al sistema jurídico. El mecanismo de supletoriedad se observa generalmente de leyes de contenido especializados con relación a leyes de contenido general. El carácter supletorio de la Ley resulta, en consecuencia, una integración, y reenvío de una Ley especializada a otros textos legislativos generales que fijen los principios aplicables a la regulación de la Ley suplida; lo que implica un principio de economía e integración legislativas para evitar la reiteración de tales principios por una parte, así como la posibilidad de consagración de los preceptos especiales en la Ley suplida.

¹¹⁷ <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/articulos/14.pdf>

¹¹⁸ *Ibíd.*

10. *El negocio jurídico entre el silencio de sus autores: la ley supletiva desde el pensamiento de Savigny.*

La doctrina francesa siguiendo las Institutas de Justiniano al hablar de las fuentes de las obligaciones creó en relación con el contrato y cuasi contrato la noción de acto jurídico. La pandectística de alemanes e italianos hizo una distinción, a saber, “el acto jurídico es un acto humano que produce efectos de derecho con la intención de producirlos o sin ella. Por esa razón clasifica los actos jurídicos en lícitos e ilícitos. Si partimos de la concepción de que acto jurídico es un acto humano, necesariamente tendremos que colocarle una denominación específica al acto humano lícito que persigue consecuencias de derecho: este es el negocio jurídico que puede entenderse como manifestación de voluntad de una o varias partes encaminada a producir efectos de derecho: crear, transmitir, modificar o extinguir derechos.”¹¹⁹ Como la creación, transmisión, de los derechos se funda en el principio de que los particulares a través de su esfuerzo alcanzan ventajas económicas, por esa razón Carnelutti en su Teoría general del derecho, sostiene que el negocio jurídico es el resultado del ejercicio del derecho subjetivo pues éste es un poder destinado a defender el propio interés, o un interés jurídicamente protegido; el negocio jurídico en un sentido más profundo es un actuar unilateral o conjuntamente para la defensa de uno o varios intereses del titular o titulares. Quedarían excluidos del concepto del negocio jurídico los actos potestativos y las resoluciones que serían el resultado del ejercicio de una facultad o una potestad, respectivamente. Aun cuando Von Tuhr en su Tratado de las obligaciones sostiene que los actos potestativos, resultado del ejercicio de las facultades son también negocios jurídicos, típicos negocios unilaterales.

“Los negocios jurídicos tienen tres elementos, los esenciales, los naturales y los accidentales; siendo los primeros los que representan el mínimo que las partes han de acordar para la existencia del contrato; los segundos los que las partes suelen convenir y se refieren a la

¹¹⁹ Se debe aclarar que el legislador mexicano no utiliza el concepto de negocio jurídico, ya que éste sólo aparece en las doctrinas alemana e italiana, no así en la francesa que es la que se sigue en el Código Civil para el Distrito Federal. *Diccionario Jurídico Mexicano*, vol. IV, (IV vols.), UNAM, Instituto de investigaciones jurídicas, México, 2005, págs. 2596 a 2597.

consecuencia de la naturaleza ordinaria del convenio, y, los accidentales son aquellos actos que imprimen a las consecuencias jurídicas propias del contrato una dirección diversa a la establecida en la legislación.”¹²⁰

Hay que destacar que por obra de *Savigny*, en el siglo XIX, el expuso que: “Todos los actos jurídicos consistentes en una declaración de voluntad de los particulares se reduce a la categoría unitaria: el negocio jurídico,”¹²¹ señala tres momentos cualificantes del concepto: La voluntad (real o psíquica), la declaración y la concordancia entre ambas.

11. Diferencias con el reenvío.

Dentro del derecho internacional privado, “*el reenvío es un mecanismo de solución a los conflictos negativos de jurisdicción, esto es, aquellos que acaecen cuando con ocasión de una relación de derecho privado con elementos extranjeros relevantes,*”¹²² surgen dos o más legislaciones de distintos ordenamientos jurídicos nacionales y ninguna de ellas se atribuye competencia a sí misma para resolver el asunto, sino que cada una de ellas (*las legislaciones*) da competencia a una legislación extranjera.

El reenvío se produce cuando la norma de conflicto del foro (*país en el que se juzga el asunto*) se remite a un derecho extranjero (*de otro país*) y la norma de conflicto de ese país, a su vez, se remite a otro (*reenvía*).

Existen dos formas de diferenciar la supletoriedad del reenvío, a tal efecto, se distingue entre “autointegración y heterointegración”, dependiendo según se recurra al mismo

¹²⁰ *Ibidem*.

¹²¹ También afirmaba que los hechos jurídicos son los acontecimientos, que en virtud de los cuales las relaciones de derecho nacen y terminan. *Cfre.* Savigny, Karl Friedrich Von. *Sistema de Derecho Romano*, F. Góngora y compañía, Madrid, 1879, pág. 104.

¹²² Arellano García, Carlos. *Derecho Internacional Privado*, Porrúa, 4ª edición, México, 1980, pág. 78.

ordenamiento en que se produce la laguna, o a otro distinto.”¹²³ En cuanto a las producidas en el Derecho autonómico, en tanto que el ordenamiento jurídico que es, debe tender también a su plena integración y plenitud , y por ello , en principio , a la autointegración o cobertura de sus propias lagunas mediante instrumentos localizados en su propio ordenamiento *analogía y costumbre*. Esto satisface, así, una triple exigencia: como lógica de todo ordenamiento tendente a la plenitud; como axiológica, en cuanto que responde a criterios de justicia, seguridad jurídica y de igualdad; y constitucional, como consecuencia de los principios de autonomía y competencia, de modo que la autointegración deba considerarse como una cualidad inherente al ámbito competencial autonómico.

En cambio , a través de la “heterointegración se recurre a técnicas de integración que conllevan, ahora, apelar a un ordenamiento distinto de aquel en que se produce la laguna a completar, y cuyo instrumento esencial es el *reenvío*, consistente en recurrir no a concretos contenidos normativos, sino a las normas que regulen una determinada materia en otro ordenamiento en cada momento.”¹²⁴ En este marco, la regla de supletoriedad constituye , precisamente, una clausula general de reenvío establecida , para el caso en que las lagunas del Derecho autonómico no puedan integrarse previamente a través de las técnicas de autointegración, de este modo prevalece la regla de supletoriedad, en tanto que, la cláusula de reenvío, consiste en una instrucción a los agentes jurídicos para que resuelvan aquellas lagunas que encuentren en el proceso de aplicación del Derecho autonómico mediante la remisión al Derecho estatal.

“El campo de aplicación del reenvío es aceptado por la mayoría de los países, con excepción de Holanda, Italia Grecia, Portugal y algunos Estados de la Unión Americana, sin embargo, algunas materias quedan excluidas de la técnica del reenvío, tal es el caso en materia de contratos, donde la ley de autonomía o ley designada por las partes como aplicable al

¹²³ Sánchez Barrilao, Juan, Francisco, *La regla de supletoriedad a propósito de la sentencia del tribunal constitucional 61/1997, de 20 de marzo: Continuidad y Renovación del derecho estatal*, Revista de Estudios Políticos (nueva época) Num. 99. Enero – Marzo, 1998, págs. 8 y 9.

¹²⁴ *Ibidem*. pág. 10.

contrato no permite el reenvío,”¹²⁵ ya que las partes determinaron como aplicable al contrato un derecho sustantivo y no todo un sistema jurídico que incluya las reglas de conflicto, de la misma forma, la regla locus regit actum aplicable a la forma de los actos queda excluida del campo de aplicación del reenvío.

¹²⁵ *Diccionario Jurídico Mexicano, vol. IV, (IV vols.), UNAM, Instituto de investigaciones jurídicas, México, 2005, págs. 3223.*

CAPÍTULO V

FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DEL SISTEMA JURÍDICO AUTÁRQUICO.

SUMARIO; 1. El sistema jurídico es esencial al Estado; 2. Prohibición terminante de la denegación de justicia; 3. Artículos 14 y 16 constitucionales; 4. El derecho humano a recibir la impartición de justicia y la obligación correlativa del Estado; 5. La diversidad y multi-variedad de la realidad social frente a la previsión legislativa; 6. El trabajo judicial; 7. Sistemática del derecho escrito.

1. El sistema jurídico, es esencial al Estado

La Teoría del Derecho resulta ser atemporal, o al menos en la tradición europea. Se propone aportar una descripción general de la estructura del sistema normativo, la función del Derecho o las particularidades del razonamiento legal, una descripción que no serviría sólo para un sistema jurídico concreto, sino para todos los de cualquier país y época. De acuerdo con *Kelsen*, sería válido no sólo para los existentes sino también para todos los sistemas jurídicos posibles. Los teóricos del Derecho tienen así escasa curiosidad por el análisis histórico.

Asimismo, y a diferencia de otras disciplinas, la teoría jurídica no engendra todos los conceptos que utiliza, sino que los extrae de su objeto, es decir del propio Derecho. Este es el supuesto, por ejemplo, de la *constitución*, el *contrato*, la *interpretación*, etc. Desde el momento en que todos ellos se encuentran anclados en circunstancias históricas particulares, a menudo se hallan mal pertrechados para análisis generales o de sistemas que difieren entre sí, de modo que los historiadores, incluso los historiadores del Derecho (o antropólogos), no pueden apenas utilizarlos.

En tercer lugar, una parte importante y extensa de la teoría jurídica se mantiene al margen de las ciencias sociales, incluso de la Historia, y ello por varias razones, pero en particular a causa de la presunción de que el Derecho no es un conjunto de hechos y de que por lo tanto no puede ser analizado a través del principio de causalidad.

La teoría bien conocida de *Kelsen*, y también muy criticada, sobre la identidad del Derecho y el Estado, va dirigida contra la teoría dualista tradicional que sostiene que existen diferentes entidades, ya sea la que percibe al Estado como una entidad independiente y objetiva que produce leyes, ya sea la que entiende que es el Derecho el que constituye el Estado atribuyendo a sus autoridades la creación y promulgación de leyes.

Kelsen acusa a la teoría dualista de descansar sobre dos presunciones, ambas erróneas: que la ley que autoriza al Estado es alguna suerte de Derecho Natural o que el Estado puede ser definido como algo distinto a un orden jurídico.

Kelsen entiende que el Derecho natural no existe y también que es imposible aportar una definición independiente de Estado. En primer lugar, no resulta posible ofrecer una definición sociológica del Estado porque cualquier intento de hacerlo reposará inevitablemente sobre elementos jurídicos. Por ejemplo; *Max Weber* define el Estado como: “*Una entidad que reclama con éxito el monopolio en el uso de la violencia,*”¹²⁶ pero obviamente este monopolio no es de hecho, porque hay muchos actos de violencia que no son realizados por el Estado; se trata en cambio de un monopolio del uso *legítimo de la violencia*.

La palabra *legítimo* no implica que el uso de la violencia estatal resulte justo o acorde con ciertos valores fundamentales. Supone que los actos de violencia son realizados de acuerdo con normas jurídicas. Por otra parte, el Estado es una abstracción, y por tanto, como tal, incapaz de ejercer la violencia.

¹²⁶ Weber, Max. *La política. El político y el científico*, Alianza, Madrid, 5ª ed., 1979, pág. 2.

Kelsen también propone una definición de Estado, en la cual sostiene que: “*El Estado es el ámbito de aplicación del derecho. El Estado es el derecho como actividad normativa, El derecho es el Estado como una actividad normada, en el Estado alcanza su personalidad jurídica.*”¹²⁷

Sólo los seres humanos pueden ejercerla, pero resulta que los actos realizados por ciertos individuos son atribuidos al Estado y esto resulta posible sólo por medio de normas jurídicas que prescriben qué actos realizados por aquéllos serán imputados a este último. En segundo lugar, es imposible según *Kelsen* aportar una definición puramente normativa del Estado como ya lo ha hecho. Si analizamos la tradicional definición mediante sus elementos (*un pueblo, un territorio, un gobierno público*), podemos percibir que resulta imposible explicarlos tomándolos uno a uno sin incurrir en tautología: un pueblo no es una entidad objetiva que pudiera ser definida de forma distinta al Estado; el pueblo francés no posee característica común alguna de carácter psicológico, religioso o étnico.

En consecuencia, estos tres elementos no pueden definir al Estado porque son en sí mismos explicados por él, y desde el momento en que podamos sustituir en cada supuesto definitorio la expresión *orden jurídico* o *Derecho* por Estado, estaremos ante dos términos que sirven para designar idéntica realidad.

Decir que el Estado es sólo otra denominación para el Derecho no es negar la dura realidad de que utilice la fuerza, ni de que haya burócratas, policías y prisiones. Sólo implica que tales instituciones resultan autorizadas por normas jurídicas, que actúan por medio de ellas, y que pueden ser identificadas sólo porque constituyen elementos de un sistema jurídico. Para *Kelsen* la teoría monista tiene una ventaja fundamental: la de disolver el problema de la relación entre *la Ley y el Estado*, a saber, la pregunta de si el Estado está sometido al Derecho.

¹²⁷ Kelsen, Hans. *Teoría general del derecho y el Estado*, UNAM, México, 1988, pág. 23.

Sin embargo, quedamos entonces a merced de otro problema. Ciertamente, podemos sustituir las palabras *el Estado* por *el orden jurídico*, pero no podemos intercambiar *el orden jurídico internacional*, por *el Estado internacional*, o *el orden jurídico medieval* por *el Estado medieval*, porque no existe algo como un Estado internacional y el sistema feudal de la Edad Media era distinto del gobierno que nosotros llamamos Estado. *Kelsen* resulta así obligado a introducir en su definición un elemento nuevo: el de la centralización.

Algunos órdenes jurídicos resultan centralizados, es decir, que órganos especializados del estilo de un parlamento, un ejecutivo o una estructura de tribunales tienen el monopolio de la producción de las normas más generales y que resultan válidas para toda la población, o en el territorio por entero, y cuyos receptores son las personas; como quiera que otros, como los del orden internacional, resultan descentralizados porque sus normas son producidas, interpretadas y aplicadas por sus propios receptores. Así, el orden jurídico alemán o francés conforman Estados, pero el orden internacional no es un Estado.

Desafortunadamente esta distinción en realidad no ayuda porque, tomados de forma conjunta los órganos centrales de los órdenes jurídicos, conforman precisamente lo que la teoría dualista clásica denominó *Estado*. *Kelsen* está obligado a admitir que existen dos conceptos distintos de Estado: el Estado lato sensu, que es idéntico al orden jurídico, y el Estado stricto sensu, que es el sistema de órganos que tiene la potestad de crear normas. Pero entonces quedamos a merced de idénticos rompecabezas. Si la ley y el Estado son una y la misma cosa, entonces la pregunta sobre su mutua relación resulta no tener sentido, pues el Estado stricto sensu no es lo mismo que la Ley y de esta forma quedamos de nuevo frente a las preguntas iniciales: ¿Es el Estado la fuente del Derecho o es el Derecho la base del Estado? ¿Puede el Estado quedar limitado por el Derecho que él mismo ha creado?

Así, *Kelsen* parece haber fracasado. Aunque tal decepción sea una *Félix culpa* (*feliz culpa*) suministra lo que parece una oportunidad provechosa para analizar la relación entre el Estado lato sensu y el Estado stricto sensu. En una breve introducción a la segunda edición de su *Der*

soziologische und der juristische Staatsbegriff (El concepto sociológico y jurídico del Estado), Kelsen subraya que el primero resulta presupuesto por el segundo.

La conexión puramente lógica o conceptual que aquí se desprende, es sin duda porque uno no puede pensar en el *Estado stricto sensu* sin concebirlo como el conjunto de esos órganos que producen las normas que hay en lo alto de todo el orden jurídico, a saber, en el orden del *Estado lato sensu*.

Sin embargo, podemos también percibirla como una conexión histórica real y posiblemente también causal. Tal vínculo solo resulta posible si ambos son fenómenos históricos. De acuerdo con una perspectiva común, esto es cierto para el Estado stricto sensu, el Estado moderno, que nació en algún instante entre las postrimerías del siglo XVI o los albores del XVII, pero no para el Derecho, que se supone ha existido desde que hubo sociedades humanas. Esta perspectiva no es solo la del Derecho Natural, sino también la de los positivistas. Por ejemplo, *Kelsen* define Derecho simplemente como un orden de restricciones inmanente¹²⁸, una definición que funciona igualmente bien para los sistemas jurídicos nacionales, el Derecho Internacional, el feudal o el Derecho de las sociedades primitivas. Sin embargo, cuando consideramos, no la definición general, sino la principal característica del sistema jurídico tal y como lo conocemos, es decir, su estructura jerarquizada, y descrita en términos kelsenianos como una jerarquía tanto dinámica como estática, aquella explicación pierde su validez. No todos los sistemas jurídicos se hallan estructurados de esta manera. Es solo hacia finales del XVI o en el siglo XVII cuando encontramos una jerarquía que se asemeje a tal modelo.

Naturalmente, esto no resulta suficiente para que hablemos de una conexión causal, al intentar probar la hipótesis de que es la emergencia del sistema jurídico lo que condujo al nacimiento del Estado, esto da de manera a que no es el Estado el que crea el Derecho sino al revés.

¹²⁸ *Idem.*

El Estado no es entendido aquí solamente como un complejo de órganos , sino como un tipo de discurso justificativo sostenido por agentes de un sistema político concreto. Como ya ocurriera con el supuesto de la definición kelseniana del Estado como sistema jurídico, definirlo como un discurso no implica la negación de su realidad material y política. Permite distinguirlo de otros modelos políticos. En cada sistema político el poder es ejercido por la fuerza, pero en el Estado el uso de la fuerza queda regulado por el Derecho y justificado sobre principios específicos, distintos de los invocados en otros sistemas.

El Estado es así un sistema de principios constitutivos , en el sentido de que reconocemos un Estado cuando los actores juegan sus reglas, es decir, cuando justifican sus decisiones a través de la invocación de principios tales como la soberanía, representación, la distinción entre cargo y su ocupante, la existente entre Derecho público y privado, entre el Estado y la sociedad civil, personalidad o continuidad del Estado, etc. En este ensayo, sin embargo, nos detenemos principalmente en la “soberanía.”¹²⁹

El vocablo *soberanía* también ha jugado un importante papel en la teoría política y en la doctrina del derecho internacional. No obstante, en ocasiones, el contenido de esta palabra ha sido oscurecido y deformado, por lo que puede entenderse de varios modos o admitir distintas interpretaciones y ser, por tanto, motivo de dudas, incertidumbre y confusión.

Según la definición de *Jean Bodin*: “Soberanía, es el poder absoluto y perpetuo de una república,”¹³⁰ quien, a su vez, determina cuál es el objeto de su definición. Primero establece lo que es *República*: “es el recto gobierno de varias familias y de lo que les es común con poder soberano;”¹³¹ para en seguida decir: “una vez establecido el fin, hay que establecer los medios

¹²⁹ Según definición proporcionada por la R.A.E, *Soberanía* se entiende por: *El poder político supremo que corresponde a un Estado independiente, sin interferencias externas*. En teoría política, la *soberanía* es un término sustantivo que designa la autoridad suprema que posee el poder último e inapelable sobre algún sistema de gobierno. Cfre: <https://dle.rae.es/?id=Y4JqQ2c> consultado a la 1:00 am del día 26 de mayo del 2019.

¹³⁰ Bodin, Jean. *Los seis libros de la República*, Trad. Pedro Bravo Gala, Tecnos, Madrid, 1992, pág. 120.

¹³¹ *Ibíd*em, pág. 82.

para conseguirlo.”¹³² Cuyo corolario sería que la soberanía es el medio para conseguir el recto gobierno, y no cualquier gobierno.

Por otro lado, *Carré de Malberg*, en su Teoría general del Estado, tras analizar y descomponer el concepto de soberanía “*en independencia en el exterior y superioridad en el interior del Estado*,”¹³³ manifiesta que el concepto parece doble, pero que, en definitiva, “*soberanía interna y soberanía externa no son sino los dos lados de una sola y misma soberanía.*”

Es posible que, pensando en esos que pretenden redefinir la soberanía, fuera lo que llevara a *Georg Jellinek* a decir que *la soberanía es un concepto polémico*, dado que, el poder del estado necesita nacer, de algún modo, del pueblo, esto es, el sujeto titular de este poder ha de ser miembro de la comunidad popular, luego entonces si el Estado reconoce los derechos públicos subjetivos, permite la posibilidad de que el titular de dichos derechos exija su ejercicio, de allí que el mismo estado va extendiendo la legitimación de los órganos de gobierno, es por eso, la importancia de la población como uno de los elementos naturales del Estado. Quizás fuera este mismo motivo el que pudiera haber impulsado a *Hermann Heller* a promover la recomendación de releer la obra de *Jean Bodin*, pues decía: “*Me parece que muchos de los que hablan de él, en verdad no saben con certeza qué es lo que Bodin enseñó.*”¹³⁴

*Carlos Augusto Rodríguez*¹³⁵ señala que una crítica científica de la soberanía debe exponer todas las definiciones de ese término y dirigir contra cada una de ellas las objeciones que procedieran. Claro está que sólo se expondrán los lineamientos generales del problema y se ofrecerán soluciones prácticas. No hay que confundir ni mezclar las consecuencias prácticas que resulten de esta crítica científica con lo que se concibe en la doctrina del Estado, en la del derecho constitucional o con lo que en verdad dispone la *Carta Magna*. Estas consecuencias

¹³² Ídem.

¹³³ Malberg de, Carré. *Teoría general del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1998, pág. 875.

¹³⁴ Heller, Hermann. *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, Sexta reimpresión 1971, pág. 38.

¹³⁵ elsiglo.com.gt2019/2019/03/03abuso-de-soberania.carlosaugustorodriguez

servirán para alimentar la doctrina del derecho internacional, en particular para aclarar el objeto buscado por el concepto de la soberanía dentro del mencionado derecho.

Al estudiar a *Bodin, Hobbes, etc.*, con el fin de construir una genealogía conceptual, los grandes pensadores han jugado un papel decisivo en el desarrollo de la teoría sobre el Estado, y un análisis de sus trabajos resulta indispensable, pero ya ha sido realizado por excelentes investigadores. Por añadidura, necesitamos explicar por qué tales ideas fueron descubiertas en aquel instante específico. No resulta suficiente considerar el pensamiento político como una esfera autónoma donde las ideas resultan transmitidas de un autor a otro o aparecen como réplicas a otras, así como respuestas a problemas políticos de la época. Existe también una necesidad de comprender por qué fueron acogidas de forma tan veloz y puestas en circulación por operadores políticos y jurídicos.

Como hemos observado, el Estado puede ser caracterizado con un tipo de sistema político donde el poder es ejercido a través o por medio de la ley. Esta es la razón por la cual *Kelsen* pudo decir adecuadamente que *Jeder Staat ist ein Rechtsstaat*¹³⁶ (*todo Estado es un Estado de Derecho*). El Derecho es un medio del poder político por razón de su estructura específica, la jerarquía normativa.

La expresión *jerarquía normativa* es obviamente una metáfora que resulta utilizada comúnmente para describir una gran variedad de relaciones entre normas que no son del mismo valor. Algunas veces hablamos muy vagamente de una jerarquía entre dos normas cuando, en caso de conflicto, una es elaborada para prevalecer sobre otra, cualquiera que sea la base para tal prevalencia. Por ejemplo, la jerarquía normativa es incluso a veces confundida con una situación donde hay un conflicto entre dos normas y una no es la base para la validez de la otra, y donde el conflicto resulta resuelto, no por declarar una de las normas inválida, sino simplemente usando algún principio general como *lex posterior* o *lex specialis* (*ley posterior especial*). En algunos casos quizás pueda hablarse de una jerarquía normativa *lato sensu* cuando asumamos que una

¹³⁶ Kelsen, Hans. *Teoría General del Derecho y el Estado*, UNAM. México, 1988, Págs. 23 a 25.

norma prevalece o debería prevalecer sobre la otra incluso si la última no pudiera ser anulada en caso de conflicto. En tal sentido, encontramos la jerarquía en cualquier sistema político. Incluso no es necesario que las dos normas pertenezcan al mismo sistema normativo. Asimismo, algunos perciben la relación entre normas morales y legales como jerárquica.

De manera más restringida, también hablamos de jerarquía entre dos normas cuando una de ellas es válida solo cuando resulta basada en la otra, y en caso de conflicto aquella prevalencia de una norma sobre la otra depende, no ya de su respectivo contenido, sino solamente del hecho de que haya sido creada por una autoridad más elevada o por el procedimiento superior. *Por ejemplo:* en el Derecho Francés existe una jerarquía entre la constitución y las leyes parlamentarias porque el poder constituyente es una autoridad más alta y que ha autorizado al Parlamento para aprobar leyes y porque las leyes deben acomodarse a la constitución. Hay también una jerarquía entre las leyes orgánicas y las ordinarias, aunque ambas resultan aprobadas por idéntico Parlamento, porque son producidas por medio de dos procedimientos distintos y las leyes parlamentarias deben adecuarse a las leyes orgánicas.

Asimismo, con el fin de comprender la forma en que el poder político opera por medio de la ley, necesitamos considerar no solo dos únicas normas sino la estructura más compleja de todo el sistema. *Kelsen* ha descrito esta estructura como una jerarquía que es al mismo tiempo estática y dinámica¹³⁷.

Existen varias concepciones posibles de tal conformidad, pero se piensa habitualmente que no resulta exigible que componga una relación lógica donde la norma más baja sea deducida de la más alta, sino que es suficiente con que el contenido de la norma inferior pueda quedar subsumido bajo la norma superior o simplemente que no la contradiga.

¹³⁷ Idem.

Una jerarquía dinámica es aquella en la que una norma inferior es válida si, y solo si ha sido producida de acuerdo con el procedimiento establecido y por la autoridad prefijada en otra de carácter superior.

Existen, asimismo, varias concepciones de *validez*. Para algunos teóricos del Derecho es sinónimo de *obligatoriedad*, y en tal caso *vinculatoriedad* algunas veces se refiere a una obligación moral de obedecer la norma, y otras a una obligación jurídica pura, así como también al rasgo de una norma que pertenece al sistema, resultando entonces sinónimo de “*pertenencia*.”

138

*Norberto Bobbio*¹³⁹ ha sostenido con tino, que la teoría kelseniana de la jerarquía normativa ha conllevado una perspectiva completamente nueva: en lugar de definir el Derecho como una colección de normas jurídicas lo cual exige una definición imposible de la única norma jurídica como un mandato respaldado por la amenaza o como un juicio hipotético, la norma jurídica es definida o identificada por el sistema del cual forma parte. Una norma es de carácter jurídico cuando pertenece al sistema del Derecho, y pertenece al sistema jurídico, cuando es un elemento de la jerarquía estática y dinámica. Esta es la razón por la cual no puede existir algo como una norma jurídica inválida y la explicación sobre porqué la validez no es un asunto de grados: o estamos ante una norma jurídica que es válida o no estamos en absoluto ante una norma. Pero la pregunta sobre la validez debe quedar claramente distinguida de aquella de la aplicabilidad. El hecho de que una situación concreta dada debiera ser regulada por una norma más que por otra, no significa que la primera resulte válida y no así la segunda.

De ello se sigue que un acto determinado, ya sea una decisión judicial, un mandato de un funcionario, un contrato o un matrimonio, son válidos cuando alguien a quien así le ha sido autorizado por la norma más elevada ha ejercido la potestad o el derecho de producirla y cuando no es contrario a aquellas o a otra norma más alta (*sustantiva*). *¿Cómo averiguar que nos*

¹³⁸ Ross, Alf. *Validity and the conflict between legal positivism and natural law*, UBA Departamento de Publicaciones, Buenos Aires, 1961, págs. 149 a 166.

¹³⁹ <https://www.juragentum.org/topics/wlgo/es/bobbio.htm>

encontramos ante tal supuesto? Cuando la autoridad que realiza el acto afirma que es válido y no existe otra autoridad que desafíe tal afirmación con éxito. Si resulta impugnada, esto ocurrirá sobre la base de que la autoridad inicial no ha sido autorizada para producir el acto o que se ha excedido en sus potestades o que el acto es contrario a alguna norma sustantiva superior.

2. *Prohibición terminante de la denegación de justicia.*

En aquellos países donde se encuentra consolidado el sistema acusatorio se observa un abanico más amplio de figuras delictivas que las que incluye el *Código Penal Federal*, ya que no solo se considera a los servidores públicos de la justicia como autores sino también a las partes del proceso. En el derecho comparado los delitos recogidos bajo este epígrafe son un conjunto de infracciones que guardan relación a las partes intervinientes en la misma incluyéndose figuras como el quebrantamiento de condena, el encubrimiento, el falso testimonio, las denuncias falsas o la omisión del deber de impedir determinados delitos, entre otros. Algunos de estos delitos que guardan con las funciones de la Justicia una relación tan estrecha o más que los que han sido agrupados bajo este epígrafe, están diseminados por los otros títulos del *Código Penal Federal*.

El epígrafe *Administración de Justicia* aparece en los códigos penales a comienzos del siglo XX. A pesar del tiempo transcurrido estamos en condiciones de afirmar que cumple, sobretodo, una función sistemática para ayudar a la ordenación racional de las infracciones y, consiguientemente, no existe un único bien jurídico independiente que responda a esta idea. La heterogeneidad de figuras, muchas de las cuales son, además, pluriofensivas, es la mejor prueba de ello. Para ajustar al contenido del Título y a las figuras delictivas que incluye, el bien jurídico de Administración de Justicia lo deberemos de concebir en términos tan amplios que resulta ineficaz para cumplir con las funciones interpretativas que se le asigna.

No solo debe abarcar la función jurisdiccional, en su sentido más estricto, castigando los excesos prevaricatorios de los órganos judiciales, sino que también debe entenderse como

protección de las resoluciones judiciales, por lo que se incluyen figuras como el quebrantamiento, o presupuestos de la propia actividad jurisdiccional, como el encubrimiento o la tortura. Incluso vemos como el legislador ha incluido figuras que carecen de relación con la actividad jurisdiccional y se refieren al régimen general de los servidores del Estado.

No obstante, encontramos en la ciencia penal intentos de construir un bien jurídico capaz de dar coherencia a estas figuras delictivas, superando la actual impresión de mero conglomerado. En este sentido, podemos apreciar dos corrientes de opinión. De una parte, la de quienes destacan como objeto de protección el estricto funcionamiento de los órganos jurisdiccionales en un sentido formal. Se trataría, entonces, de reforzar la disciplina procesal en sí misma considerada. Si, a pesar de su carácter fragmentario y subsidiario, se emplea la vía penal para proteger el servicio público de la Administración de la Justicia es debido a la relevancia de la potestad jurisdiccional y al interés del Estado en las correcciones de las resoluciones; lo que refuerza la confianza de la sociedad en las cualidades de la misma. Difícilmente puede administrarse Justicia si los órganos encargados de ello carecen de autoridad y la autoridad solo puede adquirirse en el marco de un Estado de Derecho a partir del formal respeto de la ley. Bajo este prisma estos delitos aparecen concebidos como delitos de lesión, si bien esta se confunde con la infracción de la norma que regula los procedimientos.

Dentro de la Administración de Justicia, lo que resulta más propio de la potestad disciplinaria. Por otra parte, semejante propuesta se corresponde con un Derecho penal de autor y no con la responsabilidad por el hecho. El fundamento de la sanción sería la infidelidad del servidor público y no la lesión de intereses o valores de la sociedad.

La otra opción, por la que nos inclinamos, parte de la idea de renunciar a la Administración de Justicia como bien jurídico independiente, reconociéndole solo funciones intrasistémicas. Desde esta perspectiva las figuras delictivas aquí agrupadas son sustancialmente independientes las unas de las otras. Su único denominador común es la protección de los derechos y las garantías del proceso, si bien por razones de política criminal el legislador adelanta las barreras

de protección y castiga aquellas acciones u omisiones que no respetan las leyes procesales porque ponen en peligro aquellas garantías.

Esta propuesta tiene sobre la anterior dos ventajas. *La primera*, que mantiene anclado el Derecho penal a la función de defender bienes o valores, en este caso, los referidos principios y garantías del proceso. *La segunda*, que convierte estos delitos en delitos de peligro, lo que obliga al órgano, que los juzga, a probar como presupuesto de la responsabilidad penal que la conducta, además de infringir la ley, puso en peligro aquellas garantías *delitos de peligro concreto*.

No se trata de negar que el funcionamiento de la Administración de Justicia sea imprescindible para la sociedad, en la dimensión que “*Welzel* dió a los bienes jurídicos, e inspira por ello a la criminalización de aquellas conductas que atentan contra aspectos de la misma,”¹⁴⁰ lo que ocurre es que otras muchas figuras no pueden encontrar la razón de su existencia tan solo en la protección de este servicio estatal. Optar por una u otra opción tiene necesariamente implicaciones en el ámbito de las relaciones concursales entre los delitos.

Los delitos contra la Administración de Justicia son un grupo paradigmático dentro de los delitos especiales. Todos ellos requieren en el sujeto activo la cualidad de servidor público, quedando excluidos como autores los particulares. “*El Art. 225 fracs VIII y XIV del Código Penal Federal*, ”¹⁴¹ mantienen, no obstante, un concepto de servidor público que excede de aquellas personas que, por el cargo que ostenta, ejercen función pública, como sucede con los representantes de la judicatura o de la Administración Pública Federal. Incluso, dentro de esta categoría se incluyen también los gestores de las empresas en las que existe representación

¹⁴⁰ Troper, Michelle. *La estructura del sistema jurídico y el nacimiento del Estado*, Trad, Cueva, Hernández, Ricardo, Eunomia, Revista en cultura de la legalidad, No 4 marzo agosto del 2013, Madrid, págs. 3 a 32. <https://www.google.com.mx/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=8&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiJmaD5653hAhVQja0KHRuKBHYQFjAHegQICRAC&url=https%3A%2F%2Ferevistas.uc3m.es%2Findex.php%2FEUNOM%2Farticle%2Fdownload%2F2070%2F1004&usg=AOvVaw1vGpQK97Juxrm0TxZhS5ez>.

¹⁴¹ Art 225: Son delitos contra la administración de justicia, cometidos por servidores públicos los siguientes: *Fracción VIII*. Retardar o entorpecer maliciosamente o por negligencia la administración de justicia y *XIV*. Prolongar la prisión preventiva por más tiempo del que como máximo fije la ley al delito que motive el procedimiento. *Cfre*: C.P.F <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpf.htm>, Consultado el día 26 de marzo del 2019 a las 3:26 am.

estatal, los cuales se encuentran más próximos a particulares que a los funcionarios. Ni siquiera las conductas prevaricatorias requieren que el autor ejerza funciones jurisdiccionales, también otros operadores de la Justicia, como los secretarios del juzgado pueden cometer, ocasionalmente, estos delitos.

*“Dos tipos de cuestiones se suscitan en torno a los delitos especiales. La primera se refiere a la posibilidad de mantener respecto de ellos el mismo concepto de autor que se emplea en los delitos comunes. La segunda resolver las interrogantes que plantean la participación de particulares en los delitos especiales.”*¹⁴²

Los delitos contra la Administración de Justicia, en los que el círculo de posibles autores queda circunscrito a aquellas personas que por distintos motivos tiene un especial deber que se infringe con el delito. La cualidad de servidores públicos que se requiere en los autores de estos delitos tiene un mayor peso que las que se exigen en el resto de los delitos especiales, hasta el extremo de convertirse en el propio fundamento de la responsabilidad penal.

Esta circunstancia a juicio de quienes defienden esta tesis justifica que en los delitos de esta naturaleza en relación con la imprudencia , se deban considerar autores a todos aquellos que infringen el deber y esta infracción está vinculada con la comisión del delito , sin necesidad de que el sujeto haya realizado actos ejecutivos del mismo. *“Semejante tesis no responde a la estructura lógica de la imputación objetiva que descansa sobre la ejecución de todo o parte de los hechos ejecutivos del delito,”*¹⁴³ ni tampoco se ajusta a las normas vigentes ya que, conforme señala el Art. 9º del Código Penal Federal: *Obra culposamente el que produce el resultado típico...*

¹⁴² Mapelli Caffarena, Borja. *Delitos contra la administración de justicia en el Código Penal Federal*, S.C.J.N, México, pág. 1. Cfre: [https://www.sitios.scjn.gob.mx/cursoderechopenal/sites/default/files/Lecturas/-Ensayo%20LOS%20DELITOS%20CONTRA%20LA%20ADMINISTRACIÓN%20\(Dr%20%20Borja\)%20Módulo%20III.pdf](https://www.sitios.scjn.gob.mx/cursoderechopenal/sites/default/files/Lecturas/-Ensayo%20LOS%20DELITOS%20CONTRA%20LA%20ADMINISTRACIÓN%20(Dr%20%20Borja)%20Módulo%20III.pdf).

¹⁴³ *Ibíd.* pág.3.

Hay responsabilidad del Estado en caso de denegación de justicia, la que tiene lugar cuando:

- a) Se rehúsa al extranjero, acceso a los tribunales;
- b) La decisión judicial definitiva es incompatible con las obligaciones emanadas de un tratado u otros internacionales del Estado;
- c) Hay un retardo abusivo de parte de los tribunales;
- d) El contenido de una decisión judicial es manifiestamente inspirada por mala voluntad hacia los extranjeros o súbditos de un Estado determinado

De lo anterior, se puede inferir que no estando aún codificado el *Derecho Internacional* no tenemos la fórmula concreta que define lo que es *Denegación de Justicia*, para poder fijar, en casos determinados, la responsabilidad del Estado. La jurisprudencia es variada y los autores establecen diferentes postulados para tal caso.

3. Artículos 14 y 16 Constitucionales.

El artículo 14 Constitucional

Este habla sobre: “A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna. Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho. En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata. En los juicios del orden civil, la sentencia

*definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho.”*¹⁴⁴

Este fragmento reviste una trascendental importancia dentro de nuestro orden constitucional, a tal punto, que a través de las garantías de la seguridad jurídica que contiene, el gobernado encuentra una amplísima protección a los diversos bienes que integran su esfera de derecho. Asimismo, en la historia de nuestro Derecho Constitucional, *el artículo 14* ha implicado la materia de muy interesantes polémicas entabladas por personajes dentro del ámbito jurídico.

Dentro de este artículo encontramos cuatro garantías: *la de no irretroactividad de las leyes, la de audiencia, la de legalidad en materia civil y la exacta aplicación de la ley en materia penal*. Al hablar entonces de la garantía de irretroactividad estamos hablando de que las leyes prohíben que, por virtud de una nueva ley, puedan afectarse situaciones o derechos constituidos conforme a una ley anterior. La garantía de audiencia impide que las personas puedan ser privadas de la vida, de sus propiedades etcétera, sin un previo juicio en el que se les haya dado oportunidad de defenderse, la garantía de legalidad en materia civil, impone a las autoridades judiciales la obligación de fundar sus sentencias en la letra de la ley o en la interpretación jurídica de la misma o, en último caso, en los principios generales de Derecho, y la garantía de exacta aplicación de la ley en materia penal, dispone que sólo podrán imponerse las penas señaladas por la ley para diversos delitos, debiendo aplicarse precisamente la que esté prevenida para el caso, no otra similar. Esta garantía impide, además, que sea castigada ella como delictuosa en las leyes penales. Este trabajo se ha dividido en un análisis muy preciso y conciso sobre los *artículos 14 y 16 constitucionales*, y cada análisis se ha dividido en partes para su mejor comprensión, explicación y análisis de cada artículo.

¹⁴⁴ Cfre: <https://mexico.justia.com/federales/constitucion-politica-de-los-estados-unidos-mexicanos/titulo-primero/capitulo-i/#articulo-14>.

A) Garantía de irretroactividad de las leyes.

Esta garantía está concebida en el primer párrafo del *artículo 14* de la Ley Suprema en los siguientes términos: “*A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna,*”¹⁴⁵ Al entender esta disposición constitucional, se puede buscar y aclarar cuando es una ley retroactiva, o sea el problema de la retroactividad legal se conoce también como conflicto de leyes en el tiempo, o sea, que se traduce en la cuestión consistente en determinar, en presencia de dos leyes, una antigua, que se supone derogada o abrogada, y otra nueva o vigente, actual cual de las dos debe regir a un hecho, acto, fenómeno, estado, situación. *El diccionario Jurídico Mexicano* dice: “*Es el principio del derecho según el cual, las disposiciones contenidas en las normas jurídicas, no deben ser aplicadas a los hechos que se realizaron antes de la entrada en vigor de dichas normas,*”¹⁴⁶ ahora bien si hablamos lo contrario o el caso contradictorio se habla del principio de la irretroactividad estriba en que una ley no debe normar a los actos, hechos o situaciones que hayan tenido lugar antes de que adquieran fuerza de regulación.

La jurisprudencia de la Suprema Corte en materia de retroactividad ha adoptado el criterio vago e impreciso de la doctrina clásica de los derechos adquiridos; según puede verse en las tesis que a continuación se indican: “*Para determinar si una ley cumple con la garantía de irretroactividad se requiere que obre el pasado y que lesione los derechos adquiridos bajo el amparo de leyes anteriores, y esta última circunstancia es esencial,*”¹⁴⁷ al respecto Rojina

¹⁴⁵ Cfre: <https://mexico.justia.com/federales/constitucion-politica-de-los-estados-unidos-mexicanos/titulo-primer/capitulo-i/#articulo-14>.

¹⁴⁶ Los primeros antecedentes del principio de irretroactividad de la ley se encuentran dentro del derecho romano de la época del emperador Justiniano, en efecto, los que integran el *Corpus Iuris Civilis*, que convienen en algunas disposiciones que tienen relación con el problema de aplicación retroactiva de las normas jurídicas, la más significativa se consagra dentro de las *Novellae*, y en las siguientes, *Absurdum esset, id quod recte factum est, ab eo quod modum erat, postea subverti* (sería absurdo que situaciones jurídicas, válidamente creadas, pudiesen ser anuladas por normas que se dicten posteriormente), sin embargo, es necesario aclarar que los juristas romanos tuvieron conciencia de las dificultades prácticas al aplicar el principio de irretroactividad, y por lo tanto, consideraron que, en ciertos casos, las leyes podían válidamente regular hechos pretéritos; así, p.e. el *Codex* establece que: *Nisi nominalium etiam de praeterito tempore adhuc pendentibus negotiis cautum sit* (Las nuevas leyes pueden contener prescripciones acerca de los negocios pendientes en el momento de su promulgación) *Diccionario Jurídico Mexicano, vol. III, (IV vols.), UNAM, Instituto de investigaciones jurídicas, México, 2005, pág. 2161.*

¹⁴⁷ RETROACTIVIDAD DELAS LEYES. SU DETERMINACIÓN CONFORME A LA TEORÍA DE LOS COMPONENTES DE LA NORMA. (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos) (México: Pleno,

Villegas dice: “*La ley es retroactiva cuando vuelve al pasado para cambiar, modificar o suprimir los derechos individualmente adquiridos ya, y según los tratadistas, los derechos adquiridos individualmente de un contrato, son derechos adquiridos,*”¹⁴⁸ de aquí que, las leyes retroactivas, o las dicta el legislador común, o la expide el constituyente, pero no les podrá dar efecto retroactivo, en perjuicio de alguien, porque lo prohíbe la Constitución; en el segundo, deberán aplicarse retroactivamente, a pesar del *art. 14 constitucional*, y sin que ello importe violación de garantía alguna individual, el legislador constituyente, en uso de sus facultades amplísimas, pudo por altas razones políticas o de interés general establecer casos de excepción al principio de no retroactividad, y cuando así haya procedido, tales preceptos deben aplicarse retroactivamente.

Es posible afirmar que es cuando existe una disposición que vuelve al pasado, cuando rige o pretende regir situaciones ocurridas antes de su vigencia en relación a las condiciones jurídicas que antes no fueron comprendidas en la nueva disposición y respecto de actos verificados bajo una disposición anterior.

El principio de no retroactividad de la ley se encuentra acentado dentro del *art. 14* como contenido de un derecho público subjetivo, derivado de la garantía correspondiente, ese derecho tiene como obligación estatal y autoritaria correlativa, la consistente en que toda autoridad del Estado, en tanto que se puede impedir con motivo de aplicar una ley de forma retroactiva en menoscabo de alguna persona determinada.

La propia Constitución, es la que hace en el principio de retroactividad, que se da en menoscabo de cualquier persona, de donde se puede extraer la característica opuesta, de que se pueden dar efectos retroactivos a la propia ley, en tanto que esta no cause perjuicio, luego así se podrá desarrollar de modo que se entienda que el sentido y el mismo impacto que tengan en la

Novena Época Apéndice, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo I, Agosto de 2001, pág. 16, febrero del 2002 págs. 79 y 171.)

¹⁴⁸ Rojina Villegas, Rafael. *Derecho Civil Mexicano, t.I, Introducción y personas*, Porrúa, México, 4ª ed., 1980, pág. 247.

formula, tiene su reminiscencia en el pasado texto constitucional de 1857, el hecho conocido como garantía de irretroactividad legal, quedó modificada dentro de la actual Carta Magna.

B) Garantía de Audiencia

La garantía de audiencia, una de las más importantes dentro de cualquier régimen jurídico, ya que implica la principal defensa de que dispone todo gobernado frente a actos del Poder Político que tiendan a privarlo de sus derechos y sus más preciados intereses, está consignada en el segundo párrafo de nuestro artículo 14 de la Constitución el cual dice: “*Nadie puede ser privado de la vida, de la libertad, de sus posesiones, propiedades o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.*”¹⁴⁹

La garantía de audiencia está contenida en una fórmula compleja e integrada por cuatro garantías específicas de seguridad jurídica, a las cuales posteriormente nos referiremos, y que son:

1. La de que en contra de la persona, a quien se pretenda privar de alguno de los bienes jurídicos tutelados por dicha disposición constitucional, se siga un juicio.
2. Que tal juicio se substancie ante tribunales previamente establecidos.
3. Que en el mismo se observen las formalidades esenciales del procedimiento.
4. Que el fallo respectivo se dicte conforme a las leyes existentes con antelación al hecho o circunstancia que hubiere dado motivo al juicio.

El hablar de la rigidez de la disposición del segundo párrafo, concebida en sus propios términos en el *Proyecto de Constitución* elaborado por *Venustiano Carranza*. La garantía de

¹⁴⁹ Cfre: <https://mexico.justia.com/federales/constitucion-politica-de-los-estados-unidos-mexicanos/titulo-primer/capitulo-i/#articulo-14>.

audiencia en nuestro *art. 14 constitucional* se integra, según se ha afirmado mediante tres garantías específicas de seguridad jurídica, los cuales son:

1. El juicio previo al acto de privación; que dicho juicio de haga ante los tribunales previamente establecidos.
2. El cumplimiento de las formalidades procesales esenciales.
3. La decisión jurisdiccional ajustada a las leyes vigentes con antelación a la causa que origine el juicio.

Burgoa explica la segunda garantía como "*A través de la segunda garantía específica de seguridad jurídica que concurre en la integración de la de audiencia, el juicio cuya connotación hemos delineado, debe seguirse ante tribunales previamente establecidos. Esta exigencia corrobora la garantía implicada en el art. 13 constitucional, en el sentido de que nadie puede ser juzgado por tribunales especiales (o por comisión), entendiéndose por tales los que no tienen una competencia genérica, sino casuística, o sea, que su actuación se contraiga a conocer de un determinado negocio para el que se hubieren creado exprofesamente. Por tanto, el adverbio "previamente", empleado en el segundo párrafo del art. 14 constitucional, no debe conceptuarse como significativo de mera antelación cronológica, sino como denotativo de la preexistencia de los tribunales al caso que pudiese provocar la privación, dotados de capacidad genérica para dirimir conflictos en número indeterminado*"¹⁵⁰

Al entender o tener un concepto intuitivo de Tribunales no debe entenderse como su aceptación meramente formal, o sea, considerarse únicamente como tales a los órganos del Estado que estén constitucional o legalmente adscritos al Poder Judicial federal o local, sino dentro de dicho concepto se comprende a cualquiera de las autoridades ante las que deben seguirse el juicio de que habla el segundo párrafo del art. 14 constitucional.

Emilio Rabasa define "*Las garantías individuales del art. 14 constitucional se otorgan para evitar que se vulneren los derechos de los ciudadanos sujetos a cualquier procedimiento*

¹⁵⁰ Burgoa Orihuela, Ignacio. *Las garantías individuales*, Porrúa, México, 15ª ed., 1981, pág. 503.

bien sea administrativo, civil o penal, por lo que es errónea la apreciación de que sólo son otorgadas para los sujetos del último.”¹⁵¹

Ahora bien, la Privación es la consecuencia o el resultado de un acto de autoridad y se traduce o puede consistir en una merma o menoscabo de la esfera jurídica del gobernado.

Se puede decir que el concepto vida, la libertad, la propiedad, la posesión y los derechos del gobernado, es un bien jurídico tutelado por la garantía de audiencia. La vida, la enciclopedia Encarta¹⁵² la define como el término que se utiliza para englobar las actividades características de todos los organismos, desde las algas unicelulares, hasta las plantas y animales superiores como el hombre o por lo que podemos decir que la vida humana traduce en el estado existencial del sujeto, por lo que la garantía de audiencia se puede decir que tutela la existencia misma del gobernado frente actos de autoridad que pretendan hacer de ella un objeto de privación.

La Libertad, está se preserva por la garantía de audiencia como una facultad genérica del individuo y se puede decir como una propiedad de la voluntad con fines vitales. Es por ello por lo que todas las libertades públicas individuales, se establecen en nuestra constitución, y es protegida.

La Propiedad, que es el derecho real por excelencia, está protegida por la garantía de audiencia, ahora bien Ramón Sánchez Medal dice *“pueden ser la propiedad o casi todos los demás derechos reales sobre bienes inmuebles con tal que sean enajenables o no sean estrictamente ligados a la persona de su titular, por lo que son hipotecables, el dominio y el derecho romano de superficie,”*¹⁵³ por lo que las autoridades del Estado tienen prohibido por el *art. 14 constitucional*, privar a una persona de sus bienes materia de su propiedad, si el acto de privación no está condicionado a las exigencia que son elementales que configuran la garantía

¹⁵¹ Rabasa, Emilio, *Mexicano esta es tu constitución*, Miguel Porrúa Editores, México, 9ª ed., 1994, pág. 68.

¹⁵² Enciclopedia Microsoft Encarta.

¹⁵³ Sánchez Medal, Ramón. *De los contratos civiles*, Porrúa, México, 17ª ed., 1999, pág. 56.

mencionada, de cuya naturaleza misma tiende que es cualquier tipo de propiedad materia de la tutela que imparte, ya que a través del juicio de amparo que se promueva por violación a esta garantía.

La posesión, tiene, el problema de su preservación. Mediante la garantía de audiencia, ha sido solucionado en forma análoga que la cuestión precede, perteneciente a la propiedad, al garantizar la posesión, se refiere tanto a las autoridades judiciales como a las administrativas; por lo que éstas, lo mismo que aquellas, no pueden privar a nadie de sus posesiones o derechos.

Los Derechos, en la garantía de audiencia adquieren gran alcance tutelar en beneficio del gobernado, *El diccionario Jurídico Mexicano* define el término *derechos civiles* como: “*Son la expresión actual de los derechos básicos e inalienables del individuo de que hablan el iusnaturalismo clásico y el liberalismo individualista, los derechos considerados como inherentes a la persona humana y entendidos como facultad de hacer del individuo frente a la obligación de hacer.*”¹⁵⁴

El Juicio, se puede entender como la primera garantía específica constitutiva de la de audiencia, como un elemento previo al acto de privación. Juicio es por tanto una institución o conjunto de actos solemnes, detallados en la ley, a través de los cuales se resuelven los conflictos de intereses entre las partes, en presencia de una autoridad Judicial que decide, previa presentación ante la misma de las alegaciones y pruebas de sus respectivos asertos. Dichos actos se consideran de iniciación, de desarrollo y de conclusión, pero no es posible indicar una idea general del juicio porque éste varía en función de una tipología concreta.

En el segundo párrafo del artículo 14 Constitucional menciona la palabra privación, ya que está utilizada como el sinónimo de la siguiente expresión: “...*por medio de...*”¹⁵⁵. Por tanto en el

¹⁵⁴ *Diccionario Jurídico Mexicano, vol. II, (IV vols.), UNAM, Instituto de investigaciones jurídicas, México, 2005, págs. 1244 a 1245.*

¹⁵⁵ http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_150519.pdf, Artículo 14.

juicio de que se habla es un medio para privar a alguna persona de cualquier bien jurídico, es decir, si la *privación*, es el fin, obviamente el procedimiento en que aquél se traduce debe preceder al acto privativo.

Los tribunales establecidos: están integrados en la garantía de audiencia, no debe entenderse en su acepción meramente formal, o sea, considerarse únicamente como tales a los órganos del Estado que estén constitucional o legalmente adscritos al Poder Judicial federal, sino que dentro de dicho concepto se comprende a cualquiera de las autoridades ante las que debe seguirse el *juicio* el cual se menciona en el segundo párrafo del art. *14 constitucional*.

En el *art. 14* también menciona que, “se deben cumplir formalidades esenciales,” estas encuentran su razón de ser en la propia naturaleza de todos los procedimientos en el que se desarrolle una función jurisdiccional, esto es, en el que se pretenda resolver un conflicto jurídico, bien sea que éste surja positivamente por haberse ejercitado la defensa respectiva por el presunto afectado, o bien en el caso de que se haya otorgado la oportunidad de que se suscite sin haberse formulado oposición alguna.

En la garantía de audiencia falta mencionar, el cual es conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho, que, en esta garantía específica se corrobora la contenida en el párrafo primero del *art. 14 constitucional*, o sea, la de la no retroactividad legal y, por tanto, opera respecto a las normas substantivas que deban aplicarse para decir el derecho en el conflicto jurídico, pues por lo que concierne a las adjetivas, éstas, en la mayoría de los casos, pueden dotarse de eficacia retrospectiva.

Por lo que falta mencionar que como toda garantía individual, la de audiencia no opera por modo absoluto. Ello quiere decir, que por regla general todo gobernado, frente a cualquier acto de autoridad que importe privación de alguno de los bienes jurídicos tutelados por el *art. 14 constitucional*, goza del derecho público subjetivo de que se le brinden las oportunidades defensivas y probatorias antes de que se realice en su perjuicio el acto privativo.

C) Garantía de la Exacta Aplicación de la Ley En Materia Penal.

Esta garantía de seguridad concebida en los siguientes términos: "*En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate*"¹⁵⁶

El *Diccionario Jurídico Mexicano*, dice "Dicha garantía tiene como campo de vigencia la materia procesal penal e implica el tradicional principio de legalidad que se enuncia *nulla poena, nullum delictum sine lege* (Ningún delito, ninguna pena sin ley previa), *Este postulado establece la bifurcación de la legalidad sobre dos elementos: los delitos y las penas.*"¹⁵⁷

El párrafo tercero del *artículo 14 constitucional*, habla sobre los llamados Juicios del orden criminal, dicho principio de legalidad, en la estimación delictiva de un hecho humano, no se contiene expresa y directamente. Sin embargo, por inferencia jurídica, a través de la interpretación del concepto legal de *delito*, podemos considerarlo involucrado en la mencionada disposición constitucional.

Ahora bien, en el Código Penal Federal dice: *delito es todo acto u omisión que sancionan las leyes penales. El artículo 14 constitucional en su tercer párrafo, remite, a través del término delito, al concepto legal de hecho delictivo contenido en el art. 7 del Código Penal Federal, así como ordenamientos penales materiales, según sea el caso.*

Pero además, el principio de legalidad en materia penal no sólo intenta el aspecto indicado en cuanto a la concepción delictiva de un hecho, sino que se refiere también a las penas. De conformidad con tal postulado, bajo este segundo carácter, está prohibida la aplicación de una sanción penal si no existe alguna disposición legal que expresamente la imponga por la comisión

¹⁵⁶ Cfre: <https://mexico.justia.com/federales/constitucion-politica-de-los-estados-unidos-mexicanos/titulo-primero/capitulo-i/#articulo-14>.

¹⁵⁷ *Diccionario Jurídico Mexicano*, vol. II, (IV vols.), UNAM, Instituto de investigaciones jurídicas, México, 2005, pág. 1787.

de un hecho determinado. En otras palabras, para todo delito la ley debe ex profesamente señalar la penalidad correspondiente, principio que se encuentra en el tercer párrafo del artículo *14 de la constitución*.

Ahora bien vamos a explicar sobre la parte del párrafo tercero del *art. 14 constitucional* la prohibición de la imposición de penalidad por simple analogía y aun por mayoría de razón; en este acto, en el producto de la aplicación por analogía de una cierta penalidad legal.

Toda ley tiene un determinado objeto de regulación, el cual está constituido por el hecho, acto, situación jurídica que norma. Entonces al hablar de la regulación analógica que una ley establece, se traduce en la circunstancia de que ésta se hace extensiva a aquellos casos concretos que no están en ellas previstos, pero que se presentan con la hipótesis expresamente reguladas con cierta similitud.

La aplicación analógica, dice Tena Ramírez: “*De la ley tiene lugar cuando ésta se atribuye efectos normativos sobre casos reales que no están previstos en ella, pero que guardan con las hipótesis expresamente reguladas no una semejanza absoluta sino una similitud relativa, o sea, en cuanto aspectos o elementos comunes.*”¹⁵⁸

“La mayoría de razón”, como viene escrito en el *tercer párrafo del art. 14 constitucional*, quiere decir que puede suceder que un caso concreto revele los atributos de los factores de motivación y de teleología de una ley, genéricamente considerada, con mayores proporciones o mayor magnitud. Entones, tomando la causa final de la norma jurídica con vista a tales atributos y la presencia de éstos en el caso concreto, la regulación legal puede imputarse a éste, lo que implica una aplicación por mayoría de razón.

Entonces se puede decir que al prohibir “la mayoría de razón”, impide que la ley que contenga la sanción penal se haga extensiva a hechos que, aunque de mayor gravedad,

¹⁵⁸ Tena Ramírez, Felipe. *Derecho Constitucional Mexicano*, Porrúa, México, 20ª ed., 1993, pág. 23.

peligrosidad o antisocialidad, etc., que el delito previsto, no estén comprendidos en ellas mediante tal prohibición la efectividad del principio.

D) Garantías de Legalidad En Materia Jurisdiccional Civil.

E) En este párrafo del *art. 14 constitucional* dice: “*En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a las letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta, se fundará en los principios generales del derecho.*”¹⁵⁹

La *Garantía de Legalidad*, o sea, la resolución jurisdiccional que dirima el conflicto jurídico substancial o fundamental en un juicio, se entiende como el acto de autoridad condicionado por ella, es decir, la sentencia definida, debe versar sobre un juicio lato sensu, esto es, sobre juicios civiles estricto sensu, y sobre juicios mercantiles.

Ahora bien, dicha garantía de seguridad jurídica es la que en pocas palabras rige a toda materia jurisdiccional, con excepción de la penal, traducida aquélla en los diversos procedimientos contenciosos que se ventilan ante las autoridades judiciales propiamente dicho o ante los órganos formalmente administrativos, como son las juntas de Conciliación y Arbitraje.

La Garantía de legalidad consagrada en el cuarto párrafo del *art. 14 constitucional*, cuyo acto de autoridad condicionado estriba en cualquier resolución jurisdiccional dictada en un procedimiento judicial civil, establece como exigencia que debe cumplir la autoridad que la pronuncie, la consistente en que tal decisión se ciña a la letra de la ley aplicable al caso de que se trate o se base en la interpretación jurídica de la misma.

La interpretación literal, de la ley implica la extracción de su sentido atendiendo a los términos gramaticales en que su texto está concebido.

¹⁵⁹ Cfre: <https://mexico.justia.com/federales/constitucion-politica-de-los-estados-unidos-mexicanos/titulo-primer/capitulo-i/#articulo-14>.

La solución de las controversias de derecho en muchas ocasiones no puede lograrse mediante la invocación de ninguna norma jurídica que prevea el caso concreto en derredor del cual surge el conflicto. Esta situación ha dado origen a uno de los problemas más arduos con que se ha enfrentado la llamada Filosofía Jurídica y se conoce con el nombre de Lagunas de la Ley.

Debe entenderse que, si el texto de la ley es equívoco o conduce a conclusiones contradictorias o confusas, su letra no debe ser la fuente de decisiones jurisdiccionales, sino que éstas deben fundarse en su interpretación jurídica, según ordena *el párrafo cuarto del artículo 14 constitucional* por lo tanto la garantía de legalidad en materia civil, impone a las autoridades judiciales la obligación de fundar sus sentencias en la letra de la ley o en la interpretación jurídica de la misma o, en último caso, en los principios generales de Derecho, y la garantía de exacta aplicación de la ley en materia penal, dispone que sólo podrán imponerse las penas señaladas por la ley para diversos delitos, debiendo aplicarse precisamente la que esté prevenida para el caso, no otra similar.

El artículo 16 Constitucional

Por lo que en este trabajo se invita al lector a conocer muy a fondo y profundo dos artículos de las garantías de seguridad que velan los derechos de los ciudadanos para que no resulten afectados debido a procedimientos ilícitos cometidos por la autoridad. *En el art. 14* ya desarrollado anteriormente se ha de percatar en hablar de las garantías de seguridad, ahora bien, el *art. 16* es otro artículo importante para nuestra constitución en lo conducente para efectos de este trabajo dice:

“Artículo 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. En los juicios y procedimientos seguidos en forma de juicio en los que se establezca como regla la oralidad, bastará con que quede constancia de

ellos en cualquier medio que dé certeza de su contenido y del cumplimiento de lo previsto en este párrafo...

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculpado a disposición del juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior será sancionada por la ley penal.

Cualquier persona puede detener al indiciado en el momento en que esté cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido, poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad más cercana y ésta con la misma prontitud, a la del Ministerio Público. Existirá un registro inmediato de la detención.

Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder.

En casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley...

Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponérsele a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como

delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal.

En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir, a solicitud del Ministerio Público, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose al concluirla, un acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia...

La autoridad administrativa podrá practicar visitas domiciliarias únicamente para cerciorarse de que se han cumplido los reglamentos sanitarios y de policía; y exigir la exhibición de los libros y papeles indispensables para comprobar que se han acatado las disposiciones fiscales, sujetándose en estos casos, a las leyes respectivas y a las formalidades prescritas para los cateos.

La correspondencia que bajo cubierta circule por las estafetas, estará libre de todo registro, y su violación será penada por la ley.

En tiempo de paz ningún miembro del Ejército podrá alojarse en casa particular contra la voluntad del dueño, ni imponer prestación alguna. En tiempo de guerra los militares podrán exigir alojamiento, bagajes, alimentos y otras prestaciones, en los términos que establezca la ley marcial correspondiente.”¹⁶⁰

Por lo tanto se puede decir que el artículo 16 de nuestra constitución es uno de los preceptos que imparten mayor protección a cualquier gobernado, sobre todo a través de la garantía de legalidad, que consagra, la cual, dada su extensión y efectividad jurídicas, pone a la persona a salvo de todo acto de mera afectación a su esfera de derecho que no sólo sea

¹⁶⁰ http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_150519.pdf, artículo 16.

arbitrario, es decir, que no esté basado en norma legal alguna, sino contrario a cualquier precepto, independientemente de la jerarquía o naturaleza del ordenamiento a que éste pertenezca.

Análisis de la primera parte del art. 16 constitucional

La primera parte del *art. 16 constitucional*, ordena de esta manera: “*Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento...*”¹⁶¹ como se ve, la disposición legal constitucional transcrita contiene varias garantías de seguridad jurídica; por ende, nos referimos, siguiendo el orden de exposición en que están consignadas, a cada una de ellas, una vez que hayamos estudiado los supuestos de su operatividad, los cuales son: *la titularidad de las mismas, el acto de autoridad condicionado por ellas y los bienes que preservan.*

Hay que hacer una aclaración ya que estas ideas, garantías consagradas, bienes, etc., las cuales, en los artículos completos tanto *14* como el *16 de la constitución* para un mejor desarrollo intelectual y explicación.

A) La titularidad de las garantías consagradas en la primera parte del art. 16 constitucional, esto se refiere en pocas palabras al hablar del término *nadie*, que es el que demarca desde el punto de vista subjetivo la extensión de tales garantías individuales, es equivalente a *ninguna persona*, o sea a todo individuo se refiera.

B) El acto de autoridad condicionado por las garantías consignadas en la primera parte del art. 16 constitucional, se refiere al término que utiliza que es el de molestia, ya que se entiende por molestia: una perturbación en el campo de los bienes jurídicos. Los actos de

¹⁶¹ Idem.

autoridad que necesariamente deben supeditarse a las exigencias que establecen las garantías consagradas en la primera parte del art. 16 constitucional, son todos los posibles imaginables.

C) Los bienes jurídicos preservados por las garantías individuales, al decir *nadie puede ser molestado*, significa que cualquiera de este tipo de actos puede afectar de modo parcial o total a una determinada persona, pero más hay que mencionar, los bienes jurídicos que menciona el art. 16 constitucional los cuales son: *A su misma persona, a su domicilio, y a sus papeles o a sus posesiones.*

La Persona, a la que jurídicamente hablando se refiere conforme a las investigaciones realizadas, hemos llegado a la conclusión de que si se molesta a una persona no solamente en físico, sino en su personalidad jurídica. La Familia, por tanto debe necesariamente recaer en los elementos del gobernado, entendiéndose por tales todos lo que conciernen a su estado civil, así como a su situación de hijo, madre, padre, etc. *El domicilio*, define *El diccionario Jurídico Mexicano*: “*Del Latín Domus (casa) el domicilio de un persona física es el lugar donde reside con el propósito de establecerse en él; a falta de este, el principal lugar donde tiene asientos sus negocios y a falta de uno y otro, el lugar donde se halle.*”¹⁶²

Los llamados papeles los cuales se refiere el art. 16 constitucional, se puede entender partiendo de la premisa del simple hecho de decir que son los apreciados documentos de una persona, es decir, *todas las constancias escritas de algún hecho o acto jurídico*, por lo que se dice que los papeles gozan de un régimen propio de una preservación constitucional. Las posesiones, como se puede decir de forma vulgar y prosaica, son todo aquello que le pertenece a una persona, por lo que el art. 16 respalda este tipo de elementos.

D) Garantía del mandamiento escrito, se refiere al llamado y mencionado mandamiento escrito, significa que en virtud de este punto que proviene de la autoridad

¹⁶² *Diccionario Jurídico Mexicano, vol. II, (IV vols.), UNAM, Instituto de investigaciones jurídicas, México, 2005, pág. 1420.*

competente, es como se va a presentar con firma, debe ser auténtica, en donde este mandamiento va ser un orden de mucha importancia.

E) Garantía de competencia constitucional: como lo indica la mencionada autoridad competente, y se puede decir como un tipo de *competencia* como lo puede ver el art. 16 *constitucional*. Ahora bien, la garantía a que se refiere este artículo, se puede decir que “conciene al conjunto de facultades con que la propia Ley Suprema inviste a determinado órgano del Estado, de tal suerte que si el acto de molestia emana de un autoridad que al dictarlo o ejecutarlo se exceda de la órbita integrada por tales facultades, viola la expresada garantía, así como el caso de que, sin estar habilitada constitucionalmente para ello, causa una perturbación al gobernado en cualesquiera de los bienes jurídicos señalados en dicho precepto.”¹⁶³ Ahora bien, se le conoce a la llamada competencia ordinaria y especialmente a la jurisdiccional, como el conjunto de facultades con que la ley secundaria inviste a una determinada autoridad, conforme la jurisprudencia. Como nota se puede decir que la garantía de competencia constitucional excluye la legitimidad o competencia de origen de las autoridades.

F) Garantía de legalidad: se dice que es la garantía que mayor protección imparte al gobernado dentro de nuestro orden jurídico constitucional, es sin duda, la de legalidad consagrada en el art. 16 *constitucional*, esta contiene la parte que dice el primer párrafo el cual es fundamentación y motivación de la causa legal del procedimiento.

Fundamentación; significa de acuerdo a la fundamentación legal de la causa del procedimiento autoritario, de acuerdo con el espíritu del legislador de 1857, que los actos que originen la molestia de que habla el art. 16 *constitucional*, deben basarse en una disposición normativa general, es decir, que esta prevea la situación concreta para la cual procede realizar un acto de autoridad, que exista una ley que lo autorice.

¹⁶³ Burgoa Orihuela, Ignacio. *Óp. Cita*, pág. 456.

Motivación, esta indica las circunstancias y modalidades del caso particular, que deben encuadrar dentro del marco general correspondiente establecido por la ley. Por lo que podemos decir que implica una necesaria adecuación que debe hacer la autoridad entre la norma y el motivo de la molestia.

Causa legal del procedimiento, significa el acto o la serie de actos que provocan la molestia en la persona, familias, domicilio, papeles o posesiones de un gobernado realizados por la autoridad competente, este debe ser en pocas palabras legal, con lo que se entiende que debe ser fundado y motivado en una ley.

Análisis de la segunda parte del art. 16 constitucional

Ahora bien, el artículo 16 constitucional en su segunda parte establece *“No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión...”*

*La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculcado a disposición del juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad...”*¹⁶⁴ en la inteligencia de que la contravención a lo anterior será sancionada por la ley penal.

Orden de aprehensión, significa que por medio de la orden de la autoridad judicial, en donde la libertad de la persona detenida es de forma parcial, o sea la privación libertaria como un hecho preventivo.

Como se habla de la autoridad judicial se debe entender como aquel órgano estatal que forme parte del poder judicial, este puede ser tanto local como federal. Pero en esta garantía de

¹⁶⁴ http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_150519.pdf, artículo 16.

seguridad jurídica existen dos excepciones o salvedades tal como lo indica *el caso de delito flagrante y el caso urgente*, Ahora bien debemos entender lo que es delito flagrante.

El caso de delito flagrante o *infraganti*, se entiende por todo hecho delictivo cuya ejecución es sorprendida en el preciso momento de estarse realizando o en el supuesto de que sea autor sea perseguido inmediatamente después de cometerlo.

El usar el término sin que preceda denuncia, es otra de las garantías del artículo 16 constitucional, en donde la autoridad judicial nunca deber proceder de oficio al dictar una orden de aprehensión, sino que debe haber primero una *denuncia, acusación o querrela*, en donde la ley debe señalar como delito, en pocas palabras de un carácter delictivo, en donde la autoridad judicial se va encargar de dar un castigo privatorio de la libertad y reconocer los tipos de datos que existan en esta parte.

En la parte en donde dice la autoridad que ejecute la orden judicial de aprehensión, deberá llevar al inculcado con el propio juez, significa que, la autoridad judicial deberá llevar al malhechor, pero no es el simple hecho de llevárselo a cualquier lado, sino en la orden de aprehensión, la autoridad judicial tiene la obligación y el deber de llevar al delincuente ante las grandes autoridades las cuales se van a encargar de dar lo que le corresponde, o sea, aplicarle su castigo, realizar investigaciones, por lo que es importante decir, como lo indica el artículo, en la parte que dice que “sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad”, esto quiere decir que no importando la situación, la hora, si se va ir a su casa, la autoridad judicial debe de llevar sin excusa ni pretexto al juez, por lo que si no lo cumple; estará violando *el artículo 16 constitucional* y por lo tanto como lo indica será sancionado por la ley penal por no cumplir por su responsabilidad.

En los casos de delitos flagrantes como ya se explicó, en la parte de este párrafo dice en forma clara que cualquier persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, que un persona puede detener al infractor, ya que esto significa que solamente tratándose de delitos

contra la seguridad pública y en contra de la vida de la personas, uno puede solamente detener a la persona que viole las garantía de seguridad.

“Poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata”, esto quiere decir que la autoridad administrativa podrá decretar la detención de la persona poniéndolo, dentro de 24 horas ante el Ministerio Público, y éste como lo indica la parte de este artículo, se va encargar de dar una sanción, claro pues, por medio del juez.

El caso urgente, en este párrafo es fácil de explicar de manera formal, en donde está facultad está ésta, en donde más gravedad del delito más pena se le aplica al individuo. En este caso el Ministerio Público tiene la obligación de fundar y expresar los motivos; indicarlos; que en pocas palabras demuestren la urgencia; pero bien cuando se da la orden de aprehensión, el indiciado no puede ser retenido por más de 48 horas, este es un plazo en donde se puede otorgar ya sea su libertad o ser llevado ante la autoridad judicial, y como llegan a suceder casos en los de los llamados delincuencia organizada, en donde varios individuos se ponen de acuerdo para cometer un delito, por consecuente este puede llegar a ser grave, sólo en este caso; el plazo de tiempo de retención será duplicado.

Si se llega a dar un abuso o prepotencia de lo anterior la ley penal se hará cargo de dar sanción por abuso, como lo indica el artículo 16 constitucional.

Análisis de la tercera parte del art. 16 constitucional

Se puede decir que la tercera parte dispone que: *“En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir y que será escrita, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetivos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose al concluirla un acta, en*

*presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia.”*¹⁶⁵

En la *parte del artículo 16 constitucional* se trata y habla sobre el cateo, o sea, el registro o inspección de sitios o lugares con el fin de descubrir ciertos objetos para evidenciar determinadas circunstancias, de aprehender a algún sujeto o de tomar posesión de un bien.

La primera garantía de seguridad jurídica que condiciona el acto de orden de cateo se puede decir que es la orden respectiva, debe emanar de autoridad judicial en el sentido formal del concepto, es decir, de un órgano autoritario constitutivo del Poder judicial, bien sea local o federal.

Esta orden será escrita, en ella se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, por lo que un cateo ordenado o dictado verbalmente será violatorio de esta tercera parte del *art. 16 constitucional*, siempre la orden de cateo debe estar escrita en documento que sea válido y vigente, que tenga los datos suficientes para determinar si se realiza la orden de cateo o no.

Al decir la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo único que debe limitarse la diligencia, esto significa que la orden de cateo nunca debe ser general, esto es, tener un objeto indeterminado de registro o inspección, sino que debe versar sobre las cosas concretamente señaladas en ella y practicarse en un cierto lugar. Además, cuando la orden de cateo lleve aparejado un mandamiento de detención o aprehensión la constancia escrita relativa debe indicar expresamente la persona o personas que han de ser sujeto de estos dos últimos actos.

Por último, la tercera parte del *art. 16 constitucional* contiene ya no como meras garantías de seguridad jurídica a que se debe condicionar el cateo, sino como obligación impuesta a las autoridades que lo practica, el hecho de que, una vez concluida la diligencia respectiva, se

¹⁶⁵ http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_150519.pdf, artículo 16.

levantará una acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa por la autoridad que verifique aquella.

Análisis de la cuarta parte del art. 16 constitucional

En la cuarta parte del artículo 16 constitucional se puede decir que es la parte de este artículo que dice; “La autoridad administradora podrá practicar visitas domiciliarias únicamente para cerciorarse de que se han cumplido los reglamentos sanitarios y de policía; y exigir la exhibición de los libros y papeles indispensables para comprobar que se han acatado las disposiciones fiscales, sujetándose, en estos casos a las leyes respectivas y a las formalidades prescritas para los cateos.”¹⁶⁶

La Autoridad administradora podrá practicar visitas domiciliarias, esto significa que si hablamos de la autoridad estamos hablando sobre que la autoridad es la única capaz de realizar las investigaciones, las cuales sólo ellos son los únicos que podrán realizar este tipo de prácticas llamadas visitas domiciliarias.

La permisión constitucional de las visitas domiciliarias practicables por la autoridad administrativa, se establece únicamente bajo la circunstancia de que dichos actos que tengan por objeto la constatación del cumplimiento o incumplimiento de los reglamentos de la policía y un buen gobierno por parte de los particulares o del acatamiento o desobediencia de las disposiciones fiscales, esta parte se puede leer claramente como tiene relación con la parte del artículo 16 que habla sobre las visitas domiciliarias, las cuales se puede decir que son inspecciones que se realizan en donde se encargaran de ver si se cumplió lo que está escrito en el artículo 16 constitucional.

El decir el exigir la exhibición de los libros y papeles indispensables para comprobar que se han acatado las disposiciones fiscales, esto significa que si hablamos de disposiciones

¹⁶⁶ http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_150519.pdf, artículo 16.

fiscales, derivamos de que las autoridades fiscales, tienen la facultad de exigir la exhibición de libros y papeles con el fin también exclusivo, de comprobar el cumplimiento de estas disposiciones, del artículo 16 constitucional.

Las leyes respectivas y a las formalidades prescritas para los cateos, se refiere en pocas palabras en donde la ley se debe cumplir ya que si no se cumple con este, se viola la parte del artículo 16 constitucional, en donde las órdenes de cateo sólo las puede expedir un juez o tribunal.

Análisis de la quinta parte del art. 16 constitucional

Entonces llegamos a la que se puede considerar la quinta parte para una mejor explicación de contenido en donde se puede decir: “*La correspondencia que bajo cubierta circule las estafetas estará libre de todo registro, y su violación será penada por la ley.*”¹⁶⁷ Esta parte pequeña se refiere a la comunicación la cual se maneja en otros artículos de la constitución.

La correspondencia, significa el documento que corresponde a determinado órgano, el cual esté mandado (*circule*) y esté vigente para dar confirmación de la libertad del individuo a liberar, ya que si esto no se cumple o no se obedece se estará violando esta parte del artículo 16 constitucional.

De aquí que la circulación de la correspondencia postal libre de todo registro, viene en el penúltimo párrafo del artículo 16 adicionado; Que en nuestra constitución no se autoriza la censura, examen o registro de la correspondencia que circule por el servicio de correos *bajo cubierta*, es decir, *en sobre o bulto cerrado*.

¹⁶⁷ http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_150519.pdf, artículo 16.

Y para concluir con esta parte, si no se cumple con este precepto será sancionado por la ley, como lo indica las últimas palabras de este párrafo del *artículo 16 constitucional*.

Análisis de la sexta parte del art. 16 constitucional

Este es el último párrafo del *artículo 16 constitucional* el cual se puede considerar la sexta parte, para una mejor, precisa y concisa explicación sobre la parte de esta garantía que dice “*En tiempo de paz ningún miembro del Ejército podrá alojarse en casa particular contra la voluntad del dueño, ni imponer prestación alguna. En tiempo de guerra los militares podrán exigir alojamiento, bagajes, alimentos y otras prestaciones, en los términos que establezca la ley marcial correspondiente.*”¹⁶⁸

En tiempo de paz, esto significa que no hay ningún tipo de intervención de ataque de otro país en México, ya que lo contrario a tiempo de paz se puede decir que es el tiempo de guerra, y es donde México debe tener apoyo de las fuerzas armadas, de aquí que la defensa de la soberanía del pueblo debe darse en principio en la conciencia de las nuevas generaciones sembrando en ellas: *amor a la patria*, en donde derivamos al ejército.

Ningún miembro del ejército puede alojarse en casa particular contra la voluntad del dueño, esto quiere decir que si en México está en tiempo de paz y un integrante del ejército quiere asilo y el dueño se niega, pero aferrado el miembro del ejército, está violando esta parte del *artículo 16 de la constitución*, sólo en tiempo de guerra es como este el miembro puede alojarse en un casa particular.

En tiempo de guerra los militares podrán exigir: *alojamiento, bagajes, alimentos y otras prestaciones significa*, que cuando se trate de tiempo de guerras, los militares pueden exigir de los gobernados ciertas donaciones ya mencionadas siempre en forma gratuita, y aún en contra de

¹⁶⁸ http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_150519.pdf, artículo 16.

la voluntad de los mismos, siempre y cuando sea marcado por la ley marcial. Si el dueño de la casa no quiere dar asilo al del ejército y si México está en Guerra el dueño está violando el *artículo 16 constitucional*, ya que es obligación por la ley marcial.

La ley Marcial, es la que constituye o constituirá parte integrante de la legislación de emergencia general, que el Ejecutivo federal puede dictar con fundamentos, por lo que debe ser en un carácter que corresponde a este caso.

A modo de conclusión, en este párrafo que se expone esta garantía, se ha establecido con el objeto de proteger el patrimonio, la libertad y comodidades de los connacionales, poniéndolos a salvo de los desmanes o abusos que eventualmente pudieran cometer los miembros de las fuerzas armadas. Dicha protección comprende no sólo el tiempo de paz, sino también las circunstancias de la guerra, ya que en este último caso las prestaciones e incomodidades que sea necesario imponer a los civiles deberán encontrarse apoyadas por los preceptos de una ley de emergencia que al respecto se dicte.

4. *El derecho humano de la impartición de justicia y la obligación correctiva del Estado.*

El sistema judicial está integrado por un conjunto de tribunales y órganos responsables de impartir justicia, tanto federales como locales en las *32 entidades federativas*, así como de aquellas instituciones o personas que los auxilian en esta labor, tales como los ministerios públicos, los defensores de oficio e incluso nosotros, los Abogados.

Entre otros, los órganos que lo integran son:

1. La Suprema Corte de Justicia de la Nación
2. Los poderes judiciales de los 31 Estados y de la Ciudad de México.
3. El Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación

4. Los Tribunales o salas electorales de las entidades federativas y de la Ciudad de México.
5. El Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa
6. Los Tribunales de lo Contencioso Administrativo de las entidades federativas y de la Ciudad de México.
7. Las Juntas federales y Locales de Conciliación y Arbitraje
8. Los Tribunales Federales y Locales de Conciliación y Arbitraje¹⁶⁹
9. El Tribunal Superior Agrario

Este conjunto de instituciones resuelven las controversias que surgen entre los particulares o entre éstos y el Estado. Dentro de sus funciones además de la mera impartición de justicia, están la de proteger y hacer efectivas los derechos fundamentales, como el de expresar las ideas, elegir a los gobernantes, transitar libremente, trabajar, e incluso a la propiedad privada. Con frecuencia también resuelven los conflictos de competencia entre los diferentes órganos que integran el Estado.

La actividad judicial es importante porque genera valores agregados de enorme importancia para la vida de cualquier país, como la seguridad jurídica, es decir, la certeza y previsibilidad de que los derechos se respeten, las obligaciones se cumplan y que los actores sociales puedan tomar decisiones con una expectativa razonable de que los contratos y/o cualquier otra obligación legalmente exigible se cumplan. Lo que resulta a la vez, en una de las condiciones del crecimiento económico; por ello, los tribunales ejercen una gran influencia en el desarrollo de las economías, y la calidad en la impartición de justicia es uno de los indicadores de crecimiento y competitividad de una nación.

De aquí que la *impartición de justicia* es uno de los cometidos fundamentales de todo Estado de derecho, a grado tal que justifica incluso su propia existencia, además de ser el más

¹⁶⁹ Ahora con la reforma laboral del 1 de mayo de 2019. Centros de conciliación y registro laborales y tribunales laborales, https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5559130&fecha=01/05/2019

poderoso de los recursos con que cuenta el ente público para cumplir su función primordial, garantizar la paz y la seguridad a la ciudadanía.

El fracaso de la organización estatal contemporánea para cumplir este cometido es patente, sus sistemas de impartición de justicia a nadie satisfacen, y los costos humanos y económicos que la ciudadanía debe pagar *individual y colectivamente* son altísimos.

La magnitud de este fracaso, aunada a los reajustes sociales, económicos y políticos de las aperturas democráticas suscitados en los últimos años en Latinoamérica, permitió un replanteamiento en la relación Estado ciudadanía.

Una parte de estas modificaciones la constituye el movimiento de reformas en aras de una cultura de la paz, en sustitución del modelo tradicional de impartición de justicia.

En México, la máxima influencia de tales movimientos de reforma se dejaron sentir con las innovaciones tanto federal como estatal que se dieron en 1996, 2004 y 2008, destacando en este ámbito el estado de *Nuevo León*, como innovador en la implementación de nuevos sistemas de impartición de justicia, los juicios orales, establecidos para hacer más expedita esta impartición de justicia en diversas áreas del derecho sanitario, penal, familiar y procesal, modificándose primeramente la Constitución local y culminando el periodo de reformas con la publicación de la *Ley de Métodos Alternos en 2005*.

En el área de la salud, en su estatus actual y con la resistencia al cambio y a la falta de convicción por parte de los responsables de la política nacional y estatal sanitaria, así como de los encargados de la impartición de justicia en el nuevo sistema de la cultura de la paz, ha generado tanto en las normas que lo regulan como en la práctica de sus facilitadores una serie de simulaciones que la han entorpecido, lo que resulta totalmente negativo para el sistema, haciendo nugatorios los proyectos acaecidos a partir de la reforma al *artículo 4o. constitucional*, así como los planes nacionales y estatales de desarrollo, en los que se apoyaron las creaciones de

las comisiones de arbitraje médico, cuya finalidad primordial es mejorar la calidad del servicio en materia de salud.

El verdadero impacto de esas reformas radica en el resultado que en la sociedad ha tenido su implementación en las diferentes áreas de los servicios de salud, tanto públicas como privadas, y no en el número abstracto de asuntos resueltos y de satisfacciones de los usuarios y prestadores de los servicios médicos, lo cual únicamente puede determinarse a través de las estadísticas reflejadas en algunos portales de Internet.

En relación con las actividades que realizan los órganos encargados de procuración e impartición de justicia; en materia de salud, no existe un portal propio en donde la ciudadanía pueda allegarse de esa información. Por otra parte, si bien es cierto que deben estar algunos datos expuestos a la opinión pública, no olvidemos que el principio de confidencialidad marca límites a dicha información.

En un principio las reformas que dieron origen a las comisiones de arbitraje médico constituyeron un salto cuántico en el área de la impartición de justicia en materia de salud.

La impartición de justicia a partir del enfoque de los Derechos Humanos, abre oportunidades para corregir y crear nuevos equilibrios institucionales y de carácter social, pues se reconoce por ello la labor de jueces al emitir fallos que se destacan por su apego al marco jurídico nacional e internacional en materia de los derechos humanos y a la aplicación de principios universales, como la perspectiva de género y el Interés Superior de Niños y Adolescentes, en beneficio de las personas que acuden a dirimir sus controversias en los juzgados de la Ciudad de México.

Esto reviste una especial relevancia, al ser una estrategia inteligente y eficaz de visibilizar e incentivar el trabajo jurisdiccional para alcanzar en los hechos el respeto, protección, garantía y promoción de los derechos humanos. A partir de la Reforma Constitucional en materia de

derechos humanos de 2011, se inició en México un cambio de paradigma no sólo jurídico, sino social, lo cual no sólo conlleva a que los tribunales incorporen novedosas perspectivas protectoras de derechos en sus razonamientos, sino que da lugar a que las y los demandantes y denunciante soliciten el auxilio del Poder Judicial en casos cada vez más diversos y complejos, conforme a las distintas realidades que se viven en nuestra sociedad. La contribución de visibilizar la perspectiva de Derechos Humanos y no discriminación, así como las obligaciones que tiene el Estado respecto de estas perspectivas. Una característica importante es que en ellas se refleja el principio *Pro Persona* como base fundamental para la resolución, así como el principio de subsidiariedad.

La existencia de este reconocimiento a este tipo de acciones emprendidas de manera conjunta contribuyen a la formación de una cultura de Derechos Humanos en nuestra Ciudad, de aquí que la frase, *Hágase Justicia*, es la consigna entre los magistrados y la única constante para impartir justicia es que sea de excelencia con buenas prácticas jurisdiccionales. Hacer justicia es arribar a las metas más preciadas, anheladas por todo juzgador y es un proceso final al que no se arriba fácilmente, pues se requieren funciones delicadas y dedicadas solo a unos cuantos que tienen que poner su más alto profesionalismo y análisis de casos tan complejos como las personas mismas.

5. *La diversidad y multivariedad de la realidad social frente a la previsión legislativa.*

Las instituciones de impartición de justicia en México tienen la obligación de garantizar el ejercicio pleno y sin discriminación de los derechos y libertades fundamentales y hacer efectivo el principio de igualdad, tal como lo establecen los artículos primero y cuarto constitucionales . Asimismo, está en su deber incorporar los tratados internacionales ratificados por el Estado Mexicano, en su labor jurisdiccional, de acuerdo con la jerarquía normativa asignada por el *artículo 133 constitucional*.

Al firmar y ratificar la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (*CEDAW, por sus siglas en ingles*), el Estado mexicano se obligó a eliminar las diferencias arbitrarias, injustas o desproporcionadas entre mujeres y hombres en razón de su sexo o género, tanto en el acceso a la justicia como en los procesos y las resoluciones judiciales.

La *CEDAW* señala que la discriminación contra las mujeres, tanto en la ley como en los diversos actos en que esta se aplique, debe ser examinada no solo desde su objeto o propósito, sino también de acuerdo con el resultado de su aplicación. Así, una ley será *discriminatoria por resultado* cuando su aplicación u operación provoque un impacto diferenciado en hombres y mujeres, en razón del arreglo social en torno al género, que se traduzca en una diferencia injusta, arbitraria o desproporcionada.

Particularmente, en su artículo 2, inciso c), la *CEDAW* obliga a los tribunales nacionales a:

*“c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación.”*¹⁷⁰

Desde la perspectiva de género, el papel de quien aplica el derecho es fundamental y de gran responsabilidad social, puesto que las normas contienen siempre un margen de interpretación y, por tanto, las resoluciones judiciales participan en el proyecto democrático de la eliminación de la desigualdad y la discriminación.

Por otra parte, la *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (Convención de Belém Do Pará)* obliga a las instituciones

¹⁷⁰ http://cedoc.inmujeres.gob.mx/documentos_download/100039.pdf.

gubernamentales, entre ellas a las autoridades judiciales, a adoptar, entre otras, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres.

En este sentido, los órganos jurisdiccionales quedan obligados a garantizar espacios laborales libres de violencia. Para lo anterior, deben adoptar mecanismos y políticas institucionales de prevención y sanción de conductas como el acoso y el hostigamiento laboral y sexual, entre otras. Con ello, se reafirma su compromiso de propiciar una impartición de justicia libre de discriminación por razón de sexo o género y de promover la generación de ambientes laborales libres de violencia al interior de los órganos de impartición de justicia.

El Pacto indica en su primer capítulo sus objetivos y a quién va dirigido; en el segundo y tercero, expone los principales conceptos y estrategias en torno a la aplicación de la perspectiva de género en el ámbito jurisdiccional y en la vida institucional de los órganos de impartición de justicia; en el cuarto, establece las medidas necesarias para introducir la perspectiva de género en dichas instancias; y en el último presenta un mecanismo de seguimiento y evaluación a la implementación y ejecución de las acciones mencionadas.

Es importante destacar que introducir la perspectiva de género en las labores jurisdiccionales y administrativas de los órganos de impartición de justicia no implica, en ninguna medida, la preferencia incondicional hacia alguno de los sexos, ni compromete la imparcialidad judicial.

Partiendo de dichos compromisos, los objetivos y fines establecidos en sus estatutos, propone como una forma de hacer efectivo el principio de igualdad y el derecho a la no discriminación, la adopción del presente Pacto con el fin de establecer los lineamientos generales que permitan introducir la perspectiva de género en los órganos de impartición de justicia en México.

De acuerdo con el último informe realizado por la Organización Mundial de la Salud y el Banco Mundial, en todo el mundo existen más de mil millones de personas con discapacidad, lo que representa aproximadamente 15% de la población mundial¹⁷¹.

Esta cifra sigue aumentando debido al envejecimiento de la población y a las enfermedades crónicas degenerativas. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en el inciso *e* de su Preámbulo, “*reconoce que la discapacidad es un concepto que evoluciona, y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno.*”¹⁷²

Por consiguiente, la discapacidad es un fenómeno complejo que refleja una interacción entre las características del organismo humano y las características de la sociedad en la que vive.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es un instrumento jurídico que fortalece una visión que valora a las personas con discapacidad como sujetos de derechos y obligaciones en igualdad de condiciones con las personas sin discapacidad, sin desconocer las diferencias y requerimientos específicos para asegurar la igualdad de oportunidades.

6. El trabajo judicial.

Como bien se sabe, el poder judicial es un poder del Estado encargado de impartir Justicia en una sociedad. Es uno de los tres poderes y funciones primordiales del Estado (*junto con el poder legislativo y el poder ejecutivo*), mediante la aplicación de las normas y principios jurídicos en la resolución de conflictos. Por *poder*, en el sentido de poder público, se entiende a la organización, institución o conjunto de órganos del Estado, que en el caso del *Poder Judicial*

¹⁷¹ <https://www.who.int/features/facilities/disability/es/>

¹⁷² https://www.ohchr.org/Documents/Publications/AdvocacyTool_sp.pdf.

son los órganos judiciales o jurisdiccionales: juzgados y tribunales, que ejercen la potestad jurisdiccional, que suele gozar de imparcialidad, autonomía y poder absoluto dentro de la ley.

Según la teoría clásica de *Montesquieu* de la separación de poderes, que distingue entre poder legislativo, ejecutivo y judicial, la división garantiza la libertad del ciudadano. *Montesquieu* su teoría después de un viaje a Inglaterra en donde interpretó que un poder judicial independiente puede ser un freno eficaz del poder ejecutivo. Bajo esta separación de poderes, nace el llamado estado de derecho, en el cual los poderes públicos están igualmente sometidos al imperio de la ley.

El poder judicial debe ser independiente para poder someter a los restantes poderes, en especial el ejecutivo, cuando estos contravengan el ordenamiento jurídico y convertirse en el encargado de hacer efectiva la idea del Derecho como elemento regulador de la vida social.

Dicho lo anterior, es posible afirmar que este, es el Poder que cuenta con las atribuciones necesarias para cumplir con la impartición de justicia y mantener el equilibrio entre los demás Poderes.

“Los integrantes de este Poder son, entre otros,

1. Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
2. Magistrados del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
3. Magistrados de los Tribunales de Circuito Colegiados y Unitarios y los Jueces de Distrito.”¹⁷³

Ellos son responsables, entre otras cuestiones, de interpretar las leyes; resolver las controversias que surjan entre particulares, cuando se trate de asuntos de competencia federal; intervenir en las controversias que se susciten cuando una ley o acto de autoridad viole garantías

¹⁷³ Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Que es el Poder Judicial de la Federación*, SCJN, México, 4ª ed., 2005, pág. 27.

individuales, y resolver conflictos entre autoridades, por ejemplo, cuando aleguen una invasión en su ámbito de atribuciones. Además forma parte de este Poder, el Consejo de la Judicatura Federal que cumple con importantes funciones de carácter administrativo, de disciplina y vigilancia y tiene bajo su responsabilidad al Instituto de la Judicatura Federal que se preocupa de la formación de Magistrados, Jueces, Secretarios y Actuarios a fin de que posean los atributos constitucionales de independencia, imparcialidad, objetividad, profesionalismo y excelencia que deben regir la carrera judicial.

Una de las funciones más importantes del Poder Judicial de la Federación es proteger el orden constitucional. Para ello se vale de diversos medios, entre ellos, el juicio de amparo, las controversias constitucionales, las acciones de inconstitucionalidad y la facultad de investigación. Cabe señalar que todos los medios señalados incluyen entre sus fines, de manera relevante, el bienestar de la persona humana.

7. *Sistematicidad del Derecho escrito.*

*“El concepto de sistematicidad en el trabajo científico, se refiere a la forma ordenada de cómo debe avanzar el proceso investigativo, conforme a un plan previamente concebido.”*¹⁷⁴

El Derecho escrito es un sistema jurídico que posee una normativa recogida por escrito; se opone al concepto de usos y costumbres, que da origen al Derecho consuetudinario. Habitualmente se entiende por tal al Derecho expresado en una ley (Derecho legislado), emitida por un legislador, promulgada y publicada para su cumplimiento.

La legislación escrita comienza con la historia y la civilización en Sumeria (*Código de Hammurabi*, véase *Historia de las instituciones en la antigüedad*). Los legisladores griegos (*Solón, Licurgo, Clístenes*) que daban leyes a sus polis fueron venerados como héroes. En la

¹⁷⁴ Diccionario abierto de español en línea
www.significadode.org%2Fsistematicidad.htm&usg=AOvVaw1jgkIR_sq1XlcYzgWvv3Ou

Antigua Grecia se entendía el respeto de la ley como la condición de ciudadanía y de libertad, al concebir cada individuo su sujeción a la comunidad política y sus normas no como resultado de la dependencia de otro hombre más fuerte o más digno, sino como la sumisión a un principio inmaterial (*la ley es el rey, nomos basileus*), incluso cuando se está en desacuerdo con ella o acarrea la propia muerte (*suicidio de Sócrates*). El Derecho romano era principalmente un Derecho escrito (*ius scriptum*), mientras que el de los pueblos germánicos era consuetudinario. Varios reinos germánicos que se establecieron en el Imperio Romano de Occidente, especialmente los godos y los francos, fueron publicando leyes o cuerpos legales escritos.

En general, en la Europa del norte predomina la tradición jurídica del Derecho consuetudinario, mientras que la Europa meridional, de tradición grecolatina, es el ámbito del Derecho escrito; incluso el territorio de Francia se dividía en dos mitades, según predominaba una tradición jurídica u otra. Las consecuencias de ello se extendían a múltiples cuestiones, como el grado de libertad de los jueces para innovar en Derecho y sentar precedentes, aplicando su propia jurisprudencia, para los casos que no están previstos o no en la normativa escrita o por la costumbre.

El origen del llamado positivismo jurídico engloba en sí a un solo derecho, lo que es el monismo jurídico: el derecho positivo. En cambio, para el iusnaturalismo o derecho natural, existen dos derechos (*dualismo jurídico*): el derecho positivo y el derecho natural. Este último se define como el conjunto de principios o valores superiores a los cuales podemos acceder a través de la capacidad humana y que prevalecen sobre el derecho positivo y son siempre válidos. El origen de esta doctrina es tan antiguo como el Derecho, y puede rastrearse intelectualmente desde el paso del mito al logos en la Grecia Antigua.

Los derechos positivos, en plural, son por tanto conceptualmente diferentes de los derechos naturales.

Las clases del Derecho están divididas por varios autores de una manera poco uniforme y muy arbitraria a su concepto y punto de vista. No existe una regla clara de esta división.

Derecho Objetivo: es el conjunto de normas jurídicas que forman la maquinaria jurídica, que rigen la conducta humana en la vida social, a fin de atribuir a una persona determinadas facultades para exigir a otra persona el cumplimiento de su deber.

Derecho Subjetivo: es la prerrogativa, el poder o la facultad con que cuenta una persona para reclamar el cumplimiento de las normas jurídicas y que considera le favorecen.

Derecho Interno: conjunto de normas jurídicas que rigen los actos de los individuos cuando se realizan dentro de un territorio nacional o estado.

Derecho Internacional Público: conjunto de normas jurídicas que rigen las relaciones entre estados.

Derecho Público: conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones del estado, como ente soberano, y con los ciudadanos.

Derecho Privado: conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones de los particulares entre sí.

Derecho Vigente: conjunto de normas jurídicas que en un lugar y tiempo determinado el estado impone como obligatorias. Es aquel que no ha sido derogado ni abrogado.

Derecho Positivo: es el conjunto de normas que se aplican efectivamente en un tiempo y lugar determinado. Esta clasificación del Derecho es abordada más adelante en este trabajo.

Derecho Natural: es el conjunto de normas y principios deducidas por la razón humana, anteriores y superiores a las normas del derecho positivo. Igualmente, esta clasificación del Derecho es abordada más adelante en este trabajo.

CAPÍTULO VI

TÉCNICA JURÍDICA

SUMARIO: 1. Los diversos ámbitos de validez de la norma jurídica: espacial, temporal, material, personal; 2. Lamentable ausencia en los planes de estudio de la Técnica Jurídica; 3. Técnica de elaboración, adaptación, interpretación, integración y eliminación de la norma jurídica; 4. Integración de la norma y derecho supletorio.

1. Los diversos ámbitos de validez de la norma jurídica: espacial, temporal, material, personal.

“Una norma jurídica es toda regla de conducta que regula el comportamiento del individuo que vive en sociedad, la cual es generada mediante un procedimiento formal de creación a cargo de un órgano del Estado facultado para ello.”¹⁷⁵

Hans Kelsen, desde una perspectiva *positivista*, identificaría como órgano del Estado con facultades para crear una norma jurídica al legislativo, el cual de manera análoga encuentra su fundamento en nuestro Derecho en el *artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*.

En dicho precepto se encuentran contempladas las facultades del Congreso General, también conocido como Congreso de la Unión. Las leyes que emanan del Congreso tienen un alcance federal, es decir se aplican a las treinta y un entidades federativas y al Distrito Federal (*hoy CDMX*). Existe en el Derecho Positivo una categoría que se denomina ámbito de validez de la norma jurídica, la cual se refiere al radio de acción sobre el cual la regla de conducta deja sentir su influencia y aplicación.

¹⁷⁵ Kelsen, Hans. *Teoría general de las normas*, Trillas, México, 1994. Pág.19.

“Los ámbitos de validez de la norma son *el espacial, el temporal, el material y el personal* y cada uno tiene una esfera particular sobre la cual la norma extiende la aplicación de sus efectos.”¹⁷⁶ Tomemos primeramente el ámbito espacial de validez. Como lo define su propio nombre, toda norma jurídica tiene un espacio en el cual produce sus efectos. En otras palabras, las normas legales son territoriales y algunas inclusive extraterritoriales, como es el caso de los tratados internacionales.

Por regla general, todas las normas jurídicas son competencia y aplicación federal con la excepción de aquellas que menciona el artículo 124 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*.

“Artículo 124. *Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados o a la Ciudad de México, en los ámbitos de sus respectivas competencias.*”¹⁷⁷

De esta manera, y atendiendo a los tres órdenes de gobierno (*federal, estatal y municipal*) las normas pueden tener un ámbito de validez para toda la federación, para una entidad federativa o el Distrito Federal hoy Ciudad de México o tan sólo para un municipio.

“*El ámbito temporal de validez de la norma jurídica: se refiere al momento en el cual la norma jurídica adquiere vigencia,*”¹⁷⁸ la vigencia se concibe como el período de tiempo a partir del cual la norma comienza a producir sus efectos jurídicos, mediante la aplicación de sus hipótesis normativas, y hasta el momento en que aquellos cesan, es válido sostener entonces que toda norma vigente es norma positiva, pero no toda norma positiva es norma vigente, ya que finalmente todas las reglas legales son generadas mediante un procedimiento formal estatal de creación. La norma jurídica puede adquirir vigencia a partir del día siguiente en que se publica

¹⁷⁶ García Máynez, Eduardo. *Introducción al estudio del Derecho*, Porrúa, 28ª edición, México, 1978. Pág.79.

¹⁷⁷ https://mexico.justia.com/federales/constitucion-politica-de-los-estados-unidos-mexicanos/titulo-septimo/#article_124

¹⁷⁸ García Máynez, Eduardo. *Óp. Cit.* pág.79.

en el periódico oficial (*Diario Oficial de la Federación o gacetas gubernamentales tratándose de los Estados*) o bien, cuando la propia norma lo señale siempre que su publicación haya sido anterior.

“*El ámbito material de la norma jurídica: concierne la substancia misma de la regla legal.*”¹⁷⁹ Hay normas con contenido civil, otras mercantil, laboral, penal, administrativo y, en general, de todas aquellas ramas que comprende el Derecho. Particularmente, es posible conocer la materia de una ley revisando sus primeros preceptos, ya que en estos se prevé el objeto de regulación de un ordenamiento jurídico.

En un sentido genérico, “*el ámbito espacial de validez de una norma jurídica, está referido a la porción de espacio en que un precepto jurídico es aplicable, es decir, a la porción de terreno, de espacio-territorio donde se pueda aplicar una determinada ley, en otras palabras, dónde tendrá eficacia jurídica.*”¹⁸⁰

Finalmente, “*el ámbito personal de validez atiende a los sujetos a los cuales se aplica una norma jurídica. Conforme a la estructura jerárquica de las normas jurídicas y al principio de generalidad del Derecho, ambos que se han estudiado con anterioridad,*”¹⁸¹ una ley general aplica indistintamente a todos los destinatarios que prevé. Por ejemplo, el Código de Comercio prevé derechos y obligaciones que tienen a su cargo todos aquellos que sean considerados como comerciantes por la propia norma.

Sin embargo, existen normas cuya aplicación únicamente se dirige a determinados sujetos que participan en una relación jurídica. Así como por ejemplo en un contrato (*una norma individualizada*) los alcances legales únicamente pertenecen a las personas que manifestaron su voluntad y determinaron el objeto de dicho pacto (*comprar, vender, arrendar, prestar, etc.*).

¹⁷⁹ *Ibíd.* pág.80.

¹⁸⁰ *Ídem.* pág.80.

¹⁸¹ *Ibíd.* pág.81.

2. *Lamentable ausencia en los planes de estudio de la Técnica Jurídica.*

Conjunto de los medios jurídicos (*formulación de la norma, aplicación por los prácticos*), que permite la realización del derecho con una finalidad determinada. El derecho es un objeto cultural y por lo tanto obra del hombre; en efecto, son los hombres los que dictan las normas que han de regir la convivencia y también los que las aplican. Ahora bien, como toda actividad humana, la formulación de normas jurídicas y su aplicación a los casos concretos, puede también ser tecnificada, es decir, guiada por una serie de regla -las reglas técnicas- que prescriben un conjunto de procedimientos especiales, cuya observancia permite un trabajo bien organizado y asegura resultados más fructíferos. Resulta pues indudable la necesidad y ventajas de una buena técnica jurídica y de un verdadero estudio y acercamiento desde el punto de vista académico en la formación de las futuras generaciones de juristas que se están formando de los centros universitarios y universidades.

Entendemos por técnica en general: “*el conjunto de procedimientos que se siguen para llegar a un objetivo dado, es decir, para realizar un fin concreto.*”¹⁸²

Dada la gran complejidad que ha alcanzado la formulación y realización del derecho en la actualidad, sobra todo comentario referente a la importancia que reviste la técnica jurídica. Pero si interesa destacar que, como el derecho rige la convivencia humana, una falta de técnica jurídica encierra casi siempre una injusticia.

En efecto, la técnica tiene algo de científico y algo de práctico:

a) De científico, porque todo conocimiento técnico, en el auténtico sentido de la palabra, presupone por lo menos el conocimiento de ciertos principios generales referentes a la ciencia respectiva.

¹⁸² <https://deconceptos.com/general/tecnica>

b) Algo de práctico, pues por tratarse de procedimientos tendientes a la realización concreta de un fin, cuenta con un caudaloso aporte de elementos extraídos de la realización del fin perseguido que, en nuestro caso, es la realización del derecho.

Atendiendo a este carácter propio de la técnica, se la ha comparado con un puente que une el conocimiento teórico con el práctico. El contenido de la técnica jurídica abarca una serie de medios técnicos, que han sido divididos en formales y sustanciales.

Estos últimos son llamados así porque se refieren más bien a la sustancia o contenido de las normas jurídicas.

3. Técnica de elaboración, adaptación, interpretación, integración y eliminación de la norma jurídica.

Para comenzar, la expresión *elaborar* significa en cierto sentido sacar del trabajo, es laborar, trabajar. “*Quiere decir transformar una cosa u obtener un producto por medio de un trabajo adecuado; preparar o transformar un producto mediante el tratamiento adecuado; idear o inventar algo complejo; desarrollar una idea, teoría o proyecto; procesar, producir un órgano o una sustancia; conformar, trazar, idear algo complejo, que requiere un proceso intelectual.*”¹⁸³

A diferencia de lo simple, lo elaborado significa complejidad. Debe lograrse la complejidad pura.

La elaboración de normas jurídicas nos instala en la necesidad de referirnos a una manera de construir el objeto Derecho. Los diferentes modos de hacerlo pueden resultar más o menos idóneos para brindar resultados satisfactorios. A nuestro parecer, la propuesta del integrativismo

¹⁸³ *Diccionario de la Lengua Española*, elaborar, <http://lema.rae.es/drae/?val=elaborar>, 01-V-2019.

tridimensionalista de la teoría trialista del mundo jurídico posee una complejidad pura de destacable calificación. El tridimensionalismo sostiene que en el objeto jurídico han de incluirse realidad social, normas y valores. “La teoría trialista del mundo jurídico incluye en éste repartos de lo que favorece o perjudica a la vida humana (*dimensión sociológica*) captados por normas (*dimensión normo- lógica*) y valorados por un complejo de valores que culmina en la justicia (*dimensión dikelógica*).”¹⁸⁴

Desde una referencia más dinámica, cabe considerar en el objeto jurídico la actividad vinculada al aprovechamiento de las oportunidades de realizar repartos captada por normas y valorada por un complejo de valores que culmina en la justicia. La elaboración de normas jurídicas se instala en el ámbito de los repartos y el aprovechamiento de las oportunidades respectivas.

La riqueza de la construcción integrativista tridimensionalista trialista permite advertir los problemas y sus soluciones en sus tres dimensiones, la propuesta trialista se instala en la llamada *Filosofía Jurídica Menor*, referida al Derecho en sí , que se denomina asimismo *Jurística*. Cada una de las dimensiones es estudiada en una *Jurística* específica (*sociológica, normológica y dikelógica*).

En la *Jurística* se han de considerar la complejidad de los elementos comunes a todo el Derecho y las especificidades de materia, espacio, tiempo y personas. Según hemos de desplegar, las especificidades materiales constituyen las ramas jurídicas, de las que se ocupa la Teoría General abarcadora de las ramas del Derecho; las espaciales son tema del Derecho Comparado; las temporales corresponden a la Historia del Derecho y las personales pertenecen a la *Personalidad del Derecho*. Fuera del mundo jurídico, la complejidad continúa en las proyecciones complejas de los horizontes de cada una de las dimensiones.

¹⁸⁴ Ciuro Caldani, Miguel Ángel. *La elaboración de normas jurídicas (Una problemática especialmente compleja)*, Revista de filosofía jurídica y social, Universidad de Buenos Aires, No 34, págs. 6 a 7.

Estos horizontes son, en relación con *la dimensión sociológica*, la Sociología General y del Derecho, la Economía, la Psicología, la Antropología, etc.

Con referencia a la *dimensión normológica*, la Lógica, la Metodología y la Teoría del Lenguaje.

En relación con la *dimensión dikelógica*, la Filosofía de la Justicia y la Filosofía de los Valores en general, el mundo jurídico en su conjunto continúa en los horizontes integrativistas tridimensionalistas trialistas del mundo político y el mundo cultural.

Los planteos filosóficos referidos al Derecho más allá de éste constituyen la Filosofía Jurídica Mayor o Filosofía del Derecho.

*“La elaboración de normas del Derecho es mejor comprendida y resuelta cuando se la integra en este panorama de complejidad pura de la juridicidad.”*¹⁸⁵

El término *adaptar*, se puede referir a los siguientes sinónimos; *Aclimatarse, acomodarse, acondicionar, adecuar, ajustar, habituarse, acostumbrarse, cambiarse, arreglarse y transformarse*, de allí que pueda entenderse como: *“Cambiar una cosa, modificarla o ajustarla para que sea válida, sirva, funcione, etc., en una situación nueva y con características distintas.”*¹⁸⁶ O bien, *“Dar a una narración o a una obra científica, literaria, etc., forma distinta de la original para que pueda ser difundida por un medio o entre un público distintos de aquellos para los que fue concebida.”*¹⁸⁷

En ese entendido de las cosas, es posible hablar de que la adaptación de la norma jurídica, surja como una necesidad de acondicionamiento especial, a fin de dar solución a cualquier problema suscitado dentro de la falta de algún supuesto jurídico para un caso en particular,

¹⁸⁵ Ciuro Caldani, Miguel Ángel. *Óp. Cit.* pág. 7.

¹⁸⁶ <http://www.wordreference.com/sinonimos/adaptar>.

¹⁸⁷ Ídem.

pudiendo emplear otro que sirva como conector, con la meta de proporcionar una solución a un problema en particular, ahora bien, también se apertura la posibilidad de que se hable de una forma de adecuar la norma a la necesidad jurídica evidente.

En cuanto que a la *interpretación de la ley*, se ha de poder desentrañar el sentido de una expresión; qué jurídicamente corresponde a investigar y explicar su sentido. Significa entender y atribuir un sentido a alguna entidad que no sea un objeto natural (*y de ahí que se pueda hablar de interpretar acontecimiento históricos, de comportamientos o de textos*); también, la interpretación hace referencia a la atribución de un significado a un texto problemático, esto es, a un texto cuyo significado es dudoso. Cuando hay una redacción defectuosa, el juzgador recurre a diversos sistemas para aclarar o interpretar la ley.

La interpretación legal tiene las siguientes formas:

“a) *Gramatical*.- Se atiende al significado literal de cada palabra que entra en los textos legales.

b) *Lógica*.- Con apego al método anterior debe suponerse que el legislador expresó su pensamiento con propiedad de lenguaje; sin embargo; el sentido gramatical contradice algunas veces lo que por otros medios resulta ser el sentido lógico de la ley. Para interpretar el sentido de la ley es conveniente examinar la exposición de motivos, las discusiones parlamentarias, momento histórico en que surge, de esta manera, llegaremos a concluir lógicamente el sentido de los dispositivos dudosos.

c) *Sistemática*.- El texto aislado de una disposición legal puede resultar insuficiente para entenderla y que para descubrir el verdadero sentido es necesario citarla dentro del conjunto unitario de las normas. Por eso se dice que es sistemática la interpretación.

d) *Extensiva*.- Cuando la interpretación tiende a ampliar el sentido natural de las palabras.

e) *Restringitiva*.- Del mismo modo como es necesario extender el sentido de las palabras para comprender el alcance de la ley, en ocasiones se precisa restringirlo.

f) *Analógica*.- Un principio de derecho nos indica que para casos iguales deben dictarse resoluciones iguales. Siendo la ley una disposición general y abstracta, es imposible que abarque

todos los casos que puedan ocurrir en el seno de la sociedad en continua evolución. En consecuencia, cuando el caso concreto que se ha presentado tiene semejanzas con el supuesto jurídico previsto en la ley, se permite resolverlo por analogía porque existe la misma razón.

g) *Auténtica*.- La imperfección de la norma exige que se aclare de manera permanente y definitiva, entonces el legislador expide una nueva ley lo cual constituye la interpretación auténtica porque emana del propio autor de la ley.

h) *Exegética*.- Descubrir la voluntad legislativa, es decir, el pensamiento del autor de la ley.

i) *Doctrinal*.- Si se trata de un particular (una tratadista), el autor de la interpretación. Esta última recibe el nombre de privado.

j) *Judicial*.- Si es el juez quien interpreta la ley por medio de su sentencia.”¹⁸⁸

Por su parte la *integración de la ley*, la entenderemos como aquel procedimiento por cual ante la falta o deficiencia de una norma para un caso concreto se integra o une al Ordenamiento Jurídico para llenar aquel vacío. De esta manera recurriremos a un proceso de integración.

El problema de los vacíos de la ley no es el reconocer que aquello existe, pues la imperfección es obvia e incluso admitida por la propia ley; sino como debemos actuar cuando estamos frente a un verdadero vacío legal, este concepto se encuentra ligado al de interpretación pero cabe aclarar que son diferentes; puesto que la interpretación presupone la existencia de la norma a la que se le debe aclarar o esclarecer. Cuando la interpretación resulta impotente para resolver un caso concreto, el intérprete (*en especial el juez*) debe dejar de ser tal para pasar a cumplir una función integradora, es decir, completar o llenar los vacíos.

También es posible que esta forma se conozca como *Autointegración*, “la cual consiste en solucionar las lagunas que se reconozcan sin salir del propio ordenamiento a través de distintos métodos tales como: *La analogía, los principios generales del derecho, la interpretación*

¹⁸⁸ Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier. *La argumentación en la justicia constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del derecho*. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2006.pág.5.

sistémica y el argumento a fortiori,”¹⁸⁹ dando paso franco a lo que se conoce como carácter de supletoriedad de la norma.

Para Kelsen todo proceso de *eliminación de normas* viene precedido por un acto de creación, si esto es así no es posible concebir una forma de eliminación que se produzca por un abandono de la norma, si bien la eliminación y derogación son conceptos sinónimos. Por su parte “*la desuetudo, es un proceso de eliminación de una norma en desuso,*”¹⁹⁰ es decir, una norma que deviene ineficaz, y una norma en uso, esto es, una norma derogatoria de carácter consuetudinario. Caben dos formas de interpretar el proceso de la *desuetudo* en Kelsen: o bien se entiende como un proceso de sucesión de normas, o bien se entiende como un proceso de conflicto de normas.

Como sucesión de normas, la norma en desuso y la norma en uso no pertenecen nunca a un mismo sistema, sino que se suceden en el tiempo: la eliminación de la primera implica el ingreso de la segunda. Como conflicto de normas, ambas pertenecen al mismo sistema en un mismo momento, que denomino *zona de penumbra*. Frente a estas dos posiciones el propio Kelsen parece decantarse hacia la segunda, si la *desuetudo* es un conflicto de normas entonces no es posible distinguirla de la costumbre positiva y la resolución de cualquier controversia debe efectuarse a través de la regla de derogación *lex posterior*.

La solución que presenta Kelsen atendiendo a una consideración sociológica depende necesariamente de la elección de un criterio porcentual que nos permite determinar cuándo una norma ha sido eliminada del sistema.

¹⁸⁹ *Ibíd.* pág.14.

¹⁹⁰ Kelsen, Hans. *Teoría pura del Derecho*, UNAM, México, 1986.pág.25.

4. *Integración de la norma y el derecho supletorio.*

Dentro de cualquier sistema jurídico, no existe ningún ordenamiento jurídico que esté integrado por una sola norma. Todos contienen una pluralidad de normas que pueden contemplarse desde muy distintos puntos de vista y que poseen rangos y categorías diferentes. Tal es así que no podríamos comprender la existencia de un orden jurídico positivo si esa multitud de preceptos diferentes no tuvieran una conexión e integración en un todo sistemático. Más que la existencia de un orden jurídico estaríamos ante un caos normativo que se vería reflejado también en los comportamientos sociales. Por ello, debemos afirmar que la multiplicidad de normas pertenecientes a un ordenamiento jurídico no constituyen una mera integración, sino que están perfectamente ordenadas formando un todo unitario y conexo, de tal modo que las partes de ese todo (*las normas jurídicas*) guardan entre sí relaciones de coordinación y dependencia mutua. La totalidad del orden jurídico formalmente válido constituye un auténtico sistema de carácter jerárquico en el que unas normas dependen de otras (*relaciones de dependencia*) y cooperan con todas.

En cuanto a la supletoriedad de las normas, ésta opera cuando existiendo una figura jurídica en un ordenamiento legal, ésta no se encuentra regulada en forma clara y precisa, sino sin remitirse a otras leyes. En tanto que la misma supletoriedad, propia de las leyes únicamente se usa a efecto de poder integrar, a modo se subsane de una omisión en la propia ley o para afrontar contenidos a modo de integrar principios dispuestos en otras leyes; cuando la referencia de una Ley a otra es expresa, debe entenderse que la aplicación de la supletoria se hará en los supuestos no contemplados por la primera Ley que la complementará ante posibles omisiones o para la interpretación de sus disposiciones.

Por ello, la referencia a leyes supletorias es la determinación de las fuentes a las cuales una Ley acudirá para deducir sus principios y subsanar sus omisiones. La supletoriedad expresa debe considerarse en los términos que la legislación lo establece; de esta manera, la supletoriedad en la legislación es una cuestión de aplicación para dar debida coherencia al sistema jurídico.

El carácter supletorio de la Ley resulta, en consecuencia, una integración, y reenvío de una Ley especializada a otros textos legislativos generales que fijen los principios aplicables al empleo de los criterios legales suplidos.

Cabe señalar que para que opere la supletoriedad de la Ley, se deben cumplir ciertos requisitos necesarios para que exista esta figura jurídica, como son: *primero*, que el ordenamiento que se pretenda suplir lo admita expresamente, y señale el estatuto supletorio; *segundo*, que el ordenamiento objeto de supletoriedad prevea la institución jurídica de que se trate; *tercero*, que no obstante esa previsión, las normas existentes en tal cuerpo jurídico sean insuficientes para su aplicación a la situación concreta presentada, por carencia total o parcial de la reglamentación necesaria; y *cuarto*, que las disposiciones o principios con los que se vaya a llenar la deficiencia no contraríen, de algún modo, las bases esenciales del sistema legal de sustentación de la institución suplida ante la falta de uno de estos requisitos, no puede operar la supletoriedad de una legislación en otra.

CAPÍTULO VII

LA PLENITUD HERMÉTICA DEL SISTEMA JURÍDICO ESCRITO. SU AUTOSUFICIENCIA.

SUMARIO: *1. Limitaciones de la norma jurídica escrita; 2. La plenitud hermética del derecho; 3. La costumbre delegada; 4. Sus diferencias con el common law del Reino Unido. Su base común: la analogía; 5. La equidad en la estructura del common law; 6. Una mirada al tratado de libre comercio de América del Norte.*

1. Limitaciones de la norma jurídica escrita.

El hablar de limitantes que tiene la ley escrita; se trata de una autentica disputa que versa sobre la identificación misma del concepto, sobre la posibilidad o imposibilidad de dotarlo de un contenido determinado, sobre su necesidad o prescindibilidad, sobre su materialización, sobre su permanencia o transitoriedad, sobre su trascendencia o su inmanencia, en particular, al Estado y al Gobierno; pero tropiezan con un problema muy complejo y hasta ahora (como veremos) no ha podido tener desarrollo alguno para bien dentro de su forma.

Es cierto que la cultura occidental judeo cristiana, que hace propia la primacía de la civilización, pretende haber llegado a determinaciones materiales, en una de sus variantes escondidas en planteamientos analíticos, y, “en consecuencias finales de los contenidos de la justicia, pero la realidad es que, dejando a un lado ciertos prejuicios y modas, podemos encontrar en esos planteamientos alguna de estas cosas o una mezcla de ellas:

- Enunciación de una escala valorativa material que no deja de ser discutible y es, por tanto, relativa.

- Estructuras que acaban reduciéndose (como ocurre con las muy aceptadas proposiciones griega y latina sobre la justicia) a fórmulas huecas.”¹⁹¹

De allí que uno de los problemas más grandes que tiene la norma jurídica escrita, corresponde definitivamente a que no puede atacar todos los problemas que surjan con la evolución del derecho, de entonces se pretende abordar que la única forma de constituir la situación corresponde a la supletoriedad como modo de previsión legal a futuras lagunas jurídicas.

La existencia de lagunas legales era menos notable en la época anterior a la codificación. Con anterioridad a la revolución francesa el problema de las lagunas legales no existía ya que el juez debía en todo caso encontrar la norma aplicable, y a falta de una regla expresa podía buscar una fuente de derecho distinta de la ley escrita, y si tampoco encontraba aquí la respuesta no se prohibía a los jueces formular reglas con ocasión de los litigios, y además no tenían que motivar expresamente su sentencia de manera que difícilmente se producían lagunas legales.

Incluso en la época de las primeras codificaciones tampoco se planteaba la existencia de lagunas legales ya que la doctrina se encontraba convencida de la plenitud del ordenamiento codificado, pensándose que el mismo contenía reglas explícitas suficientes para toda posible decisión.

Por otra parte también se pensaba que si el derecho garantiza la libertad allí donde no establece una obligación, cualquier pretensión de una conducta se decidirá positiva o negativamente según la ley contenga o no el deber jurídico afirmado, se dan espacios vacíos en la ley, es decir, cuestiones a las que no se puede negar una solución pero que no podrían ser resueltas por la mera aplicación de un texto legal, bien porque no lo hay directamente aplicable (lagunas propias), bien porque el nuevo supuesto escapa completamente a la intención del

¹⁹¹ Ross, Alf. *Sobre el derecho y justicia*, Trad, Carrió Genaro, Editorial Universitaria, Buenos Aires, 1963, págs. 55 a 58.

legislador o porque éste ha omitido añadir a la norma general una limitación que viene exigida por el sentido o fin de aquella o bien, en definitiva, por la imperfección o error en la ley vigente.

Las lagunas legales deben colmarse mediante una serie de procesos intelectuales que permitan extraer de la legislación vigente y expresa soluciones para aquellos supuestos no previstos expresamente en las mismas. El jurista no puede por tanto llevar a cabo un juicio matemático exacto, ni limitarse a llevar a cabo una mera clasificación de normas jurídicas, sino que en su razonamiento intervendrán factores de muy diversa índole tales como los sociológicos propios del devenir de la vida humana. Se busca una solución para un conflicto humano con los matices que ello lleva consigo, pero es que además, la ley está escrita en palabras taxativas, susceptibles de diversas interpretaciones, de forma que el razonamiento jurídico parte de un significado probable de las normas jurídicas y obtiene unas conclusiones igualmente faltas de seguridad.

Los derechos fundamentales, si bien no deben ser condicionados en cuanto a su ejercicio, están sujetos a límites, explícitos o no. En palabras de José Luis Cea, estos derechos se tratan: *“De atributos que jamás tienen alcance absoluto, pues si lo poseyeran se convertirían en prerrogativas típicas de un déspota que obra, con rasgos ilícitos o abusivos.”*¹⁹²

Ello no se contrapone a la convicción de entender que el *Ser Humano* ha de ser el centro de toda comunidad organizada, sino, muy por el contrario, se vincula con un reforzamiento de las garantías de una existencia plena, pacífica y respetuosa por los derechos y la dignidad humana.

Reconocer, por tanto, que los derechos están sujetos a limitaciones no significa restar a estos facultades del máximo valor y relevancia en el ordenamiento jurídico.

¹⁹² Crea Egaña, José Luis. *Derecho Constitucional Chileno Tomo II*, Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 2002, pág. 58.

Ahora bien, cuando la ley escrita enfoca ciertos criterios que regulan en diversos sentidos jurídicos, determinados derechos, bien se sabe que éstos susciben determinado carácter jurídico a la regulación, pero cuando éste no existe, éstos terminan por convertirse en una limitante, pues no hay nada escrito desde el punto de vista legal que pueda atacar determinada inexistencia.

La falta de regulación de contenidos sustantivos y la naturaleza jurídica de los derechos que se pueden proteger. Esta forma de proceder por tribunales y legisladores y, en general, por los operadores jurídicos, proviene de un criterio de formación jurídico en específico, misma que recoge la supletoriedad, un concepto jurídico implícito en la mente de dichos operadores, a partir de la tesis del derecho común. Este concepto jurídico que es, al mismo tiempo, aquel que repara y reconstituye la adolescencia de criterios legales.

2. *La plenitud hermética del Derecho.*

Este importante tema permitirá explicar la función y la operatividad del sistema normativo de derecho. Plenitud Hermética es la pretensión y realidad de suficiencia para encontrar cualquier solución por aparentemente distante que pudiese parecer respecto de lo prescrito, explícita o implícitamente, por el ordenamiento jurídico. (Ver cita 23)

Para el sistema norteamericano, esta forma de explisitar con gran facilidad tanto desde el punto de vista histórico, como también desde el punto de vista genético: Afirma que es el juez quien en conciencia formula la solución aun cuando no exista precedente judicial.

En nuestro sistema jurídico, hemos ya notado que esta institución que realmente le da su consistencia a un sistema jurídico de carácter escrito, aparece gracias en buena parte a una combinación que se formó entre el autoritarismo imperial de la época bizantina y el largo proceso de enriquecimiento de la doctrina y de la jurisprudencia romanas, en su evolución de Occidente. Empero, la atomización que se produjo en la Edad Media respecto de los poderes

centrales, modificó y pulverizó el esquema de fuentes formales del derecho que había logrado la experiencia romano bizantino.

Como puede apreciarse, antes de Justiniano el sistema jurídico romano fue abierto: existían numerosas fuentes formales y todas ellas se nutrían del sentido de razón y equidad que en última instancia debía incluir el juzgador en la formulación de la sentencia. En la época medieval, con la apuntada atomización del poder, se vuelve a la dispersión legislativa que subsistirá, en nuestra experiencia, hasta la época del México independiente.

Es preciso reconocer que fue por virtud del iusnaturalismo en sus distintas variedades y de allí del constitucionalismo y la codificación; que se planteó la necesidad de volver a encontrar esa autosuficiencia legislativa que otorgara en todo momento la posibilidad al gobernado de conseguir una solución apegada a la letra o al espíritu del propio sistema escrito. No puede pasarse por alto cómo el iusnaturalismo se acrisoló con la filosofía propia del siglo de las luces para abrir camino a esta situación tan importante y caracterizadora de la cultura jurídica de ley escrita. Ha sido preciso reconocer la prioridad insustituible del lugar que ocupan las garantías de seguridad y certeza jurídicas para impedir a toda costa que los particulares se vean desprovistos de una solución, cualquiera que ella sea, siempre contenida de un modo u otro en el sistema jurídico. Nos hemos acostumbrado a entender, a percibir y a veces a olvidar la vivencia de la plenitud hermética del Derecho, que enfrenta al jurista a esa necesidad que constituye un verdadero reto para la práctica de la servicialidad del Derecho. Se afirma con frecuencia, siguiendo algunos eminentes maestros europeos, que la sentencia corresponde a la formulación de un silogismo. Esta apreciación puede discutirse, lo verdadero es que frecuentemente el aplicador e intérprete de la ley, se encuentra frente a problemas de hecho a fin de cubrir la premisa menor y a problemas que derivan del entendimiento y alcance del ámbito material de comprensión del propio sistema normativo. Es muy difícil la reconstrucción de los hechos en algunos casos, no sólo dentro del Derecho Penal, y por supuesto es cada día más difícil encontrar las normas, los criterios, en su caso los principios que exige el problema planteado al sistema normativo cada vez más desarrollado e incluso presentando dimensiones enormes.

No obstante lo que se apunta en el párrafo que antecede se puede apreciar fácilmente la importancia de esta noción de suficiencia del sistema normativo, que asegura en todo caso a los gobernados una solución cuyo relativo es la obligación del juez de formularla fundadamente. Se trata de evitar la perniciosa posibilidad de que el órgano jurisdiccional, se abstenga de sentenciar, con aquella fórmula "no es posible solución porque no hay norma aplicable...".

También se aprecia de lo anterior, la vinculación estrecha que existe entre la noción de ámbito material de comprensión del sistema normativo y la noción de libertad jurídica que no sólo se refiere al derecho privado sino a todo el Derecho.

El estudio de la plenitud hermética del sistema normativo, puede hacerse siguiendo un método analítico que permita apreciar los factores comunes que ofrecen las diferentes soluciones que ha preparado el sistema normativo. Mas sin embargo, es mucho más cómodo y funcional realizar el trabajo, utilizando el instrumento de la "síntesis" ya que a través de ella se aprecia la totalidad orgánica del propio sistema jurídico y mediante la operación de la deducción que se elabora a partir de la exigencia de la seguridad jurídica, se procede a buscar la solución y en su caso a integrar las llamadas lagunas del sistema legal a través de los procedimientos que son familiares a nuestro sistema jurídico. Por lo anterior, habremos de recurrir a los Principios Generales del Derecho como normas o enunciados en los que se articula de un modo explícito o implícito el movimiento aplicativo del sistema de normas de Derecho.

Es natural, que para un análisis exhaustivo de este tema, sea preciso recurrir al conocimiento del proceso histórico de las garantías constitucionales de exacta aplicación de la ley, de audiencia y de las ya apuntadas de seguridad y certeza jurídicas. Ocurre que al no haberse ocupado de este enfoque los historiadores del Derecho, han dejado la materia en manos de los estudiosos de la Introducción, Teoría y Filosofía de lo Jurídico y en algunas ocasiones, se han ocupado de esto también los especialistas en Derecho Constitucional.¹⁹³

¹⁹³ Los límites de este estudio permiten únicamente anotar esas vertientes que deben ser exploradas en otro momento. De los juristas americanos, ocupa un lugar importante Carlos Cossío con su libro la Plenitud

La historia de la seguridad jurídica en el sistema mexicano, ha ido extendiendo el principio que exige la existencia de una norma expresa que prevea y regule la situación jurídica en materias tales como la configuración de un delito, la causación de un impuesto, la existencia de un derecho real y en menor medida, las facultades de la autoridad para limitar el ejercicio o la extensión de los derechos de los particulares¹⁹⁴.

Aquí se encuentra claramente regulada y limitada la libertad de los particulares en tanto que crece o decrece en razón inversa de ese derecho taxativo que es necesario encontrar expresamente plasmado en el sistema jurídico.

Por lo contrario, el derecho supletorio y la importancia de la costumbre delegada, según la ley, encuentra un campo importante en materia de contratos civiles y de algunas operaciones del Derecho Mercantil. Por lo que se refiere al procedimiento, su origen y sus posibilidades de convenio entre los particulares, basta con recordar lo que al propósito ha ocurrido en nuestro Derecho Mercantil y la amplia historia que en materia de arbitraje se ha ido acumulando.

Ha sido ya observado en diversas ocasiones, como por razones históricas, algunos de los primeros artículos del Código Civil para la Ciudad de México, consagran verdaderos principios generales del sistema normativo mexicano y no solamente leyes de carácter civil. Por ello se ha llegado a sostener que algunos de estos enunciados debiesen encontrarse en la parte orgánica o dogmática de la Constitución General de la República. Para ilustrar lo anterior pueden señalarse los artículos 2, 3, 4 y 5 del propio Código Civil, cada uno de ellos con su propia historia y con sus vinculaciones hacia el Derecho Constitucional e Internacional¹⁹⁵.

Hermética del Derecho al que nos referimos a lo largo de este inciso. También se ha ocupado con algún detenimiento sobre esta cuestión, Luis Recaséns Siches en su Filosofía del Derecho.

¹⁹⁴ A este propósito puede verse el art. El Sistema Jurídico Mexicano de Fernando A. Vázquez Pando, en Jurídica núm. 7, 1975.

¹⁹⁵ Código Civil Comentado Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM Tomo I, 1998

Otro principio general de Derecho, ya enunciado desde la época de los romano es el que señala el artículo 6°¹⁹⁶ que marca con toda puntualidad los límites de la voluntad de los particulares frente a la ley. El artículo 7°, precisa el alcance del texto anterior. Si seguimos leyendo los numerales consecutivos del Código Civil, nos encontramos con que los artículos 8¹⁹⁷, 9¹⁹⁸, 10 y 11¹⁹⁹ siguen estableciendo principios generales en relación con la aplicación y función de la Ley, no sólo en el terreno del Derecho Civil. La versión vigente de los artículos 12 a 15 inclusive; reglamenta la solución de los conflictos de leyes en el espacio²⁰⁰ que todavía subsiste y probablemente subsistirá por un tiempo, prolongado la práctica por demás criticada de llamar a ese curso: Derecho Internacional Privado.

El artículo 18 del Código Civil establece el principio de la plenitud hermética al expresar el “silencio, oscuridad o insuficiencia de la Ley no autoriza a los jueces o a tribunales para dejar de resolver una controversia”. Lo primero que llama la atención en este precepto, es el reconocimiento de las imperfecciones que puede presentar el sistema normativo en cuanto conjunto de leyes imperfectas, obscuras, insuficientes y hace fuerza el señalamiento de que estas imperfecciones o deficiencias no justifican para que los jueces o tribunales no resuelvan el

¹⁹⁶ “...El primer enunciado expresa el carácter heterónomo de la ley jurídica... En tiempos anteriores a la codificación, existió la práctica de llevar a cabo arreglos entre particulares para sustraerse de la aplicación de la ley. Eran sistemas jurídicos abiertos ajenos a la plenitud hermética... Ya en el derecho romano clásico, quedó asentado que los pactos de los particulares no pueden válidamente ni derogar ni alterar el derecho...” Código Civil comentado por el Dr. José de Jesús Ledesma Uribe, de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM www.juridicas.unam.mx, 2013

¹⁹⁷ “...Algunos doctrinarios sostienen que validez y nulidad son equivalentes a la sanción premial y punitiva...un acto nulo o anulable puede producir efectos jurídicos múltiples, ya que puede alcanzar la calidad de hecho jurídico y como tal debe de ser resuelto...” *ibídem*.

¹⁹⁸ “...Con frecuencia el legislador que expide una nueva disposición no determina cómo se logra la compatibilidad con todo el resto del derecho escrito. Así se origina un problema de hermenéutica e interpretación del propio sistema que debe afrontar el operador y el estudioso del derecho...” *ibídem*.

¹⁹⁹ “...Por ello las excepciones deben estar perfectamente consignadas en el texto mismo. El juez nunca debe extenderlas si el legislador no se lo autoriza. Por lo mismo en este tipo de disposiciones no puede haber lagunas, se trata de derecho legislado expreso...” *ibídem*

²⁰⁰ A ellos debe atender en una primera instancia el curso de Teoría General del Derecho IV, de acuerdo con el programa de estudios de la Universidad Iberoamericana, Curso que sustenta y sirve de antecedente al Derecho Conflictual, al Derecho Comparado.

conflicto que les es sometido a jurisdicción. Naturalmente, Este principio lo encontramos a nivel constitucional en el artículo 14.²⁰¹

Ya el Código Civil de Napoleón, en su artículo 4º, que sirvió de modelo al que estamos comentando de nuestro Código Civil, establece: "El juez que se negare a juzgar pretextando silencio, obscuridad o insuficiencia de la Ley, podrá ser juzgado por denegación de justicia". Era práctica frecuente en algunos lugares de Francia que los jueces enviaran una consulta al Poder Legislativo cuando no parecía a su juicio que hubiese ley aplicable o ésta era dudosa.

Es claro que los distintos procedimientos para colmar las lagunas de la Ley, tienen sus limitaciones, en general puede sentarse el principio de que dichos instrumentos lógico-jurídicos de integración de esas lagunas, deben ser compatibles con el propio Derecho, de tal modo que la nueva formulación elaborada por el juez, de alguna manera ya existía desde antes.

Bien se señala en el comentario a este artículo que el Código Civil en ningún momento define lo que debe entenderse por principio general del Derecho. El comentarista (véase cita _195) agrega enseguida lo que ha expresado la Suprema Corte: "...son principios generales del Derecho, verdades jurídicas notorias, indiscutibles de carácter general, como su mismo nombre lo indica elaboradas o seleccionadas por la Ciencia del Derecho de tal manera que el Juez pueda dar la solución que el mismo Legislador hubiera pronunciado si hubiera estado presente o habría establecido si hubiere previsto el caso: siendo condición de los aludidos principios que no

²⁰¹ "...El silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley, no autorizan a los jueces o tribunales para dejar de resolver una controversia... Nuestro sistema jurídico es autárquico, en cuanto se considera así mismo autosuficiente para resolver todas las controversias que se le sometan. Debe reconocerse, que la previsión legislativa contenida en la norma no puede comprender todo lo que acaece en la vida, ésta es mucho más compleja y aún impredecible. Por lo mismo, sabemos que existen lagunas en el sistema jurídico escrito. Este artículo utiliza una metáfora cuando se refiere a la obscuridad (véase fuentes reales del derecho...) Por nuestra parte, el Código Penal Federal en el art.215, fr.IV, señala que comete el delito de abuso de autoridad el encargado de administrar justicia que bajo cualquier pretexto, aunque sea el de obscuridad o silencio de la ley, se niegue injustificadamente a despachar un negocio pendiente ante él, dentro de los términos establecidos por la ley..." ibídem.

desarmonicen o estén en contradicción con el conjunto de normas legales cuyas lagunas u omisiones han de llenar. (Sentencia de 15 de marzo de 1938, SJF, t. IV, p. 2641).

Como se ve, la cuestión de los Principios Generales del Derecho es uno de los temas cardinales de la Ciencia Jurídica, particularmente en nuestro sistema de origen romano. A este propósito Rafael Preciado Hernández²⁰², en un sugestivo artículo siguiendo la línea tradicional, asegura que los principios generales del Derecho -págs. 640 ss.- corresponden a las exigencias de la ética social. De esta manera para el maestro queda conciliada la antigua polémica en relación a si ciertos principios del operar jurídico reciben las exigencias del derecho natural con carácter trascendente o inmanente. Por lo demás, el mismo autor, explica que no es fácil ni posible enumerar todos los principios generales del Derecho ya que ellos se van manifestando de acuerdo con los presupuestos materiales y formales que derivan de la necesidad moral de alcanzar el bien racional del hombre en su dimensión social.

En nuestro medio se ha publicado también en tiempo relativamente reciente un trabajo de Sergio T. Azúa en cuyas conclusiones se sostiene que estos principios se manifiestan principalmente en la seguridad y en la certeza jurídicas, así como en la operación de la equidad²⁰³. No podemos dejar de referirnos en este tema al escrito que con el nombre de *Los Principios Generales del Derecho*, publicó Jorge del Vecchio, entre nosotros en traducción y apéndice de Juan Ossorio Morales, Editorial Bosch, Barcelona 1933. En este trabajo el ilustre profesor italiano se refiere a los principios del derecho en el sistema jurídico y tomando partido por la doctrina tradicional presenta algunas manifestaciones, no exhaustivas de estos requerimientos del derecho, principalmente en el capítulo V.

No cabe duda de la importancia que tiene la referencia que en el artículo 14 de la Constitución Mexicana, se hace a los principios Generales del Derecho, es verdad que para algunos autores es discutible el alcance y precisión de este reenvío. No todos los pensadores

²⁰² Revista de la Facultad de derecho UNAM, julio-diciembre 1969, núms. 75 y 76

²⁰³ Los Principios Generales del Derecho, Ed. Porrúa 1981.

estiman como lo ha hecho Preciado Hernández, que se "...vincula nuestro derecho patrio a la mejor tradición iusnaturalista de la civilización occidental."²⁰⁴

Debe señalarse que en otras sedes de nuestro derecho vigente se hace referencia también a los Principios Generales del Derecho y a la equidad, cual es el caso del artículo 17 de la Ley Federal del Trabajo.

Todavía en este tema, es claro como escribe Jorge Adame²⁰⁵, que se trata de criterios o entes de razón que expresan un juicio acerca de la conducta humana a seguir en cierta situación." La obligatoriedad de estos principios... no depende de su reconocimiento o sanción por la autoridad política... se trata de un comportamiento que la razón descubre y que es necesario para el perfeccionamiento del hombre. Por otro lado, los autores que se han ocupado de la axiomática jurídica y de los enunciados de la ontología formal del Derecho, principalmente Carlos Cossío y Eduardo García Máynez, parecen referirse a la manifestación que los cuatro principios de la ontología formal, presenta en el campo de la racionalidad del derecho: el de no contradicción, el de razón suficiente, el de tercero excluido y desde luego, el de identidad. El legislador en ningún momento está en posibilidad de desatender estas exigencias, ya que de hacerlo quebrantaría la racionalidad misma del orden normativo. Estaríamos pues, en presencia de presupuestos o principios de imperativa aceptación por el legislador humano que no tienen propiamente un carácter normativo sino pre-normativo.

Federico Puig Peña, en un escrito que al respecto se ha hecho tradicional²⁰⁶ pone de relieve que la generalidad de esos principios jurídicos va disminuyendo en orden sistemático para pasar a concretarse en el Derecho Nacional y en algunas porciones del mismo e inclusive dentro de las

²⁰⁴ Rodríguez Cervantes, Armando. *Documentos de trabajo, Rafael Preciado Hernández y la Filosofía del Derecho: vigencia y actualidad de un pensamiento*, Partido Acción Nacional, Fundación Rafael Preciado Hernández A.C. Junio 2016, México, Págs. 18 a 21. Cfre: https://www.pan.org.mx/wp-content/uploads/downloads/2016/06/DT684_Junio_2016.pdf

²⁰⁵ En la voz "Principios Generales del Derecho", en el Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.

²⁰⁶ Los Principios Generales del Derecho como fuente normativa de la decisión judicial, publicado en Revista de Derecho Privado, Madrid, noviembre, 1956

ramas del Derecho. De este modo se puede hablar de Principios Generales del Derecho y Principios del Derecho Mexicano, de Principios de Derecho Público, Social y Privado en un mismo sistema normativo, esto parece claro y evidente.

No debe perderse de vista que al estudio del orden normativo como sistema jurídico, ha contribuido en época reciente a la llamada teoría de los conjuntos a la cual no nos vamos a referir mayormente. De este modo, el mismo sistema jurídico ofrecería subconjuntos o subsistemas de acuerdo con la construcción analítica que desde el punto de vista histórico-doctrinaria se ha formado y aceptado en un contexto dado. Así, respecto del sistema jurídico mexicano, se puede hablar de un sistema constitucional de un sistema penal..., entendiéndose en rigor que se trata de los varios subconjuntos de un mismo sistema complejo. No perdemos de vista el carácter supraordinante que tiene el sistema constitucional si se contempla hacia el interior del propio derecho nacional independientemente de lo que después trataremos en la parte relativa al ámbito externo.

La referencia a la teoría de los conjuntos sin duda reafirma el proceso lógico de concretización relativa de los Principios Generales del Derecho en tanto cuanto las referencias se vayan acortando o restringiendo respecto del ámbito material de un determinado enunciado jurídico²⁰⁷.

Termina el interesante artículo de Federico Puig Peña, señalando treinta y siete enunciados ejemplificativos de Principios Generales del Derecho que a través del último libro del *Digesto* de Justiniano pasan al Derecho Español histórico y actual. Antes de cerrar este inciso acerca de los Principios Generales del Derecho, regresaremos a nuestro Código Civil para la Ciudad de México, para poner especial atención a los numerales 19, 20 y 21. El artículo 19 establece claramente que las controversias judiciales del orden civil deberán resolverse conforme a la letra de la Ley o a su interpretación jurídica. A falta de ley se resolverá conforme a los principios

²⁰⁷ Para efectos puramente didácticos se puede ilustrar la aplicación de la teoría de los Conjuntos al sistema Jurídico, presentando a los alumnos de la Licenciatura en Derecho su propio plan de estudios que se integra por áreas que son verdaderos subsistemas o subconjuntos que presentan una determinada ordenación, coherencia y finalidad.

generales del Derecho. Es claro que este texto ofrece clara congruencia con la idea de la autosuficiencia del sistema jurídico que impone al juzgador la obligación ineludible de formular la norma de solución, norma individualizada en terminología de Kelsen que es la sentencia.

Si el caso planteado ante el juez no estuviere previsto en la legislación civil, esto de ninguna manera justifica al juzgador para abstenerse de sentenciar. En este caso se debe recurrir a los criterios de integración de la norma a través de la costumbre, equidad o los principios expresados y vividos en la ética social.

Como puede apreciarse, el sistema jurídico en cuanto obra humana siempre requerirá de un continuo perfeccionamiento y sin embargo la moral, las buenas costumbres y los principios generales del derecho, constituyen materiales indispensables a los cuales reenvía el derecho escrito a fin de que su circularidad, su carácter hermético puedan resistir a la realidad por todos vivida de que la riqueza y multiplicidad de los hechos sociales es y será siempre mayor que la previsión legislativa. Notemos cómo en el sistema angloamericano que no parte de un ordenamiento escrito, estas realidades integradoras de las lagunas del derecho escrito, juegan una función diferente ya que son un *a priori* del juzgador angloamericano.

Si al volver al Código Civil comparamos el citado artículo 19 con el 14 Constitucional, encontraremos que el artículo 19 es más amplio pues se refiere a todo acto y aplicación de la ley en cualquier momento de juicio no sólo a la fundamentación de la sentencia definitiva, el artículo 19 comprende tanto la interpretación como la integración de la ley estableciendo un orden de preferencia: primero el juez debe atenerse a la letra de la ley. Cuando el sentido de la ley se presente dudoso, el intérprete debe acudir a una interpretación más amplia que comprenda la razón jurídica, el sentido histórico, la interpretación lógica, la interpretación sistemática, es cierto que no debe desatenderse la letra de la ley y cuando ésta es clara y aplicable al supuesto enjuiciado, debe bastar.

Cuando el caso planteado ante el juez civil no hubiese sido previsto por el legislador, nos encontramos ante una laguna que debe ser colmada recurriendo a los principios generales del derecho. En otros casos, fuera de lo establecido por el artículo 19²⁰⁸ se puede acudir a la costumbre cuando ha sido delegada por la norma escrita y no contraría los preceptos del sistema jurídico nacional²⁰⁹.

La analogía y los otros recursos que ofrecen la lógica y la hermenéutica aplicadas al derecho juegan un papel fundamental para la integración de las lagunas de la ley. Es aquí donde se aprecia con toda claridad cómo las concepciones meramente positivistas, empiristas del Derecho carecen de la capacidad para entender al sistema jurídico como un orden de la realidad moral y social que en buena medida está fincado en la razón y desde luego, también, en el desarrollo histórico cultural de la comunidad.

Las lagunas de la ley consisten propiamente en espacios imprevistos por el legislador en un sistema escrito que está dotado de plenitud hermética. Se aprecia fácilmente que entre laguna y plenitud hermética se ofrece una relación de oposición. Por ello, nunca puede hablarse ni de laguna del Derecho, ni de laguna del sistema jurídico, puede hablarse de la laguna de la ley o de laguna en la ordenación escrita expresa.

²⁰⁸ „...En el seno de la comisión redactora del proyecto de este C.C. se suscitó una fuerte discusión en torno a la cuestión de si era preferible establecer la equidad o los principios generales del derecho a falta de la ley expresa aplicable. Se optó por lo segundo para no dejar tanta libertad al juzgador en beneficio de la seguridad jurídica... Nuestro CC amplía el precepto constitucional refiriéndose no sólo a la sentencia... Interpretar es encontrar el sentido o significado de un signo, en nuestro caso de la ley... Interpretar es dotar de significado de acuerdo con la intención del legislador objetivada en su formulación... Esta es una labor de hermenéutica que amerita conocimiento y destreza, es preciso buscar la coherencia del orden jurídico... no debe desconocerse la letra clara de la ley bajo pretexto de buscar su espíritu... Estos principios constituyen exigencias racionales que legitiman el contenido axiológico y la estructura sistemática del orden normativo. La equidad y la analogía son algunos de ellos y deben servir de base al razonamiento interpretativo, a no ser que el legislador los haya excluido... ” ...” Código Civil comentado por el Dr. José de Jesús Ledesma Uribe, de la biblioteca jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM www.juridicas.unam.mx

²⁰⁹ Ver comentario al artículo 19 del código civil para la Ciudad de México de la edición que hemos ya citado.

Se afirma que desde el punto de vista histórico la cuestión de las lagunas del derecho nació con el principio de la separación de poderes que impuso al juez la obligación de aplicar el derecho preexistente²¹⁰.

Antes era frecuente que el juez declarara el *non liquet*, esto es, su imposibilidad de formular resolución por no encontrarse previsión en el derecho escrito. Ciertamente, en este caso no se puede hablar con rigor y propiedad de un sistema completo por carecer de esta plenitud de la que estamos tratando.

Para la escuela de la Exégesis la plenitud hermética supuso con toda claridad que no cabría la posibilidad de lagunas en el Derecho, por lo cual se abre camino la técnica de integración o llenado del espacio de imprevisión legislativa²¹¹.

La técnica de integración de las lagunas del derecho escrito, se ha desarrollado con abundancia de doctrina a lo largo de este siglo. Tradicionalmente se distinguen tres especies de lagunas: cuando se presenta una omisión del legislador, cuando el intérprete pretende que una concreta materia debiese regirse por una disposición normativa y esta falta de modo expreso y cuando se busca la no aplicabilidad de la ley en un caso concreto²¹².

Kelsen siguiendo con fidelidad el postulado de la pureza del método, considera que las lagunas son ante todo, formulaciones ideológicas y políticas a las cuales no se les puede ofrecer una solución lógico jurídica. Distingue entre lagunas auténticas y lagunas técnicas. Estas últimas se presentarían cuando el legislador ha omitido normas, lo que habría tenido que regularse, en general, para la aplicación de un precepto²¹³.

En nuestro Derecho Mexicano, siguiendo el artículo 14 constitucional hemos ya visto el papel fundamental que juegan los principios generales del derecho. Pasemos enseguida al

²¹⁰ Ver la voz “Lagunas de la Ley” en el diccionario Jurídico Mexicano, edición del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

²¹¹ Introducción al Estudio del Derecho, de Eduardo García Máynez, pag.359.

²¹² Para mayores datos sobre la clasificación de las lagunas véase lugar citado del Diccionario Jurídico Mexicano.

²¹³ Teoría pura del Derecho, págs. 256 a 257.

artículo 20 del Código Civil para la Ciudad de México, que establece otro principio muy importante que procede de la experiencia ya vivida entre los romanos y que se ha clarificado y enriquecido en el terreno de la legislación, la práctica y la doctrina. Establece este precepto: “Cuando haya conflictos de derechos, a falta de ley expresa que sea aplicable, la controversia se decidirá a favor del que trate de evitarse perjuicios y no a favor del que pretenda obtener lucro. Si el conflicto fuere entre derechos iguales o de la misma especie se decidirá observando la mayor igualdad posible entre los interesados”,²¹⁴.

Desde luego que el juez debe partir de lo establecido en la norma escrita, no podemos olvidarnos que esta es la tónica de nuestro sistema jurídico, empero, el legislador reconoce que puede haber un conflicto de pretensiones o derechos faltando ley que lo prevea. Esta primera observación nos parece muy importante ya que nos coloca mucho más lejos de un simple legalismo, se reconoce que no todos los derechos subjetivos pueden estar reconocidos en las leyes escritas en virtud del carácter incompleto e imperfecto de la obra humana del legislador. Si no hay norma legal aplicable, se plantea nuevamente la cuestión de la integración del derecho escrito, el juez debe formular su sentencia aun en ausencia de ley. Este artículo se refiere a la equidad, a pesar que no la menciona, como lo hace también el artículo 1857 del propio Código Civil al recoger uno de los principios tradicionales que rigen la interpretación de los contratos.

Volviendo al artículo 20²¹⁵, encontramos que la solución es compatible no sólo con la equidad sino también con la protección a la parte económica y jurídicamente inferior o más débil, interés protegible que tiene su correspondiente en la obligación que debe respetar el juez

²¹⁴ Ver comentario al artículo 20 del código civil para la Ciudad de México de la edición que hemos ya citado.

²¹⁵ “...Debe tenerse presente que conforme con los arts. 18 y 19 que se subordinan a la Constitución, la plenitud hermética del orden jurídico exige que en todo caso se dicte sentencia. El texto en comentó incluye un criterio sustentado en la equidad que antepone la urgencia de no causar un perjuicio a la posibilidad, aún legítima de conseguir un lucro...El segundo párrafo de este artículo se sustenta en el carácter conmutativo de la justicia, ya que para derechos iguales o de la misma especie, se reclama la mayor igualdad que postula la equidad correctora de las normas más generales...” Código Civil comentado por el Dr. José de Jesús Ledesma Uribe, de la biblioteca jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM www.juridicas.unam.mx

de absolver, en caso de duda, al inculpado en el Derecho Penal, y en general en el Derecho Social, a fin de proteger al titular del interés jurídico prioritario.

Cuando el conflicto a que alude el precepto que comentamos, se presenta entre derechos iguales o de la misma especie, se manifiesta todavía de un modo más evidente el principio de la equidad que podríamos denominar propiamente conmutativa, toda vez que se ha de establecer "la mayor igualdad posible entre los interesados".

Finalmente repasando estos artículos del Código Civil, el número 21 recoge el milenario principio de que la ignorancia de las leyes no excusa su cumplimiento con las consabidas excepciones que son manifestaciones patentes de la equidad en una sociedad tan heterogénea, tan desigual desde muchos puntos de vista.

Los Códigos Civiles que siguieron al modelo francés, fueron más enfáticos sin conceder las excepciones que en el presente siglo se han incluido volviendo en mucho a la jurisprudencia clásica del último período del derecho romano.

Como se ve nuestro código ha tratado de atenuar la severidad del principio que presume el conocimiento de la ley atendiendo al notorio atraso intelectual de las personas, a su apartamiento de las vías de comunicación o a su miserable condición económica. De ese modo lo expresó la Comisión Redactora que se hizo eco de las corrientes de solidaridad que con justa razón han visto en esta presunción una verdadera ficción continuamente acreditada por la experiencia. No debe pasarse por alto que el artículo 1813 de este mismo código acepta el error de derecho al contrario de lo que hacían los códigos civiles de 1870 y 1884.

Notemos en relación todavía con este artículo 21 que los jueces han quedado "facultados" para otorgar un plazo mayor para el cumplimiento del deber omitido, para eximir de sanciones al responsable o ambas soluciones si se consigue la previa conformidad del ministerio público, siempre que no se afecte el interés público.

Retornando a la cuestión de las lagunas de la ley, vayamos por un momento a lo que enseña Kelsen en su Teoría Pura del Derecho.

En primer lugar se refiere a la seguridad jurídica como algo ilusorio, afirma que "El Derecho sería así un orden fijo que determinaría de manera inequívoca la conducta de los hombres y en particular, la de los tribunales y la de los otros órganos encargados de aplicarlo, con lo que garantizaría sino una seguridad económica al menos una seguridad jurídica. Esta idea es, sin embargo, ilusoria y la Teoría Pura del Derecho, que sólo se dedica a la búsqueda de la verdad, se ve obligada a destruir esta ilusión a pesar de los efectos muy útiles que pueda tener en el ámbito de la política. "Como puede apreciarse el autor se desvincula incondicionalmente de todo lo que signifique una concepción valoral del bien común integrado en buena medida por la seguridad jurídica. En este sentido Kelsen se muestra escéptico; es más, no cree en la necesidad de la seguridad jurídica y la certeza que de ella debe tener la comunidad. Como se aprecia, con esta actitud la Teoría pura del Derecho a fuerza de querer ser realista, en palabras del propio Kelsen, asegura verse obligada a destruir esta ilusión que considera muy útil.

Como es sabido, sin seguridad jurídica, no puede adecuadamente pensarse en un verdadero Estado de Derecho. Continuemos con lo que la Teoría Pura enseña a propósito de las lagunas en el orden jurídico.

Leemos en el capítulo correspondiente a la Interpretación: "...Sin embargo, tales lagunas no existen... El órgano encargado de resolver el litigio debe determinar si el derecho vigente impone o no dicha obligación a la parte que la cuestiona. En la afirmativa dará razón al demandante, en la negativa rechazará su demanda... Si en algunos casos se habla, no obstante, de una laguna del derecho, no es porque una decisión sea lógicamente imposible ante la falta de disposiciones aplicables, sino simplemente porque la decisión lógicamente posible parece al órgano encargado de aplicar el derecho a tal punto inoportuna o injusta que él se inclina a admitir que el legislador no ha pensado en ese caso, y que si lo hubiera pensado habría tomado una decisión diferente de lo que resulta del derecho vigente."

Comentamos en primer lugar la anterior afirmación de la Teoría Pura: Parece poco sostenible por falta de verdadero sustento, que se hable de lagunas del derecho y no, como es tradicional de lagunas del sistema de ley escrita en tanto obra perfectible sea por la labor de los mismos tribunales -a través de la de jurisprudencia integradora- sea a través de las reformas legislativas que van colmando en abstracto las lagunas que se detectan en el trabajo diario de la aplicación de la ley.

Kelsen distingue las lagunas por él llamadas técnicas de las lógicas y de las lagunas admitidas por el legislador. Respecto de las lagunas técnicas enseña: "...En realidad, se entiende por laguna técnica una laguna lógica que resulta de una divergencia entre el derecho positivo y el derecho deseado o bien aquella indeterminación que resulta del hecho que de la norma es solamente un marco... No puede afirmarse que la ley nada prescribe puesto que no libera en el ejemplo que propone Kelsen; al vendedor de la obligación de entregar la cosa, o abonar una compensación". Tampoco podemos estar de acuerdo con esta connotación en que la teoría pura pretende detenerse. En última instancia el problema de las lagunas técnicas se vincula con la teoría de las fuentes formales y de las fuentes reales del derecho. Se trata en último grado de la capacidad de previsión de que ha hecho gala el legislador al construir el entramado del derecho escrito, el conjunto de soluciones que considera adecuado para medir la vida social.

La Teoría Pura continúa con un último apartado en que se refiere a las lagunas admitidas por el legislador. A este propósito leemos: "aunque no haya lagunas en el derecho, el legislador orientado por una teoría errónea puede admitir la existencia de verdaderas lagunas lógicas. Pero esas lagunas no tienen quizás el sentido que el legislador les atribuye. Este puede adoptar y de hecho adopta frecuentemente disposiciones para el caso de que ninguna decisión pueda ser adoptada basándose en la ley. Cuando en caso de laguna, el artículo 1º del Código Civil Suizo, prescribe al juez decidir según las reglas que establecerían si tuviera que actuar como legislador, esto significa que el juez está autorizado para resolver libremente, haciendo abstracción de la ley, en el caso de que su aplicación le pareciere conducir a un resultado inaceptable... otro recurso diferente que el de autorizar al juez actos de legislador, no se encuentra además del caso

referido, ya que el propio legislador lo ha considerado no satisfactorio por razones de orden político o moral. Corre entonces el riesgo de que el juez intervenga en calidad de legislador suplente en los casos en que debería aplicar la ley. Además cuestiona el principio de la legibilidad de la jurisdicción así como también la validez de las normas generales que deben aplicarse. El centro de gravedad en la creación del derecho podría tener así la tendencia de pasar del legislador, autor de las normas generales a las autoridades que están encargadas de aplicarlas estableciendo normas individuales.

Se trata de dar la impresión de que esa autorización es acordada solamente en el caso en que es lógicamente imposible aplicar la ley. El juez debe ser inducido a pensar que no tiene la facultad de determinar por sí mismo, en qué casos puede sustituirse al legislador y tal es la conclusión que la ficción de la laguna debe sugerir...”

Comentamos enseguida las últimas ideas que hemos transcrito en la Teoría Pura. Debe entenderse que el comentado artículo 1º del Código Civil Suizo, establece o presenta una verdadera analogía cuando preceptúa que el juez debe decidir como si estuviera actuando en la función de legislador. La función del juez en todo caso, en un sistema de ley escrita que se caracteriza como sabemos por el primado de la ley dentro del cuadro de las fuentes formales y por la plenitud hermética del sistema jurídico; siempre debe entenderse o inducirse siguiendo las palabras de Kelsen, con sujeción a lo que establece el texto del ordenamiento vigente. De aquí aparecen una serie de notas que distinguen y caracterizan al sistema de ley escrita frente al sistema del precedente judicial tanto en su vertiente europea como en la norteamericana.

Se aprecia, que la aportación por demás interesante que ofrece Kelsen sobre la llamada ilusoria seguridad jurídica y las lagunas como problemas del derecho, insisten particularmente en un formalismo que se desentiende de la necesaria delegación que el orden normativo debe hacer en beneficio de las buenas costumbres que puedan suplirlo entendiendo que se someten a lo que establecen el ordenamiento explícito e implícito y a la moral social que constituyen siempre el núcleo productor de un verdadero ordenamiento jurídico que acentúe que

el Derecho es fundamentalmente "solución" a los problemas de la vida social que revista un carácter de respeto y promoción a lo "justo". Por lo anterior, insistimos nuevamente en la imposibilidad de desvincular un trabajo de tipo técnico del sentido instrumental y valoral que reviste el Derecho, como medio de medición y solución de la vida social. En ese sentido apreciamos positivamente las soluciones que el Código Civil para la Ciudad de México, nos ofrece y que en párrafos anteriores, hemos considerado y comentado.

Recapitulando lo que hemos estado expresando en las páginas anteriores, nos encontramos con la función de la plenitud hermética del sistema jurídico operando a fin de que puedan ser colmadas las lagunas del derecho escrito, gracias a la delegación que el legislador realiza unas veces de modo explícito, otras de manera implícita para realizar los procedimientos de integración que sean necesarios. Nos corresponde ahora preguntarnos ¿qué es lo que le da unidad al sistema jurídico? Respondemos, en este aspecto siguiendo a Kelsen.

Es la constitución, no únicamente como norma hipotética fundamental sino como norma suprema hacia el interior del sistema jurídico, lo que expresa la pertenencia y la unidad de todo el entramado de normas. Conviene en este aspecto tener presente que la teoría de las fuentes formales del Derecho, debe ocuparse de enriquecer su cuadro clásico con toda la diversidad de expresiones jurídica que van bajando desde la generalidad de la ley, hasta la individualidad de las normas y de los actos jurídicos, ya sea de particulares o emanados de la autoridad.

Ocupémonos enseguida de aprovechar lo que explica la teoría pura del derecho cuando asegura que la constitución es la norma positiva o el conjunto de normas positivas que regulan la creación de las normas jurídicas generales. En este sentido, llama la atención la observación que se presenta al entender la constitución como la norma reguladora de las fuentes de producción jurídicas, es decir, como la norma que regula la creación de normas generales y especialmente la creación de leyes. Se ha observado frecuentemente que el punto de vista de Kelsen, discutible desde varios ángulos ofrece, sin embargo, el entendimiento del derecho como factor

determinante de la forma jurídico-política de la convivencia humana que habitualmente llamamos Estado²¹⁶.

El sistema jurídico debe mostrarnos su función gracias a la coherencia y unidad de su propio "todo orgánico". Por ello en el sistema encontramos claramente establecidas las relaciones de jerarquía de las normas que lo componen y que permiten que todos los actos jurídicos, aun los más individualizados y concretos, desde luego, también los hechos jurídicos, se integren de un modo perfecto en la totalidad de las previsiones y en la necesidad operativa de ese todo que no nos ofrece por otra parte un estado estático, sino al contrario, es una sucesión de cambios permanentes que obedecen a la realización de los distintos supuestos normativos previstos por el legislador, obedece también a los cambios legislativos y en menor medida, no por ello menos importante, a toda la labor de interpretación e integración que se lleva a cabo con motivo de la aplicación de las propias normas.

Por razones históricas el Derecho Civil, se presenta como un verdadero derecho común. Ya hemos visto que algunas disposiciones con las que abre el Código Civil para la Ciudad de México, constituyen verdaderos principios generales que se aplican aún en ámbitos normativos distintos de los del propio derecho civil. A este propósito, Vázquez Pando²¹⁷ escribe lo siguiente después de haber comentado lo que llama primera aproximación al objeto de su estudio: "Así, aparece ese derecho civil, como el techo común que debe incorporar los principios necesarios para resolver cualquier problema concreto, idea claramente vinculada a la de codificación.

Aparte del principio de ser un hecho fundamentalmente legislado de tipo codificado, habría que agregar otras características que derivan en forma más o menos clara de diversas

²¹⁶ El pensamiento de Kelsen en su Teoría del Estado, se presenta como una continuación natural de la teoría pura del derecho, de tal manera que la segunda forma parte de la primera. Así, Kelsen llegó a formular su Teoría del Estado cuando ya había madurado y en algunos aspectos modificando la versión inicial de la teoría pura del derecho. Sobre este particular, es alemán, por Luis Legraz y Lacambra, Edit. Nal. Méx. 1949. Se recomienda revisar también la versión francesa de la segunda edición de la Teoría Pura por Charles Eisenmann. Dalloz, Paris, 1962.

²¹⁷ En su estudio que titula "Notas sobre el sistema Jurídico Mexicano, a la Luz de la Constitución", publicado en Jurídica núm. 7, 1975.

disposiciones constitucionales, como por ejemplo el principio de reserva de ley, claramente establecido en materia penal, fiscal y en materia de propiedad, según el cual, determinado tipo de regulaciones de la conducta, únicamente pueden ser establecidos por una norma legislativa en sentido formal y material.²¹⁸

Revisando el escrito de Vázquez Pando, leemos -pág. 630- que el concepto de sistema significa, en su acepción común un conjunto de reglas o principios, enlazados entre sí y referido al derecho objetivo, significa un conjunto de normas jurídicas entrelazadas , entre sí, conforme a criterios de ordenación.

Ya se sabe lo importante que ha sido el pensamiento de Kelsen para señalar la referencia a partir de la Constitución, como fuente de validez formal del sistema jurídico. Esto permite al pensamiento kelseniano, entender al sistema jurídico como un todo orgánico y ordenado.

3. *La costumbre delegada.*

El origen de una costumbre es sencillamente la sociedad. Las sociedades antiguas regían sus conductas mediante la costumbre y tradición, esta crece y se requiere de tener una norma escrita a la que le llamamos ley y lo cual es válido sólo en nuestro sistema jurídico, el Germánico Romano o Continental (México, Perú, Alemania, Italia, Argentina, España y Francia).

La costumbre es la fuente del derecho más antigua que proviene de roma, según Pina Vara, la costumbre es una: “Norma de conducta creada en forma espontánea por una colectividad o grupo social y aceptada voluntariamente por los individuos que la constituyen como rectora de determinadas relaciones (familiares, contractuales, etc.)”²¹⁹ la actividad según costumbre representa, frente a una situación de hecho o a una relación social, la reiteración de

²¹⁸ Pág. 591 del escrito citado en la nota anterior.

²¹⁹ Pina Vara, Rafael. *Derecho Civil Mexicano*, Porrúa, México, 1956, pág. 130.

comportamiento observado por los miembros de una colectividad o grupo social ante hechos o relaciones idénticos a aquellos ante los que se encuentren, la costumbre, en realidad sólo es, además de regla de conducta, regla jurídica (derecho) cuando el legislador le reconoce expresamente esta calidad.

Más adelante este autor cita a Kant, quien define al derecho consuetudinario como: “Una manifestación del derecho positivo. No se puede olvidar, por lo tanto, que el derecho positivo tiene por principio... la voluntad del legislador.”²²⁰

De acuerdo con la doctrina, los elementos constitutivos de la costumbre son dos:

1).- Elemento Objetivo (Inveterada Consuetudio): Consiste en la existencia de una larga práctica de una conducta, como origen de la costumbre.

2).- Elemento Subjetivo (Opinio Juris Seu Necessitatis): Consiste en la convicción de la persona a la que se somete a ella de manera voluntaria, para considerar que se está ajustando a su conducta siendo una norma obligatoria. Igualmente, la doctrina se ha encargado de hacer una clasificación para la costumbre, misma que se divide en tres tipos de clasificaciones:

A).- La costumbre según ley: Consiste en la reiteración del contenido de una ley, por lo que no tiene una función dentro del derecho, pues al ya estar contenida dicha conducta en una norma y que sólo por costumbre es reiterada, en el derecho no tiene alguna función.

B).- La costumbre fuera de la ley: Es aquella que por su contenido normativo es susceptible de utilización supletoria, en defecto de Ley, siempre que el legislador lo haya autorizado expresamente.

²²⁰ *Ibidem.*

C).- La costumbre contra ley: Surge cuando los gobernados realizan una conducta por costumbre pero que dicha conducta va en contra de la Ley, a pesar de que por costumbre se lleve a cabo esa conducta, el legislador únicamente puede negarle su eficacia, pues ya existe una ley que dicte lo contrario.

Para Rafael de Pina, “la costumbre no es fuente formal del derecho. La costumbre se admite como fuente formal del derecho, con más o menos amplitud, en el derecho civil, en el laboral (material), en el internacional, en el mercantil y en el agrario.”²²¹

Estamos de acuerdo con la interpretación de Rafael de Pina al decir que “el derecho consuetudinario no debe ser objeto de prueba. Admitir que lo sea supone la posibilidad de que las partes (sus defensores) se vean en la necesidad de dar al juez-jurista lecciones de derecho. El juez tiene la obligación profesional, como técnico del derecho que es, de conocer no sólo el derecho escrito nacional, sino todas las manifestaciones del derecho. Someter la aplicación de la legalidad vigente en un Estado a la necesidad de la prueba, supone echar sobre las partes una carga improcedente.”²²²

Lo anterior es así, porque si la costumbre pudiera ser prueba en cualquier área del derecho y en cualquier argumento jurídico, podríamos llegar a señalar costumbres contra la ley, tal como es el caso de la costumbre derogatoria que no existe en nuestro sistema.

Se podrá haber percatado el lector, que en varios criterios de la Corte y nuestros Tribunales Colegiados se habla de los usos y costumbres, sin embargo, los dos son conceptos diferentes, y para ello, debemos de recordar cómo se conforma una jurisprudencia que a groso modo, se conforma con 5 tesis ininterrumpidas, etc. (actualmente reiteración, contradicción de tesis y sustitución)

²²¹ *Ibíd*em, pág. 135.

²²² *Ibíd*em, pág. 158.

Ahora bien, en los usos son conductas aisladas llevadas a cabo por los gobernados en distintas situaciones y por motivos personales, políticos, económicos y/o sociales, pero cuando esos usos se vuelven conductas repetitivas, se transforman en costumbre.

Desgraciadamente se ha estudiado de manera tan escasa los usos y costumbres, que se vuelve difícil saber en qué momento un uso se transforma en una costumbre, nosotros consideramos de manera hipotética que un uso se transforma en costumbre cuando esa conducta se reitera no sólo en una pequeña población, quizá en una ciudad entera y por un periodo de tiempo prolongado, quizá mayor a 5 o 10 años.

De aquí que el uso del derecho de costumbre se le llama derecho consuetudinario, también llamado usos o costumbres, es una fuente del derecho. Son normas jurídicas que no están escritas pero se cumplen porque en el tiempo se han hecho costumbre cumplirlas; es decir, se ha hecho uso de esa costumbre que se desprende de hechos que se han producido repetidamente, en el tiempo, en un territorio concreto. Tienen fuerza y se recurre a ellos cuando no existe ley (o norma jurídica escrita) aplicable a un hecho. Conceptualmente es un término opuesto al de derecho escrito.

También es considerado un sistema jurídico, como lo son el derecho continental y el derecho anglosajón (Common Law). Incluso en algunos países coexiste con ellos.

Un ejemplo de esto es la Constitución no escrita de Inglaterra cuyas fuentes de derecho las podemos encontrar en los grandes textos históricos como la Carta Magna (1215), la Petición de Derechos (1628), el Hábeas Corpus (1679), la Carta de Derechos (1689) y el Acta de Establecimiento (1701).

El origen del derecho consuetudinario se entierra en los mismos orígenes de lo que entendemos por sociedad. Sin embargo, la doctrina actual ha logrado identificar tres elementos imprescindibles para que una conducta califique como costumbre y tenga efectos jurídicos:

Uso repetitivo y generalizado. Solo puede considerarse costumbre un comportamiento realizado por todos los miembros de una comunidad. Se debe tener en cuenta que cuando hablamos de comunidad, lo hacemos en el sentido más estricto posible, aceptando la posibilidad de la existencia de comunidades pequeñas. Así mismo esta conducta debe ser una que se repite a través del tiempo, es decir, que sea parte integrante del común actuar de una comunidad. Difícilmente se puede considerar costumbre una conducta que no tiene antigüedad; una comunidad puede ponerse de acuerdo en repetir una conducta del día de hoy en adelante pero eso no la convierte en costumbre, la convierte en ley.

Conciencia de obligatoriedad. Todos los miembros de una comunidad, deben considerar que la conducta común a todos ellos tiene una autoridad, de tal manera que no puede obviarse dicha conducta sin que todos consideren que se ha violado un principio que regulaba la vida de la comunidad. En ese sentido, es claro que existen conductas cuyo uso es generalizado y muy repetitivo pero que no constituyen costumbre en tanto no tienen emparejado el concepto de obligatoriedad. Eso diferencia al derecho de la moral y la religión.

La antigüedad. Es objetiva, se da por práctica de la costumbre a un largo plazo, es un requisito importante puesto que al no ser cumplida algún magistrado puede considerarla una simple costumbre social y no jurídica.

Estos tres requisitos son indispensables para que exista un derecho consuetudinario porque de no cumplirse alguno de ellos solo hablamos de una costumbre social no jurídica.

No confundamos que la costumbre jurídica se torna jurídica por la acción del Estado al respaldarla, simplemente es que esto sucede porque lo jurídico lo tiene la propia costumbre.

El respaldo del Estado refuerza que la costumbre haciendo el cumplimiento de esta en forma correcta y obligatoria.

Si tratamos de entender que son buenas o correctas tendremos que darnos cuenta que eso va a responder a las exigencias de las reglas morales dentro de la convivencia social. La axiología es la rama de la filosofía que determina si una costumbre es buena o mala. Los valores no pueden cambiar.

Cuando la colectividad repite una conducta, se presupone la convicción de que así debe ser, de ahí el carácter obligatorio, llevándolo inclusive al terreno de lo jurídico; sin embargo, una conducta repetida puede ser un hábito y es por ello que debemos diferenciar que el hábito tiene un carácter personal mientras que la costumbre tiene un ámbito colectivo, aplicable a un grupo.

El hábito no es relevante jurídicamente, sin embargo, el Derecho lo respeta y hace que se respete porque forma parte del catálogo de libertades de las que goza todo individuo. Asimismo, la costumbre se distingue de los convencionalismos sociales en que estos solamente se quedan en el terreno de lo social sin imprimirles el carácter de jurídicamente obligatorio que sí se encuentra en la costumbre como fuente formal del derecho.

Existen tres tipos de costumbre, estas son:

“Delegante: Por medio de la costumbre, se faculta a una autoridad para crear una norma jurídica. Se considera como obligatoria antes de que sea formalmente jurídica. La costumbre dicta la ley. Este tipo de costumbre no está reconocida en nuestro Derecho. Tan sólo se puede entender a la costumbre como una fuente real pero no formal en este tenor.

Delegada: Surge cuando la legislación expresamente nos remite a la costumbre y usos del lugar para resolver determinada situación. Por ejemplo, la legislación remite a la costumbre para atender con base en usos y costumbres la forma de elegir a buena parte de los Presidentes Municipales de Oaxaca; otro ejemplo sería el de los honorarios de los depositarios y los prestadores de servicios profesionales.

Derogatoria: La costumbre es tan importante que deja sin efecto a la ley, pierde vigencia. Existe en países de tradición anglosajona pero está expresamente prohibida en el artículo 10 del Código Civil Federal (contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario).”²²³

La costumbre derogatoria no existe en nuestro sistema jurídico, toda vez que ninguna costumbre se encuentra por encima de la ley.

Podemos concluir, que la ley está por encima de todos los demás elementos, es decir, de la costumbre, de la jurisprudencia y tratados internacionales. Y que en nuestro país la costumbre delegada es el tipo de costumbre que impera.

4. *Sus diferencias con el Common Law del Reino Unido. Su base común: La analogía.*

Por Common Law (derecho común), se entiende el sistema derivado del sistema aplicado en la Inglaterra medieval, es aquel utilizado en gran parte de los territorios que tienen influencia británica.

“Es el derecho creado por decisiones de los tribunales; en Inglaterra surgieron dos cuerpos de normas diferentes: el common law, y más tarde, el civil law; ambos fueron adoptados como base del derecho de los estados estadounidenses y se caracterizan por el hecho de que se basan más en la jurisprudencia que en las leyes.”²²⁴

Sistemas basados en el anglosajón o provenientes de la corriente de éste se aplican en Inglaterra, Gales, Irlanda (Existe la idea equivocada de que el sistema de Derecho anglosajón

²²³ Lozano Alarcón, Javier, *Apuntes de introducción al estudio del derecho*, Escuela Libre de Derecho. Cfre: <http://es.scribd.com/doc/103292930/41/LA-COSTUMBRE-EN-EL-DERECHO-MEXICANO>.

²²⁴ Sirvent Gutiérrez, Consuelo. *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, Porrúa, México, 11ª ed., 2009, pág.59.

también se utiliza en Escocia, pero eso no es cierto, ya que ese país cuenta con un sistema jurídico especial (mixto), fruto de la mezcla entre el derecho anglosajón y el continental.)

También se utilizó en gran parte de las antiguas colonias del Reino Unido, incluyendo Estados Unidos, Australia, Nueva Zelanda y Canadá (con la excepción de Quebec, provincia en la cual se emplea el sistema de derecho continental en el derecho civil y el derecho anglosajón en el derecho penal). En los Estados Unidos está la excepción del estado de Luisiana, el cual, a consecuencia de su herencia francesa, usa un sistema de derecho continental. (Luisiana fue la primera posesión estadounidense en la que se dictó un código civil, basado en el Código Napoleónico de 1804). En Asia, Hong Kong (como antigua posesión británica) también utiliza un sistema de derecho anglosajón, lo cual está garantizado por su constitución, que asegura que éste se mantendrá vigente (pese a que la soberanía ha retornado a China), al igual que en la India, Malasia y Singapur. En África, Sudáfrica se emplea igualmente el sistema de derecho anglosajón. En Escocia también se usa un derecho mixto entre continental y anglosajón, aunque en este caso, a diferencia del de Quebec, la diferenciación no se efectúa sobre la base de la rama del derecho que se aplique (penal o civil), sino que prácticamente se trata de un sistema integral y diferenciado, pero desarrollado sobre la base de las influencias de otros sistemas.

El sistema de Derecho anglosajón se basa, sobre todo, en el análisis de las sentencias judiciales dictadas por el mismo tribunal o alguno de sus tribunales superiores (aquellos a los que se pueden apelar las decisiones tomadas por dicho tribunal) y en las interpretaciones que en estas sentencias se dan de las leyes. Por esto las leyes pueden ser ambiguas en muchos aspectos, ya que se espera que los tribunales las clarifiquen (o estos ya lo han hecho sobre leyes anteriores, pero similares). Este es el motivo por el cual en Estados Unidos aún se enseñan normas de la época colonial inglesa.

Por otro lado, existen interpretaciones judiciales que crean figuras jurídicas nuevas, lo que en un principio era la norma, pero hoy es la excepción. Sin embargo se mantiene la nomenclatura que reconoce como delito estatutario, por ejemplo, al delito creado por la ley. En

la actualidad, es mucho más común que las leyes creen figuras completamente nuevas o que estandaricen y fijen las reglas anteriormente establecidas por las sentencias judiciales.

Un detalle muy importante es que, en casos posteriores, la *ratio decidendi* que significa literalmente en español razón para decidir o razón suficiente de las sentencias previamente dictadas obligan a un tribunal (y todos los tribunales inferiores a éste) a fallar de la misma manera o de forma similar. Por esto el estudio del sistema se basa en el análisis detallado de las sentencias de las cuales se induce la norma, estudio que termina en la elaboración de un caso típico, el cual se compara con la situación en estudio para ver si es similar o no. En muchas ocasiones se analizan diversas sentencias que contienen el mismo principio, visto desde diversas ópticas, para extraer finalmente la norma que se aplicará al caso en estudio.

De aquí que un punto importante a considerar es la analogía, la analogía: “Es un principio de interpretación del derecho. Se sustenta en la semejanza que debe existir entre el caso previsto, y el no previsto, evitando así la diferencia radical entre ambos.”²²⁵ Es un método o instrumento para la interpretación jurídica que corresponde fundamentalmente con la tarea de los jueces (y no tanto con la tarea de los legisladores).

Sin embargo, en la familia jurídica del Common Law y, especialmente, en el Reino Unido, la prohibición de la analogía es menos estricta. Si bien es cierto que se puede extraer de su jurisprudencia una tendencia clara en contra de la creación de nuevos tipos penales o la ampliación de los ya existentes, en el Derecho inglés no se exige que las sanciones penales estén previamente escritas.

Se ha entendido que esta restricción a la aplicación de sanciones penales por analogía, proviene del principio “*Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*” (Ningún delito, ninguna

²²⁵ *Diccionario Jurídico Mexicano, vol. I, (IV vols.), UNAM, Instituto de investigaciones jurídicas, México, 2005, págs. 189.*

pena, sin ley previa). Esto implica que la prohibición de analogía busca dotar de certeza jurídica a los ciudadanos ante el poder penal del Estado.

El principio de legalidad penal contendría cuatro prohibiciones clásicas:

“1) *Lex scripta*, se necesita una ley que sea escrita que describa el delito a punir y su punición,

2) *Lex praevia*, que la ley que se escriba no sea retroactiva al hecho mismo,

3) *Lex certa*, que la ley sea precisa en su lenguaje descriptivo con relación a la construcción del tipo en cada artículo y precisa en el lenguaje normativo de las consecuencias que impone cada artículo.

4) *Lex stricta*, que no se admita la analogía contra legem.”²²⁶

5. *La equidad en la estructura del Common Law.*

El concepto de “Equity o Equidad, entendido como una rama del Derecho anglosajón, tiene su origen en el siglo XV. Dos siglos antes, se había establecido en Inglaterra el nuevo sistema legal instaurado por Enrique II para unificar el Derecho aplicado en todo el país, que, por este carácter común a todas las zonas pasó a denominarse Derecho común (Common Law).”

²²⁷ Con el tiempo, sin embargo, los tribunales encargados de aplicar este sistema común comenzaron a presentar ciertos problemas como la lentitud, el coste excesivo de sus procedimientos y un carácter demasiado técnico en sus resoluciones. Por eso, como muchos ciudadanos veían que sus reclamaciones (grievances) no encontraban una adecuada satisfacción ante dichos tribunales, continuaba en paralelo la vieja costumbre de pedir justicia directamente al rey (Petition the King). El rey era la fuente de la que emanaba toda la justicia, por eso los

²²⁶ Gandulfo R., Eduardo, *¿Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica*. Política criminal. N° 8: 10. Archivado desde el original el 4 de abril de 2012. Cfre: https://web.archive.org/web/20120404152243/http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf Consultado el 31 de marzo de 2019.

²²⁷ Sirvent Gutiérrez, Consuelo. *Óp. Cita*, págs. 73 a 75.

ciudadanos acudían directamente a él en ciertas circunstancias apelando a la conciencia del rey (king's conscience) o a su misericordia (king's mercy).

Durante un tiempo, el rey pudo atender directamente estas peticiones, hasta que fueron demasiadas y comenzó a dirigírselas a su canciller (Chancellor) quien, por delegación del rey, podía decidir en los casos que le presentaban. El canciller del rey era considerado el guardián de su conciencia (the keeper of the king's conscience).

Éste era, normalmente, un clérigo con conocimientos de Derecho que asesoraba al rey en otros muchos asuntos. Con el tiempo se puso en marcha un tribunal especial (the Court of Chancery) para tratar estas peticiones. El Canciller decidía los asuntos en base a su propia conciencia o a lo que él consideraba moralmente justo (morally right), sin sujetarse a las estrictas reglas del precedente que iban desarrollando los tribunales ordinarios. Aplicaba su sentido individual de justicia, pero tratando de no caer en la arbitrariedad, sino teniendo en cuenta ciertas máximas o principios de equidad (equitable maxims). Sus soluciones eran siempre, como es lógico, mucho más flexibles o creativas que las de los tribunales ordinarios y eran muy apreciadas. Si a alguna institución actual queremos compararlo, podría asimilarse a una especie de arbitraje resuelto en base a principios del Derecho Natural.

En 1474, el Court of Chancery se independiza totalmente de los tribunales del Common Law y deja de ser una jurisdicción delegada por el rey. Se establece, en dicho momento, como un sistema judicial independiente, paralelo y alternativo. Desde entonces y hasta 1873, este tribunal desarrolló, a través de su jurisprudencia, muchos conceptos legales que hacen tan peculiares a los sistemas legales anglosajones. Uno de ellos es el concepto de Trust (del que ya hemos hablado en este trabajo), los equitable remedies (las soluciones de equidad), o el de equity of redemption (del que hablaremos en una futura ocasión), y muchos otros.

En el siglo XIX, como decíamos, el Court of Chancery pierde su independencia y se integra en los tribunales ordinarios por efecto de una importante reforma legal incluida en la

Judicature Act de 1873. Para dicha fecha, este tribunal había comenzado ya a adolecer de los mismos defectos que dieron lugar a su nacimiento, es decir: extrema lentitud de sus procesos, un coste muy elevado al prolongarse durante años y una dosis demasiado alta de arbitrariedad. Ésta es la razón por la que el Parlamento decide integrar los dos sistemas.

La fusión de los dos sistemas judiciales no hace, sin embargo, que se pierdan sus desarrollos. Los conceptos y las soluciones jurídicas elaboradas por este tribunal a lo largo de su historia siguen siendo aplicados por parte de los tribunales. Su doctrina y jurisprudencia pasan a aportar una dosis de flexibilidad e innovación al sistema del precedente desarrollado hasta entonces por los tribunales ordinarios (Courts of Law). Hoy en día perduran muchas de estas elaboraciones y son enormemente apreciadas por abogados y jueces.

6. *Una mirada al Tratado de Libre Comercio de América del Norte (T-MEC).*

De manera productiva, Estados Unidos, México y Canadá firmaron en Buenos Aires el nuevo acuerdo comercial T-MEC, que sustituyó el tratado que compartían desde hacía casi 25 años.

El Acuerdo Estados Unidos-México-Canadá (T-MEC) se alcanzó el 30 de septiembre del 2018 después de más de un año de duras negociaciones iniciadas a instancias del presidente Donald Trump, al destacar 8 puntos importantes a conocer que revisten dicho acuerdo.

1.- Alivio arancelario para vehículos.

La política del presidente norteamericano Donald Trump, amenazó con invocar razones de seguridad nacional para imponer aranceles sobre los cientos de miles de millones de dólares en autos que Estados Unidos importa anualmente de todo el mundo. Pero el T-MEC excluye de esto a México y Canadá hasta un tope de 2,6 millones de vehículos al año, así como una cantidad no especificada de camiones ligeros y decenas de miles de millones de dólares en

autopartes. El nuevo acuerdo inicialmente no contempló los aranceles al acero y al aluminio impuestos por Estados Unidos a nivel mundial sin embargo posteriormente en mayo de 2019 levantó los mencionados aranceles en acero y aluminio para México y Canadá.

2.- Apertura en lácteos.

Canadá, que protege fuertemente su producción lechera, acordó en el T-MEC abrir un poco más sus fronteras en este sector, algo que Trump consideró decisivo para lograr un acuerdo. Canadá también permitirá mayores importaciones de pollo, huevos y pavo de Estados Unidos.

3.- Solución de controversias.

Estados Unidos buscaba eliminar las disposiciones para que los conflictos se resolvieran por arbitraje internacional, pero aceptó la permanencia en el T-MEC del sistema de solución de controversias que figuraba en el TLCAN, como quería Canadá. Sin embargo, el nuevo acuerdo realiza algunos cambios a las potestades más polémicas de la solución de controversias entre inversores y Estados, que según los críticos permitieron la invalidación de leyes y fallos judiciales locales a través de un arbitraje irresponsable.

4.- Propiedad intelectual.

El nuevo acuerdo moderniza y aumenta los estándares sobre propiedad intelectual, otorgando fuerte protección a los innovadores farmacéuticos y agrícolas. Además, exige un trato igualitario de derechos de autor para escritores, compositores y otros.

5.- Comercio electrónico.

Modernizar el comercio electrónico, que apenas existía cuando el TLCAN entró en vigor hace un cuarto de siglo, era un aspecto clave de la negociación. El T-MEC prohíbe los derechos

aduaneros para productos distribuidos digitalmente, como software y juegos, libros electrónicos, música y películas.

6.- Pactos con China.

Hay una disposición escondida en el T-MEC que parece diseñada para evitar que Ottawa o Ciudad de México busquen un mejor tratado comercial con Pekín. Si algún signatario intenta entrar en un acuerdo de libre comercio con un país sin economía de mercado (léase China), las otras partes podrán cancelar el acuerdo trilateral y reemplazarlo por uno bilateral. Los lazos de Estados Unidos con China se han vuelto cada vez más polémicos, y Washington ha aplicado aranceles a importaciones de ese país por más de 250,000 millones de dólares.

7.- 16 años de vigencia.

El pacto comercial tiene una vigencia de 16 años, pero se revisará cada seis. Si las partes deciden renovarlo, estaría vigente por otros 16 años. Pero si hay un problema, las partes tendrán otros 10 años para negociar y resolver sus diferencias antes de que el tratado expire.

8.- Derechos laborales.

El nuevo acuerdo incluye protecciones laborales que según Estados Unidos son las más fuertes negociadas hasta ahora. México se compromete con acciones legislativas específicas para garantizar el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva, indicó la oficina del representante comercial de Estados Unidos (USTR en inglés).

Se contemplan además derechos laborales internacionalmente reconocidos como prohibir las importaciones de bienes producidos con trabajo forzoso y garantizar la protección de los

trabajadores migrantes,²²⁸ lo anterior se vio reflejado en la reciente reforma laboral del 1 de mayo de 2019.²²⁹

Perspectivas.

En la actualidad, la diferencia señalada entre ambos sistemas es cada vez menor, pues se verifica en el Derecho anglosajón una fuerte tendencia hacia la codificación de las reglas jurídicas, esto es, una creciente producción de normas escritas, que van desplazando paulatinamente los antiguos precedentes judiciales y los van reemplazando por normas escritas.

Este fenómeno es posible gracias a la enorme flexibilidad que caracteriza al Derecho anglosajón, a diferencia de lo que ocurre con el sistema continental, en el que la existencia de códigos y normas escritas le ha impreso un carácter más rígido.

La mencionada flexibilidad del Derecho anglosajón puede comprobarse en la circunstancia de que el mismo comenzó siendo un sistema de derecho consuetudinario o costumbrista, en el que la principal fuente de derecho eran las costumbres, que se conocían como derecho común (common law).

Posteriormente, y debido a la actuación de los tribunales judiciales, evolucionó hasta que los precedentes se encumbraron como la principal fuente de derecho, y el sistema pasó a convertirse en uno de derecho jurisprudencial. Queda por ver, ahora, si la mencionada tendencia hacia la codificación que modernamente se verifica en los Estados enrolados en el sistema anglosajón, no termina por convertirlo, también, en un sistema legalista, como es el continental.

²²⁸ *Cfre*: El economista, <https://www.eleconomista.com.mx/empresas/8-ejes-del-T-MEC-que-debes-conocer-tras-su-firma-20181130-0066.html>.

²²⁹ https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5559130&fecha=01/05/2019

CAPÍTULO VIII

EL COMMON LAW DE LOS ESTADOS UNIDOS NECESIDAD DE INTEGRACIÓN JURÍDICA.

SUMARIO: *1. Las características propias del federalismo norteamericano; 2. Common Law federal y locales; 3. Necesidad de la integración jurídica; 4. El juez norteamericano, su formación y paradigma; 5. Formación intelectual y axiológica del juzgador.*

Los colonos habitantes de los territorios conquistados por Inglaterra en el continente americano, rápidamente se convirtieron en las 13 colonias, las cuales eran independientes una de otra y estas a su vez, eran leales al Imperio Británico, dado que eran parte de él, ellos redactaron las primeras constituciones del mundo, utilizándolas propiamente como tal dentro de cada colonia, lo que motivo a emplear la forma política democrática, representativa, estableciendo un sistema de corte federal, el cual tenía por objeto, la consecución de la felicidad de todos los habitantes, así mismo, también pudieron integrarse como representantes del pueblo para las demás ramas o departamentos del gobierno.

En prevención a que lo que habían creado, y que esto se volviera en su contra, ellos fueron los creadores de cuatro formas de protección que apoyarían a su freno:

1. Las declaraciones de derechos individuales que los poderes públicos deberían respetar.
2. La organización del gobierno en tres departamentos o poderes, separados con potestades limitadas para cada uno de ellos en la Constitución.
3. La sujeción de la actuación de los tres departamentos del gobierno, a procedimientos preestablecidos.
4. La forma escrita del documento en el que se contiene el contrato social de la comunidad, suscrito directamente por el propio pueblo, al que denominaron Constitución.

En adición, para superar sus debilidades militares, las recién formadas repúblicas democráticas, formaron en 1776 la Confederación de los Estados Unidos de América, para lo cual suscribieron los “Artículos de la Confederación y Unión Perpetua”²³⁰, pacto ratificado por los trece Estados en 1781, y que, posteriormente, se transformaría en la Constitución Federal de los Estados Unidos, de acuerdo con el proyecto elaborado en la Convención de Filadelfia de 1787. En este proceso de formación de once años, el pensamiento político de la humanidad volvería a dar un salto cualitativo, tan importante como el que veintitrés siglos antes se había producido dentro de la Hélade (la actual Grecia). Hay que apuntalar, que la democracia como el federalismo, entrarían en un proceso de evolución hasta alcanzar las características que ostentan hoy día

El pensamiento de Montesquieu, sirvió de apoyo teórico a los norte-americanos en el proceso constituyente de los Estados, en la formación de la Unión Confederal que estos acuerdan, y en el tránsito de Confederación a Federación. Montesquieu rescata para provecho de los constituyentes norteamericanos, las lecciones del federalismo de la antigüedad, promoviendo en “El espíritu de las Leyes y en otra de sus obras, dos ideales seminales de los escritores de tiempos de la Atenas de Pericles: Primero, la idea que la democracia sólo puede subsistir en Estados territorialmente pequeños y, segundo, que para superar sus insuficiencias y debilidades militares y comerciales, “los pequeños Estados democráticos se deben unir en una Confederación. Este es el origen ideológico de la Confederación de los Estados Unidos” y,²³¹ por tanto, de los federalismos que como el mexicano adaptarían el sistema federal estadounidense.

²³⁰ *The Federalist Papers*, No 39, <https://billofrightsinstitute.org/founding-documents/es/primary-source-documents.htm>

²³¹ *Ídem*

1. Las características propias del federalismo norteamericano.

Los colonos que llegaron a tierras norteamericanas antes de la independencia, huían de la arbitrariedad y opresión del poder político europeo. Cuando percibieron que las condiciones políticas en las colonias no eran mucho mejores, se rebelaron contra esta situación. Tras la conquista de la independencia, los colonos no deseaban crear un gobierno central fuerte, y para limitarlo procedieron a una cuidadosa distribución del poder territorial, plasmada en los Artículos de la Confederación, en la que el poder se distribuyó entre estados independientes. Pero la Confederación fue incapaz de hacer frente a muchos de los problemas a los que se enfrentaba la nueva nación. Por ello, uno de los principales objetivos de la Convención Constitucional de 1787, fue crear un gobierno central más fuerte, pero alejando la amenaza de un poder tiránico a través de una elaborada distribución del poder territorial. El resultado, tras muchos compromisos, fue la formulación del sistema federal de gobierno estadounidense. Paradójicamente, lo cierto es que el Federalismo como figura política, no se menciona en el texto constitucional, aunque como es obvio, sí estuvo presente en la mentalidad de los constituyentes durante la Convención Constitucional.

El marcado activismo y separación entre la soberanía de los Estados y la soberanía de la Unión, fue el punto más importante que resolvió la Constitución de Filadelfia.

No fue, por otro lado, el único objeto de discusión. En efecto, los cincuenta y cinco miembros que acudieron a la Convención, que tenía como objeto revisar los Artículos de la Confederación, discutieron numerosos temas sobre el futuro de Estados Unidos; la manera de elegir a los senadores, las facultades de los poderes ejecutivos, el nombre del país, entre otros. “Pero ninguno de estos asuntos tendría tanta importancia en la historia de Estados Unidos y en la historia del constitucionalismo como la aportación que Washington y los otros hicieron en relación al federalismo que se adoptó.”²³² Este texto tiene como finalidad estudiar la forma de

²³² Oliveros Gonzales, Andrés, *El origen histórico del federalismo norteamericano*, <https://doctrina.vlex.com.mx/vid/historico-federalismo-norteamericano-200720421>

federalismo que plantearon los constituyentes de Filadelfia, no sin antes estudiar las condiciones políticas que imperaban durante los años precedentes a la redacción de la Constitución, redactada en 1787 y adoptada en 1789.

El sistema federal estadounidense, representa el origen y la esencia del estado federal moderno. Sus orígenes teóricos se encuentran en los debates de la Convención Constitucional entre los partidarios de un gobierno central fuerte y los defensores de los poderes de los estados. El resultado fue un complicado mecanismo de gobierno que regulaba las relaciones de los estados con el gobierno central, y las relaciones entre los estados: El federalismo dual estadounidense, un sistema de gobierno en el que los poderes están divididos entre el Gobierno Federal y los estados federados.

La Constitución que entró en vigor en 1789 estableció el modelo básico de federalismo estadounidense. Inicialmente, el Federalismo limitaba claramente la autoridad de los órganos centrales sobre los estatales, pero se vio aún más limitada con la introducción de la Enmienda X, que promulgaba una cláusula residual a favor de los estados. Desde entonces el estado central ha ido incrementado su capacidad de acción política, gracias a la interpretación que de la Constitución han ido haciendo los órganos jurisdiccionales federales, a las enmiendas introducidas y a la propia dinámica del sistema político. Es preciso resaltar también la labor del Tribunal Supremo, puesto que ha representado un papel decisivo en la definición y configuración del sistema.

En palabras de James Madison, *“los forjadores de la Constitución no crearon ni una constitución nacional ni una constitución confederal, sino una combinación de ambas.”*²³³ En un gobierno unitario, como el de Francia, el Reino Unido, o Israel, el gobierno central tiene la última autoridad legal sobre los ciudadanos. En la práctica concede poderes específicos a los gobiernos descentralizados, pero puede salvaguardar para sí esos poderes .

²³³ *Ídem*

En una Confederación, como los estados independientes norteamericanos, bajo los Artículos de Confederación durante *la década de 1780*, o en la Confederación creada por los estados del sur durante la guerra civil, o en la actual *Confederación Helvética*, por contraste, se conceden los poderes del gobierno central a los gobiernos estatales, y aunque el gobierno central puede elaborar leyes para la nación como un conjunto, no puede ejercer su poder directamente sobre los ciudadanos. Por ejemplo, puede pedir el apoyo financiero de los estados, pero no puede imponer impuestos sobre los individuos, ya que la autoridad sobre los individuos está en las manos del Gobierno Estatal.

Los fundadores de la nación a partir de estos dos modelos, crearon un sistema de gobierno en el que las decisiones y las funciones constitucionales estarían divididas entre dos niveles de gobierno; en el que las diferentes unidades de gobierno tendrían teóricamente autoridad sobre diferentes áreas; y en el que se delegaban poderes específicos al Gobierno Federal, y se reservaba la mayoría de los poderes restantes a los estados. “Definían así, las características básicas del Federalismo y configuraban un nuevo modelo de gobierno, basado en la distribución territorial del poder.”²³⁴ De acuerdo con estos principios, la Constitución establece como elemento básico del Federalismo la división de funciones entre los diferentes niveles de Gobierno. De este modo, la Constitución delega en el Gobierno central el control sobre actividades como defensa, relaciones exteriores, o comercio exterior e interestatal, mientras que los poderes no delegados están reservados a los estados. Éstos se conciben como unidades políticas separadas, y actúan independientemente dentro de su esfera legal de actividad. Aunque pueden administrar programas nacionales, no son ni se perciben, como unidades meramente administrativas que ejecutan políticas adoptadas en Washington, sino que tienen entidad política y jurídica completa en su territorio.

En el caso estadounidense, no se puede hablar estrictamente de reparto de poder entre dos niveles de gobierno, sino entre múltiples niveles. No solo por la relevancia tradicional de los poderes locales, sino también por la multitud de instituciones reguladoras con capacidad

²³⁴ <https://www.galiciadigital.com/opinion/opinion.5860.php>

legislativa. Inevitablemente, el sistema genera conflictos derivados de la distribución de poderes entre los niveles de gobierno, por lo que los constituyentes conscientes de ello, atribuyeron al Tribunal Supremo la resolución de los conflictos de competencias.

La Constitución estadounidense, además de regular el sistema de división de funciones, establece la distribución del poder entre el Gobierno Federal y los gobiernos de los estados, sus limitaciones y sus obligaciones mutuas. El texto, niega poderes específicos a los estados y define las obligaciones de un Estado respecto a otro, así como respecto al Gobierno Federal.

“La Constitución otorga tres tipos básicos de poderes al Gobierno Federal, entiéndase al Congreso y no al poder ejecutivo: *Los poderes delegados*, también llamados *Poderes Expresos* o *Poderes Enumerados*, *Los Poderes Implícitos* y *Los Poderes Concurrentes*.”²³⁵ Los poderes delegados se mencionan en la Constitución y los delega el Congreso, los poderes implícitos no se mencionan y se derivan de la cláusula necesaria y apropiada (*necessary and proper clause*), que enseguida veremos. Por último, los poderes concurrentes son aquellos que pueden ser ejercitados tanto por el Gobierno central como por los estados.

2. *Common Law federal y locales.*

El Derecho federal de los Estados Unidos se origina a partir de la Constitución, que es la norma que le da al Congreso el poder de aprobar leyes para regular una serie de cuestiones, como por ejemplo el comercio interestatal. “Casi todas las leyes promulgadas han sido recopiladas en el Código de los Estados Unidos.”²³⁶ Además, muchas de las leyes aprobadas por el Congreso otorgan a las agencias del poder ejecutivo la facultad de crear reglamentos que se publican en el *Código de Reglamentos Federales* y que tienen obligatoriedad en virtud de la *Doctrina Chevron*. Por otro lado, muchos litigios versan sobre la interpretación de una Ley

²³⁵ De Kostka Fernández Fernández, Estanislao. *El sistema federal estadounidense*, Universidad Complutense de Madrid, <https://www.monografias.com/trabajos-pdf4/sistema-federal-estadounidense/sistema-federal-estado-unidense.pdf>, consultado el día 1 de abril del 2019 a la 1:09 am.

²³⁶ <https://tuvozlatina.net/2019/01/25/conoce-los-derechos-de-los-estados-unidos/>

federal o de un Reglamento, y las interpretaciones judiciales sobre esas cuestiones tienen peso legal bajo el principio de *Stare Decisis*.

En sus comienzos, las leyes federales se enfocaban en cuestiones sobre las que existía una expresa cesión de competencia sobre el Gobierno Federal, en virtud de la Constitución, como en defensa nacional, política monetaria, asuntos exteriores (*especialmente, tratados internacionales*), aranceles, propiedad intelectual (*en especial, patentes y derechos de autor*), y el servicio de correos. Sin embargo, desde comienzos del siglo XX, una interpretación expansiva de las cláusulas de la Constitución relativas al comercio y al gasto público, han permitido que la Legislación Federal se amplíe a áreas como aviación, telecomunicaciones, ferrocarriles, el sector farmacéutico, derecho de la competencia o marcas comerciales. “En algunas áreas, como el ferrocarril o la aviación, el Gobierno Federal ha regulado de forma tan extensiva la materia, que ha impedido virtualmente cualquier acceso de la ley estatal, mientras que en otras, como por ejemplo el Derecho de familia, existe un relativamente pequeño número de Leyes Federales (*que generalmente cubren situaciones que abarcan a varios estados o el extranjero*)”²³⁷ que interactúan con un mayor número de normas de carácter estatal. En áreas como el derecho de la competencia o las marcas comerciales, coexisten poderosos cuerpos normativos, tanto a nivel Federal como Estatal.

Los cincuenta estados estadounidenses, cuentan con soberanías independientes, dotadas de sus propias constituciones estatales y sus propios gobiernos estatales. “Retienen poderes plenarios para promulgar leyes, relacionadas con cualquier materia que no se encuentre expresamente supeditada a la competencia Federal por la Constitución Federal,”²³⁸ las Leyes Federales o los Tratados Internacionales ratificados por el senado Federal. El derecho de casi todos los estados federados comparte la misma base del *Common Law*, con la notable excepción del Estado de Luisiana, que se basa en el *Código Napoleónico de Francia*, y siempre ha sido

²³⁷ Calsina Ortiz, Viviana, Rivera Tello, Christian Anderson, Salas Colque, Marcelo Raúl, Uracahua Gonzales, Viky Trostsky. Legislación Norteamericana, Universidad Alas Peruanas, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Arequipa, Perú, 2019, págs. 21 a 22.

²³⁸ <https://tuvozzlatina.net/2019/01/25/conoce-los-derechos-de-los-estados-unidos/>

influido por él. Por otro lado, el transcurso del tiempo ha llevado a que los tribunales y legislaciones hayan ido evolucionando de forma independiente, modificando el *Common Law* inicial. Como resultado, las leyes de cualquier estado federado pueden diferir en gran medida de la de cualquier otro estado de la Unión.

Por otro lado, muchos estados estadounidenses han codificado parte o toda su normativa legal en códigos de leyes, La codificación es una idea recibida en Estados Unidos desde los países con sistemas de derecho continental gracias a los esfuerzos del abogado estadounidense “*David Dudley Field II.*”²³⁹

“Los códigos de Nueva York, se conocen como *Laws* (Leyes); en California y Texas se llaman *Codes* (Códigos) y la mayoría de los otros estados usan términos como *Revised Statutes* (Estatutos Revisados o Leyes Revisadas) o *Compiled Statutes* (Estatutos Compilados o Leyes Compiladas) para hacer referencia a sus códigos. California, Nueva York, y Texas tienen códigos distintos para diferentes temas, mientras que los otros estados y el Gobierno Federal usan un solo código dividido en títulos numerados.”²⁴⁰

“En algunos estados, la codificación a menudo se trata como un mero resumen del Common Law. Los jueces tienen plena libertad para interpretar los códigos, salvo que la legislación lo impida específicamente. En otros estados, existe una tradición de estricta adherencia al texto de los códigos. La ventaja de la codificación, es que cuando la legislación estatal se acostumbra a escribir nuevas leyes como enmiendas a un código existente, el código

²³⁹ *David Dudley Field II* (febrero 13 de 1805 – abril 13 de 1894) fue un abogado y reformador de la ley estadounidense que hizo importantes contribuciones al desarrollo del procedimiento civil estadounidense. Su mayor logro fue el alejamiento del derecho consuetudinario hacia la réplica del código, que culminó con la promulgación del Código de Campo (*Field Code*) en 1850 por el estado de Nueva York. *Cfre:* <https://www.britannica.com/biography/David-Dudley-Field>, consultado el día 1 de abril del 2019 a la 1:39 am.

²⁴⁰ Alcaide Gonzalez, José Manuel, *La exclusionary rule de EE.UU. y la prueba ilícita penal de España*. Departamento de derecho privado, área, Derecho Procesal, Universitat, Autònoma de Barcelona. Tesis Doctoral. <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/97362/jmag1de1.pdf.txt;jsessionid=F336B7C4A1CD79F807333751AEB85BDE?sequence=2>

normalmente reflejará el sentimiento democrático con respecto al significado de la ley actual, y la normativa aplicable en cada caso será más fácil de conocer.”²⁴¹

“Por contraste, en las jurisdicciones con estatutos no codificados, como por ejemplo ocurre en el Reino Unido, determinar cómo es la ley actual, puede ser un proceso más difícil. Uno tiene que localizar la normativa más antigua del Parlamento, y luego identificar todos los decretos que enmendaron ese decreto, o que lo derogaron. Por ejemplo, cuando el Reino Unido decidió crear una Corte Suprema del Reino Unido, los legisladores tuvieron que identificar todos los decretos que referían a la Cámara de los Lores,”²⁴² estando todavía en vigor, y luego enmendar todas esas leyes para que hicieran referencia a la Corte Suprema en lugar de a la Cámara de los Lores.

3. *Necesidad de la integración jurídica.*

Se han realizado diversos esfuerzos por parte de varias organizaciones, con el fin de uniformar los distintos Derechos Estatales, si bien, sus resultados han sido tan sólo parcialmente exitosos. Las dos organizaciones principales son el *American Law Institute (ALI)* y la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws (NCCUSL)*. De entre sus proyectos, el que más éxito ha tenido uniformando los distintos Derechos ha sido el *Uniform Commercial Code (Código de Comercio Uniforme)*, un proyecto conjunto de ambas organizaciones, y el *Model Penal Code (Modelo de Código Penal)*, realizado por el *ALI*.

“Por otro lado, además de los modelos de Código, el *American Law Institute* también ha creado la obra *Restatements of the Law*, ampliamente utilizada por legisladores y jueces con el fin de simplificar la tarea de resumir el estatus actual del *Common Law*.”²⁴³ En lugar de listar largas y tediosas citas de casos antiguos, que podrían no encajar entre sí, para invocar principios

²⁴¹ *Ibidem*.

²⁴² Moreno, Alexandra. *El Poder judicial de Estados Unidos*.
https://sistemasregimenespoliticos.blogspot.com/2011_11_03_archive.html

²⁴³ Alcaide, Gonzalez, José Manuel, *La exclusionary rule de EE.UU. y la prueba ilícita penal de España*.
Departamento de derecho privado, área, Derecho Procesal, Universitat, Autònoma de Barcelona. Tesis Doctoral.
<https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/97362/jmag1de1.pdf.txt;jsessionid=F336B7C4A1CD79F807333751AE85BDE?sequence=2>

generales del derecho supuestamente contenidos en esos casos, o en lugar de citar tratados que podrían reflejar sólo el punto de vista de uno o dos autores, pueden simplemente citar una sección de la obra, que supuestamente refleja el total apoyo de la unidad de los expertos jurídicos, al denostar algún denominado concepto.

Los estados han ido delegando poderes legislativos, en favor de miles de agencias gubernamentales, ciudades, condados, o distritos especiales. Además, y al igual que el Derecho estatal, cada una de estas regulaciones está sujeta a la interpretación judicial específica.

Por ello, el ciudadano de los Estados Unidos de América, se encuentra sometido a distintas normas y regulaciones procedentes de varias docenas de distintas agencias de niveles federal, estatal o local, que se aplican en función de variables como la ubicación o la naturaleza del acto jurídico.

“En los Estados Unidos de América, existen también una serie de estados que se rigen por un sistema jurídico continental, en contraposición a la generalidad de estados, cuyo ordenamiento se basa en el *Common Law*.”²⁴⁴ Tal es el caso del estado de *Luisiana*, en el cual gran parte del Derecho deriva del *Código Napoleónico*, en virtud del pasado de dicho estado como colonia francesa. “Puerto Rico también es otro caso de jurisdicción de Derecho continental dentro de los *Estados Unidos de América*.”²⁴⁵ Sin embargo, el Derecho penal de ambas jurisdicciones ha ido evolucionando necesariamente para adaptarse a las influencias del *Common Law* y a la supremacía de la Constitución Federal.

“Muchos estados prinsipalmente dentro del territorio del sudoeste que fueron originalmente territorios pertenecientes a México, han heredado también una serie de instituciones o características jurídicas especiales, que proceden del *Derecho Continental*

²⁴⁴ <https://tuvozzlatina.net/2019/01/25/conoce-los-derechos-de-los-estados-unidos/>

²⁴⁵ *Ibíd.*

vigente en esos territorios,”²⁴⁶ cuando pertenecían a ese país. Entre esos estados se incluyen *Arizona, California, Nevada, Nuevo México y Texas*. “Por ejemplo, todos estos estados mantienen un sistema de comunidad de bienes, o bienes gananciales, para vincular la propiedad de las personas que han contraído matrimonio (*estados como Idaho, Washington o Wisconsin también han adoptado estos sistemas, pero no son una herencia procedente de un Derecho continental anterior*).”²⁴⁷ Otro ejemplo de influencia del *Derecho continental* es el *Código Civil de California*, “en dónde se puede apreciar que el Derecho de contratos se regula como parte del Derecho de obligaciones (*aunque el contenido de las normas codificadas derivan claramente del Common Law*).”²⁴⁸

Muchos de los estados occidentales, incluyendo *California, Colorado, Nuevo México y Wyoming*, utilizan un sistema de reparto y apropiación de los derechos sobre el agua que deriva directamente del *Derecho de España*. Sin embargo, cada estado ha ido introduciendo modificaciones a esa doctrina para ajustarla a sus propias condiciones y necesidades.

4. *El juez norteamericano, su formación y paradigma.*

Los jueces tienden a ser nominados luego de conseguir reconocimiento por su trabajo como abogados o en política, lo cual excluye a muchos jueces jóvenes. Al mismo tiempo, los Jueces nombrados a una edad muy avanzada tiende a tener períodos cortos en la Corte. El juez más joven en ser nombrado fue *Joseph Story*, de 32 años de edad en el momento de su designación en 1812; el de mayor edad fue *Horace Lurton*, de 65 años de edad al momento de su designación en 1909. *Story sirvió por un período de 33 años, mientras que Lurton sirvió solo 4.*

²⁴⁶ https://www.lri.fr/~teytaud/IRT3es/Law_of_United_States.6trunk2.html

²⁴⁷ *Ibíd.*

²⁴⁸ *Ibíd.*

En los Estados Unidos, el título de juez federal (*federal judge*) usualmente se refiere a un juez elegido por el Presidente y confirmado por el Senado, de acuerdo al *artículo III* de la *Constitución de los Estados Unidos*.

Además de la *Corte Suprema de los Estados Unidos*, cuya existencia y algunos aspectos de cuya jurisdicción están más allá de las atribuciones constitucionales del Congreso de modificarla, “las leyes del Congreso han establecido 13 Cortes de Apelaciones (también llamados *cortes* o *tribunales de circuito*) con jurisdicción de apelación sobre diferentes regiones de los Estados Unidos, y 94 Cortes de Distrito.”²⁴⁹ Cada juez designado para dichos tribunales cae en la categoría de Juez Federal. “Estos incluyen el Juez Presidente y los Jueces Asociados de la Corte Suprema, los Jueces de Circuito de los tribunales de apelaciones y los jueces de los tribunales de distrito de los Estados Unidos.”²⁵⁰ Todos estos jueces, en ocasiones, son denominados como *jueces del Artículo III*, porque ejercen el poder judicial que recae en la rama judicial del gobierno federal en el artículo III de la Constitución de los Estados Unidos. Además, los jueces del Tribunal de Comercio Internacional son designados de conformidad con el *artículo III*.

Otros jueces que sirven en los Tribunales Federales, incluyendo los Jueces Magistrados y Jueces de Bancarrota, también son referidos como *Jueces Federales*, sin embargo, no son nombrados por el Presidente ni confirmados por el Senado, y su poder se deriva del *artículo I* de la Constitución.

5. *Formación intelectual y axiológica del juzgador.*

Si bien la Constitución no impone requisitos de antecedentes educativos para los Jueces Federales, el trabajo de la Corte involucra cuestiones complejas de derecho, que van desde el derecho constitucional al derecho administrativo hasta el derecho marítimo, y en consecuencia,

²⁴⁹ https://www.lri.fr/~teytaud/IRT3es/Law_of_United_States.6trunk2.html

²⁵⁰ *Ibíd.*

“la educación legal se ha convertido en un requisito previo *de facto* para el nombramiento Corte Suprema. Cada persona que ha sido nominada a la Corte ha sido un abogado alguna vez.”²⁵¹

Antes del advenimiento de las escuelas de derecho modernas en los Estados Unidos, los jueces, como la mayoría de los abogados de la época, completaron sus estudios legales *leyendo leyes (estudiando y actuando como aprendiz de abogados más experimentados)* en lugar de asistir a un programa formal. El primer juez en ser nombrado, que asistió a una escuela de leyes fue *Levi Woodbury*, designado para la Corte en 1846. “*Woodbury* había asistido a la *Escuela de Derecho de Tapping Reeve en Litchfield, Connecticut*, la escuela de derecho más prestigiosa de los Estados Unidos en ese día, antes de su admisión en la barra en 1812. Sin embargo, *Woodbury* no obtuvo un título de abogado. El sucesor de *Woodbury en la Corte, Benjamin Robbins Curtis*, quien recibió su título de abogado en la *Facultad de Derecho de Harvard* en 1832, y fue nombrado miembro de la *Corte en 1851, fue el primer juez que obtuvo tal credencial.*”²⁵²

El juez asociado *James F. Byrnes*, cuyo breve mandato duró desde junio de 1941 hasta octubre de 1942, fue el último juez sin un título de abogado en ser nombrado; *Stanley Forman Reed*, quien se desempeñó en la Corte desde 1938 hasta 1957, *fue el último juez en funciones en este contexto.* “En total, *de los 114 jueces* designados para el *Tribunal, 48 han obtenido títulos en derecho, otros 18 asistieron a alguna escuela de derecho pero no recibieron un título, y 47 recibieron su educación legal sin ninguna asistencia a la escuela de derecho.*”²⁵³

“Dos jueces, *Sherman Minton* y *Lewis F. Powell, Jr.*, obtuvieron una maestría en derecho.”²⁵⁴ “No solo todos los jueces han sido abogados, sino que casi dos tercios habían sido

²⁵¹ Segal Jeffrey A & Spaeth, J, Harold. *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*. Cambridge Univ. Press, Cambridge, 2002, pág.182.

²⁵² Abraham, Henry Julian. *Justices, Presidents, and Senators: A History of the U.S. Supreme Court Appointments from Washington to Bush II*. Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, Inc., Washington D.C. 2007, pág. 49

²⁵³ *Ibíd.*

²⁵⁴ Biographical encyclopedia of the Supreme Court. *The lives and legal philosophies of the justices.*, edited by Melvin I. Urofsky. Washington, D.C , pág. 2006.

jueces anteriormente.”²⁵⁵ A partir de 2018, ocho de los nueve jueces en funciones se desempeñaron anteriormente como jueces de los Tribunales de Apelaciones de los Estados Unidos, mientras que la jueza *Elena Kagan* se desempeñó como Procuradora General, la abogada responsable de representar al Gobierno Federal en casos ante el Tribunal. “Pocos jueces tienen antecedentes como abogados de defensa criminal, y se dice que *Thurgood Marshall* es el último juez que ha tenido un cliente en un caso de pena de muerte.”²⁵⁶ “Históricamente, los jueces han venido de alguna tradición de servicio público; solo *George Shiras, Jr.* no tuvo tal experiencia.”²⁵⁷ Relativamente pocos jueces han sido nombrados entre los miembros del Congreso. “Seis eran miembros del Senado de los Estados Unidos en el momento de su nombramiento, mientras que uno era un miembro de la Cámara de Representantes. Seis más habían servido previamente en el Senado. Tres han sido gobernadores sentados.”²⁵⁸ “Sólo uno, *William Howard Taft*, había sido presidente de los Estados Unidos.”²⁵⁹ El último juez que ocupó el cargo fue *Sandra Day O'Connor*, quien fue elegida dos veces para el Senado del Estado de Arizona luego de ser nombrada allí por el gobernador.

Predominantemente, los jueces recientes han tenido experiencia en el poder ejecutivo. El último miembro del Congreso en ser nominado fue *Sherman Minton*. La última nominada para tener alguna experiencia en la rama legislativa fue *Sandra Day O'Connor*.

²⁵⁵ Segal, Jeffrey A & Spaeth, J, Harold. *Óp. Cit.*, pág.182.

²⁵⁶ Ifill, Sherrilyn (May 4, 2009). "Commentary: Break the mold for Supreme Court picks". CNN. Cfr: <http://edition.cnn.com/2009/POLITICS/05/04/ifill.court/>.

²⁵⁷ Abraham, Henry Julian. *Óp. Cit.*, pág.48.

²⁵⁸ O'Brien, David M. *Storm Center.*. W.W. Norton & Co. New York. 6ª ed., 2003, pág. 34.

²⁵⁹ Abraham, Henry Julian. *Óp. Cit.*, pág.48.

CAPÍTULO IX

LAS LAGUNAS DEL SISTEMA JURÍDICO ESCRITO.

SUMARIO: 1. *Lagunas de la ley escrita*; 2. *Imposibilidad de lagunas en el Derecho mismo*; 3. *El Derecho como concepto supra-legal*; 4. *El lenguaje metafórico de “lagunas”*; 5. *El tejido analógico de la equidad*; 6. *La hermenéutica jurídica*; 7. *Aplicación de la hermenéutica jurídica en la interpretación e integración del derecho escrito.*

1. *Las lagunas de la ley escrita.*

Por concepto de *Laguna de la ley*, se denomina *laguna del Derecho* o *vacío legal* a la ausencia de reglamentación legislativa en una materia concreta. Citando una definición más concreta, se puede atender a: “*Las lagunas de ley son aquellos vacíos que existen en ésta, y que el juez tiene que llenarlos al momento de aplicarla, a virtud de que no puede alegar oscuridad en la ley o falta de previsión; no puede dejar de resolver por falta de norma aplicable. Cuando se presente este problema, tiene que resolver utilizando los principios generales del Derecho, la equidad y la analogía.*”²⁶⁰

Corresponden también, a una situación de *vacío en la ley* que ha sufrido la patología jurídica de omitir en su texto la regulación concreta de una determinada situación, parte o negocio, que no encuentra respuesta legal específica; con ello se obliga a quienes aplican dicha ley (*jueces, abogados, secretarios judiciales, etc.*) al empleo de técnicas sustitutivas del vacío, con las cuales obtener respuesta eficaz a la expresada tarea legal.

²⁶⁰ Existe una *laguna normativa* cuando el legislador no regula un supuesto de hecho específico, de tal forma que un caso concreto comprendido en ese supuesto no puede ser resuelto con base en normas preexistentes del sistema jurídico, las lagunas deben ser colmadas por los jueces creando una norma que sea aplicable al caso (*o evitando la laguna interpretando las normas existentes de tal forma que comprendan el supuesto que se les presenta*) Cfre: <http://www.diccionariojuridico.mx/definicion/lagunas/>.

Ante esta situación, si a un juez se le solicita una resolución, no puede negarse y debe suplir la laguna jurídica a través de distintas herramientas. Las más habituales son:

1. *Derecho supletorio*: El juez acude a la regulación de una rama del derecho supletorio. En este caso no existe una laguna jurídica propiamente dicha, porque existe una regulación que por defecto es aplicable.

2. *Interpretación extensiva*: El juez hace una interpretación lo más extensiva posible de una norma cercana, de forma que abarque a más situaciones que las que en principio abarcaría, y con la intención de que supla la ausencia de regulación existente.

3. *Analogía*: El juez aplica normas que están dictadas para situaciones esencialmente parecidas. En este caso, el juez crea una norma.

4. Acudir a otras fuentes del Derecho como la costumbre o los principios generales del Derecho.

La más destacada de entre dichas técnicas es la “*Analogía*.”²⁶¹

La imposibilidad de colmar lagunas en materia penal, se presenta cuando se trata de normas que configuran delitos o prescriben penas, ésta imposibilidad tiene su fundamento legal en el *artículo 14 Constitucional* que consagra el principio de *legalidad* o *reserva*, que prohíbe imponer pena alguna por *analogía* o *por mayoría de razón*; en ésta materia deben aplicarse las penas según han sido decretadas por una ley que sea aplicable al delito de que se trata.

2. Imposibilidad de lagunas en el derecho mismo.

Agregando un poco más, la voz *laguna* encuentra eco en el término vacío, el cual dentro de la literatura jurídica se entiende como parte de la circunstancia, en que un orden jurídico

²⁶¹ *Analogía*; Esta viene del griego *analogía*: proporción, semejanza (de *Ana*: conforme a y *Logos*: razón, patrón, medida, conformidad de dos razones, proporción matemática), y significa relación de semejanzas en otras cosas, con esta expresión los juristas entienden una semejanza entre hechos o situaciones que se encuentran en la base de la interpretación analógica, corresponde a la forma de hacer frente a las contingencias jurídicas por inexistencia de conceptos en concreto, al ser suplidos por otros. *Diccionario Jurídico Mexicano*, vol. I, (IV vols.), UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2005, págs. 189 a 190.

determinado no existe en alguna cuestión jurídica que sea aplicable. Aquí convendría hablar un poco dentro del campo de las teorías, de una que es a los ojos del investigador y estudioso del derecho como atractiva y seductora, dado que se trata de la investigación dentro del derecho natural, asumiendo que éste fue vencido por los argumentos expuestos por los positivistas, desde el punto del espacio *jurídico vacío*, enunciado por uno de los firmes defensores de esta teoría, *Karl Bergbohm*, cuyo razonamiento resume Bobbio de la siguiente manera: “*toda norma jurídica representa una limitación a la libre voluntad humana; por fuera de la esfera regulada por el derecho, el hombre es libre de hacer lo que desee. El ámbito de actividad de un hombre puede, por tanto, considerarse dividido desde el punto de vista del derecho, en dos compartimentos: aquel en el cual está vinculado por normas jurídicas y que podemos denominar el espacio juicio pleno, y aquel en el cual es libre y que podemos llamar espacio jurídico vacío.*”²⁶² En ese tenor, es posible entender que para *Bergbohm*, existe vínculo jurídico o una plena libertad, que puede aumentar o disminuir con la creación y derogación de leyes que regulen más o menos casos.

Al llevar esta teoría al caso que nos ocupa, las lagunas del derecho, llegamos a la conclusión de que un caso estará sujeto a las normas jurídicas, siempre y cuando éstas lo regulen de forma expresa, de lo contrario, al no estar regulado lo encuadraríamos en la esfera que no pertenece al ámbito jurídico, por lo que sería jurisdiccionalmente irrelevante.

Entonces llegamos a la idea que esta teoría nos quiere mostrar, que el ordenamiento jurídico no tiene espacio para las lagunas, el derecho se presenta como un ente íntegro y completo en el que no hay lugar para las lagunas. Según este razonamiento, allí donde el derecho llega no hay lagunas, pero allí donde no llega, nos encontraríamos en el espacio jurídico vacío, no en una laguna, sino en aquella actividad que es irrelevante a los ojos del derecho. No hay un espacio intermedio entre la existencia o no de lagunas en este pensamiento, pues todos los casos se encuadran en dos esferas, en lo jurídicamente relevante y en lo jurídicamente

²⁶² Bobbio Norberto. *Teoría general del derecho*, Debate, Madrid, 1991, pág. 230.

irrelevante, ningún caso puede quedar fuera de estas dos esferas , negando así la existencia de lagunas en el ordenamiento jurídico.

Siguiendo con la teoría de *Bergbohm*, el derecho de un Estado no puede contemplar todas las relaciones que tienen lugar dentro del ámbito de aplicación de este, sino solo a aquellas que ofrecen un interés para el Estado y aquellos fines que este persigue, esto viene a decir que: “*Se exigen materias que no caen dentro del ámbito del Estado porque este se desinteresa de ellas, de tal forma que no hay motivo para tenerlas en cuenta.*”²⁶³ En otras palabras, las materias que no integren el ordenamiento jurídico han de considerarse jurídicamente irrelevantes, formándose así un campo en el cual no se reconocen ni derechos ni obligaciones para el individuo .

Dentro de ésta visión, se pueden reconocer dos puntos de vista, el primero, se aborda desde la forma normativa, dentro de la cual se afirma que el Derecho no es completo ni incompleto, sólo existen materias que son reguladas, luego entonces, dentro del segundo, existen las que son jurídicamente irrelevantes.

Se puede deducir que asume que el ordenamiento jurídico es limitado, pero ello no significa que tenga laguna . Desde una perspectiva institucional , sí se acepta la existencia de lagunas, se dice que el Estado se compone de partes que son dependientes unas de otras y se puede dar el caso de que alguna de ellas decaiga, de tal manera que el ordenamiento queda mutilado.

Por su parte *Engisch* tiene una interpretación que se aproxima a la anterior, para el:

“Esta teoría puede ser reforzada mediante un concepto muy interesante: el concepto de espacio no sometido a regulación jurídica. Este concepto posibilita la siguiente argumentación: el todo jurídico se extiende sobre determinados campos, y en este sentido es hermético. Junto a los campos que están jurídicamente regulados hay otros a los que el Derecho no llega, como,

²⁶³ Iturrealde Sesma, M.V. *Análisis de algunas cuestiones relativas al problema de las lagunas jurídicas*, Boletín oficial del Estado, BOE, Madrid, 1988, págs. 348 a 353.

*por ejemplo, el campo del puro pensar o de las relaciones de la vida social . Estos campos se encuentran en el espacio no sometido a regulación jurídica ; sin embargo, aquí no tenemos lagunas, sino algo que se encuentra completamente fuera del Derecho.”*²⁶⁴ Como se puede observar, para Engisch existen dos esferas, *la jurídica que es completa y la no jurídica la cual tiene una existencia propia e independiente.*

Manuel Segura Ortega, crítica esta concepción, pues motiva a que no se corresponde con la realidad, lo argumenta con base en tres argumentos. En primer lugar, la separación que hace Engisch tan tajante entre lo jurídicamente relevante y lo indiferente al derecho no es posible hacerla, puesto que en ocasiones una esfera incide en la otra.

En segundo lugar, hace referencia a las instituciones, pues la sociedad en su proceso de evolución implica la transformación de las instituciones de forma constante, por lo que las regulaciones, lo jurídicamente relevante, nunca puede ser completo. Y en tercer lugar, es que, partiendo de la división de las dos esferas, la esfera de lo jurídicamente relevante no es completa, pues es cierto que dentro de ésta hay ocasiones en la que no se encuentra solución alguna.

La conclusión a la que podemos llegar tras analizar los puntos de vista sobre esta teoría de varios autores, es que hoy día no existe argumento alguno con el que podamos defenderla, puesto que debemos aceptar que el ordenamiento jurídico es una realidad cambiante, que evoluciona con los cambios que se producen en la sociedad, la cual regula adaptándose éste a ella y viceversa.

²⁶⁴ Segura Ortega, Manuel, *El problema de las lagunas del derecho*, Anuario de filosofía del derecho VI, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1989, pág.291.

3. *El derecho como concepto supra-legal.*

Entendamos que de donde parte el término *Derecho* en forma general, es del concepto de “*Constitución.*”²⁶⁵ Teniéndose en definitiva como la ley fundamental y suprema del Estado, que atañe tanto a las atribuciones y límites a la autoridad, como a los derechos del hombre y el pueblo de un Estado, además de establecer los derechos y deberes tanto de los gobernantes como de los gobernados en orden a la solidaridad social.

De acuerdo con *Carla Huerta*, la supremacía del texto fundamental puede ser entendida desde dos puntos de vista: material y formal.

“La supremacía constitucional desde el punto de vista *material* hace referencia al hecho de que la Constitución es la base sobre la cual descansa el sistema jurídico de un Estado, legitimando la actividad de los órganos estatales y dotándolos de competencia. Por ello, necesariamente es superior a los órganos creados y a las autoridades investidas por ella.

Por otra parte, *la supremacía formal*, se refiere a su forma de elaboración, entendida sobre todo como el establecimiento de procesos de revisión de la norma constitucional. Esto conlleva a la distinción entre norma fundamental y ley ordinaria, y por lo mismo, podríamos decir que la forma de la norma, es decir, su proceso de creación o modificación, determina su naturaleza constitucional.”²⁶⁶

Podríamos agregar que la supremacía formal, se convierte en un refuerzo de la supremacía material. Por lo tanto, en el caso de una norma escrita, la forma constitucional lleva aparejada la

²⁶⁵ Se entiende como; *Todo aquel ordenamiento jurídico que incluye el régimen de los derechos y libertades de los ciudadanos y delimita los poderes e instituciones de la organización política, en la actualidad también se tiene como costumbre adicionar normas ajenas a la regulación del poder político, dependiendo de la ideología. Cfre: Diccionario Jurídico Mexicano, vol. I, (IV vols.), UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2005, págs. 790 a 791.*

²⁶⁶ Huerta Ochoa, Carla. *Constitución, Transición y Ruptura en Transiciones y diseños constitucionales*, I.I.J UNAM, México, 1999, pág. 52.

supremacía, es decir, todo lo que está en la Constitución es supremo. Todas las normas de la Constitución tienen el mismo rango, a menos que la propia Constitución haga una diferenciación expresa respecto de sus contenidos, estableciendo distintos medios de protección para su ejercicio.

Respecto de la normatividad de la Constitución, o en otros términos, su positividad como norma jurídica, no puede tener su fundamento en ella misma. En efecto, podemos referirnos a dos criterios básicos para identificar la normatividad: el primero: su pertenencia al sistema jurídico, y el segundo: su jerarquía normativa. En el caso de la Constitución solamente es aplicable el segundo por las razones mencionadas en cuanto a su modo no jurídico de creación.

Una de las características de la normatividad de la Constitución, es que constituye el parámetro de validez de las demás normas del sistema jurídico, por lo que la supremacía constitucional, implica la subordinación del orden jurídico a la Constitución. La supremacía tiene dos aspectos: uno es la superioridad política, y el otro la supremacía legal o supra legalidad.

La supra legalidad es la cualidad que le otorga a la norma constitucional su procedencia de una fuente de producción y modificación jerárquicamente superior a la ley, la cual se configura así, en la garantía jurídica de la supremacía.

Se podría decir que la legitimidad o pretensión de legitimidad de la supremacía de la norma fundamental, se manifiesta a través de la supra legalidad.

La supremacía de la norma fundamental, radica en el hecho de ser la base sobre la cual descansa el sistema jurídico de un Estado, legitimando así la actividad de los órganos estatales y dotándolos de competencia. Es la cualidad política de toda Constitución, como conjunto de reglas fundamentales esenciales para la perpetuación de la forma política. La Constitución,

entendida como norma jurídica, deriva su superioridad política de esta supremacía y de la supra legalidad.

En conclusión podemos establecer, que la superioridad constitucional deriva de varios datos ineludibles:

- I. La Constitución crea a los poderes públicos del estado.
- II. Delimita sus funciones – positiva y negativamente.
- III. Establece los procedimientos de creación normativa.
- IV. Reconoce los derechos fundamentales de los habitantes del Estado.
- V. Incorpora los valores esenciales o superiores de la comunidad a la que rige.”²⁶⁷

En el caso mexicano, *la supremacía o supra legalidad*, que en este caso es lo mismo, se encuentra explícitamente recogida en el texto del *artículo 133 de la Constitución* que tiene como antecedente mediato, como se sabe, *el artículo VI, sección 2, de la Constitución de Estados Unidos*. Actualmente el citado precepto de la Constitución Mexicana dispone que: “*Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la ley suprema de toda la Unión (...).*”²⁶⁸

Junto al reconocimiento que hace el *artículo 133* de la supremacía de la Constitución debe mencionarse el *artículo 103*, que faculta a los tribunales federales, para nulificar los actos de los poderes públicos de todos los niveles de gobierno, que violen o que invadan el sistema constitucional de competencias a que se encuentran subordinados. Sin esta garantía, la proclamación del *artículo 133* sería mera retórica constitucional. Los principales procesos constitucionales a que dan lugar las violaciones a la Constitución, mencionadas en dicho artículo

²⁶⁷ Cfre: *Diccionario Jurídico Mexicano*, vol. III, (IV vols.), UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2005, págs. 3600 a 3602.

²⁶⁸ Cfre: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/articulos/133.pdf>

se encuentran regulados en los *artículos 105 (controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad) y 107 (juicio de amparo)*.

Derivado de lo antes expuesto, podemos establecer que en los diferentes sistemas jurídicos que existen en el mundo, en ninguno de ellos la soberanía se ejerce directamente a través del pueblo, sino que es a través de los denominados poderes constituidos.

4. *El lenguaje metafórico de “lagunas.”*

La utilización del término laguna en lo que al terreno jurídico se refiere, es de crucial importancia, dado que dependiendo del significado que le otorguemos, puede incidir de manera decisiva en la concepción del fenómeno jurídico y que nos hagamos algunas preguntas sobre ello. *¿Cuál es su función? ¿Cuándo hay creación del derecho?*

Generalmente utilizamos el término laguna para referirnos a una falta o carencia de algo en relación a un todo, el ordenamiento jurídico en este caso. La definición de laguna en lo referente al ordenamiento jurídico por parte de la Real Academia Española, en su segunda definición, es la siguiente: *“En los manuscritos o impresos, omisión o hueco en que se dejó de poner algo o en que algo ha desaparecido por la acción del tiempo o por otra causa.”*²⁶⁹ Por lo que la primera impresión tras leer esta definición, es la ausencia de una solución a un determinado caso.

Dentro de los diferentes significados que le podemos otorgar a este término, en lo referente al terreno jurídico, el cual nos ocupa, lo que sugiere es la ausencia o falta de una previsión normativa para dar solución a un caso concreto, es decir, no hay norma que regule el caso para darle una certeza acorde con el sistema jurídico en el que nos encontramos.

El concepto laguna, sugiere la idea de ausencia o falta de previsión normativa. Frecuentemente al hablar de laguna, se utilizan los términos *laguna de la ley* o *laguna del*

²⁶⁹ <https://dle.rae.es/?id=MoKYIPi>. Consultado del día 3 de abril del 2019 a las 4:37.

derecho. La primera va dirigida a la ausencia o falta de norma legislativa o consuetudinaria de un Estado, mientras que el segundo de los términos mencionados, hace alusión a las normas de las cuales, el juez se debe servir para aplicar una solución a un caso concreto.

Por lo tanto, sólo hablaremos de laguna en aquellos casos en los que no sea posible encontrar una norma que resulte aplicable a un caso determinado. Para autores como Bobbio existe laguna “*cuando en un determinado ordenamiento jurídico falta una regla a la cual juez pueda referirse para resolver una determinada controversia.*”²⁷⁰ Por su parte, para Manuel Segura Ortega, la definición más apropiada de laguna del ordenamiento jurídico es la siguiente: “*es la ausencia de regulación por parte del Derecho de una situación o caso determinado que requiere imperiosamente una respuesta concreta que no se halla especificada o explicitada en dicho ordenamiento jurídico y que es necesario buscar en el proceso de aplicación a través de la actividad integradora del juez.*”²⁷¹ Podemos observar como aquí ambos autores , dan cabida en forma indirecta a la aplicación de métodos integradores para la superación de estas lagunas , algunos de estos pueden ser la heterointegración o autointegración , los cuales analizaremos posteriormente con más detenimiento.

Los motivos por los que surgen estas lagunas legales pueden ser muy variados, ya que se generan tanto en el mismo momento de la creación de la norma, como por la evolución que crean nuevos casos, que encontramos planteados en la ley al momento de aparecer los mismos. Pueden surgir nuevos casos no previstos por el legislador, incluso dentro de las hipótesis previstas legalmente, cuyos matices impiden la aplicación de la norma general , así lo podíamos encontrar en el Digesto: “*Neque leges, neque senatusconsulta ita scribi possunt, ut omnes casus, qui quandoque incidere, comprehendantur sed sufficit ea quae plerumque accidunt contineri.*”²⁷²

²⁷⁰ Bobbio, Norberto. *Lacune del Diritto en Novissimo Digesto*, Utet, vol IX, Turín, 1963, pág. 418.

²⁷¹ Segura Ortega, Manuel, *Óp. Cit.*, pág.289.

²⁷² *Ni las leyes ni los actos del parlamento pueden redactarse de manera que puedan comprender todos los casos que, en cualquier momento, habrán ocurrido; pero es suficiente que esos estén contenidos en ellos, que en su mayor parte suceden, Cfre: Arce y Flórez, Valdez, J. Los principios generales del derecho y su formulación constitucional*, Civitas, Madrid, 1990, pág.29.

Otra de las causas por las que pueden aparecer lagunas en el ordenamiento jurídico puede ser el incumplimiento por parte del legislador del mandato constitucional. Cuando exista en el ordenamiento jurídico una antinomia entre normas de igual jerarquía y los criterios para resolver la mismas, no permitan la aplicación de ninguna de las normas en conflicto, surge el supuesto de que se invalida la norma existente que da solución al caso, produciéndose de este modo un vacío normativo, nos encontramos ante una laguna de colisión en esta situación.

Lo mismo sucede si las normas están mal redactadas, es decir, tienen deficiencias técnicas en el lenguaje, como pueden ser los conceptos jurídicos indeterminados, vagos u ambiguos que hacen que sea muy difícil o incluso imposible hacer la interpretación correcta al caso concreto. También las causas políticas dan lugar a lagunas jurídicas, ya que es evidente las diferencias entre los intereses del legislador y los de un determinado sector social, donde se encuentran supuestos que pueden ser susceptibles de ser regulados, pero que no se encuentran normados. Dicha remisión normativa hace que se creen lagunas cuando una norma remite a otra y viceversa, ocasionando así la indecisión.

5. *El tejido analógico de la equidad.*

La noción de equidad no es una invención propiamente de los estoicos, ni de los griegos, ni de los romanos, lo es de distintas culturas y corrientes de pensamiento, específicamente el griego, que pasa a la experiencia romana, de aquí que se busca la coincidencia entre *Ius* y *Aequitas*, esta última entendida como una vivencia de los juristas romanos, misma que proclama la tarea pragmática del Derecho.

*“La equidad como puede verse ostenta claramente un genuino tejido analógico que exige del juez un trabajo en extremo fino y delicado, comparando el caso con la norma que crea el juzgador.”*²⁷³

²⁷³ Ledesma Uribe, José de Jesús. “La hermenéutica analógica y su aplicación al derecho”, *Revista de la Facultad de Derecho UNAM*, México, Tomo LXIV, año, 2017, núm. 261, enero – junio de 2017, pág. 77.

Dentro de este término podemos usar el precepto Igualdad ante la ley como concepto sinónimo, la Igualdad ante la ley, Igualdad bajo la ley, Igualdad ante los ojos de la ley o Igualdad jurídica que es el principio que reconoce que todas las personas deben ser tratadas de la misma manera por la ley (principio de *isonomía*), y que estén sujetas a las mismas leyes de justicia (*debido proceso*), reconoce la equiparación igualitaria de todos los ciudadanos en derechos civiles y políticos, por lo tanto, la ley debe garantizar que ningún individuo o grupo de individuos sea privilegiado o discriminado por el estado sin distinción de raza, sexo, orientación sexual, género, origen nacional, color, origen étnico, religión u otras características ya sean personales o colectivas, sin parcialidad.

Es un principio propio del liberalismo y la democracia. Hay un viejo dicho que dice *todos son iguales ante la ley*. La creencia en la igualdad ante la ley se llama igualitarismo legal. El principio de igualdad ante la ley es incompatible y deja de existir con sistemas legales como la esclavitud, la servidumbre, el colonialismo, la monarquía, la teocracia, los impuestos progresivos, la redistribución de la riqueza, la igualdad de resultados, las leyes de cuotas o cualquier tipo de discriminación positiva.

Igualdad ante la ley, es el conjunto de derechos y garantías del ordenamiento jurídico. El contenido de las leyes será igual para todos, o desigual si así corresponde, sobre la fase o en función de la justicia. Igualdad ante la ley, se deben interpretar y aplicar el ordenamiento jurídico, sin incurrir en discriminación. Este principio sólo implica la no discriminación por parte del estado como una limitación de su poder y no aplica a personas o empresas privadas, ya que implicaría una violación de derechos y libertades individuales como los de libre asociación, expresión o de propiedad.

Retomando el concepto clásico de Isonomía que significa igualdad de los derechos políticos, era una palabra utilizada por los escritores griegos antiguos como *Heródoto* y *Tucídides* para referirse a algún tipo de gobierno popular.

Según el economista y teórico político *Friedrich Hayek*, la isonomía tuvo un paladín en el romano *Cicerón* y en el siglo XI la *redescubrieron* los estudiantes de Derecho de Bolonia, a quienes *Hayek* atribuye la fundación de gran parte de la tradición jurídica occidental.

El término *isonomía* (con esta ortografía exacta) se importó a Inglaterra a finales del siglo XVI, con el significado de: “*Igualdad de las leyes para toda clase de personas.*”²⁷⁴ Poco después, el traductor de *Tito Livio* la empleó en la forma *Isonomía* (*aunque no se tratase de un traducción directa del término griego latinizado isonomía*) para describir un Estado con leyes iguales para todos y responsabilidad de los magistrados. Durante el siglo XVII fue sustituida gradualmente por las expresiones igualdad ante la ley, Estado de Derecho y Gobierno de la Ley.

El liberalismo clásico exige la igualdad ante la ley para todas las personas. “*El liberalismo clásico, tal como lo abrazan los liberales y libertarios, se opone a perseguir derechos de grupos a expensas de los derechos individuales.*”²⁷⁵ La igualdad ante la ley es el medio para conseguir la igualdad de derechos civiles y políticos, cuando el igualitarismo material es una hipotética igualdad de resultados impulsado por el igualitarismo.

El igualitarismo, en términos materiales, entra en conflicto con la igualdad ante la ley: implica la posibilidad de tratos jurídicos desiguales destinados a combatir las desigualdades sociales. Es decir, de un trato diferenciado mediante la coacción de la ley. Estas desigualdades legales podrían expresarse mediante políticas de acción afirmativa y la redistribución de la riqueza.

La idea de la igualdad absoluta, significa tratar mecánicamente por igual independientemente de las condiciones individuales, mientras que la igualdad relativa, significa la igualdad de trato de las personas en iguales circunstancias.

²⁷⁴ Hayek, Friedrich. A. *The constitution of liberty*, University of Chicago Press, Chicago, 1960, págs. 162 a175.

²⁷⁵ Evans, Mark. *Edinburgh Companion to Contemporary Liberalism: Evidence and Experience*, Routledge, Londres, 2001, pág. 55.

Igualdad bajo la ley.

- A. No hay persona ni grupo privilegiados.
- B. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias.

La frase significa que todos son iguales a los ojos de la ley. Nadie está por encima de la ley. Este concepto se deriva de la teoría del Estado de Derecho. Según el Estado de Derecho, una persona sólo puede ser castigada por violar una ley que se ha establecido y nada más.

La igualdad ante la ley significa que no debe haber discriminación de una persona. Todos deben ser tratados con igualdad, independientemente del lugar de nacimiento, sexo, religión, raza, casta, riqueza, estatus social, etc.

Por ejemplo, todas las personas que cometen un delito en particular reciben el mismo castigo. No puede haber una distinción entre un criminal masculino y uno femenino. O un criminal rico y un pobre, si ambos han cometido el mismo crimen.

En un país existen diferentes estilos de vida existen desigualdades sociales y prejuicios ya existentes. Sesgo basado en la religión, la casta, el género, etc... El derecho a la igualdad pone a todas las personas en el mismo nivel. Este derecho asegura a todo el mundo que la gente en el poder no discriminará entre ellos. Da la seguridad de que todos recibirán iguales condiciones.

Igualdad protección de las leyes.

La frase *igualdad de protección de las leyes* significa que las personas en circunstancias similares (iguales) deben ser tratadas por igual, lo cual también significa que aquellos en diferentes circunstancias (desiguales) no deben ser tratados por igual.

Por ejemplo, todos los adultos son iguales y son castigados por igual; pero un niño que comete un asesinato, no puede ser castigado como un adulto que comete el mismo crimen, dado que el adulto y el niño no son iguales y deben ser tratados de manera desigual.

a) El *artículo 1* de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, establece el reconocimiento de los derechos humanos con el siguiente texto:

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte. [...] Este reconocimiento tienen el objeto evitar los privilegios injustificados y colocar a todos los ciudadanos, es decir al pueblo (los soberanos, artículo 39 constitucional) en la misma situación legal y de la protección más amplia frente a la ley. La igualdad jurídica consiste en evitar las distinciones que se hagan por color de la piel, género, edad, religión, profesión, posición económica, etc. en resumen:

Art. 1º Goce para todas las personas de las garantías que otorga la constitución. (Modificación realizada y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de Junio del 2011)

Art. 4º Igualdad de derechos sin distinción de género (el hombre y la mujer son iguales ante la ley.)

Art. 12º Prohibición de títulos nobiliarios.

Art. 13º Prohibición de fueros, salvo los que indique la ley, lo que en México constituye una subjetividad o parcialidad legal.

“Es por demás paradigmático el caso que se puede encontrar dentro del Art. 21 del Código Civil Federal, que beneficia a quien ha procedido ignorando la prescripción legal al permitir que el juez pueda eximirlos de su obligación o concederles un plazo adicional a fin de

que cumplan, los extremos de dicho precepto, como se ve, aunque un campo propicio para la vigencia de la equidad, presentada como justicia conmutativa, en donde existen multitud de fenómenos fuera de ese campo que también la demandan.”²⁷⁶

6. La hermenéutica jurídica.

Como punto de partida, la hermenéutica jurídica puede ser vista, como el arte de interpretar los escritos del Derecho, buscando su verdadero y real sentido. Buscar, en un texto, no solo su significado idiomático, sino también escarba para encontrar la auténtica intención que el legislador tuvo al crear la regla de Derecho.

Que el Derecho admite diversas escuelas jurídicas y distintos intérpretes: glosadores, posglosadores, escuelas de la exégesis, por los tribunales, mediante los reglamentos y circulares, etcétera. La hermenéutica es en general un método, técnica o ciencia, que tiene como fin la interpretación de algún texto, la hermenéutica es la técnica de interpretar textos, es decir, comprender verdadero significado. La principal función de la hermenéutica jurídica, es establecer los principios elaborados doctrinaria y jurisprudencialmente, para que el intérprete pueda efectuar una adecuada interpretación de las disposiciones normativas.

La hermenéutica brinda las herramientas, guías y procedimientos que van a auxiliar al juzgador para hacer su tarea de la forma más equitativa posible. La principal técnica que utiliza este método (*Hermenéutica Jurídica*), es el significado exacto de las oraciones, palabras y textos, así como el descubrimiento de las formas simbólicas. Definición de Interpretación. Análisis o explicación que se hace de una norma jurídica con propósito de facilitar su enseñanza, o ser aplicada. Consiste en averiguar el sentido que encierra una expresión.

²⁷⁶ Ledesma Uribe, José de Jesús. *Óp. Cit.*, pág. 77.

La Interpretación Jurídica consiste en descubrir el sentido que la regla de Derecho encierra en su forma abstracta y general. Existen diversos métodos de interpretación: *Jurisprudencial, Exegética, Judicial, Reglamentaria, Legal, Doctrinal, y Gramatical.*

Para finalizar, la enseñanza del derecho tiene que ser, más abocada hacia la argumentación y técnica jurídica, teniendo en cuenta que el propio derecho, es una realidad analógica a la que le antecede el concepto de Deber, por ello dentro de la formación jurídica, siempre se tiene que privilegiar el propio pensamiento jurídico que la transmisión pormenorizada de cada uno de sus contenidos, por ende la sabiduría jurídica está más cerca de saber que de pretender sabe lo todo. La filosofía es entendida como el amor a la sabiduría y por lo mismo, como una verdadera propedéutica salvífica, de aquí que: “*Si el jurista no sabe leer en la óptica integral del Derecho, no va a ver sino su sombra en las letras de los códigos.*”²⁷⁷

La hermenéutica jurídica vista y empleada como esa gran herramienta propia de la interpretación así como parte de esa analogía, que es más que útil, para comparar, una vez que parte de lo particular a lo particular y que constituye un modo de decir, dado que el modo de ser se infiere del hecho de que todos los seres participan de la misma realidad ontológica en tanto será, de aquí que la analogía sirva para destacar sus semejanzas, aunque nos llama más el aspecto de sus diferencias y esto permite que la intelección sea correcta de alguna manera, y se enriquezca a partir del contraste, de allí que hayan tomado fuerza expresiones tales como ramas del derecho, lagunas del derecho escrito o ramas del derecho, “*es muy frecuente que dentro de la doctrina y aun cuando veremos dentro del lenguaje legislativo se retorne al origen geométrico del Derecho, pues la palabra de nuestra disciplina indica la distancia más corta entre los dos puntos, pues se trata de una expresión que denota posición*”²⁷⁸

Al pasar el tiempo se sustituyó el término romano de *Ius*, por el castellano *Directum*, evidenciándose pasos a seguir en la vía del camino normativo, de la ética del *Derecho* hasta lo

²⁷⁷ Ledesma Uribe, José de Jesús. *Óp. Cit.*, pág. 80.

²⁷⁸ *Ibídem*, pág. 63.

que se conoce como *urbanidad*. El estudio de la Hermenéutica Jurídica, es importante, ya que todo análisis e interpretación de las leyes precisa de su conocimiento, a fin de cumplir con el objetivo final del intérprete: *Desentrañar el verdadero sentido de la norma jurídica*. La hermenéutica sienta las bases para la interpretación, ya que crea y agrupa los métodos que auxilian al intérprete en su labor.

El derecho es , quizá con la teología, la disciplina más inmanentemente abocada a la interpretación, más mediada y mediatizada en su labor y sus resultados por una constitutiva, permanente e *ineliminable hermeneusis*. *Interpretación*, es uno de los términos más repetidos y con más relevante protagonismo, tanto en las obras teóricas sobre el derecho, como en su práctica de todo tipo, comenzando por la jurisprudencial. Cabría, pues, pensar que la contemporánea filosofía hermenéutica, se ha incorporado al elenco de categorías y concepciones con que el jurista teórico y práctico piensa y explica su labor . Mas no es así, verdaderamente; o no lo es en la medida que se podría esperar. Muy esquemáticamente, cabe adelantar dos razones que, en parte al menos, se irán desglosando a lo largo de este trabajo: por un lado, en lo que a la hermenéutica le importa, la teoría y filosofía del derecho tienen sus propias tradiciones explicativas y la filosofía hermenéutica, va poco más allá de ellas , al menos en el sentir del jurista; por otro, en lo que más importa al derecho, que es el hallazgo de reglas o métodos del correcto y racional decidir, la filosofía hermenéutica nos proporciona soluciones.

Expliquemos, con brevedad, esos dos asertos. En cuanto al primero, desde comienzos del siglo XX, por lo menos, se fue abriendo paso en la teoría del derecho la idea de que el derecho no se agota en el texto, en el puro enunciado legislativo, de que la labor interpretativa es una mediación irremplazable para la concreción del enunciado legal, a fin de poder aplicarlo a los casos que con él han de resolverse, y de que esa interpretación, que tiene un componente siempre creativo, contextual y personal, es constitutiva o co-constitutiva (*según el radicalismo de la respectiva teoría*) de la norma jurídica misma, del propio objeto derecho, en lo que al jurista le interesa.

En cuanto a la afirmación de que la filosofía hermenéutica nos aporta las soluciones que el jurista busca , se quiere decir que la hermenéutica se detiene precisamente allí donde más interesa en derecho, la teoría de la interpretación: al momento de proporcionar pautas del correcto interpretar, criterios de racionalidad u objetividad interpretativa. No olvidemos que en la praxis de aplicación del derecho se pide a los jueces que obren con imparcialidad y objetividad, evitando en lo posible que su decisión esté condicionada por puros datos subjetivos , prejuicios, simpatías, etc. Y puesto que hay plena conciencia de que esa praxis de aplicación de las normas jurídicas es, en una parte importantísima, práctica interpretativa de textos legales (y *de hechos*), lo que se busca es una metodología jurídica normativa, que marque los criterios de la correcta en el sentido de racional, objetiva, intersubjetivamente aceptable, respetuosa con la separación de poderes y el valor de las respectivas voluntades en el entramado del Estado de Derecho, de fondo de significado a los enunciados legales.

Con lo dicho, no se pretende dar por buena una situación , sino mostrar su porqué . Dar a la hermenéutica lo que es de la hermenéutica, significa reconocerle su legítimo lugar entre las más influyentes explicaciones de la constitución del individuo y las sociedades. Pero quedarse, sin más, en sus explicaciones, implicaría renunciar a partes cruciales de la filosofía moral, política y jurídica, dejar sin respuesta (o sin sentido) preguntas determinantes que tienen que ver, siempre, con la búsqueda de patrones normativos, llámense de justicia, de bondad, de legitimidad, de racionalidad, etc.

El hermeneuta es, por lo tanto, aquel que se dedica a interpretar y develar el sentido de los mensajes, haciendo que su comprensión sea posible y todo malentendido evitado, favoreciendo su adecuada función normativa.

7. *Aplicación de la hermenéutica jurídica en la interpretación e integración del derecho escrito.*

La hermenéutica jurídica ha sido utilizada desde hace más de dos siglos por los historiadores, fundamentando la separación de las llamadas ciencias naturales y ciencias sociales. En el siglo IX, la hermenéutica constituyó un auxiliar básico de la historiografía y de la jurisprudencia. La hermenéutica, como método, es empleada por la teología, la filosofía, la historia, la jurisprudencia, la lingüística y hasta el psicoanálisis.

En la actualidad, entre las preposiciones hermenéuticas más importantes se encuentran la de *Paul Ricoeur* y la de *Hans Georg Gadamer*, autores que propagan por la existencia de la hermenéutica. Comprender e interpretar textos, no es solo una instancia científica, sino que pertenece con toda evidencia a la experiencia humana en el mundo. Por eso el fenómeno de la validez propia dentro de la ciencia, se resiste a cualquier intento de transformarlo en un método científico.

El alcance de la hermenéutica va ligado según *Gadamer*, a los alcances de la ciencia, donde existe un lenguaje que transmitir y comprender, o traducir textos. El fenómeno de la comprensión tiene validez propia dentro de la ciencia y se resiste a cualquier intento de transformarlo en un método científico. El término *Hermenéutica* proviene del griego: “*Jermeneueien* y *hermeneia*, que significa Interpretar, esclarecer, anunciar, declarar o traducir.”²⁷⁹ Se deriva del Dios Hermes a quien se le atribuía el origen del lenguaje y la escritura como patrono de la comunicación y del entendimiento humano. Originalmente significaba “*La explicación de una sentencia oscura y enigmática de los dioses a través del oráculo.*”²⁸⁰ El principio de los estudios Hermenéuticos se encuentra en la teología cristiana, teniendo como principio fijar los términos y normas que han de aplicarse a los libros sagrados. Obviamente la

²⁷⁹ Ferraris, Maurizio, *Historia de la hermenéutica*, Siglo XXI, México, 3ª edición, 2007.pág.11.

²⁸⁰ Pastrana Bautista, José Ángel Bernardo, *La herramienta como herramienta interpretativa de la Historia del Derecho*, Revista de Estudios Turísticos y Jurídicos, Memoria del segundo coloquio internacional sobre hermenéutica turística y jurídica, S.E.P/I.P.N, México, 2009, pág.165.

necesidad de la disciplina hermenéutica, está dada por las complejidades del lenguaje que con frecuencia conducen a conclusiones diferentes o contrapuestas, e incluso en lo que respecta al significado de un texto. De ello se ocupa la hermenéutica jurídica, que establece los principios elaborados doctrinaria y jurisprudencialmente, para que el intérprete pueda efectuar una adecuada interpretación de las disposiciones normativas.

“El concepto de jurisprudencia debe ser muy anterior al momento en que Ulpiano nos lo eternizó con su pluma y permanece aún como la expresión de mayor abolengo y prosapia para nombrar a la ciencia jurídica”²⁸¹

“La actividad de atribuir un significado a un documento, puede consistir tanto en una volición como en una intelección, tanto en un acto de la voluntad como en un acto del consentimiento.”²⁸²

Según los expertos en esta materia, la interpretación crítica es una de las condiciones que la sociedad tiene para promover el debate y el necesarísimo diálogo ante un discurso que se asume y se ejerce como totalitario. Por supuesto con esta metodología, no daremos respuesta a todos los problemas sociales que nos ocupan día a día, pero ejercer la interpretación, nos da mejores condiciones para el ejercicio de la racionalidad, y que la misma sea utilizada para el análisis de la compleja situación que hoy atravesamos. Para poder hablar y opinar sobre cualquier materia hay que oír primero, y los medios de comunicación son la piedra angular de la expresión de los que no tienen voz.

La observación y la interpretación constituyen procesos inseparables:

En toda ciencia y en los procesos de investigación, se desarrollan técnicas específicas de observación sistemática (*observación directa, indirecta, participante, no participante, entre otras*) para garantizar en lo más posible, una correcta interpretación.

²⁸¹ Ledesma Uribe, José de Jesús, “La hermenéutica analógica y su aplicación al derecho”, *Revista de la Facultad de Derecho UNAM*, México, Tomo LXIV, año, 2017, núm. 261, enero – junio de 2017, pág. 58.

²⁸² Tarello, Giovanni. *Cultura Jurídica y política del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1995, pág. 19.

“Ahora es oportuno decir algo acerca de la ciencia jurídica, misma que, como vimos, se suele denominar, dando lugar a equívocos, con la misma palabra denominada derecho”²⁸³

“Esto vale también para la persona dedicada a asuntos prácticos o a la reflexión teórica. Sin racionalidad, no hay lugar para el buen sentido ni para la institución brillante.”²⁸⁴

La hermenéutica jurídica se refiere a la interpretación del *espíritu de la ley*, y se entiende, como un conjunto de métodos de interpretación de textos legales. De acuerdo con algunos autores, es una forma de pensamiento que permite controlar las consecuencias posibles y su incidencia sobre la realidad, antes de que ocurran los hechos. Por ejemplo no se puede interpretar literalmente el texto legal. La interpretación lógica fundamentada en la escuela positivista del derecho, implica que: La norma o disposición debe ser hecha en armonía con los principios generales del ordenamiento jurídico vigente. Los efectos de la hermenéutica vista en su sentido funcional, es *función Idónea* donde se anula el *caos social* y se reducen a la mínima expresión *los errores* en la interpretación, como accidentes o disfunciones de la praxis social.

Todo mensaje requiere ser interpretado, y entre ellos los mandatos contenidos en las normas jurídicas; pero no es fácil lograr una correcta interpretación si no se cuentan con reglas precisas y claras, metódicas y sistemáticamente establecidas.

“La ley necesita de una serie de operaciones de adaptación (de adecuación, del desarrollo complementario) las cuales renovadas, hacen que la norma no quede en letra muerta, sino que se mantenga viva y vigente, en la órbita del orden jurídico al que pertenece.”²⁸⁵

La hermenéutica jurídica es utilizada para analizar y comprender el conocimiento. Pero la interpretación es posterior a la comprensión. Siendo utilizada por todas las personas de la

²⁸³ Nino Carlos, Santiago. *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 2ª edición, 12ª reimpresión, 2003, pág. 315.

²⁸⁴ MacCormick, Neil. *Los límites de la racionalidad en el razonamiento jurídico*, en Betegon, Jerónimo, De Páramo, Juan, Ramón, *Derecho y moral*, Ensayos analíticos, Ariel, Barcelona, 1990, pág.2.

²⁸⁵ Picontó Novalés, Teresa. *Hermenéutica Jurídica*, Universidad de Zaragoza, revista La nueva hermenéutica jurídica, Zaragoza España, pág.5.

sociedad, por medio de reglas y normas para lograr entender su interpretación de la mejor manera.

Por eso, “el intérprete tiene el derecho y el deber de sospechar que lo considerado como significado de un signo es en realidad signo de un significado adicional.”²⁸⁶

Así pues, “un buen argumento, es un argumento bien fundado, y es aquel que resiste a la crítica y a favor del cual puede presentarse un caso que satisfaga los criterios requeridos para merecer un veredicto favorable.”²⁸⁷ En tanto que: “Un argumento de determinada forma solo es completo si contiene todas las premisas pertenecientes a esa forma”²⁸⁸

La hermenéutica jurídica brinda las herramientas, estrategias y guías, que van a auxiliar al juzgador para hacer su tarea de la forma más equitativa posible y siendo de gran utilidad para los jueces, abogados, legisladores, estudiantes y personas de la sociedad y su integración del derecho escrito.

De allí que: “El derecho, como el aire, está en todas partes.”²⁸⁹

De este modo, podemos disponer de un verdadero sustento antropológico jurídico del propio término Derecho, el cual se funda en él mismo y dentro de las necesidades de la persona humana y que a ella sirve, de allí que la insistencia sea mayor a fin de revisar las fuentes reales, pues sin ellas el jurista queda extraviado en su propia realidad, usando la analogía clásica, encontrada dentro del Nuevo Testamento, específicamente dentro del evangelio de Mateo: “*Se nos narra que una vez Jesús encontró a los dos pescadores, a Pedro y a su hermano Andrés, y les dijo: Sígueme y yo los hare pescadores de hombres, es interesante detenernos un momento a intentar entender que signifique esa frase de pescadores de hombres. Al pez se le engaña con el*

²⁸⁶ Eco, Umberto. *Interpretación y sobre interpretación*, Cambridge University Press, 2ª Edición, Madrid, 1997, pág.58.

²⁸⁷ Atienza, Manuel. *Las razones del derecho, teorías de la argumentación jurídica*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2003, pág. 82.

²⁸⁸ Alexi, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pág. 236.

²⁸⁹ Nino Carlos, Santiago. *Óp. Cit.*, pág.1.

anzuelo o se le atrapa con astucia o por la fuerza, se trata de hacerlo propio para alimentarse con él.”²⁹⁰ Aquí se hace presente que la vida comunitaria entendida como la vocación de ser y de hacer, está inscrita en la naturaleza racional. La persona está llamada a vivir en unión de otros seres y establecer con ellos diversas relaciones. La persona humana es en sí misma una tensión hacia otros seres racionales, es vida comunitaria, “*ciertamente la idea de pescar a un hombre significa hacerle participar de las verdades grandes, no se busca apresararlo, ni servirse de él, al contrario comunicarle un verdadero espíritu de vida infinita, se parece a la pesca ya que se va en busca de él, se parece al anzuelo, ya que hay que persuadirlo con grandes razones.*”²⁹¹

En el empleo de esa analogía, se aplica lo similar que es una ingeniosa combinación de lo diferente con lo idéntico, de lo igual con lo opuesto, entendamos que lo suyo de cada uno de los sujetos jurídicos del universo del derecho, incluye un componente claramente analógico, ya que lo de cada uno, es proporcional, esto quiere decir, como se expresa a menudo, que la justicia clama por soluciones semejantes para esos semejantes, sabemos bien que la analogía, es proporción correspondiente a un aspecto cuantitativo y a otro cualitativo. Un ejemplo es el artículo 1624 del Código Civil Federal, empero la aplicación cuantitativa de la proporción ofrece, ejemplos continuos dentro de un catálogo inagotable en todos y cada uno de los ámbitos del Derecho, pero en la proporción también está presente un aspecto modelador de ella, que es de índole cualitativa, estamos así en presencia de que al titular del derecho subjetivo se le reconozca en el más cabal sentido de la expresión, precisamente aquello que es debido.

Dentro de la filosofía del derecho las escuelas o doctrinas se enfrentan, en el fondo, por razón del tipo de realidad que al ser del derecho se le asigne, y las posturas se extienden en un amplísimo abanico que tiene uno de sus extremos en el empirismo radical y el otro en un no menos radical idealismo. Pero, en lo que aquí nos importa , no toca repasar toda esa escala de concepciones ontológicas de lo jurídico. Partiremos meramente de una contraposición un tanto simplificadora, para más de la claridad de lo que queremos llegar a mostrar, sobre la aportación

²⁹⁰ Ledesma Uribe, José de Jesús. *Óp. Cit.*, pág. 70.

²⁹¹ Ídem.

de la filosofía hermenéutica en esta cuestión. Con ese propósito, dividiremos las concepciones sobre el ser del derecho en dos grupos: las que lo ven como objeto dado y acabado en todo lo que para su realidad última cuenta, y las que lo contemplan como en permanente devenir, en continua (*auto*) recreación, en dependencia de la actividad de un aplicador que es, al tiempo, (*re*)constructor del mismo. Para los primeros, el derecho es objeto que antecede a la actividad de su manejo; para los segundos, el derecho es (*en todo o en parte*) el resultado de esa actividad de manejo aplicativo del mismo ; para los unos , el derecho está hecho antes de que entre en juego quien lo interpreta y lo aplica a los casos; para los otros, la interpretación y aplicación es parte de la producción misma del objeto llamado derecho, de su realidad constitutiva. “Para simplificar, denominaremos a estas dos concepciones, respectivamente, como del derecho como dado y del derecho como construido, en el entendido de que con esto último, queremos decir construido en todo o en parte en el acto mismo de su interpretación / aplicación.”²⁹²

El modelo hermenéutico, que aquí tiene de base a la interpretación, en sentido amplio, prácticamente agota el alcance de lo jurídico. “Pero bien entendido, que por interpretación se entenderá en todo caso , algo bastante más complejo que la mera atribución de significado lingüístico a un texto.”²⁹³ Interpretación es la denominación que se da a una operación en que se ponen en relación y obtienen su síntesis en una fórmula superior y abarcadora toda una serie de datos contrapuestos: “la norma abstracta (*el enunciado legal*) y el caso concreto, el supuesto de hecho genérico de la norma y el hecho preciso que se enjuicia, el sujeto general (*el que...*),”²⁹⁴ al que el enunciado legal refiere una obligación y el individuo de carne y hueso a quien se le imputa el comportamiento enjuiciado, los propósitos legislativos de orden general y las exigencias particulares de una circunstancia determinada, la búsqueda de la justicia en abstracto y los requerimientos de la equidad para el caso, la pretensión de vigencia ilimitada de la norma y los requisitos de su confección a las cambiantes circunstancias históricas, etc., etc. En esa síntesis de los opuestos se ve por algunos autores la característica definitoria del derecho, de un

²⁹² Garcia, Amado Juan Antonio, *Filosofía, Hermeneutica y Derecho*, Universidad de Leon, España, págs.. 193 a 196. https://www.academia.edu/34450949/FILOSOFÍA_HERMENÉUTICA_Y_DERECHO

²⁹³ *Ibidem.*

²⁹⁴ *Ibidem.*

derecho que es, a partes iguales, praxis prudencial y labor cognoscitiva, pero siempre como conocimiento guiado por la ponderación del caso concreto y de algo que no está exactamente en el texto legal, sino más allá de él o más acá de él.

CAPÍTULO X

DERECHO COMPARADO.

SUMARIO: 1. Clases de comparación entre sistemas de ley escrita; 2. Las constituciones de España, Argentina, Chile y Uruguay.

Cuando se hace referencia a la comparación, generalmente, pensamos en cotejar e identificar las semejanzas y diferencias entre dos sujetos diferentes y así llegar a una conclusión, pero esto no es tan simple. Equiparar las similitudes y diferencias es uno de los pasos en la comparación, pero no el único, deben considerarse una serie de precauciones que afectan al derecho y al proceso de comparación, como son las cuestiones socioculturales, la interpretación del derecho, las barreras lingüísticas, entre otros.

De allí que: “La crítica al principio de *ignorantia iuris* (*ignorancia del derecho*), es de antigua datación, de hace ya muchos siglos, desde entonces, los juristas discutían si la ley debía ser siempre escrita.”²⁹⁵

Evidentemente, el estudio de experiencias extranjeras no implica la simple importación de soluciones ni la imposición de figuras extranjeras, sino el estudio de la idoneidad de instituciones extranjeras a las necesidades o problemas nacionales. Es por ello que debe destacarse la trascendencia del derecho comparado en la reforma legislativa. Mancera, al respecto, señala que: “la función principal del derecho comparado es perfeccionar la legislación y mejoramiento práctico de la ley”,²⁹⁶ y agrega, “por medio del examen y la comparación de leyes, es como se obtienen los materiales más valiosos para mejorar la ley. No existe una rama más importante en la investigación jurídica que ésta.”²⁹⁷

²⁹⁵ Carcova, Carlos María. La opacidad del derecho, Trotta, Buenos Aires, 1998, pág. 24.

²⁹⁶ Mancera Cota, Adrián, “Consideraciones durante el proceso comparativo”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XLI, 121, enero – abril de 2008, pág.220.

²⁹⁷ Idem.

En la aplicación de la ley se emplea el precepto que mejor se adapta al caso; y en la interpretación, se explican disposiciones normativas. En cuanto a las fuentes del derecho, tiene primacía la legislación sobre la costumbre y los principios generales del derecho. Esta familia es dominante en Europa Occidental, América Latina, África y Asia.

Al decidir el tema a comparar se debe estar atento a que las normas, conceptos o instituciones con las que se relacione, se localicen en el mismo nivel de comparación. Hasta ahora se determinó que el proceso comparativo comienza con la selección del sistema jurídico, para después escoger un tema en específico, delimitar su nivel de comparación y entonces, se procede a identificar sus semejanzas y diferencias. Estas han sido las primeras tres etapas del proceso comparativo, pero a continuación se procede con la identificación de las similitudes y diferencias entre las leyes escritas a comparar.

El proceso de comparación no sólo consiste en decir las semejanzas y diferencias entre las leyes comparadas, sino en describir, identificar y explicar a las mismas, a fin de comparar debidamente las leyes que puedan descender de determinado sistema o tener influencia. Para completar esta actividad deben seguirse tres etapas: descripción, identificación y explicación.

La fase descriptiva consiste en describir cada uno de los conceptos, reglas, instituciones o procedimientos seleccionados. Al suministrar una descripción de las partes o elementos que integran el sujeto a comparar, estas se vuelven a separar, reconstruir y, otra vez, describir como un todo, y entonces así se podrán reconocer las principales características de cada sujeto descrito.

En la fase de identificación se reconocen las semejanzas y diferencias de los elementos descritos. Esto se realiza identificando las semejanzas y diferencias que distinguen los sujetos descritos, para después separarlos en diferentes apartados, para que así se tenga una clara idea de los puntos de compatibilidad y desacuerdo.

En la fase explicativa se señalan cada una de las semejanzas y diferencias identificadas entre los sujetos comparados. Esto es, cómo y en qué detalle son similares o diferentes. Otra dificultad es el grado de incompatibilidad entre diferentes instituciones. La diferencia entre sistemas jurídicos es resultado del desarrollo y de quienes intervienen en la edificación de un sistema jurídico. Debe partirse de la idea que cada sistema jurídico tiene un nivel de desarrollo diferente de cualquier otro. “La estricta observancia en la comparabilidad implica... que la comparación debe extenderse a la misma etapa evolutiva entre los diferentes sistemas legales que están siendo comparados.”²⁹⁸

Finalmente, un aspecto a cuidar durante el proceso comparativo es la interpretación de un término. El propósito de la interpretación es conocer el verdadero significado de un concepto, norma o institución. Para conocer ese significado deben atenderse los métodos y técnicas existentes para obtener un conocimiento íntegro del objeto a interpretar. A pesar de que los actuales métodos de interpretación ayudan a comprender el significado de lo que se quiere interpretar, esta no sería completa si no se toma en cuenta la correlación que existe entre derecho y sociedad. Para lograr el exacto entendimiento de un sistema jurídico debe analizarse la sociedad bajo estudio.

1. Clases de comparación entre sistemas de ley escrita.

El derecho comparado es un método o técnica de investigación que permite su empleo en prácticamente todas las áreas del derecho, ya sea para identificar legislación extranjera o alcanzar una solución a problemas nacionales. Cuando se hace referencia a la comparación, generalmente, pensamos en cotejar e identificar las semejanzas y diferencias entre dos sujetos diferentes y así llegar a una conclusión, pero esto no es tan simple. Equiparar las similitudes y diferencias es uno de los pasos en la comparación, pero no el único. Deben considerarse una serie de precauciones que afectan al derecho y al proceso de comparación como son las cuestiones socioculturales, la interpretación del derecho, las barreras lingüísticas, entre otros.

²⁹⁸ *Ibíd*em, pág. 234.

El motivo para considerarlo como método depende de la diferencia en el concepto de ciencia y método. Se entiende por ciencia a la sistematización de conocimientos que a través de varios métodos de recolección de datos son sometidos a un proceso de verificación; mientras, método se refiere al acercamiento sistemático de una actividad que apunta a alcanzar un objetivo. Es decir, ciencia es el camino por la cual un sujeto determinado puede ser estudiado por medio de un proceso de verificación; mientras que método es un instrumento o técnica que por un proceso de comprobación apunta a autentificar un estudio. Si partimos de la premisa de que el objetivo del derecho comparado es entender elementos extranjeros por medio de la comparación, más que la sistematización de conocimientos, como lo señala el concepto de ciencia, entonces sería propio considerarlo como método. Puede considerarse como disciplina, por su capacidad para tener su propio marco conceptual.

Existe una interacción entre el derecho y derecho comparado que funciona para redefinir el marco conceptual, así como para ordenar los datos empíricos. Conocimiento es una síntesis de forma y contenido, y conocimiento jurídico es una síntesis del marco conceptual general proporcionado por la jurisprudencia genérica y el detallado contenido empírico proporcionado por el derecho comparado. Pero así como la relación entre forma y contenido no es absoluto, los conceptos de jurisprudencia genérica pueden sufrir una transformación a la luz de los datos proporcionados por derecho comparado. Si se demuestra que los conceptos son inadecuados, se debe a la inhabilidad del jurista para representar el contenido de los sistemas jurídicos en vez de su desconocimiento por algunos miembros de las sociedades en cuestión.

“En estudios jurídicos comparados debe reconocerse y diferenciarse un espacio de otro dentro del derecho. Es una cuestión de identificar las condiciones de diferencia, de lugares, ocasiones, energías, y enfoques institucionales dentro de cada diferencia, sus desemejanzas, u otros que puedan surgir.”²⁹⁹

²⁹⁹ Comparative legal studies must recognize and lay out a space of the other within the law. It is a question of identifying the conditions of difference, the places, occasions, energies, and institutional focuses within which difference, as difference, can appear or the other speak". (Traducción Soto Sobreyra Navarrete, Leonardo Santiago). Legrand, Pierre "How to Compare Now", *Legal Studies*, núm. 2, vol. 16, julio de 1996, pág. 240.

Por lo que puede decirse que el derecho comparado es una técnica metodológica que permite ser utilizada para realizar comparaciones entre dos o más materias en varios sistemas jurídicos. Una ventaja que ofrece el método comparativo es que permite entender un orden jurídico diferente que el propio y navegar a través de diferentes sistemas jurídicos:

“Derecho comparado, entonces, es una disciplina intelectual en su propio derecho, es algo más que el estudio de un sistema extranjero donde se obtenga un panorama de todos los sistemas jurídicos o comparación de reglas individuales o ramas del derecho entre dos o más sistemas, y se sugeriría que es el estudio de la relación de un sistema jurídico y sus leyes con otro.”³⁰⁰

La doctrina jurídica estudia con detenimiento las soluciones técnicas y aportes de diversos autores. La jurisprudencia acude al derecho comparado para determinar las mejores soluciones aportadas por los jueces en casos similares pero en jurisdicciones diferentes, así como para determinar las diferencias en torno a la interpretación de similares normas jurídicas. En este sentido se trata de aplicar una analogía amplia, a nivel internacional, para interpretar la ley interna.

El legislador suele tomar ideas y modelos del exterior, para implantarlos en nuevas leyes que buscan solucionar problemas que se plantean localmente. Puede ser categorizado como la recopilación de información para hacer comparaciones como en materia laboral, penal, mercantil y civil.

Así, el derecho comparado comprende tanto el proceso metodológico mismo de la comparación como los resultantes procesos de análisis, equiparación e incluso homologación de los aspectos comparados, como un problema dado, propuestas de solución. Actualmente, el

³⁰⁰ Comparative Law, then, if it is to be an intellectual discipline in its own right, is something other than the study of one foreign system an overall look at the world's systems or comparison of individual rules or of branches of law as between two or more systems, and I would suggest that it is the study of the relationship of one legal system and its rule with another". (Traducción Soto Sobreyra Navarrete, Leonardo Santiago), Watson, Alan, "Legal Transplants", An Approach to Comparative Law, Edimburgo, Scottish Academic Press, pág. 6.

interés en el derecho comparado rebasa el ámbito meramente académico y se extiende hacia horizontes prácticos.

Dentro de sus fines, se pretende la unificación del derecho, sobre todo en materia comercial, a través del comercio internacional, se habla de unificación jurídica y también de armonización, el entendimiento internacional, porque nos hace comprender la razón de ser de las normas en los distintos Estados, por lo cual es necesario precisar que los diplomáticos sean formados además en derecho comparado, de lo contrario, sería compleja la aplicación de las convenciones internacionales entre los diferentes sujetos del derecho internacional.

Y un mejor conocimiento del derecho nacional, es decir, que utilizando el método comparativo se puede estudiar con mayor detalle los defectos legislativos y los aciertos legislativos.

Una vez entendido que el derecho comparado es un método que puede aplicarse en varias ramas del derecho, es pertinente explicar sus ventajas. *¿En qué puede aplicarse el método comparado?, ¿qué pretende solucionar?,* las respuestas a estas preguntas determinan cómo el derecho comparado puede ser empleado y las funciones que puede realizar, el derecho comparado cumple varias funciones dentro del derecho. La posibilidad de ser aplicado en cualquier área del derecho determina cómo, dónde y para qué va a utilizarse: *“Si el proceso comparativo es llevado a cabo con éxito, es eminentemente deseable, sino esencial, que para su empleo no debe ser confiado en ciertas categorías. Las principales funciones del derecho comparado se dividen en cuatro grupos: disciplina académica, reforma legislativa y judicial, unificación del derecho y derecho internacional.”*³⁰¹

³⁰¹ Mancera Cota, Adrián. “Consideraciones durante el proceso comparativo”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año LI número extraordinario, núm. 121, enero - abril del 2008, pág. 221.

2. *Las constituciones de España, Argentina, Chile y Uruguay.*

Para comenzar, las constituciones de España, Argentina, Chile y Uruguay, pertenecen a la forma escrita, esta responde a razones de técnica organizativa del ordenamiento político, y tiende a asegurar una estabilidad de las estructuras políticas. La forma escrita tiene un significado instrumental respecto de la ideología de la que el ordenamiento constitucional es portador, y frecuentemente ha desembocado en las llamadas constituciones-programa, que contienen un conjunto de directivas específicas a cumplir en corto, mediano y largo plazo; y ha producido también un desarrollo de disposiciones económicas y sociales que exceden el marco de las normas sobre repartición y uso del poder político, provenientes del derecho continental.

“El *derecho continental europeo*, o simplemente *derecho continental* (en ocasiones denominado *Sistema romano francés* o *Sistema romano germano francés*) es el sistema jurídico derivado de aquél aplicado en Europa continental, cuyas raíces se encuentran en el derecho romano, germano y canónico y en el pensamiento de la Ilustración, y que es utilizado en gran parte de los territorios europeos y en aquellos colonizados por éstos a lo largo de su historia. Se suele caracterizar porque su principal fuente es la ley, antes que la jurisprudencia, y porque sus normas están contenidas en cuerpos legales unitarios, ordenados y sistematizados (*códigos*).”³⁰²

El nombre de “derecho continental” proviene de la separación geográfica entre las Islas Británicas, de donde proviene el derecho anglosajón, y el resto del Continente Europeo (*central* y *occidental*). Los Estados anglosajones llaman *Civil law* al derecho continental.

El sistema de derecho continental se basa sobre todo, en la normativa emanada por los poderes Legislativo y Ejecutivo. De estos órganos emanan normas dotadas de una legitimidad democrática que son interpretadas y aplicadas por el poder judicial.

³⁰² Zweigert, Konrad & Kotz, Hein, *Introducción al Derecho Comparado*, Oxford University Press, 2012, pág. 70.

La norma jurídica, que es genérica, surge de la ley y es aplicada caso por caso por los tribunales. La jurisprudencia se limita al ámbito de interpretación de la normativa vigente. Las sentencias sólo obligan a los tribunales inferiores a aplicar la norma según esa interpretación. De todos modos, el precedente jurisprudencial ha ido adquiriendo especial importancia en el derecho continental, en especial ante la necesidad de otorgar predictibilidad a los procesos judiciales. De hecho, en ciertos ámbitos, como los procesos constitucionales o contenciosos-administrativos, el precedente puede resultar obligatorio.

“La Constitución española de 1978 es la norma suprema del ordenamiento jurídico español, a la que están sujetos todos los poderes públicos y ciudadanos de España desde su entrada en vigor el 29 de diciembre de 1978.”³⁰³

La Constitución fue ratificada en referéndum el 6 de diciembre de 1978, siendo posteriormente sancionada por el Rey Juan Carlos I, el 27 de diciembre y publicada en el Boletín Oficial del Estado el 29 de diciembre del mismo año. La promulgación de la Constitución implicó la culminación de la llamada transición a la democracia, que tuvo lugar como consecuencia de la muerte, el 20 de noviembre de 1975, del anterior Jefe de Estado, el dictador general Franco, precipitando una serie de acontecimientos políticos e históricos que transformaron el anterior régimen dictatorial en un “Estado social y democrático de derecho que propugna como valores superiores del ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político, tal y como proclama el artículo primero de la Constitución.”³⁰⁴ En él también se afianza el principio de soberanía nacional, que reside en el pueblo, y “se establece la monarquía parlamentaria como forma de gobierno.”³⁰⁵ Deroga, además, en la Disposición Derogatoria (en sus últimas páginas), las Leyes Fundamentales del Reino, aprobadas en 1938 y modificadas en múltiples ocasiones, la última de ellas en 1977 precisamente para abrir paso a la democracia.

³⁰³ *La Disposición Final de la Constitución determinó su entrada en vigor el mismo día de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.*

³⁰⁴ Artículo 1.1. Constitución Española. <https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>.

³⁰⁵ Artículo 1.3. Constitución Española. <https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>.

La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y establece una organización territorial basada en la autonomía de municipios, provincias y comunidades autónomas,”³⁰⁶ “rigiendo entre ellos el principio de solidaridad.”³⁰⁷ Tras el proceso de formación del Estado de las Autonomías, las comunidades autónomas gozan de una autonomía de naturaleza política que configura a España como un Estado autonómico. Las entidades locales, como los municipios y las provincias, gozan de una autonomía de naturaleza administrativa, y sus instituciones actúan de conformidad con criterios de oportunidad dentro del marco legal fijado por el Estado y las comunidades autónomas.

El Rey es el Jefe de Estado, símbolo de su unidad y permanencia, arbitra y modera el funcionamiento regular de las instituciones, asume la más alta representación del Estado español en las relaciones internacionales, especialmente con las naciones de su comunidad histórica, y ejerce las funciones que le atribuyen expresamente la Constitución y las leyes. Sus actos tienen una naturaleza reglada, cuya validez depende del refrendo de la autoridad competente que, según el caso, es el presidente del Gobierno, el presidente del Congreso de los Diputados, o un Ministro.

En el texto constitucional se establece la separación de funciones (no debe confundirse con la separación de poderes, idea fundamental del pensamiento liberal). “En la base, la soberanía nacional permite la elección, por sufragio universal (varones y mujeres, mayores de 18 años),”³⁰⁸ de los representantes del pueblo soberano en las Cortes Generales, configuradas a modo de un bicameralismo atenuado, integrado por el Congreso de los Diputados y el Senado. Ambas cámaras comparten el poder legislativo, si bien existe una preponderancia del Congreso de los Diputados, que además es el responsable exclusivo de la investidura del presidente del Gobierno y de su eventual cese por moción de censura o cuestión de confianza.

³⁰⁶ Artículo 137. Constitución Española. <https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>

³⁰⁷ Artículo 2. Constitución Española. <https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>

³⁰⁸ Artículo 12. Constitución Española. <https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>

No obstante, tanto el Congreso como el Senado ejercen una tarea de control político sobre el Gobierno mediante las preguntas e interpelaciones parlamentarias.

El Gobierno, cuyo presidente es investido por el Congreso de los Diputados, dirige el Poder Ejecutivo, incluyendo la administración pública. Los miembros del Gobierno son designados por el presidente y, junto a él, componen el Consejo de Ministros, órgano colegiado que ocupa la cúspide del Poder Ejecutivo.

“El Gobierno responde solidariamente de su actuación política ante el Congreso de los Diputados,”³⁰⁹ que, dado el caso, puede destituirlo en bloque mediante una moción de censura. Esta, necesariamente debe incluir un candidato alternativo que será inmediatamente investido presidente del Gobierno.

El Poder Judicial recae en los Jueces y Tribunales de Justicia, y el Consejo General del Poder Judicial es su máximo órgano de gobierno. El Tribunal Constitucional controla que las leyes y las actuaciones de la administración pública se ajusten a la norma suprema.

Se trata de una Constitución escrita que se enmarca dentro de la tradición del Derecho continental y en contraposición al sistema inglés, cuya Constitución no está recogida en un texto concreto sino que deriva de un conjunto heterogéneo de costumbres y textos, configurado a lo largo de su prolongada historia constitucional.

Es una Constitución rígida, por cuanto que contiene un procedimiento específico para la reforma de sus preceptos. Por el contrario, las constituciones flexibles son aquellas que pueden ser modificadas por el legislador ordinario, caso del sistema inglés.

³⁰⁹ Artículo 108. Constitución Española. <https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>

“La rigidez queda manifestada en el Título X, que señala el procedimiento para la modificación constitucional,”³¹⁰ “estableciendo además la necesidad de un procedimiento agravado para alterar determinados preceptos constitucionales.”³¹¹ El texto queda así a salvo de modificaciones realizadas bajo el procedimiento legislativo ordinario, y sin embargo, puede ser adaptado a las nuevas realidades sociales sin necesidad de interrumpir la continuidad jurídica del ordenamiento.

Por otro lado, se trata de una Constitución derivada, puesto que atendiendo al Derecho comparado, no incluye innovaciones radicales, sino que se asienta sobre el constitucionalismo histórico español, y muy especialmente en las Constituciones europeas posteriores a la Segunda Guerra Mundial.

La Constitución española de 1978 es la segunda más extensa de la historia del Constitucionalismo Español, después de la Constitución de 1812. Contiene 169 artículos, además de nueve disposiciones transitorias, cuatro adicionales, una derogatoria y una final.

Para el caso de Sudamérica, después de las dictaduras militares, se realizaron nuevos pactos sociales que buscaban una reconciliación nacional, en una sociedad con asimetrías económicas, políticas y sociales, muy marcadas. La sociedad latinoamericana fue sellada por la violencia, las desapariciones y una serie de violaciones de derechos humanos durante los gobiernos dictatoriales. Las figuras criminales por sus actos violentos en contra de la humanidad y que se destacaron son: en Argentina de 1966 a 1973, llamada *Dictadura Orgánica* seguida por la que se instauró de 1976 a 1983, el General Jorge Rafael Videla, Roberto Viola, Leopoldo Galteire y Cristino Nicolais. La dictadura en Chile de 1973 a 1990, el general Augusto Pinochet y en Uruguay de 1976 a 1981, Aparicio Méndez.

³¹⁰ Artículo 167. Constitución Española. <https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>

³¹¹ Artículo 168. Constitución Española. <https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>

En la etapa post dictaduras, los procesos de democratización o por lo menos la búsqueda de procesos electorales en América Latina, son construidos bajo el principio de precaución, es decir, se crea una norma preventiva que restringe las posibilidades de reelección presidencial. Esta norma se incorpora a las constituciones de las repúblicas, que ingresan al régimen democrático. Por supuesto, esto sucede gracias a que existe la seguridad, por parte de los promotores de las dictaduras en la América Latina, el haber logrado una estabilidad regional de acuerdo a una realidad geopolítica alcanzada en ese momento. Era un hecho irreversible, la guerra fría concluía al inicio de la década de los años noventa, así por fin, se podría impulsar una serie de medidas económicas en una visión del mundo unipolar. Por lo tanto, en el hemisferio americano era seguro permitir la construcción de Estados más democráticos, sin el riesgo de afectar los intereses económicos de aquel, que ya se perfilaba como el país más poderoso del mundo, por consiguiente, se podría permitir la alternancia de partir de tres principios que son fundamentales. *En primer lugar el principio de Libertad. En segundo lugar, el principio de Democracia. Tercer en lugar el de la Igualdad.*

CAPÍTULO XI

EL SISTEMA JURÍDICO DEL DERECHO CANÓNICO.

SUMARIO: 1. *Formación histórica*; 2. *Fuentes formales de este sistema*; 3. *El Código de 1917*; 4. *El Código de 1983*; 5. *Solución a las lagunas del derecho escrito*; 6. *Analogía*; 7. *El papel de la costumbre en Derecho Canónico*.

1. *Formación histórica*

El Derecho Canónico (del griego *kanon/kanon*, regla, norma o medida) corresponde a una ciencia jurídica que conforma una rama dentro del derecho cuya finalidad es estudiar y desarrollar la regulación jurídica de la Iglesia Católica, bajo esta definición se engloban tres conceptos que han conformado controversia acerca de su consideración a lo largo de la historia hasta nuestros días: su finalidad, su carácter jurídico y su autonomía científica.

La Iglesia católica está dotada desde sus inicios de una organización propia y de un ordenamiento jurídico específico, este sistema de Derecho es comúnmente conocido como Derecho Canónico, haciendo alusión a una de sus principales fuentes normativas: los cánones o acuerdos conciliares.

El Derecho Canónico constituye un ordenamiento jurídico, cuenta con sus propios tribunales, abogados, jurisprudencia, dos códigos completamente articulados e incluso con principios generales del derecho.

Los cánones de los concilios se complementan con decretos papales, y juntos se recogen en recopilaciones como el *Liber Extra* (1234), el *Liber Sextus* (1298) y *las Clementinas* (1317), y entre 1140 y 1142 *Graciano redactó la Concordia discordantium canonum*, más conocida como

Decreto de Graciano, una obra que trata de conciliar la masa de cánones existentes desde siglos anteriores, muchos de ellos opuestos entre sí.

Posteriormente, se formó una colección denominada *Corpus Iuris Canonici*, que incluía las seis principales obras canónicas oficiales y particulares, compuestas entre 1140 y 1503, que fue aplicada hasta la promulgación del *Código de Derecho Canónico de 1917*.

En el siglo XX se inicia un proceso de codificación formal por medio de recopilación del ya extenso cuerpo de normas que era complejo y difícil de interpretar, aunque la recopilación del derecho positivo vigente comenzó en el pontificado de San Pío X, *el primer Código de Derecho Canónico se promulgó por Benedicto XV en 1917*, este hecho es considerado el acontecimiento intraeclesial más importante de este pontificado, porque el Código se constituyó como un elemento básico de la organización de la Iglesia Católica.

El *Código de Derecho Canónico (Codex Iuris Canonici)* que rige actualmente fue promulgado por el papa “*San Juan Pablo II el 25 de enero de 1983*, derogando al entonces vigente, el pío-benedictino de 1917, consta de siete libros, que tratan de los siguientes asuntos: *Normas generales, el pueblo de Dios, la función de enseñar de la Iglesia, las funciones de santificar a la Iglesia, los bienes temporales de la Iglesia, las sanciones en la Iglesia y los procesos.*”³¹²

2. Fuentes formales de este sistema.

La Iglesia Católica, como institución religiosa y política, crea su propio Derecho y actúa conforme a normas jurídicas en sus relaciones con los diversos estados del orbe. Como comunidad religiosa universal, sus preceptos se extienden a los fieles de todo el mundo, sin

³¹² http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/es/apost_constitutions/documents/hf_jp-ii_apc_25011983_sacrae-disciplinae-leges.html.

limitaciones de orden territorial. En el aspecto político y jurídico es una sociedad independiente o perfecta, que asume una personería internacional semejante a la de un Estado.

Según el canonista *Ferreres*, por derecho Canónico debe entenderse: “*El conjunto de leyes dadas por Dios, o por la potestad eclesiástica, por las cuales se ordena la constitución, régimen y disciplina de la Iglesia Católica.*”³¹³

Por su parte, *Sehling* entiende por derecho Canónico: “*El conjunto de normas jurídicas dictadas para el buen régimen de la Iglesia.*”³¹⁴

Son fuentes principales del derecho Canónico: *Las decisiones de los papas, los decretos de los concilios, la doctrina y la costumbre*, como ya hemos dicho, *la Suprema potestad legislativa de la Iglesia reside en el papa.*

Sus disposiciones asumen diversas formas:

1) *Generadoras de normas de carácter general:*

A) *Decretales o Constituciones:* Son decisiones reglamentarias de carácter general. Cuando la decisión del papa se dirige a toda la Iglesia, o a gran parte de ella, con un fin principalmente doctrinario, se la llama encíclica.

Si se trata de una decisión tomada por el papa sin que medie iniciativa de interesado, se la llama Motu Proprio.

B) *Bulas:* Forma solemne para asuntos muy fundamentales, en las que se utiliza el sello de plomo.

³¹³ *Diccionario Jurídico Mexicano, vol. II, (IV vols.), UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2005, pág. 1339.*

³¹⁴ *Ídem.*

C) *Breves*: En estilo solemne, empleándose el sello del anillo del pescador.

D) *Epístolas*: Simples por su forma. A diferencia de las encíclicas, se dirigen solamente a un sector de la cristiandad.

2) *Generadoras de normas jurídicas singulares.*

A) *Rescriptos*: Son las decisiones o consultas solicitadas al papa por personas determinadas, en materia de gracia o de justicia.

Los decretos de los concilios (*que para su obligatoriedad requieren la aprobación del papa*) constituyen también una fuente importantísima de advertirse a través de las citas del *Codex*.

El derecho Canónico reconoce a la *Costumbre* como fuente de Derecho, con el mismo valor que la Ley, pero solo adquiere la fuerza de tal por el consentimiento de la autoridad eclesiástica competente.

El Derecho Canónico ha sido codificado en varias oportunidades, en particular por el *Corpus Iuris Canonici* de 1917 como antecedente al actual código de 1983.

Este último código se divide en *Público* y *Privado*, el derecho *Canónico Público* es “*el sistema de leyes acerca de la constitución y derechos de la Iglesia, considerada como sociedad perfecta ordenada a un fin sobrenatural;*”³¹⁵ y derecho *Canónico Privado* es “*El sistema de leyes que determina los derechos y obligaciones de los miembros de la Iglesia para el régimen y santificación de los mismos.*”³¹⁶

³¹⁵ http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/es/apost_constitutions/documents/hf_jp-ii_apc_25011983_sacrae-disciplinae-leges.html.

³¹⁶ Ídem.

El derecho Canónico público se subdivide a su vez en divino y humano, y en interno y externo.

El derecho divino: “*Es el procedente de Dios, del que depende el derecho fundamental, esencial, nativo y constitutivo de la Iglesia, que es de institución divina,*”³¹⁷ y el Humano: “*Es el procedente de la misma iglesia, en conformidad siempre con el divino, pero que explica y completa la constitución de la misma iglesia y su tipo de organización territorial o personal.*”³¹⁸

En cuanto al *Derecho Canónico* público interno, es el que se refiere a la constitución de la Iglesia en sí misma como sociedad, forma de gobierno, jerarquías, etcétera, y a las relaciones con los fieles; y el externo, el que comprende las relaciones jurídicas de la Iglesia con otras sociedades (*especialmente con el estado*).

Dentro del derecho Canónico público interno se hacen aun otras divisiones: *Administrativo, Procesal, Penal, etc.*

Por su parte, el *Derecho Canónico Privado* se refiere a la vida particular de los fieles, y rige el culto, los sacramentos y las órdenes religiosas. Entre los sacramentos, algunos han tenido y tienen una gran importancia jurídica, como el matrimonio. Por ello también se ocupa de cuestiones como el divorcio y la nulidad del matrimonio.

El campo de aplicación del Derecho Canónico durante mucho tiempo, sobre todo en la edad media, se regía con carácter exclusivo en gran parte del orden civil (*matrimonio, divorcio, sucesiones, etcétera*), pero, en la actualidad, ha perdido aquella importancia, pues estas instituciones han sido secularizadas, más concretamente, dejó de aplicarse en los Estados protestantes, desde la reforma y, en la mayoría de los católicos, desde la época de la Revolución Francesa, o bien desde mediados del siglo XIX. En Argentina, por ejemplo, hasta 1888 en que se dictó la Ley De Matrimonio Civil, regía a ese respecto el Derecho Canónico.

³¹⁷ http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/es/apost_constitutions/documents/hf_jp-ii_apc_25011983_sacrae-disciplinae-leges.html.

³¹⁸ *Ibíd.*

3. *El Código de 1917.*

El *Código de Derecho Canónico*, es el conjunto ordenado de las normas jurídicas que regulan la organización de la Iglesia Latina, la jerarquía de Gobierno, los derechos y obligaciones de los fieles, los sacramentos y las sanciones que se establecen por la contravención de esas normas.

Hasta 1917, la Iglesia católica estaba regida por un conjunto disperso y sin codificar de normas jurídicas, tanto espirituales como temporales, conocido como *Corpus Iuris Canonici*. El *Concilio Vaticano I* hizo referencia a la necesidad de realizar una compilación en la que se agrupasen y ordenasen dichas normas, se eliminaran las que no estaban ya en vigor, y se codificaran, aportándoles orden y claridad.

Las ligeras compilaciones efectuadas por Pío IX y León XIII habían resultado insuficientes. Hubo que esperar hasta que Pío X creó en 1904 una *Comisión para la redacción del Código de Derecho Canónico*. “Tras doce años de trabajos, sería Benedicto XV quien promulgase el *Código el 27 de mayo de 1917*, que entraría en vigor *el 19 de mayo de 1918*. El *Código de Derecho Canónico de 1917* es conocido, por sus dos principales impulsores, como *Código Pío-Benedictino*.”³¹⁹

El nuevo Código pasó a formar un cuerpo único y auténtico para toda la Iglesia católica de rito latino, creándose una comisión de interpretación en el mismo año de su promulgación, siendo la única competente para resolver las dudas que pudieran surgir y cuyos dictámenes tenían el valor de una interpretación auténtica sobre cualquiera de los cánones del Código.

A la vez, se continuó con el trabajo de codificación, con el objetivo de completar el ordenamiento jurídico con un código de derecho canónico para las Iglesias *sui iuris* o

³¹⁹ http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/es/apost_constitutions/documents/hf_jp-ii_apc_25011983_sacrae-disciplinae-leges.html.

autónomas, de rito oriental. Estas Iglesias se encuentran en comunión con el Romano Pontífice, y tienen una tradición disciplinar y jurídica propia desde tiempos inmemoriales. Nunca se llegó a terminar el Código de Derecho Canónico de rito oriental, en el cual se promulgaron algunas partes.

El *Derecho Canónico* puede dividirse en distintas ramas:

1. *Derecho Canónico Constitucional,*
2. *Derecho Canónico Fundamental,*
3. *Derecho Canónico Administrativo,*
4. *Derecho Canónico Penal,*
5. *Derecho Canónico Procesal,*
6. *Derecho Canónico Sacramental,*
7. *Derecho Canónico Matrimonial.*

Este código de derecho canónico solo estaba en vigor para la Iglesia Católica de rito latino. En el ámbito de las Iglesias Católicas *sui iuris* de ritos orientales se comenzó la codificación en 1917, sólo se promulgaron algunas partes antes de la convocatoria del Concilio Vaticano II. Una vez promulgado el Código latino en 1983, se comenzó una nueva codificación oriental que terminó en 1990, promulgando el Código de los Cánones de las Iglesias Orientales (*Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*), actualmente en vigor.

4. *El Código de 1983.*

Al mismo tiempo que el Papa San Juan XXIII convoca el Concilio Vaticano II, anuncia la reforma del Código, que se retrasaría hasta la finalización del Concilio. Muerto Juan XXIII y acabado el Concilio, Pablo VI nombra la comisión reformadora en 1964.

El Código mantuvo su naturaleza distinta para ambas iglesias, la latina y la oriental, tal como estaba el de 1917. Los Decretos conciliares habían modificado una parte sustancial del

Código de 1917, y los primeros trabajos se dirigieron a la adaptación y derogación de los cánones afectados. Se hicieron consultas a todos los Obispos del mundo y a otros eclesiásticos, así como a todas las Facultades de Derecho Canónico. Se realizaron dos proyectos en 1977 y 1980 que fueron objeto de estudio por canonistas, obispos, cardenales y superiores religiosos. Con todas las reflexiones se efectuó el borrador de 1982. El 25 de enero de 1983, por medio de la Constitución apostólica *Sacrae disciplinae leges* el Papa Juan Pablo II promulgó el nuevo Código, que entró en vigor el *27 de noviembre del mismo año*. Igualmente creó un órgano para su interpretación, la Pontificia Comisión para la Interpretación Auténtica del *Código de Derecho Canónico*, con las mismas funciones que tenía la anterior comisión de interpretación. En 1988, mediante la Constitución Apostólica *Pastor Bonus*, esta comisión se transformó en el Pontificio Consejo para los Textos Legislativos, con unas competencias más amplias y articuladas, entre las que se incluyen las reformas del mismo.

Paralelamente, con la convocatoria del *Concilio Vaticano II* se abandonó la codificación oriental y se comenzó una nueva codificación del derecho oriental, que terminó en 1991 con la promulgación del *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*, o *Código de los Cánones de las Iglesias Orientales*. Este Código viene a completar la codificación en la Iglesia católica, al estar en vigor para las Iglesias *sui iuris* católicas de rito oriental.

El Código de Derecho Canónico se ordena en cánones que cumplen funciones similares a los artículos en los textos legislativos civiles y se divide en siete Libros:

1. Libro Primero: De las normas generales
2. Libro Segundo: Del Pueblo de Dios
3. Libro tercero: De la función de enseñar de la Iglesia
4. Libro Cuarto: De la función de santificar la Iglesia
5. Libro Quinto: De los bienes temporales de la Iglesia
6. Libro Sexto: De las sanciones en la Iglesia
7. Libro Séptimo: De los procesos

5. Solución a las lagunas del derecho escrito.

El propio concepto de “laguna jurídica”³²⁰ ha sido un importante punto de choque, desde hace muchos años atrás, el término *estilo*, originalmente concebido dentro de la literatura y las bellas artes, ha sido empleado en otras áreas, dentro de las artes, el estilo de alguna manera denota los elementos distintivos o la unidad formal de alguna obra, si bien son muchas las disciplinas que utilizan este fértil concepto para indicar la multitud de aspectos particulares que pueden tener objetos de estudio muy diferentes entre sí, así pues, puede ser utilizado como sinónimo de laguna, dentro del *Derecho Canónico*, encontramos el uso de dicho concepto en el *Codex Iuris Canonici*, “dentro del canon No 20, el cual prescribe que, a falta de un principio claramente expresado, la regla por aplicar deberá inferirse por analogía, en base con los principios legales generales que coincidan con la equidad de los cánones, a partir de la doctrina constante y fundamental y el estilo y la práctica dentro de la Curia Romana.”³²¹

“20: *Lex posterior abrogat priorem, aut eidem derogat, siid expresse edicat aut illi sit directe contraria, aut illi sit directe contraria, aut totam de integro ordinet legis prioris materiam; sed lex universalis minime derogat iuri particulari aut speciali, nisi aliud in iure expresse caveantur.*”³²²

20: La ley posterior abroga o deroga a la precedente, si así lo hace de manera expresa, o es directamente contraria a la misma, u ordena completamente la materia que era objeto de la ley anterior; sin embargo, la ley universal no deroga en nada el derecho particular ni el especial, a no ser que se disponga expresamente otra cosa en el derecho.

³²⁰ La voz *laguna*, proviene del Latín *Lacunae*, que significa, además de *profundidad del mar, cavidad, oquedad, hoyo, falta de, vacío*, de allí el término *lacunosus, lleno de hoyos o lleno de huecos*, pero en un sentido general y conforme a su etimología significa, *omisión, carencia, imprevisión, carencia de, falta de, connotando la idea de insuficiencia, defecto. Diccionario Jurídico Mexicano, vol. III, (IV vols.), UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2005, pág. 2277.*

³²¹ Zweigert, Konrad & Kotz, Hein, *Introducción al derecho Comparado*, Oxford University Press, México, 2012, pág. 75.

³²² *C.I.C, Canon 20, Libro I. De las normas generales*, Imprimatur, Pamplona, 2010, pág. 90.

En cuanto a las fuentes del *Derecho Supletorio*, previstas a fin de colmar las lagunas del sistema normativo, es importante tener en cuenta que:

A) No se trata de que el intérprete, deba recurrir a las cuatro fuentes del derecho supletorio (*analogía, principios generales, jurisprudencia y praxis (doctrina científica)*) por el orden en que las propone el Código, de suerte que no fuera lícito recurrir a otras, si la laguna puede colmarse con los recursos que ofrecen las citadas con anterioridad; si no que debe valerse armónicamente de cuanto le aporten las cuatro, para llegar a una solución razonable.

B) Por principios generales del Derecho aplicados con equidad canónica, deben entenderse las líneas fundamentales que dan razón de las soluciones ofrecidas por las normas canónicas, detectadas como fruto de una elaboración científica que aplique correctamente el método sistemático; sin embargo, el punto de partida no pueden ser los menos datos de Derecho Positivo, sino que estos han de entenderse dentro del marco de Derecho Divino Natural y Positivo. Aunque se trata de los principios generales del *Derecho Canónico*, ello no excluye (como hizo el Derecho Canónico clásico con el Derecho Romano), la utilización de principios obtenidos en el estudio de otros ordenamientos jurídicos, con tal de que sean expresiones de sabiduría jurídica común y su aplicación en el ámbito canónico se haga teniendo en cuenta que el espíritu del ordenamiento jurídico de la iglesia sólo se entiende contemplado el ministerio de la Iglesia. La alusión a la equidad debe llevar a ver la justicia en el caso, teniendo en cuenta sus peculiares circunstancias, permeada por la benignidad y la misericordia de la Iglesia.

C) Bajo la expresión jurisprudencia y *praxis* de la *Curia Romana*, se alude, con criterios muy amplios, a las soluciones adoptadas para la aplicación del Derecho, en la actividad, tanto judicial como administrativa, de la organización central de la Iglesia.

6. Analogía.

“Analogía, del griego αναλογία (*Ana reiteración o comparación y Logos estudio*), significa comparación o relación entre varias cosas, razones o conceptos; comparar o relacionar dos o más seres u objetos a través de la razón; señalando características generales y particulares comunes que permiten justificar la existencia de una propiedad en uno, a partir de la existencia de dicha propiedad en los otros.”³²³

En el aspecto lógico, permite comparar un objeto con otros, en sus semejanzas y en sus diferencias. Una analogía permite la deducción de un término desconocido a partir del análisis de la relación que se establece entre dos términos de ella conocidos. La analogía posibilita una vía inductiva de argumentar. Nos permite intentar representar un pensamiento o experiencia respecto a un objeto a través de una comparación de distintas dinámicas o situaciones; dando a entender que éstas comparten similitudes.

En Derecho, la analogía constituye el fundamento de poder considerar casos semejantes mediante una cuidadosa comparación. Tal es el fundamento de la jurisprudencia, a partir de la Edad Moderna, la analogía ha ido perdiendo sentido ontológico, acentuándose su sentido e importancia en cuanto al uso del lenguaje y su aplicación lógica en los razonamientos.

“La analogía que al comparar, va de lo particular a lo particular, constituye un modo de ser, un modo de conocer y un modo de decir.”³²⁴

El uso concreto del lenguaje produce en el significado de las palabras o en el sentido del discurso en su referencia a la realidad, problemas de muy diversa índole. En el tema que nos ocupa ponemos la atención en que la misma palabra o discurso puede adquirir diversos

³²³ Ferrater Mora, José, *Diccionario de Filosofía*, Montecasino Sudamericana, Tomo I (II Tomos) Buenos Aires, 1964, pág.92.

³²⁴ Ledesma Uribe, José de Jesús, “La hermenéutica analógica y su aplicación al derecho”, *Revista de la Facultad de Derecho UNAM*, México, Tomo LXIV, año, 2017, núm. 261, enero – junio de 2017, pág. 63.

significados o sentidos según un uso determinado. El Razonamiento analógico es una modalidad de razonamiento que consiste en obtener una conclusión a partir de premisas en las que se establece una similitud o analogía entre elementos o conjuntos de elementos distintos, por lo tanto éste va de particular en particular.

Hay que tener en cuenta que a medida que se vayan produciendo decisiones, como consecuencia del control judicial de los actos administrativos, deberá prevalecer la jurisprudencia en sentido estricto (*la judicial*) sobre los organismos dotados de potestad ejecutiva, son en definitiva, los Tribunales de la *Signatura Apostólica* y de la *Rota Romana* los llamados a sentar las bases de la jurisprudencia canónica.

7. *El papel de la costumbre dentro del Derecho Canónico.*

La costumbre tiene una gran importancia en el sistema de normas del ordenamiento canónico, tanto por su venerable tradición, como porque constituye el medio más eficaz para que incida en la configuración del orden social justo del Pueblo de Dios, dentro de algún sector de la doctrina se ha denunciado un regreso de la importancia de la costumbre en la iglesia durante los últimos siglos y especialmente durante la vigencia del Codex Iuris Canonici de 1917 (C.I.C), que el nuevo legislador no había adoptado las medidas necesarias para su revalorización, sin embargo, la costumbre es un instrumento de extraordinario valor para el logro de una adecuación del ordenamiento jurídico a las reales necesidades de las distintas comunidades, por su parte, la adecuada captación de la función de la costumbre en la actual etapa de la evolución del Derecho Canónico depende de la sensibilidad de la doctrina y de la jurisprudencia, de aquí que se le reconoce a la costumbre como papel fundamental de la comunidad, para el *Derecho Canónico Clásico* a la costumbre se le denominó como el nervio de la disciplina eclesiástica, es decir las líneas fundamentales de la regulación canónica de la materia que la costumbre viene a modificar, completar o matizar, la racionalidad es el criterio fundamental que condiciona la licitud de atenerse a la costumbre incoada; es decir, aquélla a la que aún no ha transcurrido el

plazo necesario para adquirir eficacia normativa, pues también la costumbre es introductora de Derecho y formas jurídicas.

“23: *Ea tantum consuetudo a communitae fidelium in troducta vim legis habet, quae a legislatore approbata fuerit, ad normam canonum qui sequuntur.*”³²⁵

23: *Tiene fuerza de ley tan sólo aquella costumbre que, introducida por una comunidad de fieles, haya sido aprobada por el legislador, conforme a los cánones que siguen.*

“24: 1.- *Nulla consuetudo vim legis obtinere potest, quae sit iuri divino contraria.*”³²⁶

2.- *Nec vim legis obtinere potest consuetudo contra aut praeter ius canonicum, nisi sit rationabilis; consuetundo autem quae in iure expresse reprobatur, non est rationabilis.*

24: 1.- *Ninguna costumbre puede alcanzar fuerza de ley si es contraria a Derecho Divino.*

2.- *Tampoco puede alcanzar fuerza de ley una costumbre contra ley o extralegal si no es razonable; la costumbre expresamente razonable; la costumbre expresamente reprobada por el derecho no es razonable.*

“25: *Nulla consuetudo vim legis obtinet, nisi a communitate legis saltem recipiendae capaci cum animo iuris inducendi servata fuerit.*”³²⁷

25: *Ninguna costumbre puede alcanzar fuerza de ley sino aquella que es observada, con intención de introducir derecho, por una comunidad capaz, almenos, de ser sujeto pasivo de una ley.*

“26: *Nisi a competenti legislatore specialiter fuerit probata, consuetudo vigenti iuri canonico contra aut quae est praeter legem canonicam, vim legis obtinet tantum, si legitime per*

³²⁵ C.I.C, Canon 28, *Libro I. De las normas generales*, Imprimatur, Pamplona, 2010, pág. 91.

³²⁶ *Ibíd.* pág. 92.

³²⁷ *Ibíd.* pág. 93.

annos triginta continuos et completos sarta fuerit; contra legem vero canonicam, quae clausulam continent futuras consuetudines prohibentem sola praevalare potest consuetudo centenaria aut inmemorialis.”³²⁸

26: *Exceptuando el caso de que haya sido especialmente aprobada por el legislador competente, la costumbre contra ley o extralegal sólo alcanza fuerza de ley si se ha observado legítimamente durante treinta años continuos y completos; pero, contra la ley canónica que contenga una cláusula por la que se prohíben futuras costumbres, sólo puede prevalecer una costumbre centenaria o inmemorial.*

“27: *Consuetudo est optima legum interpretis.*”³²⁹

27: *La costumbre es el mejor intérprete de las leyes.*

“28: *Firmo praescripto can. 5 consuetudo, sirve contra sive praeter legem, per contrariam consuetudinem aut legem revocatur; sed, nisi expressam de iis mentionem faciat, lex non revocat consuetudines centenarias aut inmemorabiles, nec lex universalis consuetudines particulares.*”³³⁰

28: *Quedando a salvo lo prescrito en el canon. 5, la costumbre, tanto contra la ley como extralegal, se revoca por costumbre o ley contrarias; pero, a no ser que las cite expresamente, la ley no revoca las costumbres centenarias, o inmemoriales, ni la ley universal revoca las costumbres particulares.*

Es posible observar el paralelismo entre los cánones. 20 y 28, expresivo de la paridad de rango de la ley y la costumbre en el ordenamiento canónico, en virtud de este paralelismo el canon 21 es de aplicación *mutatis mutandis* (cambiando lo que haya que cambiar) a conflictos entre varias costumbres o entre leyes y costumbres.

³²⁸ *Ibíd.* pág. 94.

³²⁹ *Ibíd.*

³³⁰ *C.I.C., Óp. Cit.*, pág. 95.

CAPÍTULO XII

LA FILOSOFÍA DE LA SUPLETORIEDAD DEL SISTEMA JURÍDICO.

SUMARIO: 1. *Subsistencia de la sociedad*; 2. *Exigencia propia del conflicto por dirimir*; 3. *El estado de Derecho*; 4. *Necesidad para alcanzar el Bien Común*; 5. *Seguridad y certeza jurídicas*; 6. *Soberanía y prestigio nacional*.

1. *Subsistencia de la sociedad.*

La palabra o término supletoriedad, en una primera aproximación, junto con la voz supletorio, provienen eminentemente del latín “*suppletorium: Dícese de lo que suple una falta,*”³³¹ correspondiendo a ambos como adjetivos del propio verbo suplir quien llena de significado a dichos términos: “Del latín *supplere, (verbo transitivo) Cumplir o integrar lo que falta en una cosa o remediar la carencia de ella. / 2.- Ponerse en lugar de uno para hacer sus veces / 3.- reemplazar substituir una cosa por otra / 4.- Disimular uno o un defecto del otro.*”³³²

La configuración que se hace dentro de este verbo, es en primer lugar, la idea de falta y, en segundo lugar la evidente carencia de algo apareciendo desde ya el término “*integrar,*”³³³ sin embargo, hemos destacado también aquellas acepciones que aluden a las ideas de ponerse en lugar de algo y tratar de disimular un defecto porque también son funciones propias, si bien secundaria, de lo supletorio.

³³¹ *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, Espasa / Calpe, Madrid, 2010, pág. 1362.

³³² *Ibíd.* pág. 1363.

³³³ Al tomar como punto de inicio, el análisis del tema mediante el significado oficial, del término, por una doble razón, *primero* porque es una doctrina interpretativa general en nuestra jurisprudencia y parte de nuestra doctrina que las palabras de la ley se usan en el sentido que generalmente les otorga el diccionario y en caso particular, el de la *Real Academia de la Lengua Española*, y en *segundo lugar*, porque la jurisprudencia usó estos significados en una jurisprudencia, al hablar de la *Supletoriedad del Código Federal de Procedimientos Civiles a la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, señalando los *casos en que procede*. Tesis I, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, t. XXXI, abril del 2010. pág. 1867.

La supletoriedad corresponde a un concepto dialéctico, dado que tiene los principios de especialidad y plenitud del ordenamiento jurídico, está construido sobre dos juicios previos y antagónicos entre sí, realizando una síntesis de ellos al satisfacer sus exigencias y superarlos, por tanto, este concepto se transforma en un concepto *sintético coyuntural – funcional* de tales proposiciones porque las articula armónicamente, por lo dicho, debemos analizar *la tesis y la antítesis* que preceden a este concepto funcional y que conforman el razonamiento *dialéctico* de su origen.

Dentro de esa estructura proposicional del razonamiento dialéctico, encontramos dos juicios.

A).- Primer Juicio: El primer juicio se expresa en la siguiente proposición: ausencia de una norma jurídica, que resuelva la hipótesis propuesta por el caso que se analiza, sometida o no a decisión judicial actual, sea esta ausencia, porque el legislador no ha desarrollado lo suficientemente las hipótesis para el caso abstracto que tuvo en vistas al dictarla, o bien porque definitivamente la norma ha guardado silencio respecto de la hipótesis que tal caso real ofrece.

“1).- *Insuficiencia formal*: El aplicador de la norma al relacionar el caso real, con la hipótesis normativa, propuesta nota la ausencia precisamente de dicho caso, por lo tanto hay una falta de desarrollo de la misma hipótesis, existiendo una conexión entre el problema que se intenta resolver y la hipótesis planteada por el legislador, pero la solución esperada no se encuentra en ella por eso el aplicador de la norma necesita saber con exactitud el contenido jurídico del concepto para resolver el caso propuesto.

2).- *Insuficiencia substancial*: El aplicador de la norma, al relacionar la hipótesis real (*el caso*) con la hipótesis abstracta, no encuentra en ella ninguna relación con el conflicto jurídico; de aquí que carece la norma de respuestas frente a la problemática puntual planteada.”³³⁴

³³⁴ Orellana Retamales, Luís, *La supletoriedad de las leyes*, *Revista chilena de Derecho* Vol. 27 No 4, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 2000, pág. 809.

B).- Segundo Juicio: Es aquel que, el juez ordena resolver la hipótesis que el caso ofrece, obligándole *a priori* a solucionarlo, juicio que proviene del mandato legal, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda sometida a su decisión.

Vertido lo anterior, ambos juicios son en buena parte antagónicos por cuanto sus exigencias están en contradicción, el segundo juicio de alguna manera plantea una exigencia de resolución: deben existir soluciones y respuestas frente a la contingencia planteada, y el primero de ellos responde a que ellas nos son posibles, porque no se previó tal problemática al dictar la norma, por la insuficiencia normativa de la legislación, de aquí que la supletoriedad aparece como un remedio eficaz de modo transitorio para el requerimiento de ausencia de requerimientos legales, logrando con ello la solución buscada.

Con esto la supletoriedad cumple así la función presente en su misma definición, *primera acepción*: Constituye un remedio, una solución ante la falta de la parte en todo e integra cuando hay carencia de la parte en ese todo, esta exigencia pasa a ser función principal de la supletoriedad, al aparecer dentro de la tesis del razonamiento dialéctico del que la supletoriedad es la síntesis, su concepto funcional se puede fundamentar, precisamente, en el hecho de que satisface dichas exigencias de manera transitoria, para el caso y la hipótesis planteada como ausente y no en forma permanente, por lo que sería preciso resolver dichas ausencias a nivel normativo en forma rápida.

Por lo que el fin y la función de la supletoriedad es de interpretación jurídica cuando hay ausencia por insuficiencia formal y como consecuencia de ello, de integración de Derecho, cuando hay ausencia total o insuficiencia sustancial, por ello, es posible decir que la supletoriedad está basada en los principios de especialidad y plenitud del ordenamiento jurídico.

2. *Exigencia propia del conflicto por dirimir.*

“Dentro de la teoría general del derecho, la supletoriedad no se estudia como el concepto jurídico que hemos expuesto, más bien aparece como una noción transversal, esto es, un concepto que carece de sistematicidad en su análisis, subyacente en muchas materias de la teoría, pero tratada especialmente en los siguientes lugares de aquella: En las fuentes del Derecho,”³³⁵ dentro del tema del orden jerárquico de ellas y en la teoría de la Ley, con especial relevancia al tratar su aplicación, y dentro de ella al analizar la competencia legal en cuanto a la materia.

*“Por influencia de la teoría general del derecho kelseniano y ante la preeminencia de la ley como fuente, se ha impuesto la idea de orden jerárquico de las fuentes de producción y conocimiento del derecho, en que junto a la fuente ley solo se sitúa la costumbre,”*³³⁶ por ello la tesis kelseniano de validez de las normas (*principio de legitimidad y legitimidad material*) incorpora la noción de prelación entre ellas, cuando exista la ausencia de previsión de las materias que un caso ofrece, así aparece la supletoriedad dentro de la prelación de fuentes, al definirse un orden de reemplazos para la ley en casos de insuficiencia regulativa con el objeto de asegurar la coherencia y hermeticidad del ordenamiento jurídico, por cierto que ante esta eventualidad y agotados los recursos supletorios internos dentro de la fuente de la Ley, dado que esta misma previamente ha definido cuales son las fuentes supletorias de sus disposiciones, al definir una competencia limitada para dichos casos.

Al constatar que existe un orden de prelación de fuentes legales que fundan la búsqueda del derecho supletorio y que dentro de estas, resulta fundamental la orientación que la fuente Ley da al aplicador y de la cual no puede prescindirse.

³³⁵ *Ibíd.* pág.810.

³³⁶ *Ídem.*

Una de las clasificaciones legales referidas a la aplicación y que dice la relación con el contenido material y personal de la Ley, la divide en *Ley general* y *Ley especial*, el concepto supletorio subyace en esta clasificación, por cuanto ante la conexión evidente entre Ley general y especial, la primera configura la norma de reemplazo para las faltas y carencias de la segunda, porque la Ley general es un continente normativo globalizador, de allí que se entienda, sin discusión, que la Ley general es el derecho supletorio por antonomasia, ante las ausencias en la Ley especial, sin embargo, la doctrina suele identificar a la ley general, sin más, con el denominado *Derecho Común*.

Entre la Ley general y especial existe una conexión evidente, ya que la segunda se encuentra contenida en los presupuestos materiales de la primera compartiendo sus principios y fundamentos, pero que ha sido establecida con el objetivo de regular ámbitos en oposición entonces a lo general o común.

“Por lo anterior parece estar fundamentada esta clasificación en el principio de especialidad, esto es, el tópico del género y la especie; lo que está referido al conjunto y aquello que se refiere a un elemento de él individualmente considerado, sin embargo, se ha establecido que existen diferencias evidentes en todos estos conceptos, de forma tal que lo que habitualmente se hace sinónimo (*derecho especial, singular o particular*) constituye unas veces subconjuntos dentro del género y otras una ruptura con la generalidad.”³³⁷

3. *El estado de derecho.*

Para el jurista angloamericano se puede entender, que básicamente, aquel Estado cuyos diversos órganos e individuos miembros se encuentran regidos por el Derecho y sometidos al mismo; esto es, Estado de Derecho y alude a aquel estado cuyo poder y actividad están regulados y controlados por el Derecho, en ese sentido el *Estado de Derecho* contrasta

³³⁷ Guzmán Brito, Alejandro. *Codificación, descodificación y recodificación del derecho civil chileno*, Revista de derecho y jurisprudencia, Tomo XC.Santiago,1993, págs. 44 a 48.

fuertemente con todo poder arbitrario y se contrapone a cualquier forma de *Estado Absoluto* o *Totalitario* (como ocurre con el llamado *Estado Policía*, que lejos de proponerse el mantenimiento del orden jurídico, se caracteriza por otorgar facultades discrecionales excesivas a la administración para hacer frente a las circunstancias y conseguir los fines a los que éste se proponga alcanzar).

“Así para *Kelsen*, en la medida que un Estado no constituye más que la personificación de un orden jurídico específico que ha alcanzado cierto grado de centralización, Todo Estado es un Estado de Derecho; en efecto, un Estado no sujeto a Derecho es impensable, puesto que un Estado sólo existe en actos estatales, es decir, en actos realizados por hombres y que, en virtud de estar así determinados por normas jurídicas, se atribuyen al Estado como persona jurídica,”³³⁸

Sin embargo, como resultado de la influencia del constitucionalismo liberal burgués, la expresión *Estado de Derecho*, adquirió una connotación técnica y se identificó con un ideal político específico, y se utiliza para designar cierto tipo de Estado que se estimaba que satisfacía las exigencias de la democracia y de la seguridad jurídica. La ilustración francesa y el ideario del constituyente norteamericano se encargarían de recoger las principales tesis del sistema constitucional inglés: “*Supremacía del derecho, limitación y racionalización del poder*,”³³⁹ proyectando la debida división de poderes, así pues, la protección judicial de los derechos y libertades fundamentales, mientras que el constitucionalismo liberal, con ligeros matices les asignará el carácter de verdaderos dogmas de lucha contra el absolutismo y la consecución de su objetivo el *Estado de Derecho*.

De este modo se reservó el calificativo de Estado de derecho al sistema que contemplara determinadas instituciones jurídicas acorde con el ideario liberal burgués: La distribución y ejercicio del poder entre varios detentadores, la supremacía de la Constitución, que preferentemente habría de ser escrita y rígida además de establecer las competencias exclusivas

³³⁸ *Diccionario Jurídico Mexicano*, vol. II, (IV vols.), UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2005, pág. 1564.

³³⁹ *Ibídem*, pág. 1565.

y limitadas de los diversos órganos titulares del Poder Estatal: El sometimiento de la administración a la Ley, la cual debía ser creada y derogada por un órgano popular representativo, siguiendo principios y procedimientos previstos, por otras normas jurídicas; la vigencia de un control judicial adecuado; el establecimiento de ciertos derechos y libertades fundamentales y la implementación de garantías constitucionales correspondientes para conseguir la regularidad de los actos estatales con las propias normas jurídicas, así como todas aquellas medidas encaminadas a la limitación y racionalización del poder, y sobre todo a garantizar la sujeción de los órganos estatales al Derecho.

Pese a la positivación del Estado de Derecho en México, nacida en 1917, nace así la idea de Constitucionalismo Social que se conoce hoy día y misma que ha evolucionado constantemente.

4. Necesidad para alcanzar el Bien Común.

Por *Bien Común*, “se entiende la articulación de dos ideas, la de bien, que indica los elementos materiales indispensables, para la satisfacción de las necesidades indispensables de las personas y la moral que ordena su uso y destino, mientras que la de común, implica que el Estado no puede perseguir ni admitir fines puramente particulares.”³⁴⁰

El Bien Común, se manifiesta como parte de la oposición entre lo público y lo privado, entre lo que es para un hombre y lo que es para los otros y para la comunidad global, es el bien de los seres humanos tornados en su conjunto, tal como se realiza dentro de los marcos y por el intermedio de la sociedad, por el Estado que encuentra en la responsabilidad y desempeño de tal función una de las fuentes principales de legitimidad y consenso.

³⁴⁰ *Diccionario Jurídico Mexicano, vol. I, (IV vols.), UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2005, págs. 392 y 393.*

Esta necesidad surge de la correcta “*integración*”³⁴¹ del derecho que ha sido definida como. “*La operación destinada a obtener un criterio jurídico útil para resolver el caso concreto, cuando no lo proporciona la ley, esto es cuando presenta esta, una diferencia o una insuficiencia (laguna total o parcial) que, frente al deber de fallar, hacen necesaria colmarla o contemplarla.*”³⁴²

Esto implica la idea de compactar el ordenamiento jurídico, como si este fuera una valla que de lejos aparece como un todo, pero que al examinársele de cerca pueden encontrarse “*intersticios*”³⁴³ cada una de sus partes, a fin de responder a esa idea de unidad o todo hermético y coherente.

Ante la carencia de la solución normativa el aplicador se encuentra frente a uno de esos intersticios, de aquí que el único criterio útil para superar tal adolecencia de la ley sean los principios de plenitud y de especialidad orientados por el criterio de supletoriedad.

5. Seguridad y Certeza Jurídicas.

Dentro del sentido general, *seguridad jurídica* significa estar libre de cuidados, esto alude al tipo de peligros de carácter jurídico que pudiesen existir o simplemente donde no hay previsión para ciertos casos, es decir, donde hay carencias de normas o lagunas jurídicas, mismas que hacen mención a todo tipo de normas, lo que conforma un vacío. Hay un matiz en la función integradora de la supletoriedad, en el sentido de que, aplicando el principio de especialidad, como se verá, se trasladan ciertas soluciones del derecho que se aplica o de la disciplina generadora de esta, a la norma que presenta la ausencia, en este sentido que hay

³⁴¹ Del latín *Integrare*, (*verbo transitivo*) construir las partes de un todo / 2. Completar un todo con las partes que le faltan. *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, Espasa / Calpe, Madrid, 2010, pág. 831.

³⁴² Guzmán Brito, Alejandro. *Informe de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Católica de Valparaíso sobre el proyecto de ley que modifica los arts. 19 a 24 del Código Civil, concernientes a la interpretación de las leyes, presentado a la Cámara de Diputados de Valparaíso*, S/E fotocopias, 1991, pág. 1. En Orellana Retamales, Luís, *Óp. Cit.*, pág. 815.

³⁴³ *Intersticio*: Corresponde a un pequeño intervalo entre las partes de un todo. *Cfre. Diccionario Pequeño Larousse Ilustrado*, Larousse, 19ª edición, México, 1994, pág. 588.

integración usando la supletoriedad como criterio útil, de aquí que se apliquen las consecuencias de una norma que regula un caso previsto por la ley, a uno no previsto, pero parcialmente igual, “no se trata de casos idénticos sino de casos semejantes.”³⁴⁴

Por cuanto a la exigencia de *certeza*, de aquí que se tienen que asegurar la existencia de ciertos comportamientos en la vida social dado que es necesario para la subsistencia de la misma vida social, pues para que exista paz siempre hace falta que los miembros de la sociedad respeten los bienes y las vidas ajenas, y por eso es necesario que la sociedad aseguren, conminando con la coacción pública que dichos comportamientos habrán de llevarse a cabo, ahora que si alguno faltare, existe la forma de suplirlo correctamente a fin de llevar a buen puerto la observancia o previsión del caso.

6. Soberanía y prestigio Nacional.

La soberanía es la última instancia de decisión, dado que esta es la libre determinación del orden jurídico nacional o como afirma “*Heller, es aquella unidad decisoria que no está subordinada a ninguna otra unidad decisoria universal y eficaz,*”³⁴⁵ de allí que las constituciones buscan perseguir la resolución de los problemas de su época, de aquí que la soberanía es la potestad suprema que nace de la propiedad que el pueblo y el hombre tiene de sí mismos, de su libertad y de su derecho.

Como es sabido, la unidad es rasgo esencial del ordenamiento jurídico en tanto que este es expresión armónica de un conjunto de normas, principios y valores con coherencia en sí y por sí mismo; ello es debido a la dependencia de validez del propio ordenamiento, y de sus elementos, a partir de una primera norma fundamental, la Constitución, donde se contienen las condiciones formales y materiales de éste y de sus componentes, sin embargo, la ruptura de la tradicional

³⁴⁴ Orellana Retamales, Luís. *Óp. Cit.*, pág. 815.

³⁴⁵ *Diccionario Jurídico Mexicano, vol. IV, (IV vols.)*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2005, pág. 3493.

identificación entre Ordenamiento, Derecho y Estado, como consecuencia de la aparición de nuevos centros productores de normas, abre la posibilidad a la pluralidad de ordenamientos en un único territorio en cuanto que las normas que los integren concurren en dicho territorio.

Sin embargo, reconociéndose al Derecho Autónomo, su naturaleza de verdadero ordenamiento jurídico cabe estimar cómo cada ordenamiento tiende en potencia a desplegarse en todos los ámbitos susceptibles de estar y ser reglados por el mismo, a fin de alcanzar coherencia y unidad interna, en consecuencia, si el Derecho Autónomo es ordenamiento, éste también ha de ser completo o pleno en relación a su ámbito propio de competencias, lo que no significa que consiga abarcar jurídicamente todo aquello que necesita estar regulado en un momento dado, sino sólo que ha de tender a ello mediante mecanismos capaces de dar solución jurídica a cuanto supuesto así lo requiera; de esta forma, ante vacíos normativos que se configuren como auténticas lagunas, basta con que el ordenamiento disponga de medios de integración aptos para ofrecer respuesta adecuada.

Surge así el problema de cómo estos vacíos sean llenados por un intérprete, aplicador o agente jurídico en la eventualidad de hallarse ante uno de ellos y de tener que dar oportuna contestación jurídica al respecto.

CONCLUSIONES:

Primera: La *supletoriedad* es una *complementariedad*, que colma las lagunas de la ley, dado que lo que ocurre en la vida real es mucho más rico de lo que supone el legislador al formular la norma. En los derechos del mundo antiguo, particularmente en Grecia y Roma, los sistemas jurídicos eran abiertos, el juez podía fallar con cualquier elemento, aun externo ha dicho sistema; esto hizo que se empleara mucho la analogía, la doctrina y la razón. Por ello en Roma, la doctrina fue tan rica. En Roma se fue cerrando el sistema hasta llegar a Justiniano en el siglo VI, en el que el sistema pasa de ser Heteropoyético a Autopoiético. La *supletoriedad* quedaba resuelta al modo de la actualidad, esto renacerá con el Código Napoleón de 1804.

Segunda: La titularidad de derechos humanos le corresponde a toda persona, conforme con el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, debiendo entender por *persona*, según los trabajos legislativos que dieron lugar a la reforma de derechos humanos y amparo de junio de dos mil once: todo ser humano titular de derechos y deberes emanados de su común dignidad, comprendiendo el termino igualmente a la llamada Persona Jurídica.

Tercera: Nos oponemos a un positivismo que como tal, es siempre reducción del todo a una de sus partes y por ello acogemos en los aspectos formales, que son valiosos, a la Teoría Pura del Derecho y otras construcciones, insistiendo siempre en la necesidad de dejar en claro la importancia sustantiva de los datos materiales de lo jurídico, sin descuidar en modo alguno los elementos formales que le son encomendados como objeto propio de su quehacer. Se debe insistir en las relaciones de la norma con los diferentes niveles del conocimiento del Derecho, con las vinculaciones hacia las distintas ramas del derecho. Tampoco deberá desentenderse de una profesión o aceptación de la cosmovisión del autor en donde se insista en el sentido instrumental del derecho, para alcanzar una verdadera teoría y práctica del orden jurídico como promotor y facilitador de la consecución de los fines de la persona humana.

Cuarta: El sistema jurídico supone el conjunto de normas objetivas que están en vigor en determinado lugar y época, integrando las diversas fuentes jurídicas; como las leyes, la jurisprudencia de los tribunales, la analogía, la equidad, la costumbre y los principios generales del Derecho, que rigen en los diversos Estados del mundo occidental; así como los mecanismos de creación, modificación, interpretación, adaptación y aplicación de la propia norma. Cada Estado tiene su propio sistema jurídico y su peculiar manera de considerar el Derecho, sus fuentes y los componentes significativos en su creación, interpretación y aplicación, de acuerdo con su propia historia.

Quinta: El sistema jurídico mexicano es de corte *Autopoiético*, dado que colma sus lagunas con elementos de su propia estructura, más no *Heteropoyético*, ya que no utiliza el juzgador elementos extraños al propio sistema. Cuando incorpora normas de otro ordenamiento jurídico, primero nacionaliza la norma extraña y la convierte en mexicana.

Sexta: En la actualidad, la hermenéutica jurídica, atendiendo a su preocupación por entender la codificación de la solución jurídica, a fin de afrontar enseguida los problemas de la decodificación por el aplicador, acentúa más la objetividad de la función cognoscitiva, en beneficio de la seguridad y certeza jurídicas.

Séptima: El derecho debe ser definido como una integración de hechos según valores, de ese modo la filosofía jurídica se ocuparía de la parte axiológica y por último la sociología jurídica de los hechos y la ciencia jurídica, de los propios hechos y de los conceptos fundamentales de este, pues el derecho, es la concretización de la idea de justicia en la pluridiversidad de su deber ser histórico, teniendo a la persona como fuente primigenia de todos los valores

Octava: La mencionada flexibilidad del Derecho anglosajón forjado en Inglaterra, puede comprobarse en la circunstancia de que el mismo comenzó siendo un sistema de derecho

consuetudinario, en el que la principal fuente del derecho eran las costumbres, que se conocían como *derecho común* (*common law*) base más tarde del sistema estadounidense.

Novena: Las reformas estructurales dentro del derecho inglés del siglo XIX, hallaron equivalencia dentro de los Estados Unidos de Norte América, con estrecha similitud a Inglaterra, dentro de sus diferentes entidades federativas de la Unión Americana. Concluyeron las viejas formas de comenzar un procedimiento menos formalista de justicia de tal modo que, una tendencia se hizo patente dentro de todos los estados del país, prosperó cierta sectorización, al buscarse ante todo un conocimiento del derecho, trazando normas jurídicas por medio de una obra de consolidación, dando pie a la creación del federalismo, por lo que el derecho dejó de ser un medio de resolución de controversias, y también un ordenador jurídico de la sociedad.

Décima: La hermenéutica jurídica es en general un método, instrumento, técnica o ciencia, que tiene como fin último la interpretación de algún texto. La hermenéutica es la técnica de interpretar textos, comprender su verdadero significado, y la función fundamental de ella es establecer los principios elaborados para que el intérprete pueda efectuar una adecuada interpretación y aplicación de las disposiciones normativas.

Décima primera: De acuerdo con lo dispuesto por el canon 19 del respectivo código de 1983, producto del concilio vaticano II, a falta de prescripción expresa de la ley universal o particular o una costumbre, la causa, salvo que sea penal, “supuesto cerrado”, se ha de decidir atendiendo a las leyes dadas para los casos semejantes, a los principios generales del derecho con equidad canónica, a la jurisprudencia y práctica de la Curia Romana, y a la opinión común y constante de los doctores. Como vimos, el actual sistema de derecho canónico es mixto en atención a la parte final que autoriza colmar la laguna con la opinión constante de los doctores.

Décimo segunda: El derecho comparado es un instrumento de investigación, muy valioso, hoy constituye una gran especialidad en el mundo globalizado, empero, no es fuente formal entre nosotros si se opone a nuestro derecho, de lo contrario se aplica siempre en concordancia

con nuestro derecho mexicano. La analogía, juega en esta materia una gran función. Gracias a esta disciplina de enorme valor, se pueden encontrar rutas de reforma de la ley y conseguir la armonización de derechos en la familia de origen escrito.

Décimo tercera: La supletoriedad es una necesidad natural de la imposibilidad de que la prescripción por sus límites escritos, pueda contener todo lo que acontece en la realidad, ya que el sistema mexicano está dotado de plenitud hermética, desde que entró en nuestro medio, el Código Napoleón, antes de que se consumara la independencia nacional, mismo principio que ha quedado consagrado en el Art. 14 constitucional y en numerosas leyes a partir del Código Civil Federal, tratándose de un concepto sintético coyuntural funcional para hacer efectiva la garantía de aplicación del derecho.

Décimo cuarta: Desde un punto de vista amplio, por laguna jurídica, podría pensarse que donde la ley calla, no hay norma alguna, y efectivamente en algunos casos, el silencio de la norma debe interpretarse como falta de todo límite o sanción; sin embargo, el silencio de la ley no excluye la necesidad de una regla de conducta para casos no previstos en ella, constituyendo tales supuestos abiertos una laguna legal. No se trata simplemente de una materia que esté sin regular, sino que la ley escrita no puede resolver un problema concreto. El Derecho carece de lagunas y encuentra siempre soluciones adecuadas, he ahí el sentido del verdadero fondo de la Supletoriedad.

Décimo quinta: El autor de la presente tesis doctoral, ha deseado con el trabajo que aquí se somete al Síno, hacer una modesta contribución a los planes de estudio de la licenciatura y posgrado de nuestra Universidad Panamericana.

FUENTES:

BIBLIOGRAFÍA:

Abraham, Henry Julian. *Justices, Presidents, and Senators: A History of the U.S. Supreme Court Appointments from Washington to Bush II*. Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, Inc., Washington D.C. 2007.

Alarcón, Cabrera, Carlos y Vigo, Rodolfo, Luis, *Interpretación y argumentación jurídica, problemas y prospectivas actuales*, Sociedad Española de Filosofía Jurídica y política / Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, Marcial Pons S.a, Madrid, 2011.

Alchourrón, Carlos. *Fundamentos para una teoría general de los deberes*, Marcial Pons S.a, Madrid, 2000.

Alexi, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

Almodavar, García. Javier y Gómez, Tirado. Juan Manuel. Griego 1, Editex México, 2008.

Arce y Flórez Valdez, J. *Los principios generales del derecho y su formulación constitucional*, Civitas, Madrid, 1990.

Arellano García, Carlos. *Derecho Internacional Privado*, Porrúa, 4ª edición, México, 1980.

Atienza, Manuel. *Las razones del derecho, teorías de la argumentación jurídica*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2003.

Biographical encyclopedia of the Supreme Court. The lives and legal philosophies of the justices., edited by Melvin I. Urofsky. Washington, D.C.

Bobbio, Norberto. *Teoría general del derecho*, Debate, Madrid, 1991.

_____. *Lacune del Diritio en Novilissimo Digesto*, Utet, vol IX, Turín, 1963.

Bodin, Jean. *Los seis libros de la República*, Trad. Pedro Bravo Gala, Tecnos, Madrid, 1992.

Bulygin, Eugenio, Atienza Manuel, Bayón, Juan Carlos, *Problemas lógicos en la teoría y práctica del Derecho*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.

Burgoa, Orihuela, Ignacio. *Las garantías individuales*, Porrúa, México, 15ª ed., 1981.

Brower, María. *Governance and Inovation*, Routledge Press, New York, EUA, 2018.

Carcova, Carlos María. *La opacidad del derecho*, Trotta, Buenos Aires, 1998.

Carmona Romay, Adriano G. *Programa de gobierno municipal*, librería Martí, La Habana, 1950.

Carnelutti F. *El arte del Derecho*.

Ciuro Caldani, Miguel Ángel. *La elaboración de normas jurídicas (Una problemática especialmente compleja)*, Revista de filosofía jurídica y social, Universidad de Buenos Aires, No 34.

Crea Egaña, José Luis. *Derecho Constitucional Chileno Tomo II*, Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 2002.

Cruz Barney, Oscar. *Historia del Derecho en México*, Oxford University Press, 2ª edición, México, 2003.

Cruz Barney, Oscar. *Historia del Derecho Indiano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012

Dana Montaña, Salvador, *Estudios de política y derecho municipal*, Universidad del Zulia, Venezuela, 1962.

De Kostka Fernández Fernández, Estanislao. *El sistema federal estadounidense*, Universidad Complutense de Madrid.

Del Vecchio, Jorge. *La Justicia*, Góngora, Madrid, 1925.

Eco, Umberto. *Interpretación y sobre interpretación*, Cambridge University Press, 2ª Edición, Madrid, 1997.

Edwards, I. E.S, Gadd C. J, & Hammond N.G.L, *The Cambridge Ancient History, Part II Early history of the middle east*, Cambridge University Press, UK, 1970.

Evans, Mark. *Edinburgh Companion to Contemporary Liberalism: Evidence and Experience*, Routledge, Londres, 2001.

Ezquiaga, Ganuzas, Francisco, Javier. *La argumentación en la justicia constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del Derecho*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2006.

Fassó Guido. *Historia de la Filosofía del derecho*, tomo I, traducción de José F. Lorca Navarrete, Ed. Pirámide, Madrid, 1982.

Ferrajoli, Luigi. *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999.

Ferrater Mora, José. Diccionario de Filosofía, Montecasino Sudamericana, Tomo I (II Tomos) Buenos Aires, 1964.

Finnis, John. *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press; Oxford, Inglaterra, *idem*, *Ley natural y derechos naturales*, trad. de C. Orrego, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000.

Forsdyke, Sara. *Street theatre and popular justice in Ancient Grece: Shaming, stoning and straying offenders inside and outside the en Past and Present*, Oxford University Press, UK, 1952.

Fraga, Gabino. Derecho Administrativo, Porrúa, 41ª edición, México, 2001.

Friedrich, Hayek A. *The constitution of liberty*, University of Chicago Press, Chicago, 1960.

_____, *Telling Stories in Athenian Law*, American Philological Association Press, Oxford University, 1974.

Gagarin, Michael, & Perlman Paula. *The laws of ancient Crete c. 650 – 400 BCE*. Oxford University Press, New York, EUA, 2016.

Gandulfo R., Eduardo. ¿Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica. Política criminal. N° 8: 10. Archivado desde el original el 4 de abril de 2012.

García Máynez, Eduardo. *Introducción al estudio del Derecho*, Porrúa, 28ª edición, México, 1978.

Garza Mercado, Ario. Manual de técnicas de investigación para estudiantes de ciencias sociales y humanidades, Colmex, 7ª edición, México, 2007.

Goldhill, Simon. *Ritual, Finance, Politics: Athenian Democratic Accounts presented to David Lewis(Representing democracy: women at the Great Dionysia)*, Clarendon Press, Oxford University, 1994.

Guzmán, Brito, Alejandro. *Codificación, descodificación y recodificación del derecho civil chileno*, Revista de derecho y jurisprudencia, Tomo XC.Santiago, 1993.

Guzmán Valdivia Isaac. Citando a Maritain, El Conocimiento de lo Social.

Heller, Hermann. *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, Sexta reimpresión 1971.

_____, *Teoría Política*, Fondo de Cultura Económica, 1963.

Hernández Sampieri, Roberto, Fernández Collado, Carlos, Baptista, Lucio, Pilar, *Fundamentos de metodología de la investigación*, Mc Graw Hill, México, 2007.

Hervada, Javier. *Introducción crítica al derecho natural*, 6a. ed., Pamplona, Eunsa, 1990, *passim*.
_____ “Apuntes para una exposición del realismo jurídico clásico”, *Persona y Derecho*, Pamplona, núm. 18, 1988.

Huerta Ochoa, Carla. *Constitución, Transición y Ruptura en Transiciones y diseños constitucionales*, I.I.J UNAM, México, 1999.

Ibáñez, Elena, Tagliabue, Rosana, Zangaro, Marcela. *Investigar para saber, saber para escribir*, UADE, Buenos Aires, 2007.

Iturralde, Sesma, M.V. *Análisis de algunas cuestiones relativas al problema de las lagunas jurídicas*, Boletín oficial del Estado, BOE, Madrid, 1988,

Kelsen, Hans. *Teoría general de las normas*, Trillas, México, 1994.

_____. *Teoría general del derecho y el Estado*, UNAM, México, 1988.

_____. *Teoría pura del Derecho*, UNAM, México, 1986.

Korn Villafañe, Adolfo. *La republica representativa municipal*, La plata, Argentina, 1944.

Ledesma Uribe, José de Jesús. *La hermenéutica analógica y su aplicación al derecho*, Revista de la facultad de derecho de México, México, nueva serie, año 2014, núm. 261. Enero – junio del 2013.

_____, Irigoyen, Troconis, Martha, Patricia y Rosas, Vallejo, David. *Derecho Romano I en Enciclopedia Jurídica de la Facultad de Derecho UNAM*, México, Porrúa – UNAM, Facultad de Derecho, 2018.

León Molina, Jorge Enrique. “*Elementos para la composición de los sistemas jurídicos maestros*,” NOVUM JUS, Colombia, Universidad Católica de Colombia, año I, núm. 1, enero- junio 2013.

Legrand, Pierre. "How to Compare Now", *Legal Studies*, núm. 2, vol. 16, Julio de 1996.

Lewis (Representing democracy: women at the Great Dionysia), Clarendon Press, Oxford University, 1994.

Luhmann, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*, Herder, México, 2005.

Luypen, William. *Fenomenología del Derecho Natural*, 1968.

MacCormick, Neil. Los límites de la racionalidad en el razonamiento jurídico, en Betegon, Jerónimo, De Páramo, Juan, Ramón, *Derecho y moral*, Ensayos analíticos, Ariel, Barcelona, 1990.

Malberg de, Carré. *Teoría general del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1998.

Mancera Cota, Adrián. “Consideraciones durante el proceso comparativo”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año LI número extraordinario, núm. 121, enero - abril del 2008.

Mapelli Caffarena, Borja. *Delitos contra la administración de justicia en el Código Penal Federal*, S.C.J.N, México.

Merryman John Henry. *La tradición jurídica Romano /Canónica*, Fondo de Cultura Económica, México, 1971.

Mousourakis, George. *The historical and institutional context of roman law*, Routledge press, New Zealand.

Muñoz Razo, Carlos. *Cómo elaborar y asesorar una investigación de tesis*, Pearson / Prentice Hall, México, 2011.

Nino Carlos, Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 2ª edición, 12ª reimpresión, 2003.

O Rabasa, Emilio. *Mexicano esta es tu constitución*, Miguel Porrúa Editores, México, 9ª ed., 1994.

O'Brien David M. *Storm Center*. W.W. Norton & Co. New York. 6ª ed., 2003.

Olivera de, Ives. *Curso de derecho municipal*, Abelardo / Perrot, Buenos Aires, 1960.

Orellana, Retamales, Luís. *La supletoriedad de las leyes*, *Revista chilena de Derecho Vol. 27 No 4*, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 2000.

Orrego Sánchez, Cristóbal. *Analítica del derecho justo. La crisis del positivismo jurídico y la crítica del derecho natural*, México, UNAM, 2005.

Palao Herrero, Juan. *El sistema jurídico Ático clásico*, Dykinson Editorial, Madrid, 2007.

Pardinas, Felipe. *Metodología y técnicas de Investigación en Ciencias Sociales*, Siglo XXI, 34ª edición, México, 1996.

Picontó Novales, Teresa, *Hermenéutica Jurídica*, Universidad de Zaragoza, revista *La nueva hermenéutica jurídica*, Zaragoza España.

Pina Vara, Rafael. *Derecho Civil Mexicano*, Porrúa, México, 1956.

Preciado Hernández, Rafael. *Lecciones de Filosofía del Derecho*.

Raz Joseph. *El Concepto de sistema jurídico*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1986.

- Reyes Salas, Gonzalo. *Sistemas Políticos Contemporáneos*, Oxford University Press, México, 2000.
- Ross, Alf. *Validity and the conflicto between legal positivism and natural law*, UBA Departamento de Publicaciones, Buenos Aires, 1961.
- _____, *Sobre el derecho y justicia*, Trad, Carrió Genaro, Editorial Universitaria, Buenos Aires, 1963.
- Rojina Villegas, Rafael. *Derecho Civil Mexicano, t.I, Introducción y personas*, Porrúa, México, 4ª ed., 1980.
- Sánchez, Barrilao, Juan, Francisco. *La regla de supletoriedad a propósito de la sentencia del tribunal constitucional 61/1997, de 20 de marzo: Continuidad y Renovación del derecho estatal*, Revista de Estudios Políticos (nueva época) Num. 99. Enero – Marzo, 1998,
- Sánchez Medal, Ramón. *De los contratos civiles*, Porrúa, México, 17ª ed., 1999.
- Savigny, Karl Friedrich Von. *Sistema de Derecho Romano*, F. Góngora y compañía, Madrid, 1879.
- Segal, Jeffrey A & Spaeth, J, Harold. *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*. Cambridge Univ. Press, Cambridge, 2002.
- Sirvent Gutiérrez, Consuelo. *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, Porrúa, México 11ª edición, 2009.
- Segura Ortega, Manuel. *El problema de las lagunas del derecho, Anuario de filosofía del derecho VI*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1989.
- Shortwell, T, James. *An introduction of the history of history*, Columbia Univesity Press, New York, 1922.
- Schmelkes, Corina, Elizondo, Schmelkes, Nora, *Manual para la presentación de anteproyectos e informes de investigación (tesis)*, Oxford, 6ª reimpresión, México, 2015.
- Spiteris, Yannis. *Eclesiología Ortodoxa*, Dehoniano, Salamanca España, 2003.
- Soto Sobreyra y Silva, Ignacio. *Teoría de la norma Jurídica*, Porrúa, México, tercera edición, 2012.
- _____. *Ley de Instituciones de Crédito* 12ª edición Editorial Porrúa, SA, México 2018.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Que es el Poder Judicial de la Federación*, SCJN, México, 4ª ed., 2005.

Tarello, Giovanni. *Cultura Jurídica y política del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1995.

Tena Ramírez, Felipe. *Derecho Constitucional Mexicano*, Porrúa, México, 20ª ed., 1993.

_____, *Leyes fundamentales de México* Ed. Porrúa.

Troper, Michelle. *La estructura del sistema jurídico y el nacimiento del Estado*, Trad, Cueva, Hernández, Ricardo, *Eunomia*, Revista en cultura de la legalidad, No 4 marzo agosto del 2013, Madrid.

Vázquez Pando, Fernando A. *El Sistema Jurídico Mexicano*, en *Jurídica* núm. 7, 1975.

Watson, Alan. *Legal Transplants, An Approach to Comparative Law*, Edimburgo, Scottish Academic Press. s. a.e.

Weber, Max. *La política. El político y el científico*, Alianza, Madrid, 5ª ed., 1979.

Witker, Jorge. *Técnicas de investigación jurídica*, Mc Graw Hill, México, 1998.

Zweigert, Konrad & Kotz, Hein, *Introducción al derecho Comparado*, Oxford University Press, 2012.

LEGISGRAFÍA:

C.I.C, Imprimatur, Pamplona, 2010.

Código Civil para la Ciudad de México, 2019

Código Penal Federal

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Constitución Española.

Tribunales Colegiados de Circuito, Decima Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Libro XXIII, Agosto de 2013, amparo en revisión 90/2013.29 de mayo del 2013.)

Tesis I, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, t. XXXI, abril del 2010.

Tribunales Colegiados de Circuito, Decima Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Libro XXIII, Agosto de 2013.

Pleno, Novena Época Apéndice, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo I, Agosto de 2001.

MESOGRAFÍA:

<https://www.academia.net.edu>

https://web.archive.org/web/20120404152243/http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf Consultado el 31 de marzo de 2019.

<https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>.

<https://www.britannica.com/biography/David-Dudley-Field>, consultado el día 1 de abril del 2019 a la 1:39 am.

<http://www.contraloriadf.gob.mx/contraloria/cursos/MARCOJURIDICO/paginas/sl.php>

<http://www.diccionariojuridico.mx/definicion/lagunas/>.

<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpf.htm>, Consultado el día 26 de marzo del 2019 a las 3:26 am.

<http://edition.cnn.com/2009/POLITICS/05/04/ifill.court/>.

<https://www.eleconomista.com.mx/empresas/8-ejes-del-T-MEC-que-debes-conocer-tras-su-firma-20181130-0066.html>.

<http://es.scribd.com/doc/103292930/41/LA-COSTUMBRE-EN-EL-DERECHO-MEXICANO>

https://www.oas.org/juridico/mla/sp/mex/sp_mex-int-description.html.

<http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/articulos/14.pdf>

<http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/articulos/133.pdf>

https://www.ohchr.org/Documents/Publications/AdvocacyTool_sp.pdf

<https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>, consultado el día 17 de marzo del 2019 a las 14:00horas.

https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm consultado el día 17 de marzo del 2019 a las 14:00horas.

https://www.oas.org/juridico/mla/sp/mex/sp_mex-int-description.html.

http://cedoc.inmujeres.gob.mx/documentos_download/100039.pdf.

<https://www.iso.org/standard/62085.html>

<https://deconceptos.com/general/tecnica>

<https://dle.rae.es/?id=MoKYIPi>. Consultado del día 3 de abril del 2019 a las 4:37.

<https://dle.rae.es/?id=SjUIL8Z>, consultado el día 24 de febrero a las 11:50 am.

<https://dle.rae.es/?id=Y4JqQ2c> consultado a la 1:00 am del día 26 de mayo del 2019.

www.juridicas.unam.mx, 2013

<https://mexico.justia.com/federales/constitucion-politica-de-los-estados-unidos-mexicanos/titulo-primer/capitulo-i/#articulo-1> consultado el día 24 de febrero a las 12:33 pm.

<https://mexico.justia.com/federales/constitucion-politica-de-los-estados-unidos-mexicanos/titulo-primer/capitulo-i/#articulo-14>.

<https://mexico.justia.com/federales/constitucion-politica-de-los-estados-unidos-mexicanos/titulo-primer/capitulo-i/#articulo-16>.

https://mexico.justia.com/federales/constitucion-politica-de-los-estados-unidos-mexicanos/titulo-septimo/#article_124

<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5713/7486>.

<http://search.open.ac.uk/public/search/results?q=Renaissance>, definición de renacimiento, consultado el miércoles: 23 de enero del 2019 a las 21:49.

<https://www.sitios.scjn.gob.mx>

[https://www.sitios.scjn.gob.mx/cursoderechopenal/sites/default/files/Lecturas/-Ensayo%20LOS%20DELITOS%20CONTRA%20LA%20ADMINISTRACIÓN%20\(Dr%20%20Borja\)%20Modulo%20III.pdf](https://www.sitios.scjn.gob.mx/cursoderechopenal/sites/default/files/Lecturas/-Ensayo%20LOS%20DELITOS%20CONTRA%20LA%20ADMINISTRACIÓN%20(Dr%20%20Borja)%20Modulo%20III.pdf).

http://www.vatican.va/archive/ESL0020/_P2.HTM, consultado el día 26 de enero del 2019, a las 18:51.

http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/es/apost_constitutions/documents/hf_jp-ii_apc_25011983_sacrae-disciplinae-leges.html

http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_150519.pdf, artículo 16, consultado el martes 28 de mayo de 2019

www.significadode.org%2Fsistematicidad.htm&usg=AOvVaw1jgkIR_sq1XlcYzgWvv3Ou

<http://www.wordreference.com/sinonimos/adaptar>.

https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5559130&fecha=01/05/2019, consultado el martes 28 de mayo de 2019.

Código Civil Federal comentado, Instituto de Investigaciones Jurídicas,
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3276/4.pdf>, consultado el martes 28 de mayo de 2019.

http://www.senado.gob.mx/comisiones/desarrollo_social/docs/marco/Ley_FT.pdf, Ley Federal del Trabajo, consultado el martes 28 de mayo de 2019.

<https://www.juragentum.org/topics/wlgo/es/bobbio.htm>

<https://www.who.int/features/facilities/disability/es/>

<https://billofrightsinstitute.org/founding-documents/es/primary-source-documents.htm>

<https://www.derecho.unam.mx/investigacion/publicaciones/librosfac/pdf/pub03/05DrLedesma.pdf>

<http://fama2.us.es/fde/codigoNapoleon.pdf>

ENCICLOPEDIAS:

Biographical encyclopedia of the Supreme Court. *The lives and legal philosophies of the justices.*, edited by Melvin I. Urofsky. Washington, D.C.

<https://www.britannica.com/biography/David-Dudley-Field>, consultado el día 1 de abril del 2019 a la 1:39 am.

The Federalist Papers, No 39. <https://billofrightsinstitute.org/founding-documents/es/primary-source-documents.htm>

Enciclopedia Microsoft Encarta.

DICCIONARIOS:

Ferrater Mora, José, *Diccionario de Filosofía*, Ed. Atlante, México 1941.

Brugger, Walter, S. J., *Diccionario de Filosofía*, Traducción de José M. Vélez C. Herder, Barcelona, 1992.

Diccionario Jurídico Mexicano, Ed. Porrúa.

Hörmann, Karl, *Diccionario de Moral Cristiana*, Herder, Barcelona, 1985.

Schmill Ordóñez, Ulises, Voz Lógica Jurídica, *Diccionario Jurídico Mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México

Diccionario abierto de español en línea

www.significadode.org%2Fsistematicidad.htm&usg=AOvVaw1jgkIR_sq1XlcYzgWvv3Ou.

Diccionario Pequeño Larousse Ilustrado, Larousse, 19ª edición, México, 1994.

Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Espasa / Calpe, Madrid, 2010.

<http://www.diccionariojuridico.mx>