



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

Facultad de Derecho

Posgrado en Derecho

Con Reconocimiento de Validez Oficial ante la Secretaría de Educación Pública, bajo

acuerdo número 2003040 de fecha 24 de Enero de 2003

La Interpretación Judicial:

Del juez boca de la ley al juez creador del Derecho.

Tesis que para obtener el grado de

Maestro en Derecho Procesal Constitucional

Sustenta el

Lic. José Sebastián Gómez Sámano

Director de la Tesis

José María Soberanes Díez

Índice

| | |
|---|-----------|
| I. <u>Introducción</u> | 5 |
| II. <u>Juez espectador de la historia. Aplicación de la ley</u> | 10 |
| a. <u>Introducción</u> | |
| b. <u>Derecho natural racionalista/Ilustración.- Razón en el legislador</u> | |
| c. <u>Codificación</u> | |
| d. <u>Interpretación de la ley</u> | |
| e. <u>Referimiento al legislador (réfère législatif)</u> | |
| f. <u>Interpretación autorizada por el Código Napoleón (escuela de la exégesis)</u> | |
| g. <u>Clasificación en la historia</u> | |
| III. <u>Juez actor en la historia. Creación del Derecho y control judicial de la Constitución</u> | 37 |
| a. <u>Autorización de la interpretación de la ley por parte del poder judicial y su evolución</u> | |
| b. <u>Antiformalismo</u> | |
| c. <u>Control judicial de la Constitución. Facultad del juzgador para declarar inconstitucionales las leyes</u> | |
| i. <u>Caso Marbury vs. Madison (1803)</u> | |
| ii. <u>Nacimiento del juicio de amparo en México (1841)</u> | |
| iii. <u>“Primer sentencia de amparo” en México</u> | |
| iv. <u>Amparo Vega de 1869</u> | |
| IV. <u>Juez director de la historia</u> | 64 |
| a. <u>Era posterior a la segunda Guerra Mundial</u> | |

- b. [Interpretación de la norma e irradiación del Derecho](#)
- c. [Principios constitucionales](#)
- d. [Proporcionalidad como decisión última de las controversias](#)
- e. [Tribunales Constitucionales y neoconstitucionalismo](#)
- f. [Tipos de resoluciones del juez creador del Derecho](#)
 - i. [Interpretación conforme o sentencias interpretativas](#)
 - ii. [Sentencias exhortativas y de mera incompatibilidad](#)
 - iii. [Sentencias aditivas. Poder judicial legislador](#)
 - iv. [Contrarreformas de forma y de fondo a la Constitución.](#)
 - v. [Inaplicación de la Constitución.](#)

V. [Epílogo.....99](#)

- a. [Razón en el juzgador](#)
- b. [¿Gobierno de los jueces?](#)

VI. [Conclusiones.....107](#)

VII. [Bibliografía.....109](#)

Introducción

Cuando la especie humana haya alcanzado su pleno destino y su perfección más alta posible, se constituirá el reino de Dios sobre la tierra, imperando entonces la justicia y la equidad en virtud de una conciencia interna, y no por temor de autoridad pública alguna.

IMMANUEL KANT en la clausura de su curso sobre filosofía moral el 19 de abril de 1785.

Les dijo a los jueces: Miren bien lo que hacen, porque ustedes no juzgan en nombre de los hombres, sino en nombre de Yahvé, que está con ustedes cuando administra justicia.

II Crónicas (19, 6)

El Poder Judicial ha modificado sustancialmente su función y su repercusión en el mundo jurídico desde el siglo XVIII hasta nuestros días. Cuando inicia la Revolución Francesa hubo un movimiento político para convertir a la función judicial en un poder “nulo”; posteriormente, el poder judicial empezó a adquirir relevancia en el Derecho al interpretar e integrar la ley, y por último, en nuestros días el juez se ha convertido en el gran artífice de la construcción del Derecho.

De concebir la función del juez como un ente inanimado que sólo pronuncia las palabras de la ley (Montesquieu) o el reconstructor del pensamiento del legislador, ahora se ha convertido en el ente encargado de resolver los conflictos entre los poderes de un

Estado; instancia para resolver los conflictos internacionales; la última instancia para decidir las controversias morales (aborto, eutanasia, libertad de expresión, etc) e inclusive como creador de normas para los particulares, a través, entre otros medios, de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales.

En este trabajo se analizará la función judicial desde el siglo XIX hasta nuestros días para advertir cómo ha cambiado la configuración del Poder Judicial principalmente a través de la evolución de la interpretación del Derecho pretorianamente.

En este trabajo se tratará de demostrar que en el siglo XVIII y parte del XIX el juez es un simple *espectador* del fenómeno jurídico pues su función teóricamente se circunscribía a aplicar mecánicamente la ley, sin ninguna facultad para integrar o interpretar la ley. Como lo señaló Montesquieu, este juez era únicamente la “boca de la ley” y un poder “nulo”.

Por su parte, en la segunda mitad del siglo XIX y la primera mitad del XX el juez se convierte en un partícipe del fenómeno jurídico al poder interpretar la ley e integrarla cuando existen las lagunas de la ley, e inclusive para declarar contraria a la Constitución a la propia ley al surgir el control de constitucionalidad. Es decir, el juez se convierte en un *actor* del fenómeno jurídico al poder crear Derecho.

Por último, en la última parte del siglo XX y en el XXI advertimos que el juzgador se ha convertido en guía del Derecho pues en los precedentes se generan las directrices para la creación de las normas jurídicas por parte de los operadores jurídicos. La Constitución y los derechos fundamentales son lo que los jueces dicen que son, por lo que todo el actuar, tanto del poder legislativo como del ejecutivo e inclusive de los ciudadanos, debe respetar lo que dicen los jueces. Por ende, el juez se convierte en el *director del Derecho*.

HAMILTON, JAY *et.al.*, en su clásica obra *El Federalista* en el siglo XIX afirmaban que el poder judicial era el menos poderoso de los tres poderes. Lo anterior porque el ejecutivo tenía a su cargo la “fuerza de la comunidad”, el legislativo tenía la facultad de aprobar las leyes de todos los ciudadanos, así como el presupuesto. El poder judicial, en cambio, era el “menos peligroso”, ya que no tenía ni “fuerza” ni “voluntad”; tampoco poder, ni influencia en el presupuesto; su único y débil atributo, era el *discernimiento*:

El ejecutivo no sólo dispensa de los honores, sino que posee la fuerza militar de la comunidad. El Legislativo no sólo dispone de la bolsa, sino que dicta las reglas que han de regular los derechos y los deberes de todos los ciudadanos. El judicial, en cambio, no influye ni sobre las armas, ni sobre el tesoro; no dirige la riqueza ni la fuerza de la sociedad, y no puede tomar ninguna resolución activa. Puede decirse con verdad que no posee fuerza ni voluntad, sino únicamente discernimiento¹.

Lo curioso es que ese discernimiento que fue minusvalorado en el siglo XIX y la primera mitad del s. XX, tiene actualmente una gran importancia, ya que lo fundamental no es disponer *per se* del presupuesto o la fuerza², sino que ahora, el discernimiento mismo es la piedra angular de la historia y el poder judicial –que goza intrínsecamente de ese atributo– podrá transformar la realidad.

Esta investigación tiene repercusión en una época como la nuestra que patentemente vive desencantada del proyecto ilustrado. La racionalidad, que hace no muchos siglos era el

¹ HAMILTON, JAY, *et.al.*, *El Federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 1943, 331.

² Como afirma Alexander BICKEL sobre la Corte Suprema de Estados Unidos: “The least dangerous branch of the American government is the most extraordinarily powerful court of law the World has ever known”. BICKEL, Alexander, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2a. ed., New Haven, Yale University Press, 1.

paradigma del perfeccionamiento humano, se vio convertida a su aspecto meramente instrumental, como la Escuela de Frankfurt tuvo a bien señalar. El posmodernismo, una “rebelión suave” contra la modernidad, acaso pueda ser superado atribuyendo el paradigma de la razón al poder judicial.

Como repetidamente lo señala la historia, las decisiones más importantes de la humanidad, no pueden dejarse al arbitrio del mayoriteo o de la simple voluntad. Hace no muchas décadas, estas decisiones tan importantes fueron dejadas al arbitrio de las mayorías. Así, las mayorías pudieron determinar quiénes eran personas (por ejemplo, la negación del atributo de persona a judíos, afroamericanos, indígenas, etc), quiénes eran sujetos de derechos, qué derechos podían restringir a determinados grupos sociales. Las mayorías, como lo expresó Aristóteles, sin un bien objetivo, pueden convertirse en los mayores opresores, en las supremas tiranas³.

Entonces, los valores fundamentales del ser humano, sostengo en esta investigación a manera de epílogo (debido a que esta tesis se centra en la evolución de la interpretación judicial y de la judicatura), deben dejarse en las manos de la razón y no de la voluntad (como por ejemplo, en el simple mayoriteo). Los derechos fundamentales no se otorgan por un acto de voluntad. Tienen que ser reconocidos por un acto de inteligencia. Tampoco deben deberse a un acto gracioso del soberano. Sostengo, en vista de lo anterior, que el juez es el más cualificado por el ordenamiento jurídico para ejercer ese control de los derechos humanos y del *logos*. Esto se debe a que el juez posee diversas garantías para que ello suceda, como podrá verse a lo largo de este estudio.

El juez, en un ejercicio dialógico y en uso de la racionalidad, se encuentra en un sitio paradigmático para crear y dirigir la historia. El juez, como un intérprete de la ley, más

³ Por ejemplo, en la *Política* señala que: “Pero, al parecer, por todos lados hay dificultades. ¡Qué!, ¿los pobres, porque están en mayoría, podrán repartirse los bienes de los ricos; y esto no será una injusticia, porque el soberano de derecho propio haya decidido que no lo es? ¡Horrible iniquidad!” ARISTOTELES, *Política*, Libro III, Cap. VI.

que como una máquina de deducciones silogísticas del ámbito jurídico, puede revertir algunas de las perversiones de la historia.

I. Juez espectador de la historia. Aplicación de la ley

a. Introducción. Juez como espectador de la historia.

Este juez lo podemos ubicar a finales del siglo XVIII hasta la primera mitad del Siglo XIX y surgió derivado del pensamiento conocido como *modelo exegético legalista*, mejor conocido como *formalismo jurídico* o *positivismo legalista*⁴, que tuvo como postulados los siguientes:

a. Reducción del Derecho a la ley: la única fuente del Derecho era la ley, por lo cual, existía una sinonimia entre estos dos conceptos⁵;

b. Tajante separación entre creación y aplicación del Derecho (ley), siendo que la primera era competencia exclusiva de la voluntad perfecta del legislador, mientras que la segunda era encomendada al juzgador; y

c. El valor jurídico central lo constituía la seguridad jurídica o “saber a qué atenerse jurídicamente o contar con la respuesta previsible y anticipada para cada problema jurídico”.⁶

⁴ Cfr. MORA RESTREPO, Gabriel, *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces*, Buenos Aires, Marcial Pons, 117.

⁵ Cfr. VIGO, Rodolfo, *De la ley al derecho*, México, Porrúa, 2005, *passim*.

⁶ Idem.

Este juez tiene sus orígenes en el pensamiento de la Ilustración y tiene su consagración precisamente en la Revolución Francesa y las leyes derivadas de dicho movimiento. La característica principal de este juez es que sus decisiones están acotadas a lo que dice *literalmente* la ley.

Este modelo de juez lo denominamos infrahistórico o “bajo la historia” porque este juzgador no tiene incidencia en la modificación del ordenamiento jurídico, es decir, no puede establecer normas jurídicas. Es un engranaje más de la maquinaria estatal que se encuentra subordinado a los dictados del legislativo, pues su única función consiste en aplicar la norma al caso en concreto.

Bajo este influjo, se creía que los jueces debían ser “los primeros esclavos de la ley y no sus árbitros”⁷, o bien, siguiendo a Savigny, que su función se limitaba a reconstruir el pensamiento del legislador ínsito en la ley. Montesquieu es uno de los pensadores que moldeó con precisión las características de este modelo de juez, perfil que sería retomado posteriormente por varios redactores de diversos códigos como por ejemplo, el Código Civil de los Franceses y muchos países influidos por la tradición gala, incluido México⁸.

En su clásico libro *El espíritu de las Leyes*, Montesquieu delimitó claramente –a su juicio– la división de poderes e hizo una tajante (y artificial) división entre dichas esferas competenciales: por una parte se encontraba el legislador que expedía las leyes, y por otro lado, el juez que tenía como única función la de aplicarlas.

⁷ VOLTAIRE, *Filosofía de Voltaire*, “Fragmento de las instrucciones para el príncipe real de...”, IV, A Coruña, Imprenta del Diario, 1837.

⁸ Cfr. GÓMEZ SÁMANO, José Sebastián, *La motivación Judicial. Non razione imperii, sed rationis imperio*, en *Principios de la Ética Judicial Iberoamericana*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación/Comisión Iberoamericana de Ética Judicial, 2012; “Paideia Jurisdiccional”, en *Ars Juris* no. 11, julio-diciembre 2011, y *Justicia y Equidad (de hemis a Diké, de la Isonomía a la Epikeia, y de éstas al Filein)*, inédito

En el apartado “Sobre las leyes que forman la libertad política en su relación con la constitución” y específicamente en el capítulo "Sobre la Constitución de Inglaterra" Montesquieu se expresa negativamente sobre la función judicial en los siguientes términos:

De esta suerte, el poder de juzgar que tan terrible es entre los hombres, al no estar vinculado ni a un estamento determinado ni a una profesión concreta, se hace, por así decir, invisible y nulo. (...) Mas, si los tribunales no debieran ser fijos, los fallos debieran serlo hasta el extremo de que nunca sean más que un texto preciso de la ley. Si fueran una opinión particular del juez se viviría en una sociedad sin saber con certeza qué obligaciones se han contraído⁹.

Como se ve, Montesquieu, como hombre de su tiempo, tiene los prejuicios propios de la época en que se veía en el antiguo régimen a los jueces como un estamento privilegiado de tipo conservador que servía para mantener el *status quo*. Por ello, para Montesquieu el poder de juzgar deber ser nulo. Su función se circunscribe a ser un reflejo del texto preciso de la ley, es decir, reduce a la función judicial a una mera aplicación de la ley a fin de garantizar la seguridad jurídica (“saber con certeza qué obligaciones se han contraído”).

Remata Montesquieu con estas tajantes palabras:

Podría ocurrir que la ley, al tiempo clarividente y ciega, fuera demasiado rigurosa en ciertos casos. Pero los jueces de la nación, como ya hemos dicho, no son más que la

⁹ MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*, Cap. VI De la Constitución de Inglaterra, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1906.

boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni su fuerza ni su severidad¹⁰.

Hasta este punto llega Montesquieu al expresar que la ley puede llegar a ser rigurosa e inclusive injusta. Sin embargo, de forma temeraria dicho pensador ilustrado explica que el juez no tiene ninguna capacidad para moderar sus efectos, puesto que es únicamente la boca de la ley, un ente nulo, “seres inanimados que no pueden moderar ni su fuerza ni su severidad”. Va más allá Montesquieu al indicar lo siguiente: "De los tres poderes de los que hemos hablado, el de juzgar es, en cierto sentido, nulo. No quedan, entonces, más que dos (...)". En suma, y como lo apunta literalmente el Barón de Montesquieu, el poder judicial es un “poder” nulo.

Como se aprecia, el positivismo exegético-legalista le privó al juez el atributo o calidad de persona, puesto que lo concibió como un ser “mecánico”, es decir, un mero aplicador de la ley. De ser un sujeto de Derecho en el antiguo régimen, se le convirtió en un objeto, en un aplicador ciego de la ley.

Este modelo de juez surge sin duda del pensamiento de la Ilustración y de una de las escuelas que bebieron de dicho pensamiento que es el Derecho natural racionalista que pasaremos a explicar en el siguiente apartado.

b. Derecho natural racionalista/Ilustración.- Codificación. Razón en el legislador

Existe una definición de derecho natural de Erienne Chauvín, profesor de Rotterdam, en su *Lexicon Philosophicum* del año de 1692; a saber:

¹⁰ Idem.

(...) el que se deriva de la sola razón, es decir, que no difiere de la razón misma, al igual que las conclusiones, por lo mismo, no difieren de los principios de los que se deducen: así el derecho natural *es, aun cuando Dios desde ahora decidiera que dejase de ser*¹¹.

De la definición del profesor de Rotterdam se advierte que el derecho natural racionalista quiso construir su pensamiento jurídico sólo y a través de la razón. El derecho natural surge por la razón en sí y por eso se atreve a decir (lo cual era una verdadera herejía para la tradición religiosa de ese tiempo) que sería derecho natural aun cuando Dios decidiera que dejara de ser.

En términos semejantes Hugo Grocio señala que el derecho natural “valdría de algún modo aun cuando se admitiera –lo que no podría hacerse sin incurrir en un crimen horrendo- que no hay Dios o que, si lo hay, no se interesa en las cosas humanas”¹².

De dicha razón surge de la aplicación de un **nuevo método jurídico**, el cual debía estar dotado de la certeza que tienen las matemáticas¹³, emulando al pensamiento cartesiano, que se pretendió aplicarlo a la filosofía y a otras ciencias como al derecho¹⁴.

¹¹ ASUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier (coord.. et.al), *Historia de los Derechos Fundamentales*, España, Dykinson, 1998, p. 574.

¹² GROCIO, Hugo, *Prolegomena a de iure belli ac pacis*, 11

¹³ El more geométrico no sólo tuvo su influencia en el derecho (Grocio) sino también a la Ética (Spinoza) y a la política (Hobbes), véase *Historia de los Derechos Fundamentales*, op.cit., p. 577.

¹⁴ VALLET DE GOYTISOLO, Juan, “De Montesquieu a Portalis”, Sesión del martes 7 de noviembre de 1989 ante la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, p. 161: <http://www.racmyp.es/R/racmyp/docs/anales/A67/A67-11.pdf>

En efecto, los juristas pretendieron utilizar los nuevos métodos manejados para elaborar las ‘ciencias de la naturaleza’, tratando de construir una doctrina jurídica *more mathematico* –según el método de las matemáticas–¹⁵.

Alf ROSS en su libro *Sobre el Derecho y la Justicia* expresa claramente el nuevo método jurídico en los siguientes términos:

(...) lo que es nuevo es precisamente el método mediante el cual el Derecho Natural es deducido de la naturaleza humana. El factor nuevo y crucial es la orgullosa confianza de haber hallado un método científico incontrovertible en reemplazo del remiendo semiteológico y semiempírico de los tiempos pasados. Este es el método declarativo o geométrico de Descartes. Se consideró que habían descubierto los medios para elevar a la filosofía al mismo nivel científico que las matemáticas. Todo lo que hacía falta era hallar un punto de partida seguro en una serie de axiomas indiscutiblemente verdaderos (evidentes). El resto sólo sería lógica, deducción, tal como las matemáticas no son más que deducción basada en un sistema de axiomas. En el ámbito de la filosofía jurídico esto significaba, que partiendo de algunos pocos principios de absoluta claridad y evidencia, captados a través de la meditación sobre la naturaleza del hombre, sería posible deducir un sistema jurídico completo. Este es el orgulloso y esperanzado programa del racionalismo¹⁶.

En este sentido, Alf ROSS señala que la construcción del derecho natural racionalista fue llevado a cabo concienzudamente. Por ejemplo, tomando como punto de partida la ley de la sociabilidad, que emana de la naturaleza social del hombre y que lleva a

¹⁵ Material de clase, tema 6, de la materia Historia del Derecho de la Universidad Complutense de Madrid: http://ocw.uc3m.es/historia-del-derecho/historia-del-derecho/material-de-clase-2/Tema_6.pdf

¹⁶ ROSS, A, *Sobre el Derecho y la Justicia*, Buenos Aires, Eudebe, 2005, Ref. 8, p.240.

unirse con sus semejantes en una vida comunicativa pacífica, se dedujo un amplio sistema de reglas jurídicas, a menudo, hasta los detalles más minúsculos¹⁷.

Se trató de empezar desde cero (a la usanza cartesiana de que se debe dudar de todo, incluida la propia existencia: *cogito ergo sum*), es decir, hacer una *tabula rasa* de toda la tradición anterior, para empezar a elaborar un derecho racional, a partir precisamente de la razón humana. Ello no quiere decir que se haya dejado de lado totalmente al derecho anterior (por ejemplo, los principios del derecho romano), sino que a partir de postulados de la naturaleza humana (muchos de ellos deducidos de los conceptos romanos) se pretendió crear un nuevo derecho.

Por ende, se trataba de abrogar todo derecho recibido de las generaciones anteriores y de sustituirlo por la razón humana, con la luz de su *cogito abstracto*, y elaborado deductivamente por la razón¹⁸.

En este sentido apunta Norbert HORN que el derecho natural de los siglos XVII y XVIII está marcado por el concepto de que el Derecho se podría basar en principios superiores, generalmente comprensibles y obligatorios, por ser accesibles a la razón humana, para posteriormente a partir de esos principios, poder derivar, con un procedimiento razonable sistemas de Derecho completos con muchas reglas individuales¹⁹.

Dichas reglas serían elaboradas por el legislador. Así, la **razón pública** se encuentra o deposita en el legislador. Él es el quien realiza todos los cambios sociales derivado de esos principios que se acogen mediante la razón. A partir del ideario revolucionario plasmado en la Constitución se modificaría la realidad a través de las distintas

¹⁷ Idem.

¹⁸ Cfr. VALLET DE GOYTISOLO, Juan, op. Cit., p. 161.

¹⁹ Cfr. HORN, Norbert, "Sobre el derecho natural racionalista y el derecho natural actual" en *Anuario de Derechos Humanos*, 1 (2000), 79.

codificaciones. Así podemos ver en el siguiente mandato de la Asamblea Constituyente en 1790 (en plena revolución): “Las leyes civiles serán revisadas y reformadas por los legisladores, y se hará un Código General de leyes simples, claras y ajustadas a la Constitución”²⁰.

En efecto, la “Razón” aclamada por los ilustrados fue depositada en los representantes populares, llámese Voluntad General o Poder Legislativo. Al juez sólo le correspondía aplicar lo que la voluntad general, a través de leyes claras dictaba esa representación.

A partir de la ley se genera el cambio. Con estas ideas Hegel señaló que “no debe uno pronunciarse en contra [de la filosofía] cuando se dice que la revolución [francesa] recibió su primer estímulo de la filosofía”, lo cual refrenda Habermas al señalar que era un lugar común afirmar que la filosofía había trasladado la revolución de los libros a la realidad y que los principios fundamentales del derecho natural racional eran los principios de las nuevas constituciones²¹.

En un periódico francés de la época de la revolución francesa llamado *Moniteur* se leía: “No corresponde sino a los fundadores de la República, la realización del sueño de los filósofos de hacer leyes simples, democráticas e inteligibles a todos los ciudadanos”²². Voltaire expresó en su *Diccionario Filosófico* la labor de los legisladores: “[que] establezcan [los legisladores] todas las leyes de manera clara, uniforme y precisa: el interpretar la ley es casi siempre corromperlas”²³.

²⁰ Material de clase, materia Filosofía del Derecho e los Siglos XIX y XX de la Universidad de Alicante: http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/20557/1/APUNTES_DE_FILOSOFIA_DEL_DERECHO.pdf

²¹ HABERMAS, Jürgen, Teoría y praxis. Estudios de filosofía social. Ed. Tecnos. Madrid, 1987, citado por Historia de los derechos fundamentales (HDF), p. 573.

²² VALLET GOYTISOLO, Juan, op. Cit., p. 164.

²³ VOLTAIRE, *Diccionario filosófico*, Ed. y trad. de Luis Martínez Drake y José Areán Fernández, Madrid, Akal, 1976, 261.d

En el mismo sentido el Proyecto del año VIII del Código Civil Francés (1800), disponía: "Existe un derecho universal e inmutable, fuente de todas las leyes positivas; él no es más que la ley natural, en tanto gobierna a todos los hombres" (art. I). En cuanto a la labor del juez señalaba lo siguiente: "En las materias civiles, el juez, a falta de ley precisa, es un ministro de la equidad. La equidad es un retorno a la ley natural o a los usos recibidos, en el silencio de la ley positiva" (art. XI)²⁴.

ROUSSEAU se había adelantado a estas ideas en *El contrato social* al expresar que la ley es un acto que emana de la voluntad general, el cual es la que el pueblo estatuye sobre sí mismo, por ello, las leyes no pueden ser injustas ya que nadie lo es consigo mismo. Por ello señala que: "el legislador es, bajo todos los conceptos, un hombre extraordinario en el Estado", por lo que conceptualiza a la función de legislar como superior²⁵. Esto se vio reflejado en el artículo 6 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en que se señaló que: "La ley es la expresión de la voluntad general".

De este apartado quiero resaltar que la razón se deposita en el poder Legislativo a través de las leyes. Al ser el legislador el portador de la razón (luz de la humanidad) se explica por qué existió en ese tiempo la política anti-hermenéutica dirigida hacia los jueces, pues interpretar la ley sería corromper la ley perfecta.

Piero CALAMANDREI señala lo siguiente:

Toda la obra de los reformadores revolucionarios aparece inspirada como por un ciego fetichismo por la omnipotencia de la Ley, por la ilimitada

²⁴ BATIZA, Rodolfo, "El derecho romano en el Código Civil Francés y en los Códigos Civiles Mexicanos de 1870, 1884 y 1928" en *Jurídica*, 1990, p.462.

²⁵ Cfr. CARMONA TINOCO, Jorge, *La interpretación judicial constitucional*, México, UNAM, 1996, p. 27.

autoridad del poder legislativo; el derecho objetivo, más bien que un producto histórico en continua evolución, es considerado como el resultado de algunos principios filosóficos abstractos, buenos para todos los tiempos y para todos los lugares, fijado en modo definitivo por la voluntad del legislador que todo lo prevé (...) considerando haber alcanzado la cúspide de la civilidad y confiando en la infalibilidad de la razón, los filósofos del final del siglo XVIII creyeron que había llegado el momento de reunir de una vez para siempre en un texto absolutamente completo todas las normas que agotasen en cada campo las posibles contingencias jurídicas; y quisieron por consiguiente, que el Código, la redacción del cual fue, desde los momentos iniciales de la Revolución, uno de los más tenaces propósitos de los reformadores, debiese bastar para todo en el dominio jurídico²⁶.

El interpretar las leyes por parte de los jueces sería atentar en contra de esa razón que se encuentra en las leyes, además de que sería una intromisión en las funciones del poder legislativo como lo concibió Montesquieu.

c. Codificación

De estas ideas, surge el movimiento codificador, que pretende que todas las normas se escriban en artículos sistemáticamente elaborados. En los códigos se trataría de establecer un derecho totalmente racional y perfecto, reductible a artículos sencillos y claros²⁷, de

²⁶ CALAMANDREI, Piero, *La casación civil*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, p. 42.

²⁷ En este sentido, por ejemplo, se puede citar el artículo preliminar del proyecto D'Olivier de 1786: "La naturaleza y la razón inspiran todos los deberes impuestos a cada individuo de la especie humana. Ese código no escrito está grabado en todos los corazones por la divinidad. ¡Ay del que desconozca sus leyes! Si escapa a la justicia humana, el Dios a quien ofende será el vengador al que debe temer. De ese código divino se ofrecen aquí por escrito sólo las leyes que es indispensable seguir en los Estados civilizados a causa de la corrupción de las costumbres. Cada uno encontrará en su conciencia, en su propia inteligencia, el desarrollo del sentido de esas leyes en los casos no expresados". BATIZA, Rodolfo, loc. Cit. Para un estudio más profundo acerca de este proyecto, véase el artículo de BATIZA, Rodolfo, "El primer código civil en la historia" en *Jurídica*, 1993.

modo “que sería aplicable a todos los hombres, sin distinción de raza ni religión, en cualquier lugar, tiempo y circunstancias”²⁸.

Con la idea del derecho natural racionalista se trató de positivizar el Derecho Natural Racionalista teniendo entre sus virtudes la simplicidad, claridad, univocidad, certeza, plenitud y consistencia lógica. Así el Código, podría entenderse como un producto de la Razón, y sería, por lo tanto, la traducción jurídico-positiva de esa racionalidad del Derecho Natural, pero promulgada por el legislador humano²⁹.

Sirviéndose de estas ideas sobre el método matemático, surgió en el siglo XVIII el concepto de ‘código’, como una ley cuyo contenido derivaba de los principios del derecho natural, conocidos mediante la razón y fijados a través de una operación lógica.

Como apunta CRUZ BARNEY, el fundamento filosófico-jurídico de la codificación se encuentra inmerso en el derecho natural racionalista, de la cual se extrajeron dos premisas: **a.** Posibilidad de obtener un derecho justo siempre por su conformidad con la razón universal, y **b.** Sistema u organización del derecho sobre la base de un plan lógico axiomático jurídico.³⁰

Entonces, existe un derecho racional conforme a la naturaleza y destinado a la felicidad de los hombres, que había que descubrir, fijar su contenido y publicarlo como derecho vigente.³¹

²⁸ Cfr. VALLET DE GOYTISOLO, Juan, loc. Cit.

²⁹ *Idem.*

³⁰ Cfr. CRUZ BARNEY, Óscar, *La Codificación en México, 1821-1917*, IIJJ-Unam, México, 2004, p.7.

³¹ *Idem.*

Las consecuencias del Derecho Natural Racionalista y la codificación tuvieron repercusión en la ciencia del Derecho puesto que el nuevo jurista debe limitarse a estudiar el código, consciente de que más allá de él no existe el Derecho. Por así decirlo, debe limitarse a describirlo y a deducir de él normas implícitas, pero sin la posibilidad de rebasar el marco del Derecho legislado.

d. Interpretación de la ley

Como precisamos anteriormente, se estableció una tajante separación artificial entre el poder legislativo y el judicial como se estudió en el pensamiento de MONSTESQUIEU. Al legislador le correspondía expedir la ley en forma abstracta y al juez aplicar mecánicamente la ley al caso en concreto.

Se encontraba vedada la interpretación de las leyes pues los ilustrados consideraban que si la ley era ‘clara, uniforme y precisa’ cumpliría la función de ordenar la vida social, al introducir claridad y simplicidad en las relaciones sociales; por lo que la interpretación de las leyes debería quedar excluida, porque la hermenéutica “con su inevitable multiplicidad de soluciones, deshace la claridad, uniformidad y precisión que debe exigirse a las leyes”³², es decir, se corrompería la ley.

También la prohibición de la interpretación se explica por los principios de igualdad y libertad de la Revolución Francesa puesto que bajo dicho ideario sólo se consideraría *derecho legítimo* aquel que procede de la voluntad de todos, ya que nadie puede ostentar

³² CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco, *Historia del Derecho Natural. Un ensayo*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999, p.221.

sobre los demás una racionalidad superior³³. Es decir, la interpretación de los jueces vendrían a generar que existiera una voluntad superior por parte de los jueces³⁴.

En este sentido ROBESPIERRE, en plena Revolución Francesa, se pronuncia en contra de la interpretación de los jueces al expresar que: “En un estado que tiene una constitución y legislación, la jurisprudencia de los tribunales no es otra cosa que la ley”³⁵. En este sentido, indica ROSSEAU que: “el autor de la ley sabe mejor que nadie cómo debe ser ejecutada e interpretada”³⁶.

La sentencia se conceptualizaba como un acto simple de carácter lógico de tipo silogístico, en el que la ley constituía la premisa mayor, la premisa menor era hecho del caso, y la conclusión era la resolución del juzgador. En este sentido Cessare BECCARIA en el clásico libro de *De los delitos y las penas* señalaba:

En todo delito se debe hacer por el juez un silogismo perfecto: la mayor debe ser la ley general; la menor, la acción conforme o no con la ley; la consecuencia, la libertad o la pena. Cuando el juez esté constreñido o quiera hacer incluso dos silogismos, se abre la puerta a la incertidumbre³⁷.

Cessare BECCARIA se pronunció incluso en contra de entrar al espíritu de la ley al señalar que:

³³ Ibidem, p. 222.

³⁴ Ello se deduce por el pactismo, puesto que los individuos independientes, una vez que habían decidido concluir el contrato social, no podían ‘soportar’ otro derecho que el expresamente pactado: porque, éste es el único derecho legítimo.

³⁵ Sesión del 18 de noviembre de 1790 (“Moniteur”, 1790, 1336), citado por CALAMANDREI, Piero, *La casación civil*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945., p. 47. “Dans un État qui a une constitution, une législation, la jurisprudence des tribunaux n’est autre chose que la loi”.

³⁶ ROSSEAU, Jean Jacques, *Contrato social*, Lib. III, cap. IV, Madrid, Edad, 1997, 124.

³⁷ BECCARIA, Cessare, *De los delitos y las penas*, Madrid, Carlos III Universidad de Madrid, 1993, 23.

El espíritu de la ley sería, pues, el resultado de la buena o mala lógica de un juez, de una digestión fácil o malsana, dependería de la violencia de sus pasiones, de la debilidad de quien [las] sufre, de la relación del juez con la víctima [del delito] y de todas aquellas mínimas fuerzas que cambian la apariencia de todo objeto en el ánimo fluctuante del hombre³⁸.

Estas ideas de BECCARIA se encuentran recogidas en el Proyecto del Código Civil Francés de 1800 de donde se advierte del libro preliminar que:

Cuando una ley es clara, no hay que eludir en nada la letra, bajo pretexto de penetrar en el espíritu; y en la aplicación de una ley obscura, se debe preferir el sentido más natural y aquel que es menos defectuoso en la aplicación³⁹.

Estas ideas se positivaron en diferentes legislaciones de la tradición continental como se advierte a continuación:

En la Constitución de Cádiz al disponer en su artículo 131 que era facultad de las Cortes el *interpretar* las leyes: “Las facultades de las Cortes son: Primera: Proponer y decretar leyes, e interpretarlas y derogarlas en caso necesario (...)”.

Igualmente, en México en el *Decreto Constitucional para la libertad de la América Mexicana*, sancionado en Apatzingán el 22 de octubre de 1814 se dispuso que

³⁸ Idem.

³⁹ GUZMAN BRITO, Alejandro, “Las fuentes de las normas sobre interpretación de las leyes del "digeste des lois civiles" ("code civil") de la Luisiana (1808/1825)” en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 31 (2009), 177.

correspondía al Supremo Congreso: “Examinar y discutir los proyectos de ley que se propongan. Sancionar las leyes, *interpretarlas* y derogarlas en caso necesario”⁴⁰

La Constitución Federal Mexicana de 1824 dispuso igualmente bajo esta influencia: "En la interpretación, modificación o revocación de las leyes y decretos, se guardarán los mismos requisitos que se prescriben para su formulación"⁴¹.

Inclusive en la Constitución Mexicana de 1857 se recogen estas ideas en el artículo 14 constitucional al señalar que:

No se podrá expedir ninguna ley retroactiva. Nadie puede ser juzgado ni sentenciado, sino por leyes dadas con anterioridad al hecho y *exactamente aplicadas a él*, por el tribunal que previamente haya establecido la ley⁴².

Como se advierte, inclusive en la Constitución del 57 se hablaba de que la ley debía aplicarse exactamente al caso derivado del pensamiento ilustrado. Es decir, señalaba que la ley debía aplicarse exactamente al caso en concreto de lo que se infiere que la ley contemplaba todas las soluciones ex-ante para todos los problemas jurídicos.

Al respecto, Benito Juárez en 1861 presidente interino de la República, expidió un decreto por el que estableció que las sentencias de todos los tribunales del país *debían fundarse en ley expresa*, bajo pena de responsabilidad de los juzgadores⁴³.

⁴⁰ GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, “El legislador como intérprete constitucional”, Ferrer..., p. 243. Igualmente Lorenzo de Zavala constituyente de 1824 expresó: "Formar las leyes, interpretarlas, aclararlas y dispensarlas son atribuciones del poder (legislativo) y sería muy peligroso dejar cualquiera de ellas al Gobierno".

⁴¹ Constitución Federal Mexicana de 1824, Artículo 64.

⁴² Decreto de 28 de febrero de 1861. Caballero Juárez, “La codificación y el federalismo judicial”, p. 606.

En varios estados de México se prohibió a los jueces la facultad de interpretar las leyes. Por lo cual cualquier “duda de la ley” debería hacerse del conocimiento del Congreso del Estado, por conducto del gobernador, sin que ni siquiera el Tribunal Superior de la entidad pudiera plantearla directamente al poder legislativo⁴⁴. Por ejemplo, en la Constitución de Tamaulipas se sancionaba con la destitución del juez si llegaba a interpretar la ley y se multaba a los particulares que indujesen a la interpretación de las leyes por autoridades distintas de la legislativa. Dicha Constitución establecía: “Nadie aunque sea magistrado, juez o letrado, puede interpretar las leyes; sino éstas se entenderán por su tenor literal, dando a las voces comunes el significado que tienen generalmente en el Estado”⁴⁵.

La prohibición en la interpretación de la ley por parte del Poder Judicial generó la institución del referimiento al legislador en Francia como se expone a continuación.

e. Referimiento al legislador (*référé législatif*)

Toda vez que la interpretación de la ley se encontraba vedada para el Poder Judicial, pues al hacerlo la corrompían y ejercían funciones correspondientes al poder legislativo, se instituyó la institución del *référé législatif* o referimiento al legislador, el cual consistía en que cuando en una controversia pendiente de resolver, el juez consideraba que no existía una ley específicamente aplicable al caso, o bien la ley era ambigua, debía consultar dicho asunto al Poder Legislativo para que interpretara ésta de manera auténtica.

⁴³ Decreto de 28 de febrero de 1861. Caballero Juárez, “La codificación y el federalismo judicial”, p.- 606.

⁴⁴ Cfr. GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, op. Cit., p. 387. Así lo establecían los artículos 180 de la Constitución de Xalisco de 1824, el 147 de la Constitución de Zacatecas de 1825; el artículo 171 de la Constitución de Tabasco de 1826; el 118 de la Constitución de Michoacán de 1825, y 123 de la Constitución de San Luis Potosí.

⁴⁵ Constitución de Tamaulipas de 1825, Fracción tercera.

El *référé législatif* es definido por Philippe-Antoine MERLIN en la obra de *Répertoire universel de jurisprudence* de la siguiente manera: “El referimiento legislativo es el proceso por medio del cual los jueces, antes de decidir un asunto que consideran imposible de resolver, debido a la ambigüedad de la ley o a una laguna legislativa, refieren la interpretación [de la ley] al poder legislativo”⁴⁶.

Bajo la óptica de MONTESQUIEU y del pensamiento ilustrado al juez sólo le correspondía *aplicar* la ley, no *interpretarla*. Bajo estas ideas es que surgió la institución de la casación y la referencia al legislador.

El *référé législatif* tenía dos dimensiones:

- a) La prohibición para el juez de interpretar las leyes cuando dictaba una sentencia (prohibición de la interpretación) (*référé represivo*)⁴⁷.
- b) La obligación de consultar al legislador cuando considerara necesario interpretar una ley o de aprobar una nueva (*référé preventivo*)⁴⁸.

Robespierre propuso en 1790 el referimiento legislativo y propuso crear el Tribunal de Casación en los siguientes términos:

⁴⁶ Ph.-A. Merlin, *Référé au législateur*, in *Répertoire*, 5 ed., Paris, 1827, XIV, p. 368

⁴⁷ Tipología de CALAMANDREI, Piero, *La codificación civil...*, p.48: “[the *référé législatif* is] the process by which the judges, before deciding on an issue that they considered impossible to solve, due to the ambiguity of the law or to a legislative hole, referred to the authority holding the legislative power for the interpretation

⁴⁸ ALVAZZI, Paolo, *The origins of the référé législatif and the cahiers de doléances of 1789*, Firenze, Reti-Mediavali-Firenze University Press, 2014, 306.

(...) la máxima, que fue conocida en el derecho público romano y en nuestro gobierno monárquico. (...) La ley romana estableció que la interpretación de sus disposiciones le correspondía a quien las había expedido: *ejus est interpretari legem, qui condidit legem*. Si otra autoridad distinta al legislador estuviera facultada para interpretar sus disposiciones, esa autoridad podría modificarlas y se posicionaría por encima del legislador⁴⁹.

Dichas mociones se positivaron y se convirtieron en derecho vigente a través del artículo 10 del título II de la *Ley sobre el ordenamiento judicial* de 16-24 de agosto:

Los tribunales no podrán arrogarse directa o indirectamente ninguna función legislativa, ni invalidar o suspender la ejecución de los decretos o leyes sancionadas por el Rey, so pena [de ser acusados] de prevaricación (*Les Tribunaux ne pourront prendre directement ou indirectement aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution des décrets ou corps législatifs sanctionnés par le Roi, à peine de forfaiture*)⁵⁰.

Robespierre, el 25 de mayo de 1790 bajo la idea de Locke de la voluntad general, advierte el riesgo de posibles connivencias reprobables entre los tribunales inferiores y el de casación para violar la ley (*connivence entre les tribunaux inférieurs et le Tribunal de Cassation pour violer la loi*), y propone reafirmar la supremacía del Legislativo, al proponer dos medidas: **a.** la prohibición de la interpretación de la ley por parte del poder

⁴⁹ 25 mai 1790, in Archives parlementaires, I série, XV vol., p. 670, en ASTILLON, Walter, *Breve diatriba sobre la casación*, http://www.poder-judicial.go.cr/salaprimera/phocadownload/Publicaciones/BREVE_DIATRIBA_SOBRE_LA_CASACION.pdf

⁵⁰ Idem.

judicial, y **b.** la ubicación del tribunal de Casación, no en el marco de la jurisdicción sino en el seno del Poder Legislativo (*c'est dans le sein du Corps Législatif qui doit être placé le Tribunal de Cassation*)⁵¹.

Así en la discusión sobre el Tribunal de Casación se expresó: “La Casación no es parte del poder judicial, sino una emanación del poder legislativo. (...) Es una comisión legislativa encargada de reprimir la rebelión en contra de la voluntad general de la ley”. (*La Cassation, n'est pas une partie du pouvoir judiciaire, mais une émanation du pouvoir législatif. C'est par rapport à l'ordre judiciaire un hors d'oeuvre, une espèce de commission extraordinaire du corps législatif chargé de reprimer la rébellion contre la volonté générale de la loi*)⁵².

Dicho en palabras de un constituyente francés de apellido PRIEUR, el Tribunal de Casación sería un centinela establecido para mantener las leyes⁵³.

Finalmente, el 27 de noviembre-1 de diciembre de 1790 se expide la Ley sobre la casación donde se indica en su artículo 3 que el tribunal anularía todos los procedimientos en los que se hubiera violado las formas [del procedimiento] y las sentencias que contuvieran una contravención expresa a la ley⁵⁴.

⁵¹ HALPERIN, Jean-Loius, *Le Tribunal de Cassation et les pouvoirs sous la Revolution*, Librairie General de Droit et de Jurisprudence, París, 1987, p.51, citado por MORON, Manuel “Ensayo sobre el origen y evolución del recurso de casación” en *Anales de la Facultad de Derecho*, 15 (1997), p. 77.

⁵² GOUPIL DE PREFELN, sesión de 24 de mayo de 1790 (“Moniteur”, 1790, 590), citado por Piero Calamandrei, op.cit. p. 54.

⁵³ CALAMANDREI, Piero, op.cit., p. 55.

⁵⁴ MORÓN PALOMINO, Manuel, Ensayo sobre el origen y evolución del Recurso de Casación en Francia, *Anales de la Facultad de Derecho*. Universidad de La Laguna. N° 15, 1997, 78.

Dicha institución tuvo una gran repercusión en muchos países de tradición romano-germánica, como por ejemplo, en el caso de España, Italia, México o Perú⁵⁵, por citar algunos a través del recurso de casación en el que se buscó que los jueces aplicaran literalmente la ley al caso en concreto.

Al respecto, por ejemplo en España encontramos que: “se articularon en realidad los recursos de casación y nulidad, ambos destinados de forma prioritaria, tal y como defendía su principal impulsor, a evitar que cada juez y tribunal se convirtiera en ‘legisladores indirectos’”⁵⁶.

En México los antecedentes de la casación se encuentran en el recurso de nulidad incorporado en la Constitución de Cádiz de 1812⁵⁷. Dicho recurso de nulidad gaditano pasó a la Quinta Ley Constitucional Mexicana de 1836; posteriormente en la Ley que arregla los Procedimientos Judiciales en los Tribunales y Juzgados del Distrito y Territorios Federales de 1857 (“Ley Comonfort”), y finalmente a la Ley para el Arreglo de la Administración de Justicia en los Tribunales y Juzgados del Fuero Común de 1858⁵⁸.

Posteriormente el recurso de casación es introducido formalmente en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y Territorios Federales del 13 de agosto de 1872⁵⁹, tanto por violaciones procesales como de fondo. En este último supuesto, cuando se alegara que la sentencia era contraria a la ley expresa, a su interpretación natural y genuina

⁵⁵ En Italia se estableció en 1774 y en Perú en 1791 y 1793, vid. GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, “El legislador como intérprete constitucional”, Ferrer..., p. 646.

⁵⁶ ÁLVAREZ Alonso, Clara, “La legitimación del sistema. Legisladores, jueces y juristas en España (1810-1870 c.a.)” en *Historia Constitucional*, 5 (2004), 137.

⁵⁷ BUSTILLOS, Julio, *Surgimiento y decadencia de la casación en el siglo XIX*, en Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia, número 3, 2004, p. 145.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 146.

⁵⁹ *Ibidem* p. 147. “Los Tribunales de Casación locales eran los siguientes: el Tribunal Superior de Justicia del Distrito, mediante su Sala de Casación. También la mayor parte de los estados establecieron el recurso de casación que se tramitaba y resolvía ante el Tribunal Superior de Justicia de cada entidad federativa (...) En el ámbito federal, el recurso de casación se interponía ante la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia. Tal recurso fue reglamentado en el Código Federal de Procedimientos Civiles de 1897”.

o cuando comprendiera personas, o cosas o acciones que no hubiesen sido objeto del juicio o no comprendiera todas las que lo hubiesen sido (artículo 1613)⁶⁰.

f. Interpretación autorizada por el Código Napoleón (Escuela de la exégesis)

La prohibición de la interpretación de la ley por parte del Poder Judicial se atenuó con el Código Civil Francés de 1804 al establecer en su artículo 4 la prohibición del *non liquet* [no decidir una controversia]⁶¹ al señalar que el juzgador no podía rehusarse a juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, por lo que implícitamente se le reconoce la facultad de interpretar la ley en dichos casos. Sin embargo, esa interpretación sigue siendo sujeta a la casación (anulación de la sentencia por *fausse interprétation*)⁶².

Esto se corrobora con lo que señaló PORTALIS (uno de los redactores del Código Civil Francés) al señalar en su discurso preliminar que dicha disposición implicaba la abrogación del *référé législatif*⁶³. PORTALIS se pronunció de esta manera en contra del *référé législatif*:

Forzar al magistrado para recurrir al legislador sería admitir el más funesto de los principios; sería renovar entre nosotros la desastrosa legislación de los rescriptos. Pues, cuando el legislador interviene para pronunciarse sobre negocios nacidos y vivamente agitados entre particulares, él no está más al abrigo de sorpresas que los tribunales. Se duda menos del arbitrio reglado,

⁶⁰ Cfr. Casación. Def. 1e. *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, Porrúa, p. 505.

⁶¹ Prohibición de dejar de resolver las controversias por parte de los jueces.

⁶² Cfr. MORÓN PALOMINO, Manuel, *op.cit.*, p 82 y 83. La escuela de la exégesis surgió en Francia y agrupó en el siglo XIX a la mayoría de los civilistas franceses (por ejemplo, Duranton, Bugnet, Demolombe etc). Se distinguen tres periodos de esta escuela: a. Periodo de formación (de 1804 a 1830), un periodo de apogeo (de 1830 a 1880) y un periodo de decadencia (a partir de 1880).

⁶³ PORTALIS, Etienne, Discurso preliminar sobre el proyecto de Código civil, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2014.

tímido y circunspecto de un magistrado, que puede ser reformado, y que está sometido a la acción de prevaricación, que del arbitrio absoluto de un poder independiente, que jamás es responsable⁶⁴.

Ello se ve reflejado en el Proyecto del Código a la Asamblea Legislativa el 2 de enero de 1801 de PORTALIS (integrante de la comisión designada por el Consulado) en que señala en su discurso lo siguiente⁶⁵:

Igualmente nos hemos guardado de la peligrosa ambición de querer regularlo y preverlo todo. ¿Quién podría pensar que aquellos a quienes un código parece siempre demasiado voluminoso son los mismos que osan prescribir imperiosamente al legislador la terrible tarea de no abandonar nada a la decisión del juez?

Como quiera que sea, las leyes positivas jamás podrán reemplazar enteramente el uso de la razón natural en los quehaceres de la vida. Las necesidades de la sociedad son tan variadas, la comunicación entre los hombres tan activa, sus intereses tan múltiples y sus relaciones tan extendidas que resulta imposible para el legislador proveer todo.

Incluso en las materias que atraen particularmente su atención se le escapan infinidad de detalles, o bien son demasiado discutidos y fluctuantes para poder convertirse en objeto de un texto legal.

(...) Sería un error pensar en la existencia de un cuerpo de leyes que hubiere proveído por anticipado a todos los casos posibles y que, sin embargo, estuviese al alcance del vulgo”⁶⁶.

⁶⁴ Idem..

⁶⁵ Integrada por Tronchet, Maleville, Bigot-Préameneu y Portalis.

⁶⁶ Cfr. VALLET DE GOYTISOLO, Juan, op. Cit., p. 164.

Por completo que pueda parecer un código, no bien queda concluido, mil cuestiones en él no previstas asaltan al magistrado. Pues las leyes, una vez redactadas, permanecen tal como han sido escritas; los hombres, al contrario, no reposan jamás, viven en constante actividad, y ese movimiento, que nunca se detiene, y cuyos efectos son diversamente modificados por las circunstancias, a cada instante produce alguna combinación nueva, algún nuevo hecho, algún resultado nuevo.

Multitud de cosas, por consiguiente, han de quedar libradas al imperio de los usos, a la discusión de los hombres instruidos, al arbitrio de los jueces.

La misión de las leyes es fijar a grandes rasgos las máximas generales del derecho, establecer principios fecundos en consecuencias, y no de descender al detalle de las cuestiones que puedan surgir en cada materia.

Es al magistrado y al jurisconsulto, penetrados del espíritu general de las leyes, a quienes toca dirigir su aplicación⁶⁷.

Al respecto, CARMONA TINOCO señala sobre este punto que: “esto suscitó una transformación, lenta y vacilante, por la cual paulatinamente se le otorgó al juez la facultad de interpretar las disposiciones legislativas que debía aplicar”⁶⁸.

⁶⁷ Cfr. *Ibidem*, p. 168 y 169. Asimismo Portalis señaló en su discurso:

“La interpretación doctrinal consiste en captar el verdadero sentido de las leyes y hacerlo inteligentemente y suplirla en los casos no regulados por ellas. Sin esta especie de interpretación, ¿podría concebirse la posibilidad de cumplir la función judicial?

A falta de ley, hay que recurrir a la costumbre y la equidad. La equidad es el retorno a la ley natural, ante el silencio, la contradicción o la oscuridad de las leyes positivas.

Forzar al magistrado a recurrir al legislador, sería admitir el más funesto de los principios; sería poner de nuevo en vigencia entre nosotros la desastrosa regulación de los rescriptos: pues cuando interviene el legislador para pronunciarse en asuntos nacidos y vivientes, agitados entre particulares, no está más el abrigo de arrebatos que los tribunales. Se debe temer menos el arbitraje regulado, tímido y circunspecto de un magistrado, que puede ser reformado, a la acción de la prevaricación en el arbitraje absoluto de un poder independiente que no responde ante nadie. (...) Hay una ciencia para los legisladores como hay otra para los magistrados: y la una no se parece a la otra. La sabiduría del legislador consiste en encontrar, en cada materia los principios más favorables al bien común; la de magistrado en poner estos principios en acción, ramificarlos, extenderlos, mediante una aplicación sabia y razonada, a las hipótesis particulares; estudia el espíritu de la ley cuando la letra denota; y no se expone a ser una y otra vez esclavo y rebelde desobedeciéndola por espíritu de servidumbre”.

En esta escuela existe un predominio de la intención del legislador en la interpretación del texto de la ley; el fin último de la interpretación es descubrir la voluntad del autor de la ley, a esto es lo que se denomina exégesis. “Un texto no vale nada por sí mismo, sino únicamente por la intención del legislador que se considera traducida por aquél”⁶⁹.

PAMPIÑO BALIÑO resume la misión de la escuela de la exégesis en los siguientes puntos: **a)** se generan comentarios exhaustivos, completos y articulados sobre los contenidos del Código; **b)** se crea el mito de la plenitud hermética del Código; **c)** se afirma que el juez es un mero repetidor de las palabras de la ley; **d)** se redefine la enseñanza del derecho como la enseñanza del Código y, a lo sumo, de los principios del derecho natural racionalista que recorren la obra del legislador para los efectos de su integración sistemática⁷⁰.

Existe un *culto* a la ley, pues la única preocupación de esta escuela es el Derecho positivo, y se encuentra exclusivamente en la ley. Así el profesor francés BUGNET expresaba: “No conozco el derecho civil, sólo enseño el Código de Napoleón” y DEMOLOBE señalaba: “Mi divisa, mi profesión de fe, es la siguiente ¡Los textos ante todo!”⁷¹.

En esta escuela, se autoriza la interpretación de la ley aunque exista un predominio en la intención del legislador en la hermenéutica. Por ello el juez sólo puede interpretar la

⁶⁸ CARMONA TINOCO, Jorge Ulises, *La interpretación judicial constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 30.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 31.

⁷⁰ PAMPIÑO BALIÑO, Juan Pablo, *Historia General del Derecho*, México, Oxford University Press, 2006, p. 235.

⁷¹ CARMONA TINOCO, *op.cit.*, p. 31.

ley *únicamente atendiendo a la intención del legislador*; si se efectuara una interpretación creadora se usurparía entonces la función del legislador.

Por ello, ante la duda o insuficiencia de la ley, el juez únicamente puede acudir primeramente en busca de la intención psicológica, real del legislador (interpretación subjetiva), y si no se encuentra habrá que buscar su intención “supuesta” o “presunta”, la cual sería la que tendría el legislador, si se le hubiera presentado un caso de esa naturaleza.

Como indica CARMONA TINOCO se da un paso adelante en relación a la interpretación judicial pues ya se acepta que pueden interpretar los textos legales, sin embargo, únicamente lo puede hacer para desentrañar la intención del legislador⁷².

Ello también tuvo repercusión en la Casación francesa ya que se admitió el recurso no sólo contra la contravención literal de la ley, sino también contra la intención racional de la norma como lo apunta CALAMANDREI:

El primer paso dado por la Corte de casación hacia un desenvolvimiento más amplio consistió, pues, en esto: en que no se exigiera ya para la Casación la contravención literal de la ley, sino que se admitiera que una sentencia pudiera ser casada aun por ser contraria al espíritu de una ley; esto significaba, pues, que para que se diera casación era necesario siempre, como se ha dicho que el juez de mérito se hubiera engañado sobre la existencia o sobre la obligatoriedad de una ley, pero que, para determinar si tal error había existido, la Corte de casación podía tener en cuenta, mejor que el texto, la intención racional de la norma negada⁷³.

⁷² Ibidem, p. 32.

⁷³ CALAMANDREI, Piero, op. Cit., p. 115.

Esta escuela tuvo repercusión en varios países e inclusive en México, algunos ministros trasnochados todavía asumían este pensamiento en el año de 1953 como se advierte en este criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

INTERPRETACION DE LA LEY. La interpretación correcta es la que atiende al espíritu de la ley, a los fines del legislador, o sea la teológica.

Amparo penal directo 1785/53. Por acuerdo de la Primera Sala, de fecha 8 de junio de 1953, no se menciona el nombre del promovente. 3 de febrero de 1955. Unanimidad de cuatro votos. Relator: Agustín Mercado Alarcón⁷⁴.

g. Clasificación en la historia

Ahora bien, el juez exegético-legalista, también llamado boca de la ley (*bouche de la loi*) como lo señala MONTESQUIEU, es un ser que vive en lo que denominamos la *infrahistoria*, pues es un mero *espectador* de los acontecimientos sociales sin la facultad de transformarlos.

La historia lo rebasa, no puede asirla, ni cambiarla. Es un engranaje más de la gran maquinaria estatal. En realidad, este juzgador se asemeja más a un objeto inanimado que a un ser humano.

Se afirma que vive en el *pasado* ya que el juez sólo puede aplicar aquello que ha sido aprobado *ex-ante*. La norma abstracta, general e impersonal expedida por el poder

⁷⁴ Época: Quinta Época. Registro: 294707. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo CXXIII. Materia(s): Común. Página: 666.

legislativo debe aplicarse a situaciones futuras, y por ende el juez aplica indefectiblemente una norma jurídica dada con anterioridad. El juez vive atrapado en el pasado, ya que le está prohibido crear una norma jurídica, a pesar de la existencia de las lagunas del Derecho, o bien aplicar la justicia al caso concreto mediante la equidad. Bajo el dogma de la voluntad general rousseauniana se establece que todos somos iguales formalmente ante la ley, y por ende, la equidad que es una forma de amortiguar el rigor de la ley desaparece de la misma forma.

La historia y los acontecimientos sociales pasan como sucesos ajenos y extraños al juzgador, él se encuentra inerme e indefenso para cambiarlos. Se encuentra mancillado, amputado, disminuido. Además se le quitó su función más importante que es la de dar justicia, ya que sólo puede aplicar la ley.

No es casualidad que el filósofo español ORTEGA Y GASSET, en la tercera década del Siglo XX, afirmara que del “inmenso volumen de la historia universal” se pudieran espumar tan pocos nombres inteligentes de juzgadores. Califica también al oficio del juez de triste y de doloroso, pues es un simple burócrata incapaz de modificar la realidad. Afirma que es un héroe por haber elegido tan gris vocación:

La justicia mecaniza, falsifica el juicio para hacer posible la sentencia. No es, pues, extraño que del inmenso volumen de la historia universal se puedan espumar tan pocos nombres de jueces inteligentes. Aunque personalmente lo fueran, su oficio les obligó a amputar su propia perspicacia. Este es el triste heroísmo del juez, sin el cual la convivencia humana no resultaría posible.

Vaya nuestro respeto a esa dolorosa profesión; pero de paso detestemos a los que sin ejercerla se constituyen tan fácil y alegremente en jueces de afición⁷⁵.

⁷⁵ ORTEGA Y GASSET, José, “Prólogo a una edición de sus obras” en *Obras completas*, Alianza, Madrid, 1983, 343.

II. Juez actor en la historia. Creación del Derecho y control judicial de la Constitución

“Cuando una ley del Parlamento se oponga al Derecho común o a la razón, el Derecho común verificará dicho acto y lo sancionará con la nulidad”.

Bonham’s Case (1610) resuelto por Edward COKE.

Temporalmente podemos ubicar al “juez en la historia” en un momento posterior a la escuela de la exégesis (segunda mitad del siglo XIX) y su fin lo encontramos en la segunda mitad del siglo XX.

Este modelo de juez no es un mero subordinado a lo que dice expresamente la ley, sino que la interpreta de diferentes formas (histórica, sistemática, y teleológica), y se encuentra facultado para llenar las lagunas de la ley (función integradora).

No se agota este modelo de juez en la interpretación, sino que inclusive *puede enjuiciar a la propia ley* a través del control de constitucionalidad a cargo de los jueces, el cual surge en Estados Unidos de América. Sin embargo, el espectro de revisión judicial de las leyes no es tan amplio, ya que el parámetro a través del cual se declaran inconstitucionales las leyes suelen ser cuestiones formales (validez del procedimiento legislativo) o bien una confrontación literal a la Constitución puesto que todavía a los principios no se les dotaba de fuerza vinculante.

Este modelo de juez fractura el dogma que señalaba que "los jueces no pueden juzgar de las leyes sino según ellas" (*iudicare non de legibus sed secundum leges*)⁷⁶, puesto que con este nuevo modelo de juez ya puede juzgarla e inaplicarla, e inclusive declarar que la ley es contraria a la Constitución Política y dejarla sin efectos en los casos concretos.

Por estos motivos, considero que el juez en la historia surge de dos movimientos: los nuevos métodos de interpretación jurídica y el control judicial de la Constitución, los cuales se estudian a continuación.

a. Autorización de la interpretación de la ley por parte del Poder Judicial y su evolución.

En el año de 1837 terminó el *référé législatif* en Francia puesto que el Tribunal de Casación se desvinculó del Poder Legislativo (el Tribunal de ahora en adelante se llamaría Corte de Casación), momento en el que obtuvo su plena independencia y constituyó la cabeza de la organización judicial francesa. Se desvinculó el Tribunal de Casación del Poder Legislativo al considerar que las decisiones corrían el riesgo de resolverse por consideraciones políticas y por la necesidad de garantizar la independencia sobre las disputas en trámite⁷⁷.

Con la derogación del referimiento al legislador, se faculta al Poder Judicial para interpretar las leyes en los casos que tienen bajo su conocimiento. Así los jueces no nada más tienen la autorización de interpretar gramaticalmente la ley, sino que pueden utilizar otros métodos para desentrañar su sentido.

⁷⁶CASTAN, José, *La actividad modificativa o correctora en la interpretación e investigación del derecho*, Madrid, Reus, 2005, 673.

⁷⁷“Approaches to statutory interpretations and legislative history in France” Claire M. Germain (CMG) y FIX-Zamudio, “Lineamientos esenciales de la interpretación constitucional”, en FERRER MAC-GREGOR, *Interpretación constitucional*, Porrúa, México, 2005, p. 541.

Al respecto, Karl Von SAVIGNY (1779-1861) en su clásica obra de *Sistema de Derecho Romano Actual*, autoriza en todos los casos la interpretación de la ley al señalar que “podemos establecer como principio que, por la naturaleza de sus funciones, está el juez siempre obligado a dar un sentido a la ley más oscura”⁷⁸.

De esta manera, Von SAVIGNY distingue las cuatro clásicas formas de interpretación, que describe de la siguiente forma:

- *Gramatical*: “que tiene por objeto las palabras de que el legislador se sirve para comunicarnos su pensamiento; es decir, el lenguaje de las leyes”.
- *Lógico*: consiste en la “descomposición del pensamiento o las relaciones lógicas que unen a sus diferentes partes”.
- *Histórico*: debe esclarecer “el estado de derecho existentes sobre la materia, en la época en que la ley ha sido dada; determina el modo de acción de la ley y el cambio por ella introducido”.
- *Sistemático*: “tiene por objeto el lazo íntimo que una a las instituciones y reglas del derecho en el seno de una vasta unidad”.

Savigny precisa que estas cuatro clases de interpretación no pueden escogerse según el gusto o el capricho, sino que son operaciones distintas cuya reunión es indispensable para interpretar la ley⁷⁹.

⁷⁸ SAVIGNY, M. F. C., *Sistema de Derecho Romano actual*, Capítulo IV: Interpretación de las leyes, Madrid, Centro Editorial de Góngora, 402.

⁷⁹ *Idem*.

Con este paradigma, el juez puede interpretar la ley para resolver las controversias, y dotarle de un *sentido* a la ley, con lo cual se inicia la posibilidad de dotar una nueva configuración al enunciado jurídico positivado.

Por ejemplo, la comisión redactora del Código Civil Federal mexicano de 1870 recoge estas ideas al expresar la necesidad de que el juzgador utilizara su arbitrio para resolver las controversias al advertir que no todos los casos encuadraban en la ley “exactamente aplicable al caso” (como lo disponía expresamente la Constitución Federal Mexicana de 1857):

Más a pesar de las razones expuestas, la Comisión duda, no de la necesidad y conveniencia del artículo, sino de su legalidad. El art. 14 de la Constitución contiene el precepto más justo en principio, pero el más irrealizable en la práctica. Nadie, dice, puede ser juzgado ni sentenciado sino por leyes dadas con anterioridad al hecho, y exactamente aplicables a él, por el Tribunal que previamente ha establecido la ley (...). Si por la palabra exactamente sólo se entiende la racional aplicación de la ley, la dificultad es menos grave, pero el artículo será siempre peligroso, por prestarse a varias inteligencias. Pero si esa exactitud se entiende, como debe entenderse, según su letra y su sentido jurídico, el precepto colocado entre las garantías da por preciso resultado la más funesta alternativa (...) Si se cumple con él, se dejan de resolver mil contiendas judiciales, porque cuando no haya ley exactamente aplicable al hecho, el Tribunal no puede apelar al arbitrio judicial. La idea que esté expresa, es contradictoria de la que expresa la exactitud; ésta acaba donde aquél empieza, y no es concebible cómo un Juez puede usar su arbitrio si debe aplicar la ley exactamente⁸⁰.

⁸⁰ Tesis XXX, Xo, C.J./X, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Epoca, octubre de 1997, p. 610.

Así en el Código Civil Federal de México de 1870 se dispuso: “Cuando no se pueda decidir una controversia judicial ni por el texto ni por el sentido natural, deberá decidirse según los principios generales de derecho, tomando en consideración todas las circunstancias del caso”⁸¹.

En 1902 el Ministro de la Suprema Corte de Justicia Silvestre Moreno Cora señala en su clásica obra sobre el juicio de amparo respecto al arbitrio judicial:

(...) en buena jurisprudencia no debe ser otra cosa que la facultad otorgada a los jueces para ocurrir a las reglas de interpretación, a la analogía, los ejemplos, los antecedentes, la práctica de los Tribunales, la enseñanza de los autores, etc., y llegar por este medio a conocer la verdadera inteligencia de la ley que parezca aplicable al caso⁸².

El Código Suizo de 1907 consignó que si la ley o la costumbre no resolvían la controversia, el juez podía decidir ésta de acuerdo a la regla que hubiera establecido él mismo al ser legislador⁸³. Es decir, se faculta al juez para crear una norma al caso en concreto de acuerdo a su criterio. Aquí se advierte en forma diáfana la facultad para integrar la ley por parte del juez.

⁸¹ Dicho texto para algunos autores contravenía el artículo 14 constitucional que nadie podía ser juzgado sino conforme a leyes dadas con anterioridad al hecho “exactamente aplicables a él”, cfr. *Ibidem*, p. 609.

⁸² MORENO CORA, 1902, *Tratado del Juicio de Amparo conforme a las sentencias de los Tribunales Federales*. Edición original: Tip. y Lit. La Europea, de J. Aguilar Vera y Compañía (S. en C.). Calle de Santa Clara número 15, 1902, edición facsimilar de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, p. 395.

⁸³ CMG., p. 199. Dicho artículo dispone: “Art. 1. La ley se aplicará en todas las cuestiones jurídicas en cuyo respecto contenga, según su tenor literal o interpretación, una determinación,. Si no puede extraerse de la ley un precepto, el Juez resolverá según el derecho consuetudinario y, de faltar este también, según la regla que estableciere si tuviera que actuar como legislador”.

En México, nuevamente rezagados por algunas décadas, encontramos los siguientes criterios:

INTERPRETACION DE LAS LEYES. La función interpretativa del juzgador no se limita a la aplicación servil e inconsulta de la letra del dispositivo legal. La interpretación ha de ir a desentrañar la intención normativa del precepto, del cual la letra no es siempre la expresión cabal del propósito del legislador. De ahí que sea obligatorio para el juzgador que interprete en forma sistemática la totalidad del ordenamiento y que no fraccione éste en forma que, por la aplicación servil de un precepto, se violara el sistema normativo estatuido en el ordenamiento legal. (Tomo CXIII, página 1333. Índice Alfabético. Amparo administrativo en revisión 2005/52. "Soconusco", S. de R. L. 20 de agosto de 1952. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Octavio Mendoza González. Relator: José Rivera Pérez Campos)⁸⁴.

Asimismo el siguiente criterio de 1950:

“INTERPRETACION DE LA LEY. Si se admite que los países de legislación escrita se debaten irremediamente entre la tragedia jurídica de la inmovilidad (que por su naturaleza es la característica de ley preceptiva), y la perenne movilidad de la sociedad que dentro de esa ley se desenvuelve, entonces tendrá que admitirse también que no es posible aceptar, como medio o sistema interpretativo de una ley, aquel que descansa sobre la vieja tesis construida sobre el criterio inmóvil, meramente letrista y gramatical, porque ello equivaldría a entorpecer la evolución social siempre en constante progreso, sino el que deriva de la nueva tesis móvil y progresiva

⁸⁴ Época: Quinta Época. Registro: 318916. Instancia: Segunda Sala. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo CXIII. Materia(s): Común. Página: 495.

que permite interpretar los preceptos legislativos, hasta donde su texto lo admite, alrededor de las modernas ideas advenidas al campo de la ciencia jurídica y de las recientes formas y necesidades aparecidas en la vida social. (Amparo penal directo 6897/49. Altamirano González J. Jesús. 28 de abril de 1950. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Luis G. Corona. Ponente: Luis Chico Goerne)⁸⁵.

b. Antiformalismo

En el último tercio del siglo XIX y el primer tercio del siglo XX, surgen nuevas doctrinas jurídicas tales como el antiformalismo o revuelta contra el formalismo, así como el movimiento del derecho libre y realismo jurídico americano.

Como señala Cristina GARCÍA PASCUAL, el antiformalismo representa una crítica a los dogmas del positivismo precedente: al principio de plenitud y coherencia del ordenamiento, es decir, a la capacidad de la ley y de los códigos de dar respuesta jurídica a todo posible conflicto, a la interpretación lógica de las normas, y a la construcción sistemática de los conceptos: “Pone en evidencia, en definitiva, que el papel del juez es más difícil y complejo de cuanto se había pensado y que el juez es más responsable, moral y políticamente, de sus decisiones de cuanto habían sugerido las doctrinas tradicionales”⁸⁶.

En la doctrina jurídica, Francois GENY en sus obras fundamentales de *Método de interpretación y fuentes del derecho privado positivo* (1899) y *Ciencia y técnica en derecho privado positivo* (1914-1924), partiendo de su lema “por el ‘código civil, pero más allá del

⁸⁵ Época: Quinta Época. Registro: 299978. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo CIV. Materia(s): Común. Página: 984.

⁸⁶ GARCÍA PASCUAL, Cristina, Legitimidad democrática y poder judicial, Generalitat Valenciana, 1997, p. 150.

código civil””, demuestra la insuficiencia de la legislación como fuente única y exclusiva del derecho, por lo que propone otras fuentes del Derecho como la costumbre, la autoridad o la tradición⁸⁷.

De esta forma GENY expresa que el juzgador debe realizar una libre investigación científica: *libre* porque debe estar sustraída al mandato legal, y *científica* porque debe basarse en los datos que le proporciona la ciencia jurídica⁸⁸.

Francois GENY explica en sus propias palabras la insuficiencia de la ley para resolver los problemas jurídicos:

Dicha conclusión tiende a afirmar que los elementos puramente formales y lógicos que se ofrecen a los juriconsultos en el aparato exterior y plástico del Derecho positivo son insuficientes para satisfacer las aspiraciones de la vida jurídica. De donde resulta la consecuencia inevitable que la jurisprudencia debe buscar fuera y sobre estos elementos los medios de llenar toda su misión⁸⁹.

Rudolf Von IHERING por su parte introduce una nueva visión sobre la interpretación jurídica, al señalar que el Derecho debe aplicarse a la luz de sus *finés* (de ahí el nombre de una de sus obras *El Fin del Derecho* [1877]), y por ende, el intérprete jurídico, entre ellos el juez, debe entender la política pública, social o económica que la ley

⁸⁷ Cfr. Juan Pablo PAMPIÑO BALIÑO, op.cit., p. 262.

⁸⁸ Cfr. Idem. En estos terminus lo señala GENY: “(...) el trabajo que incumbe al juez me ha parecido poder calificarlo libre investigación científica; investigación libre, toda vez que aquí se sustrae a la acción propia de la autoridad positiva, investigación científica, al propio tiempo, porque no puede encontrar bases sólidas más que en los elementos objetivos que sólo la ciencia puede revelar”.

⁸⁹ De VILLAMOR Morgan-Evans, Elisenda, “La libre investigación científica en el sistema jurídico continental: La teoría de Francoís Geny” en *Anuario de la Facultad de Derecho*, 19 (2001), p. 437.

busca e interpretar la norma para buscar de manera primaria la efectiva realización de dicha política⁹⁰.

Por ello, el juez está autorizado a velar por la realización de las consecuencias de la política encarnada o plasmada en la ley, incluso si para ello debe sacrificar el texto, la historia, la lógica o el sistema⁹¹. En este sentido apunta LÓPEZ MEDINA: “Todos estos arbitrios de interpretación formalista deben ceder el paso a una consideración práctica del fin o propósito de la norma y a la evaluación de si la norma interpretada conduce a las consecuencias queridas”⁹².

Para el movimiento del derecho libre:

el derecho se encuentra lleno de lagunas y para poder resolverlas, hay que confiar en el poder creativo [del] juez, por cuanto los textos legislativos envejecen y los seres humanos todos los días configuran un incommensurable número de nuevas relaciones frente a las cuales los textos jurídicos resultan anacrónicos⁹³.

Para el movimiento de derecho libre el juez no sólo integra la ley, sino que incluso puede ir en contra de la ley (al menos al texto literal) para adecuar su sentido a la realidad social. Entre otros autores del movimiento del derecho libre encontramos a GNAEUS FLAVIUS, EHRLICH, JUNG, RUMPF, STAMPE, entre otros.

⁹⁰ LÓPEZ MEDINA, Diego, “Hermenéutica legal y hermenéutica constitucional”, en *Interpretación constitucional*, (2005), p. 784.

⁹¹ Idem.

⁹² Ibidem, 785.

⁹³ BLANCO ZÚÑIGA, Gilberto, *La interpretación legal a la interpretación constitucional*, Bogotá, Ibáñez, 2010, p.85.

Gnaeus Flavius KANTOROWITZ en 1906 expresaba que el juez civil podía juzgar contra la ley cuando: a) la resolución legal no estaba exenta de dudas; b) cuando el juez se encontraba convencido de que el legislador actual hubiese dictado reglas distintas de las de la misma ley; c) en casos extremadamente complicados; y d) las partes han dispensado de la observancia del Derecho establecido por el Estado⁹⁴. JUNG sostenía que el juez debía fallar por excepción contra la ley cuando la aplicación de la ley al caso individual causaría aún mayor mal que su inobservancia⁹⁵.

De esta manera, en el III Congreso de la Asociación de Profesores Alemanes de Derecho Público (*Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*) celebrado en Münster en 1926, los teóricos de la *Volksgemeinschaft* postularían el fin de la soberanía de la ley⁹⁶.

En este sentido, en una Sentencia de la 5ª Cámara Civil de 4 de noviembre de 1925 en Alemania, se planteó frontalmente la cuestión del control de constitucionalidad material de la ley, resolviendo que la sumisión del Juez a la Ley no excluye que:

el propio Juez rechace la validez de una Ley del Reich o de algunas de sus disposiciones en la medida en que las mismas se opongan a otras disposiciones que han de considerarse preeminentes y que deben ser observadas por el Juez. En cuanto que la Constitución no contenía disposición alguna que privara al Juez de esta facultad, atribuyéndola a otro órgano, el Reichsgericht, en lo que ahora interesa,

⁹⁴ Cfr. ABELARDO ROJAS, Roldán, *Sistemas de Interpretación de la ley. El arte de la interpretación jurídica*, México, UNAM, 1977, p. 682.

⁹⁵ Cfr. Idem.

⁹⁶ Cfr. FERNANDEZ Segado, Francisco, “La obsolescencia de la bipolaridad ‘Modelo americano-modelo europeo kelseniano’ como criterio analítico del control de constitucionalidad y la búsqueda de una nueva tipología explicativa’ en *Parlamento y Constitución*, 6 (2002), p. 14.

terminaba reconociendo el derecho y el deber del Juez de examinar la constitucionalidad de las leyes del Reich⁹⁷.

De estas ideas surge la interpretación histórico-evolutiva en que la ley puede interpretarse para adecuarla a la realidad de conformidad con los postulados de la escuela del derecho libre. Es decir, el juez le da un sentido a la ley para que esté en consonancia a los tiempos actuales.

En 1934 el Tribunal Supremo Español acoge este tipo de interpretación al señalar:

aun sin acoger todas las conclusiones propugnadas por los partidarios del llamado método histórico-evolutivo de interpretación de las normas jurídicas, puede admitirse hoy, como doctrina ponderada y de muy general aceptación, la de que no bastan para realizar cumplidamente la función interpretativa los elementos gramatical y lógicos, pues si la ley ha de estar en contacto con las exigencias de la vida real, que constituyen su razón de ser, es preciso que los resultados que se obtengan merced a esos dos elementos clásicos sean reforzados y controlados por la aplicación del que suele llamarse elemento sociológico, integrado por aquella serie de factores -ideológicos, morales y económicos- que revelan y plasman las necesidades y el espíritu de la comunidad en cada momento histórico⁹⁸.

En México, por ejemplo, en una tesis jurisprudencial de 1950 la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia acepta también la interpretación creadora de la ley (en su vertiente de histórico-evolutiva) al expresar que no es posible aceptar, como medio o sistema interpretativo de una ley aquel que descansa sobre la vieja tesis construida sobre el criterio inmóvil, meramente letrista y gramatical, porque ello equivaldría a entorpecer la

⁹⁷ FERNANDEZ Segado, Francisco, op. Cit., p. 17.

⁹⁸ JOAQUÍN RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, El criterio histórico en la interpretación jurídica, *Dereito* Vol.22, nº ext.:599-632 (Noviembre, 2013).

evolución social siempre en constante progreso, sino más bien el que deriva de la nueva tesis móvil y progresiva que permite interpretar los preceptos legislativos, *hasta donde su texto lo admite, alrededor de las modernas ideas advenidas al campo de la ciencia jurídica y de las recientes formas y necesidades aparecidas en la vida social*. Cito:

INTERPRETACIÓN DE LA LEY. Si se admite que los países de legislación escrita se debaten irremediamente entre la tragedia jurídica de la inmovilidad (que por su naturaleza es la característica de ley preceptiva), y la perenne movilidad de la sociedad que dentro de esa ley se desenvuelve, entonces tendrá que admitirse también que no es posible aceptar, como medio o sistema interpretativo de una ley, aquel que descansa sobre la vieja tesis construida sobre el criterio inmóvil, meramente letrista y gramatical, porque ello equivaldría a entorpecer la evolución social siempre en constante progreso, sino el que deriva de la nueva tesis móvil y progresiva que permite interpretar los preceptos legislativos, hasta donde su texto lo admite, alrededor de las modernas ideas advenidas al campo de la ciencia jurídica y de las recientes formas y necesidades aparecidas en la vida social”. (Amparo penal directo 6897/49. Altamirano González J. Jesús. 28 de abril de 1950. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Luis G. Corona. Ponente: Luis Chico Goerne. Quinta Época: Tomo CIV, página 2744. Índice Alfabético. Amparo directo 6895/49. Navarrete Topete J. Inés. 28 de abril de 1950. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Luis G. Corona. Ponente: Luis Chico Goerne)⁹⁹.

c. Control judicial de la Constitución. Facultad del juzgador para declarar inconstitucionales las leyes

⁹⁹ Época: Quinta Época. Registro: 299978. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo CIV. Materia(s): Común. Página: 984.

El elemento fundamental que vino a revolucionar el cambio de paradigma del juzgador fue el control judicial de la Constitución que generó lo que actualmente conocemos como Estado Constitucional de Derecho. Mediante este sistema se facultó al juez para inaplicar leyes que consideraban inconstitucionales e inclusive para dejarlas sin efectos en los casos concretos.

Es decir, se generó algo inconcebible décadas atrás en el paradigma de la omnipotencia del legislador o de la “soberanía parlamentaria”, pues se facultó al juez para contradecir lo que decía la ley, para salvaguardar el texto de la Constitución.

El juez por tanto ya no es un mero subordinado al legislador o “siervo de la ley” en la expresión ciceroniana, pues inclusive puede tacharle la plana al legislador, es decir, resolver que el legislador violó la Norma Suprema, lo cual es un verdadero giro copernicano en lo referente a la concepción de la judicatura.

A continuación desarrollaré brevemente algunos sucesos relevantes y sentencias que introdujeron y reconocieron el control judicial de la Constitución.

i. Caso *Marbury vs Madison* (1803)

La *Judicial Review* fue instaurada en el constitucionalismo estadounidense (al menos en el ámbito federal) por John MARSHALL, al interpretar el artículo VI, parágrafo 2 de la Constitución estadounidense de 1787, al establecer que la Constitución era la ley suprema del país y obligatoria para todos los jueces. Con este asunto nace en la historiografía el control jurisdiccional de la Constitución o *Judicial Review*.

Alexander HAMILTON, delegado a la Convención por el Estado de Nueva York, se anticipó doctrinalmente a MARSHALL en los papeles del Federalista, como se advierte a continuación:

Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriese que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquélla que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios.

“Esta conclusión no supone de ningún modo la superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Sólo significa que el poder del pueblo es superior a ambos y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se halla en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la última de preferencia a las primeras. Deberán regular sus decisiones por las normas fundamentales antes que por las que no lo son.

(...) No hay proposición que se apoye sobre principios más claros que la que afirma que todo acto de una autoridad delegada, contrario a los términos del mandato con arreglo al cual se ejerce, es nulo. Por lo tanto, ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido¹⁰⁰.

Resulta ilustrativo de la *Judicial Review* las palabras de Alexis de Tocqueville que plasmó en su clásica obra de *La Democracia en América*: “(...) los americanos han reconocido a los jueces el derecho de fundamentar sus decisiones en la Constitución más que en las leyes. En otros términos, se les permite la no aplicación de las leyes que les

¹⁰⁰ ETO CRUZ, Gerardo, “John Marshall y la sentencia Marbury vs Madison”, p.52, en FERRER MC-GREGOR, Eduardo, *Derecho procesal constitucional*, México, Porrúa, 2003, p. 73-74.

parezcan inconstitucionales. Sé que este derecho ha sido a veces reclamado por los tribunales de otros países; pero jamás se les ha concedido. En América está reconocido por todos los poderes; no hay partido, ni hombre siquiera, que se lo discuta”¹⁰¹.

Con estas ideas, se gestan los razonamientos contenidos en la célebre sentencia *Marbury vs Madison* que vino a revolucionar el papel del Poder Judicial en las democracias occidentales y en la transformación del Derecho en su conjunto.

En los razonamientos jurídicos de la sentencia, se advierten los siguientes argumentos condensados por Carlos S. NINO, que son los siguientes:

Premisa 1. El deber del poder judicial es aplicar la ley.

Premisa 2. Cuando hay dos leyes contradictorias, no hay más remedio que aplicar una desechando la otra.

Premisa 3. La Constitución es la ley suprema y define qué otras normas son ley.

Premisa 4. La supremacía de la Constitución implica que cuando entra en conflicto con una norma dictada por el Congreso esta segunda deja de ser válida. Premisa

Premisa 5. La negación de la premisa anterior, supondría que el Congreso pudiera modificar la Constitución dictando una ley ordinaria, por lo que la Constitución no sería operativa para limitar al Congreso.

Premisa 6. El Congreso está limitado por la Constitución.

Premisa 7. Si una norma no es una ley válida carece de fuerza obligatoria.

Conclusión: Una ley contraria a la Constitución no debe ser aplicada por el Poder Judicial¹⁰².

¹⁰¹ ETO CRUZ, op. Cit., p. 53, en Ibidem.

¹⁰² NINO, Carlos S.: “Los fundamentos del Control Judicial de Constitucionalidad”; en AA.VV.: *Fundamentos y Alcances del Control Judicial de Constitucionalidad*, Centro de Estudios Constitucionales, Cuadernos y Debates, Madrid, 1991; p. 100.

Es relevante esta sentencia porque la Corte Suprema de Estados Unidos adjudicó al Poder Judicial de manera exclusiva el control judicial a pesar de que la Constitución de ese país no estableció una facultad expresa para dicho poder, y para declarar inconstitucionales las leyes secundarias que se pronunciaran en contra de la Constitución.

Así, en la sentencia se indica lo siguiente: “La cuestión de si una ley común que repugna a la Constitución puede llegar a ser una ley válida, interesa profundamente a los Estados Unidos (...) Entre estas alternativas no hay término medio. O bien la Constitución es una ley superior inmodificable por medios ordinarios, o bien queda al nivel de las demás leyes del Congreso y como tales, puede ser alterada según el Legislativo quiera alterarla. (...) Indudablemente, es de la competencia y del deber del Poder Judicial, el declarar cuál es la ley”.

Concluye la Corte Suprema de Estados Unidos la sentencia:

Así la fraseología especial de la Constitución de los Estados Unidos, confirma y fortalece el principio que parece ser esencial a todas las Constituciones escritas de que una ley contraria a la Constitución, es nula y que los tribunales, tanto como los demás departamentos del Gobierno, están obligados por dicha Constitución.

No obstante, la Suprema Corte de Estados Unidos resolvió que resultaba incompetente para conocer del asunto, ya que a pesar de que la ley secundaria atribuía a dicho órgano la facultad de conocer en primera instancia de esos asuntos, la Constitución establecía que tenía una facultad de segunda instancia, por lo que señaló que la ley resultaba inconstitucional y que por ello, el actor debía plantear el asunto ante un juez inferior y una vez agotada esa instancia entonces tendría facultad para conocer del asunto

(es decir, en revisión o en apelación). Dicha sentencia tuvo repercusión en la configuración de los sistemas constitucionales de todo el mundo, incluido México como se advierte a continuación.

ii. Nacimiento del juicio de amparo en México (1841)

Manuel Crescencio Rejón y Alcalá retomó las ideas gestadas en Estados Unidos de América y por Alexis de Tocqueville, por lo que propuso un medio de control constitucional atribuido al poder judicial: el juicio de amparo.

Rejón señaló en su Proyecto de Constitución lo siguiente:

Por eso os propuso [la Comisión] se invista a la Corte Suprema de Justicia de un poder suficiente, para oponerse a las providencias anticonstitucionales del Congreso, y a las ilegales del Poder Ejecutivo, en las ofensas que hagan a los derechos políticos y civiles de los habitantes del Estado: y que los jueces se arreglen en sus fallos a lo prevenido en el Código fundamental, prescindiendo de las leyes y decretos posteriores, que de cualquier manera le contraríen. Así se pondrá un dique a los excesos y demoras de las cámaras, y los ciudadanos contarán con un arbitrio, para reparar las injusticias del Ejecutivo del Estado sin verse en la precisión de exigir responsabilidades contra funcionarios, que tendrán siempre mil medios de eludirlas, y que aún cuando se exigieran, sólo daban por resultado la aplicación de una pena a los transgresores de la ley, y jamás la reparación completa del agravio a la persona ofendida. Se hará también innecesaria la creación de un poder conservador monstruoso, que destruya las instituciones fundamentales a pretexto de conservarlas, y que revestido de una omnipotencia política sea el

árbitro de los destinos del Estado sin que haya autoridad que modere sus abusos.

Por otra parte, dotando al Poder Judicial de las facultades indicadas, con la intención de proteger al habitante en el goce de las garantías individuales al oprimido por los empleos del orden político, que abusan casi siempre de la fuerza, por el apoyo que les presta el gobierno de que inmediatamente dependen, no queda desnaturalizado sacándose de su esfera¹⁰³.

Rejón sienta las bases del juicio de amparo en México al señalar la procedencia del amparo en contra de las leyes y en contra de actos del Ejecutivo. Asimismo, establece una cuestión fundamental para el desarrollo del control constitucional que es la procedencia del amparo en contra de actos que violen las garantías individuales.

Mariano Crescencio Rejón, citando a Tocqueville, señala lo siguiente:

Sus sentencias [del Poder Judicial] pues, como dice muy bien Tocqueville, no tendrán por objeto más que el descargar el golpe sobre un interés personal, y la ley sólo se encontrará ofendida por casualidad. De todos modos la ley así censurada no quedará destruida: se disminuirá sí su fuerza moral, pero no se suspenderá su efecto material. Sólo parecerá por fin poco a poco y con los golpes redoblados de la jurisprudencia, siendo además fácil de comprender, que encargando el interés particular promover la censura de las leyes, se enlazará el proceso hecho a éstas con el que se siga a un hombre, y habrá por consiguiente seguridad de que la legislación no sufrirá el más leve detrimento, cuando no se le deja expuesta por este sistema a las agresiones diarias de los partidos.

¹⁰³ GONZALEZ Oropeza, Manuel, *Los Orígenes del Control Jurisdiccional de la Constitución y de los Derechos Humanos*, México, CNDH, 2003, p. 168.

La comisión al engrandecer el Poder Judicial, debilitando la omnipotencia del Legislativo, exponiendo diques a la arbitrariedad del gobierno y sus agentes subalternos, ha querido colocar las garantías individuales, objeto esencial y único de toda institución política, bajo la salvaguarda de aquél, que responsable de sus actos sabrá custodiar el sagrado depósito que se confía a su fidelidad y vigilancia¹⁰⁴.

El Proyecto de la Constitución de Yucatán –obra de Rejón– establecía en su artículo 53 que correspondía a la Corte Suprema de Justicia del Estado el amparar en el goce de sus derechos a los que pidieren su protección contra las leyes y decretos de la Legislatura que fueren contrarios a la Constitución, o contra las providencias del gobernado o ejecutivo reunido, cuando en ellas se hubiese infringido el código fundamental o las leyes, limitándose en ambos casos a reparar el agravio en la parte en que éstas o la Constitución hubiesen sido violadas¹⁰⁵¹⁰⁶.

Después de discutir durante tres meses el proyecto de Constitución, el congreso de Yucatán aprobó el 31 de marzo de 1841 la Constitución en cuestión, estableciendo el juicio de amparo en el artículo 61 en los siguientes términos:

Artículo 62. Corresponde a este Tribunal [Corte Suprema de Justicia] reunido:

1º. Amparar en el goce de sus derechos a los que le pidan su protección contra las Leyes y Decretos de la Legislatura que sean contrarios al texto

¹⁰⁴ Ibidem, p. 169.

¹⁰⁵ Artículo 53. Corresponde a este Tribunal [Corte Suprema de Justicia] reunido:

1º. Amparar en el goce de sus derechos a los que le pidan su protección, contra las Leyes y Decretos de la Legislatura que sean contrarios a la Constitución; o contra las providencias del Gobernador o Ejecutivo reunido, cuando en ellas se hubiese infringido el Código Fundamental o las Leyes, limitándose en ambos casos a reparar el agravio en la parte en que éstas o la Constitución hubiesen sido violadas”.

¹⁰⁶ MGO, p. 169.

literal de la Constitución, o contra las providencias del Gobernador, cuando en ellas se hubiese infringido el Código Fundamental en los términos expresados; limitándose en ambos casos a reparar el agravio en la parte en que la Constitución hubiese sido violada¹⁰⁷.

Con este artículo, México pasa a la historia mundial con la creación del amparo a fin de salvaguardar las garantías individuales (derechos humanos), el cual influyó a decenas de países de América, Europa (España o Alemania, por ejemplo) e inclusive se internacionalizó a través de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948¹⁰⁸.

Posteriormente el 21 de mayo de 1847 se promulgó el Acta de Reformas en la Constitución Federal en que se incluyó el amparo a nivel federal gracias a las labores de Mariano Otero.

iii. “Primer sentencia de amparo” en México 13 de agosto de 1849¹⁰⁹

Una de los acontecimientos que sentaron este modelo de juez en nuestro sistema constitucional fue la “primera sentencia de amparo” en México consignada por la historiografía (aunque Manuel González Oropeza señala casos anteriores¹¹⁰), hecho que se suscitó con el quejoso Manuel Verástegui, quien se amparó en contra de la orden de destierro de 13 de agosto de 1849 ordenada por el Gobernador Julián de los Reyes, en la

¹⁰⁷ Ibidem, p. 227.

¹⁰⁸ Cfr. Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948: “Artículo 8: Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.” El subrayado es mío.

¹⁰⁹ GONZÁLEZ Oropeza en su libro de *Los Orígenes del Control Jurisdiccional...* señala que el primer juicio de amparo lo sustanció el periodista y editor de El Monitor Republicano, Vicente García Torres en 1847, ante la orden de aprehensión expedida por el General en Jefe del Ejército de Oriente y que existieron 5 juicios de amparo anteriores previos a la sentencia de Pedro Sámano.

¹¹⁰ Cfr. ARIZPE NARRO, Enrique, *La primera sentencia de amparo*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006.

cual el juez suplente del único Juzgado de Distrito de San Luis Potosí, le concedió la protección de la Justicia de la Unión al accionante.

Pedro Sámano, con fundamento en el artículo 25 del Acta de Reformas de 1847, dictó su fallo sin que existiera una ley que reglamentara el juicio de amparo, lo cual era inconcebible en el pensamiento anterior. Es decir, aplica directamente la Constitución a pesar de que no existía ley que reglamentara el juicio de amparo, lo que resultó en un verdadero parteaguas para la tradición jurídica en México, pues el juez de amparo aplica directamente la Constitución sin que existiera una ley aplicable al caso. Por su importancia y por sus razonamientos innovadores transcribiremos *in extensu* la sentencia de mérito:

San Luis Potosí, agosto **13 de 1849**. Visto el antecedente dictamen y teniendo presente que el artículo 25 de la Acta de Reformas, impone al juzgado de mi cargo la obligación de amparar a cualquier ciudadano contra los ataques violentos, ya sea de los supremos poderes de la nación, ya de los Estados: que la circunstancia de no haberse reglamentado el modo y términos en que tal protección debe dispensarse, no es ni puede ser un obstáculo para cumplir con ese sagrado deber, porque a nadie puede ocultarse el modo de sustanciar un expediente y que, de no dar cumplimiento al citado artículo, resultaría una contravención del objeto y fin que los legisladores se propusieron, no menos que una muy notable infracción, que inconcusamente haría responsable al que la cometiera; que una ley desde el momento que se publica debe ser obligatoria; no expresándose en ella lo contrario, como dice no se ha podido ni puede dejar de cumplir con la referida disposición constitucional, a pesar de las razones que expresa el Sr. Gobernador del Estado en la comunicación que dirigió a este juzgado el 4 del corriente por conducto de su secretaría, por no ser suficientes para no observar lo que manda la ley con objeto de proteger las garantías individuales, y siendo como es cierto que el mismo Sr.

Gobernador expidió contra D. Manuel Verástegui la orden de destierro que motivó el ocurso que ha dado lugar a la formación de las antecedentes actuaciones, contraviniendo a lo dispuesto por el supremo gobierno de la Unión a consecuencia de la ley de 24 de abril del corriente año, y cometiendo un verdadero ataque a las garantías individuales que deben respetarse siempre por cualquiera autoridad, por estar afianzadas en la Constitución y ser esto conforme al buen orden y comunal provecho de la sociedad; por tales fundamentos y demás que se contienen en el precitado dictamen a que me refiero, se declara que este juzgado dispensa a D. Manuel Verástegui la protección que solicita, en conformidad de lo dispuesto en el repetido artículo 25 del Acta de Reformas para que no pueda ser desterrado del Estado, sin que proceda la formación del juicio y pronunciamiento del fallo por la autoridad judicial que exclusivamente corresponde por la Constitución; debiendo quedar entre tanto en el pleno uso de los derechos y libertad que la misma Carta fundamental le concede como ciudadano mexicano. Comuníquese esta disposición al interesado para su inteligencia, dándole copia testimoniada de ella si lo pidiere.- Hágase igual comunicación por medio de la correspondiente nota al supremo gobierno del Estado, para [e]l debido acatamiento de este fallo y sus efectos, manifestándole a la vez que el juzgado en manera alguna espera se le obligue a usar de los recursos que la ley ha puesto en sus manos a conservar la dignidad de este tribunal, y hacer que sus fallos sean debidamente respetados, y dése cuenta con todo al Supremo Gobierno de la Unión para los efectos a que hubiere lugar. El Sr. D. Pedro Zámamo, primer suplente del juzgado de Distrito en actual ejercicio por ausencia del propietario, así lo decretó, mandó y firmó por ante mí, de que doy fe.- Pedro Zámamo. Manuel de Arriola¹¹¹.

Esta sentencia paradigmática sienta las bases para el control judicial de los actos y normas de la autoridad por parte de los jueces. Como se advierte el juicio de amparo se

¹¹¹ TENA Ramírez, Felipe, *Leyes fundamentales de México 1808-2005*, México, Porrúa, 2005, p. 475.

convierte en una garantía jurisdiccional de la Constitución por lo que las actuaciones de la autoridad pueden ser enjuiciadas por los jueces cuando violen los derechos fundamentales de las personas.

iv. Amparo Vega de 1869. Declaración de inconstitucionalidad de la propia Ley de Amparo

El 29 de abril de 1869 la Suprema Corte de Justicia dictó una resolución en el “amparo Vega” en que declaró inconstitucional nada menos que a la misma Ley de Amparo, al resolver que resultaba contrario a la Constitución Federal el artículo 8 de dicha ley que prohibía el amparo en los negocios judiciales:

Ley de Amparo del 20 de enero de 1869:

Artículo 8. No es admisible el recurso de amparo en negocios judiciales.

Este asunto tuvo su origen, con el quejoso y juez local Miguel Vega, quien se desempeñaba como juzgador del fuero común quien promovió amparo en contra de una resolución del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Sinaloa que le había impuesto una pena de suspensión de un año en el ejercicio de la profesión al acusársele de dictar resoluciones contra texto de ley expresa¹¹². Dicha resolución, la tachó de inconstitucional Miguel Vega puesto que en el artículo 7º del decreto de las Cortes Españolas (legislación vigente en esa época) establecía que la pena por esa falta era la suspensión por un año del sueldo y del empleo (es decir, sólo la suspensión del cargo mas no en la profesión).

En este caso, la Suprema Corte de Justicia estimó que el Tribunal no se había apegado a lo señalado por el artículo 7 del Decreto de las Cortes Españolas al resolver que:

¹¹² GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, op.cit., p. 291.

(...) porque la ley habla de suspensión de empleo y sueldo, y el Tribunal ha suspendido al C. Vega en el ejercicio de su profesión de abogado: 5° Que al salirse de la prescripción legal ha violado clara y terminantemente la garantía consignada en el art. 4° de la Constitución Federal, según la cual a nadie se puede impedir el ejercicio de su profesión sin ser juzgado y sentenciado.

La Suprema Corte de Justicia decide no aplicar el artículo 8 de la Ley de Amparo de 1869 que prohibía el amparo en negocios judiciales, aplicando directamente el artículo 101 de la Constitución Federal. Es decir, declaró inconstitucional implícitamente la propia Ley de Amparo al inaplicarlo en el caso en concreto.

Esto generó una verdadera revolución jurídica en lo concerniente a la relación entre la judicatura (con el control judicial de la Constitución) y el legislador, puesto que se declara que el legislador puede contrariar a la Constitución y, por ende, en la resolución se deja sin efectos una norma establecida por la “representación popular”.

Las reacciones ante este hecho sin precedentes no se hicieron esperar, inclusive el Supremo Tribunal de Sinaloa se negó en un principio a cumplir la sentencia al expresar lo siguiente:

El tribunal en la dura alternativa de acatar la Ley o una resolución de la Corte, opta sin vacilar por la primera; obrando sin pasión y con la conciencia del deber. (...) Es un principio incontrovertible que la interpretación de la ley corresponde al que la da. Si pues, el Congreso de la Unión que estableció los juicios de amparo, y prometió una ley para reglamentarlos viene después en esa ley prometida, diciendo que no

corresponde en los asuntos judiciales, ¿qué razones motivadas pudiera tener este Tribunal para contravenir a esa ley, como indudablemente lo haría, si cooperase a hacer efectivo el amparo en negocios judiciales?¹¹³.

Como lo señala CABALLERO JUÁREZ, dicho amparo generó un gran revuelo, tanto que el Congreso decidió iniciar un proceso político en contra de los ministros que habían votado a favor de conceder el amparo¹¹⁴. La acusación consistía en que éstos habían infringido la Ley de Amparo de 1869 al haber dado entrada al amparo solicitado. Dentro de la contestación de los ministros a esa acusación señalaron que: “El art. 8º de la Ley de Amparo, es notoriamente contrario al 101 de la Constitución”.

Finalmente el juicio político quedó inconcluso, porque la sección del Gran Jurado dejó de promover en la causa¹¹⁵. Pero a la postre, el pensamiento de los ministros de la Suprema Corte de Justicia triunfó porque en la Ley de Amparo de 1882 se eliminó la prohibición del amparo en negocios judiciales¹¹⁶.

Posteriormente, el control judicial de la Constitución fue adoptado en diversos países en la segunda mitad del siglo XIX y primera mitad del XX. Así en Colombia en 1910 se le otorgó a la Corte Suprema de Justicia la posibilidad de anular leyes que fueran contrarias a la Constitución.

¹¹³ GONZÁLEZ OROPEZA, *op.cit.*, p. 292.

¹¹⁴ Cfr. CABALLERO JUÁREZ, José Antonio, *La codificación y el federalismo judicial*, Anuario Mexicano de Historia del Derecho, Volumen, XIV, 2002.

¹¹⁵ *Idem.*

¹¹⁶ GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, *op.cit.*, p. 293.

Sin embargo, este modelo de juez que ostenta la *Judicial Review* todavía actúa tímidamente y no despliega totalmente su función. Así en el año de 1876 en uno de los *Granger Cases* la Corte Suprema de Estados Unidos señaló:

Sabemos que el poder policial es un poder del que se puede abusar; pero esto no es un argumento contra su existencia. Para obtener protección contra los abusos de los legisladores, es a las papeletas de voto a donde debe recurrir, y no a los tribunales¹¹⁷.

Como se advierte, el Poder Judicial no se inmiscuía en los aspectos sustantivos de la legislación puesto que se estimó en Estados Unidos que ello le correspondía a los electores, es decir, si advertían que existían abusos por parte del poder legislativo estaba en las manos de los electores, a través del sufragio, cambiarlos.

c. Juez en la historia:

En cuanto a la cuestión histórica, podemos observar que este juez ya ha conquistado un sitio en ella, pues deja de ser un mero *espectador* de la historia para convertirse en un *actor* de ella.

El juez ya se encuentra facultado para interpretar la norma, para integrarla e inclusive para declararla inconstitucional. Asimismo, el juez ya puede aplicar la justicia a los casos en concreto e inclusive para dictar resoluciones *contra legem* al considerar a la legislación injusta, obsoleta o que no cumple con los mandatos actuales.

¹¹⁷ Mumm v. Illinois, US, n° 94, pp. 113 y ss.

Por ende, este juez puede llegar a modificar la realidad. Ya es reconocido como una persona y no sólo como un aplicador mecánico de la norma jurídica. Interpreta ya los enunciados jurídicos, y les dota de contenido.

Deja de vivir en el pasado para *con-vivir* en el presente, porque el legislador ya no le dicta indefectiblemente *ex-ante* lo que debe hacer. La división de poderes ya es un principio material y no sólo formal, ya que existe una interacción entre el ejecutivo, el legislativo y el judicial.

III. Juez director de la historia

The least dangerous branch of the American government is the most extraordinarily powerful court of law the world has ever know.

The Least Dangerous Branch, Bickel

El juez creador de historia surge a mi juicio con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, cuando las Constituciones presentan las siguientes características: **a.** las Constituciones incorporan diversos derechos humanos y principios; **b.** se les dota a los principios y derechos de fuerza normativa (es decir, no son meras declaraciones sino Derecho inmediatamente exigibles por los jueces) y **c.** se expanden los Tribunales Constitucionales o bien se adopta la *Judicial Review of Legislation*.

En cuanto a la interpretación podemos advertir que el juzgador en esta etapa no se encuentra constreñido a un determinado canon de interpretación por lo que elige el criterio hermenéutico que considera conveniente dependiendo del valor o principio explícito e inclusive implícito protegido en la Constitución que pretende proteger. Es decir, existe un margen amplio o discrecional para resolver los casos sometidos a su consideración.

Suscribo lo que señala Benjamín HOADLEY cuando afirma: “Cuando uno tiene autoridad absoluta para interpretar leyes escritas u orales, *él es en realidad le legislador en todos los sentidos y a todos los efectos, y no la persona que las ha escrito o ha dictado*”¹¹⁸.

Por otra parte, este juez a través de los principios incorporados en la Constitución crea el Derecho e inclusive la Moral Pública obligatoria, no sólo para las autoridades sino inclusive también para todos los ciudadanos¹¹⁹ (a través de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales). Baste señalar por ejemplo, la prohibición de la Suprema Corte de Justicia para utilizar lenguaje “homofóbico” entre particulares o bien la “creación” o “legislación” del matrimonio entre personas del mismo sexo para todas las entidades

¹¹⁸ HOADLEY, Benjamin, Bishop of Bangor, citado en GUASTINI, Riccardo, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2007, p. 42.

¹¹⁹ Piénsese por ejemplo, en el criterio de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia que señala discriminatorios términos tales como “maricón” y “puñal”, por lo que ya no es posible utilizarlos bajo la pena de una sanción (pago de daños y perjuicios). A la luz del principio de la no discriminación sea crea una Moral Pública protegida por el Derecho.

Al respecto véase la tesis de la Primera Sala de la SCJN: “LIBERTAD DE EXPRESIÓN. EL DISCURSO HOMÓFOBO CONSTITUYE UNA CATEGORÍA DE LENGUAJE DISCRIMINATORIO Y, EN OCASIONES, DE DISCURSOS DEL ODIIO. La homofobia es el rechazo de la homosexualidad, teniendo como componente primordial la repulsa irracional hacia la misma, o la manifestación arbitraria en su contra y, por ende, implica un desdén, rechazo o agresión, a cualquier variación en la apariencia, actitudes, roles o prácticas sexuales, mediante el empleo de los estereotipos de la masculinidad y la feminidad. Dicho tratamiento discriminatorio implica una forma de inferiorización, mediante una asignación de jerarquía a las preferencias sexuales, confiriendo a la heterosexualidad un rango superior. Esta aversión suele caracterizarse por el señalamiento de los homosexuales como inferiores o anormales, lo cual da lugar a lo que se conoce como discurso homóforo, mismo que consiste en la emisión de una serie de calificativos y valoraciones críticas relativas a la condición homosexual y a su conducta sexual, y suele actualizarse en los espacios de la cotidianidad; por lo tanto, generalmente se caracteriza por insinuaciones de homosexualidad en un sentido burlesco y ofensivo, mediante el empleo de un lenguaje que se encuentra fuertemente arraigado en la sociedad. En consecuencia, resulta claro que aquellas expresiones en las cuales exista una referencia a la homosexualidad, no como una opción sexual personal -misma que es válida dentro de una sociedad democrática, plural e incluyente-, sino como una condición de inferioridad o de exclusión, constituyen manifestaciones discriminatorias, toda vez que una categoría como la preferencia sexual, respecto a la cual la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos expresamente veda cualquier discriminación en torno a la misma, no puede ser válidamente empleada como un aspecto de diferenciación peyorativa. Así, tomando en consideración la protección constitucional expresa a la preferencia sexual de los individuos, es que la misma no puede constituir un dato pertinente para la calificación social de una persona. Por tanto, al tratarse la homosexualidad de una forma de sexualidad tan legítima como la heterosexualidad, puede concluirse que aquellas expresiones homófobas, esto es, que impliquen una incitación, promoción o justificación de la intolerancia hacia la homosexualidad, ya sea mediante términos abiertamente hostiles o de rechazo, o bien, a través de palabras burlescas, deben considerarse como una categoría de lenguaje discriminatorio y, en ocasiones, de discursos del odio” (Época: Décima Época. Registro: 2003626. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XX, Mayo de 2013, Tomo 1. Materia(s): Constitucional. Tesis: 1a. CXLVIII/2013 (10a.). Página: 547).

federativas de México¹²⁰ y para Estados Unidos de América¹²¹ por parte de las respectivas Cortes Supremas de Justicia.

La Constitución no sólo es el articulado, sino principalmente las sentencias de los tribunales constitucionales que dicen lo que la Constitución o los principios *son*. Se vuelven realidad y plenamente aplicables las palabras de Charles Evans HUGHES, cuando era gobernador del Estado de Nueva York, antes de ser Jefe de Justicia de la Suprema Corte de los Estados Unidos: “Vivimos bajo una Constitución, pero la Constitución es lo que los jueces dicen que es”.

Al respecto, Robert Alexy señala acertadamente:

Hoy en día no se puede colegir lo que representan los derechos fundamentales a partir del sucinto texto de la Ley Fundamental, sino sólo a partir de los 94 volúmenes de Sentencias del Tribunal Constitucional Federal que hasta la fecha ha

¹²⁰ Al respecto véase: “MATRIMONIO. LA LEY DE CUALQUIER ENTIDAD FEDERATIVA QUE, POR UN LADO, CONSIDERE QUE LA FINALIDAD DE AQUÉL ES LA PROCREACIÓN Y/O QUE LO DEFINA COMO EL QUE SE CELEBRA ENTRE UN HOMBRE Y UNA MUJER, ES INCONSTITUCIONAL. Considerar que la finalidad del matrimonio es la procreación constituye una medida no idónea para cumplir con la única finalidad constitucional a la que puede obedecer la medida: la protección de la familia como realidad social. Pretender vincular los requisitos del matrimonio a las preferencias sexuales de quienes pueden acceder a la institución matrimonial con la procreación es discriminatorio, pues excluye injustificadamente del acceso al matrimonio a las parejas homosexuales que están situadas en condiciones similares a las parejas heterosexuales. La distinción es discriminatoria porque las preferencias sexuales no constituyen un aspecto relevante para hacer la distinción en relación con el fin constitucionalmente imperioso. Como la finalidad del matrimonio no es la procreación, no tiene razón justificada que la unión matrimonial sea heterosexual, ni que se enuncie como "entre un solo hombre y una sola mujer". Dicha enunciación resulta discriminatoria en su mera expresión. Al respecto cabe recordar que está prohibida cualquier norma discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, tanto por parte de autoridades estatales como de particulares, pueden disminuir o restringir los derechos de una persona a partir de su orientación sexual. Así pues, bajo ninguna circunstancia se puede negar o restringir a nadie un derecho con base en su orientación sexual. Por tanto, no es factible hacer compatible o conforme un enunciado que es claramente excluyente” (Época: Décima Época. Registro: 2009407. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Publicación: viernes 19 de junio de 2015 09:30 h. Materia(s): (Constitucional, Civil). Tesis: 1a./J. 43/2015 (10a.).

¹²¹ OBERGEFELL, Et.al. v. Hodges, Director, Ohio Department of Health, et.al., No.14.556.

registrado en total su benéfica actividad desde el siete de septiembre de 1951. Los derechos fundamentales son lo que son sobre todo a través de la interpretación¹²².

a. Era posterior a la segunda Guerra Mundial

Después de la caída los estados totalitarios se advirtió que era necesario poner un dique a la actuación del Estado a través del enjuiciamiento de los actos de autoridad a través de normas morales (derechos humanos). Es decir, se puso como referente del sistema jurídico a los derechos humanos (principios) y no la validez formal de la ley.

Recordemos que Hans KELSEN, uno de los más destacados positivistas del siglo XX, se manifestaba en contra de constitucionalizar los principios en 1928 en su texto clásico de *La Garantía Jurisdiccional de la Constitución* al señalar:

La aplicación de normas distintas a las normas jurídicas –las normas ‘supra positivas’– debe ser considerada radicalmente excluida¹²³.

Luego:

“Las concepciones de la justicia, de la libertad, de la igualdad, de la moralidad, etc., difieren de tal manera según el punto de vista de los interesados, que si el Derecho positivo no consagra alguna de entre ellas,

¹²² GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, “La incidencia de la derrotabilidad de los principios iusfundamentales sobre el concepto de Derecho” en *D&Q*, 3 (2003), p. 199.

¹²³ KELSEN, Hans, *La Garantía Jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 1974, p. 286.

toda regla de Derecho puede ser justificada por una de las tantas acepciones posibles¹²⁴.

Por último:

(...) y no es, por tanto, imposible que un Tribunal Constitucional llamado a decidir sobre la constitucionalidad de una ley, la anule en razón de que es injusta, siendo la justicia un principio constitucional que él debe, en consecuencia, aplicar. Pero el poder del Tribunal sería tal que devendría insoportable. La concepción de la justicia de la mayoría de los jueces de este tribunal podría estar en oposición completa con la concepción de la mayoría de la población y, por tanto, con la de la mayoría del Parlamento que ha votado la ley¹²⁵.

No obstante, esta dura crítica teórica a los principios constitucionales, la realidad vino a desautorizar este planteamiento al advertir que las mayorías podían violar derechos fundamentales (democracia formal), por lo que surgió la necesidad de construir una barrera infranqueable que limitara la actuación de las mayorías.

Gustav RADBRUCH, después de las atrocidades de la Segunda Guerra Mundial se manifiesta en contra de dicha concepción del derecho basada sólo en reglas positivas al señalar: “en todas partes, pues, se ha alzado la lucha contra el positivismo partiendo de la idea de que hay leyes que no son Derecho y de que hay Derecho por encima de las leyes”¹²⁶.

¹²⁴ Ibidem, p. 287.

¹²⁵ Ibidem, p. 288.

¹²⁶ RADBRUCH, Gustav, “Leyes que no son Derecho y Derecho por encima de las Leyes” en RADBRUCH, SCHMIDT, WELZEL, *Derecho injusto, Derecho nulo*, Madrid, Aguilar, 1971, p. 12.

En efecto, se advirtió que el Poder Legislativo (la soberanía popular) podía violar derechos fundamentales a pesar de actuar democráticamente y de cumplir con los procedimientos legales. Así podemos advertir la legislación en contra de los judíos del régimen nazi, como por ejemplo la *Ley para la Protección de la Sangre Alemana y del Honor Alemán*¹²⁷ (15 de septiembre de 1935) que señalaba:

Artículo 1: Quedan prohibidos los matrimonios entre judíos y súbditos de sangre alemana o asimiladas. Los matrimonios concertados a pesar de esta prohibición son nulos de todo derecho, incluso si, para burlar la ley, hubiesen sido contraídos en el extranjero. Sólo el Procurador puede invocar una causa de nulidad.

Artículo 2: Quedan asimismo prohibidas las relaciones extra conyugales entre judíos y súbditos de sangre alemana o asimilada.

Artículo 3: Queda prohibido que los judíos contraten como empleadas de hogar a mujeres de sangre alemana o asimilada, de menos de 45 años.

Sin ir más lejos en México existían diversas leyes discriminatorias como por ejemplo una ley en el Estado de Sonora que prohibió el matrimonio de las mujeres mexicanas con individuos de “raza china” en la década de 1920, la cual fue considerada constitucional por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como se advierte a continuación:

¹²⁷ Aunque esta legislación haya sido realizada por delegación legislativa.

“MATRIMONIO EN SONORA, PROHIBICIONES PARA CONTRAERLO. *Conforme al artículo 130 de la Constitución Federal, el matrimonio es un contrato civil de la exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades de ese orden, en los términos prevenidos por las leyes. Por tanto, el Estado de Sonora ha tenido plena soberanía para legislar sobre la materia, y en tal virtud, la ley que expidió el Congreso de aquel Estado, prohibiendo el matrimonio de las mujeres mexicanas con individuos de raza china, no es anticonstitucional, ya que tal prohibición no implica una restricción a las garantías individuales, toda vez que el Código Supremo del país da al matrimonio el carácter de contrato civil. Esa prohibición no viene a ser sino un impedimento más que hay que agregar a los que consigna el Código Civil de Sonora, para celebrar esa unión en el Estado. En esas condiciones, resulta indudable que la negativa de un Juez del Registro Civil, a tomar nota de la presentación de un chino para contraer matrimonio con una mexicana, está ajustada a derecho; sin que pueda decirse que esa ley sea privativa, porque no se ha expedido para aplicarla exclusivamente a una persona, sino a todos aquellos casos en que pretendiera contraerse matrimonio en las circunstancias que prohíbe, y con tal procedimiento no se priva a los interesados de ningún derecho, porque no lo tiene para celebra una unión que es imposible, conforme a la Ley Civil del Estado de Sonora. Amparo administrativo en revisión 1848/29. Wong Sun Carlos. 6 de diciembre de 1932. Unanimidad de cuatro votos. Relator: Daniel V. Valencia”¹²⁸.*

RADBRUCH expresaba al respecto que:

El positivismo, que podríamos compendiar en la lapidaria fórmula ‘la ley es la ley’, dejó a la jurisprudencia y a la judicatura alemanas inermes contra todas aquellas crueldades y arbitrariedades que, por grandes que fueran, fuesen plasmadas por los gobernantes de la hora en forma de ley. Y no sólo eso, sino que esa mentalidad positivista superviviente opone todavía dificultades cuando se trata de paliar los efectos de aquellos desafueros legales¹²⁹.

Por ello, los tribunales de Nüremberg vinieron a dar carta de naturalización a los derechos fundamentales donde se sancionó penalmente a diversos funcionarios y

¹²⁸ Época: Quinta Época. Registro: 362659. Instancia: Segunda Sala. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo XXXVI. Materia(s): Civil. Página: 2072.

¹²⁹ RADBRUCH, Gustav, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, México, FCE, 1998.

autoridades de la Alemania nazi por realizar conductas ilícitas, a pesar de haber cumplido con una ley vigente y válida¹³⁰.

Es decir, se antepuso el Derecho a la ley formalmente válida, por lo que se juzgaron los crímenes nazis bajo los principios (Derecho y la justicia), en vez de la ley promulgada por el régimen totalitario. Como señala LUIS VIGO, el derecho nazi proveía seguridad jurídica pero su injusticia lo invalidaba raigalmente¹³¹.

En la Constitución de Alemania de 1949 (*Ley Fundamental de la República Federal de Alemania*) se distingue claramente entre ley y Derecho, y se indica que el Poder Judicial no sólo está obligado a aplicar la ley, sino también el Derecho, en los siguientes términos:

Artículo 20 [Fundamentos del orden estatal, derecho de resistencia] (1) La República Federal de Alemania es un Estado federal democrático y social. (2) Todo poder del Estado emana del pueblo. Este poder es ejercido por el pueblo mediante elecciones y votaciones y por intermedio de órganos especiales de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial. (3) El poder legislativo está sometido al orden constitucional; los poderes ejecutivo y judicial, a la ley y al Derecho.

Aquí se advierte claramente que el Poder Judicial está sometido al Derecho (esto es a la justicia), por lo que tiene una mayor libertad configurativa a través de la materialización del Derecho (a través de los principios, valores, costumbre, etc).

¹³⁰ En el veredicto final en los Juicios de Nüremberg se señaló: “El Tribunal considera que el Estado o sus agentes no tienen facultad para ir más allá del derecho internacional. Esta afirmación del Tribunal desecha como medio de defensa el acto de Estado y la tesis de la orden recibida por un superior jerárquico”.

¹³¹ LUIS VIGO, Rodolfo, Op. Cit., nota 3, p. 6.

Un ejemplo concreto sobre la primacía del Derecho sobre la ley lo encontramos con el asunto de los Guardianes del Muro de Berlín, resuelto por el Tribunal Constitucional Federal Alemán.

Al respecto la *Ley de Fronteras de la República Democrática Alemana* (Alemania Oriental) de 1982 señalaba: “El uso de armas de fuego está justificado para evitar la perpetración inminente o la continuación de un hecho delictivo, que tenga la apariencia de delito según las circunstancias”¹³². Es decir, se advierte una causa de justificación en la ley penal para los guardias cuando mataban a alguna persona que decidía cruzar la frontera de Alemania Oriental.

Al Tribunal Constitucional (una vez reunificada Alemania) se le presentó la cuestión de si dicha causa de justificación prevista en la ley de Alemania Oriental podía invocarse para beneficio de los guardianes del muro que habían asesinado a las personas que intentaron cruzar el muro, por lo que el Tribunal Alemán resolvió (Mauerschützen BVERFGE 95, 96) el 24 de octubre de 1996 lo siguiente:

(...) En ese orden, el Tribunal Superior para la Zona de Ocupación Británica y la Corte Suprema Federal que lo sucedió han tomado posición frente al problema de si la inobservancia de una norma a causa de una grave infracción contra principios jurídicos de más alto rango puede conducir posteriormente a un castigo penal. Tales tribunales han sostenido la opinión de que podrían existir disposiciones y reglamentaciones que, a pesar de su pretensión de ordenar Derecho, estarían privadas de carácter jurídico por lesionar aquellos principios jurídicos que valen con independencia de cualquier reconocimiento estatal; quien se compone con arreglo a tales disposiciones resultaría merecedor de pena.

¹³² PÉREZ DE LA FUENTE, Óscar, “El caso de los tiradores del Muro de Berlín, A vueltas con algunos debates clásicos de la Filosofía del Derecho del siglo XX”, p. 454.

Por último, resuelve citando a Gustav RADBRUCH lo siguiente:

El tribunal ha considerado que en los casos de una insoportable contradicción del derecho positivo con la justicia, el principio de la seguridad jurídica puede ser estimado como menos valioso que el de justicia material. Para ello se ha referido a las ideas desarrolladas por Gustav Radbruch (...). De cualquier manera, la época de la dominación nacionalsocialista habría demostrado precisamente que el legislador puede disponer una grave ‘injusticia’ y que por ello debería negarse desde el principio la obediencia a una norma a causa de su insoportable contradicción con la justicia¹³³.

b. Interpretación de la norma e irradiación del Derecho

Este juzgador no “descubre” “la interpretación” sino que materialmente “atribuye” o “asigna” una interpretación a la norma. Es decir, el juez en términos generales ya no “desentraña” el significado de la norma, sino que atribuye o construye el significado al significante (enunciado jurídico). Por ende, el significado del texto legal se desvincula de su creador (legislador) para tener un significado propio dotado por el juez.

En este sentido, Benjamin N .Cardozo, juez de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos en 1921 en el libro de la *Naturaleza de la función judicial* escribía:

¹³³ RADBRUCH, Gustav, op. Cit.,

Sin embargo, dentro de los confines de estos espacios abiertos y de los del precedente y la tradición, la elección se mueve con una libertad que permite calificar su acción de creativa. El Derecho que resulta de esa acción no es encontrado, sino hecho. Tal procedimiento, siendo legislativo, requiere la sabiduría del legislador¹³⁴.

Los norteamericanos utilizan el término de *adjudication*, para hacer referencia a que el juez ‘adjudica’ a las cláusulas constitucionales un significado propio de acuerdo a la realidad. Por eso se utiliza el término de la *Living Constitution* para hacer referencia a que la Constitución es una obra viva, y tiene vida gracias al juez. Como expresó TOCQUEVILLE, sin los jueces, la Constitución sería una obra muerta.

Como la norma constitucional se caracteriza por su carácter abierto *open texture* y por su carácter axiológico o valorativo¹³⁵, el juez goza de discrecionalidad¹³⁶ para interpretar la norma de acuerdo a los principios que pretende tutelar. Así, en Estados Unidos se ha acuñado la frase del *Judge-made-law*¹³⁷ es decir de la función creadora de las normas por parte de los jueces. Al respecto, Fernando SILVA GARCÍA señala lo siguiente:

¹³⁴ N. CARDOZO, Benjamín, *La naturaleza de la función judicial*, Comares, Granada, 2004, p. 59.

¹³⁵ DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, *Interpretación de la Constitución y Justicia Constitucional*, Porrúa, México, 2009, p. 9.

¹³⁶ Mas no necesariamente arbitrariedad por el deber de fundamentar y motivar sus fallos.

¹³⁷ FERNANDEZ Segado, Francisco, op. Cit., p. 22. De esta manera, surgen los dos modelos de control de constitucionalidad de la ley de acuerdo al procesalista italiano Piero Calamandrei, que se dividen el sistema judicial difuso y el sistema autónomo o concentrado.

En el sistema difuso, encontramos las siguientes características:

- *Difuso*: Presupone que todos los órganos jurisdiccionales puedan ejercerlo.
- *Incidental*: sólo lo puede proponer en vía prejudicial quien es parte en una controversia concreta.
- *Especial*: la declaración de inconstitucionalidad conduce a inaplicar la ley al caso en concreto.
- *Declarativo*: el pronunciamiento de inconstitucionalidad opera como declaración de certeza retroactiva de una nulidad preexistente, y por lo tanto, con efectos *ex tunc*.

Por su parte, el sistema concentrado se caracteriza por las siguientes características:

- *Concentrado*: Es ejercido por un “único y especial órgano constitucional”.
- *Principal*: el control se propone como tema separado y principal de la pretensión, cuestionando directamente la ley, sin esperar a que exista una controversia especial.

El hecho de que los derechos fundamentales constituyan elecciones morales, sociales, culturales, políticas y económicas, aunado a que su consagración, consecuentemente, se traduzca en normas constitucionales indeterminada, ha generado el problema relativo a la falta de uniformidad y subjetivismo en su interpretación por parte de los jueces constitucionales. (...) En cierta medida, el sentido de los derechos fundamentales se ha hecho depender de las distintas ideologías imperantes en diferentes momentos históricos¹³⁸.

En efecto, las normas constitucionales tienen un alto contenido moral (muchas veces indeterminado) por lo que existe un margen amplio para concretar estos enunciados. En este sentido, Paolo COMANDUCCI señala:

(...) la interpretación ‘moral’ de la Constitución abre la puerta a la discrecionalidad judicial (...) La opción deliberada de no establecer una jerarquía explícita entre los principios al menos para clases de casos (...) comporta la atribución para el juez constitucional de un margen tan amplio de discrecionalidad que haga de él no sólo un legislador, sino incluso, en algunos casos, un coautor de la Constitución misma¹³⁹.

Con la “irradiación” de la Constitución de todo el ordenamiento jurídico (caso *Lüth*) los principios contenidos en la Norma Suprema son utilizados por los jueces para la interpretación y solución de los casos en controversia.

-
- *General*: la declaración de inconstitucionalidad conduce a la invalidación de la ley “erga omnes”, por lo que pierde la ley su validez.

Constitutivo: el pronunciamiento de inconstitucionalidad opera como anulación o ineficacia “ex nunc”, es decir, para el futuro pero respeta la validez pasada de la ley.

¹³⁸ SILVA GARCÍA, Fernando, *Deber de ponderación y principio de proporcionalidad en la práctica judicial*, México, Porrúa, pp. 12 y 13.

¹³⁹ PIETRO SANCHÍS, Luis, “Tribunal Constitucional y positivismo jurídico” en *Teoría de la Constitución, Ensayos Escogidos* (compilador: Miguel Carbonell), Porrúa, México, 2005, p. 337.

Es decir, todas las normas, inclusive las normas de derecho privado se interpretan de acuerdo a los principios de la Constitución¹⁴⁰. Por ende, la interpretación de la ley se constitucionaliza a fin de proteger los valores protegidos por ésta. De ahí se advierte que el juez atribuya un significado a la ley que no se encontraba expresamente previsto por el legislador a fin de tutelar un derecho fundamental.

Al respecto en el célebre caso de Lüth (1958) el Tribunal Constitucional Alemán señaló que el derecho civil debía interpretarse de conformidad con la Constitución:

Este sistema de valores basado en el libre desarrollo de la personalidad en una comunidad social, así como la dignidad debe ser tomado en consideración como el principio constitucional para todas las decisiones de las esferas de la ley. La legislación, la administración y el Poder Judicial reciben guía e inspiración por éstas. Por lo tanto, [dichas guías e inspiración] influencia al derecho civil: ninguna norma del derecho civil puede contradecir a ésta, y cada una de ellas debe ser interpretada de acuerdo a su espíritu¹⁴¹.

Esto genera el efecto de irradiación de la Constitución (*Ausstrahlungswirkung*) que produce que la Norma Constitucional, y por ende, todo el derecho quede teñido por el color de la misma¹⁴².

¹⁴⁰ Al respecto véase: “PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD E INCIDENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES LABORALES” (Época: Décima Época. Registro: 2008112. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 13, Diciembre de 2014, Tomo I. Materia(s): Constitucional. Tesis: 1a. CDXXVII/2014 (10a.). Página: 242).

¹⁴¹ “(...) *This value system centred round the human personality developing freely in the social community, and its dignity must be regarded as the basic constitutional decision for all spheres of law. Legislation, administration, and the judiciary are given guidelines and inspiration (Richtlinien und Impulse) by it. Accordingly, it also manifestly influences the civil law: no provision of civil law may be in contradiction with it, each one must be interpreted in its spirit*”.

¹⁴² VIGO, Rodolfo, op. Cit., p.41.

Así se genera una “omnipresencia de la Constitución” la cual tiene un denso contenido material, compuesto de valores, principios, derechos fundamentales y directrices a los poderes públicos. Genera la “impregnación” o “irradiación” del texto constitucional, “de alguna manera todo deviene Derecho constitucional y en esa misma medida la ley deja de ser el referente supremo para la solución de todos los casos”¹⁴³.

c. Principios constitucionales

Robert ALEXY ofrece la definición canónica de los principios en los siguientes términos:

Los principios son, por consiguiente, mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas¹⁴⁴.

Entre las características de los principios constitucionales encontramos los siguientes¹⁴⁵:

¹⁴³ PIETRO SANCHÍS, Luis, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial” en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 5 (2001), p. 208.

¹⁴⁴ ALEXY, Robert, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica” (trad. Manuel Atienza) en *Revista Doxa*, 5 (1998) p. 143. Respecto de las reglas señala: “En cambio, las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida, pueden siempre ser sólo o cumplidas o incumplidas”. Entre las distinciones entre reglas y principios se encuentran los siguientes: por su enunciación: las reglas están construidas a través de una hipótesis jurídica y una sanción, por su parte, los principios no están elaborados a partir de una hipótesis, sino que se construye a través de un mandato de cumplimiento; en cuanto a su cumplimiento: las reglas se cumplen o no se cumplen, en cambio los principios admiten diversos grados de cumplimiento “optimización”, entre otras.

¹⁴⁵ Cfr. BARRERO-BERARDINELLI, Juan Antonio, “El Efecto de irradiación de los derechos fundamentales” en *Revista Colombiana de Derecho Internacional de Bogotá*, 20 (2012), p.222.

- a) Son mandatos de optimización que se cumplen en la mayor medida de las posibilidades fácticas. Aplicación gradual dependiendo de cuestiones fácticas.
- b) Su estructura está conformada por proposiciones en las que no existe un supuesto de hecho al cual se le atribuyan consecuencias jurídicas determinadas.
- c) Tienen una estructura abierta que posee un contenido programático indeterminado, es decir, corresponden a una descripción vaga, genérica o maleable.
- d) Se encuentran escritas en lenguaje deóntico (deber ser normativo).
- e) Se utiliza la ponderación para resolver y aplicar conflictos entre ellos (no el silogismo).

Con la incorporación de los principios y su exigibilidad a través de los tribunales, la ley no sólo debe respetar una validez formal sino también material, y una cuestión material de carácter fuerte.

Con la segunda mitad del siglo XX empieza a darse fuerza normativa (es decir, inmediatamente exigibles¹⁴⁶) a las fórmulas abstractas en las Constituciones, especialmente los principios, y empiezan a surgir las declaraciones y tratados internacionales sobre derechos humanos. Anteriormente, existían ciertos principios decimonónicos en las Constituciones (tales como la lealtad, la honra, la virtud)¹⁴⁷, sin embargo, muchas veces no se les dotaba de fuerza vinculante, sino que se consideraba que eran declaraciones o bien cuestiones programáticas que no tenían fuerza normativa.

Como se afirma en la decisión de la Corte Suprema de Estados Unidos, en el caso *Trop v. Dulles* (1958): Las disposiciones de la Constitución no son adagios trillados ni contraseñas vacías. Son principios vitales y vivos que autorizan y limitan los poderes

¹⁴⁶ Cfr. PIETRO SANCHIS, Luis, “Neoconstitucionalismo y poder judicial”..., p. 204.

¹⁴⁷ Por ejemplo, en la Constitución de 22 de agosto de 1795 Francesa encontramos los siguientes principios: “La República Francesa honra la lealtad, el coraje, (...) la piedra filial (...). Ella deposita su Constitución bajo la custodia de todas las virtudes” (art. 123).

gubernamentales de nuestra Nación. Son normas de Gobierno. Cuando se cuestiona ante este Tribunal la constitucionalidad de una ley del Congreso, debemos aplicar dichas normas. De lo contrario, los términos de la Constitución se convertirían en poco más que buenas intenciones¹⁴⁸.

Después de los desastres que generó el fascismo y el nazismo en relación a los derechos humanos de los gobernados, se trata de poner un dique a la actuación del legislativo, de manera que debe respetar límites infranqueables, entre ellos, el respeto a los derechos humanos.

Así se da carta de naturalización para el nuevo paradigma de juzgador puesto que con esas fórmulas abstractas el juez puede interpretarlas de distintas formas y tendrá un margen de maniobra mucho mayor para determinar la eficacia de los enunciados constitucionales. En este sentido se pronuncia PIETRO SANCHÍS:

(...) en el esquema del constitucionalismo contemporáneo, en cambio, el sistema queda por así decirlo saturado mediante los principios, hasta el punto de que puede afirmarse que ningún problema o conflicto jurídico más o menos serio dejará de encontrar alguna orientación de sentido en la amplia panoplia de principios¹⁴⁹.

Resulta importante destacar que los juzgadores actualmente ya no sólo interpretan el texto constitucional consignado en su articulado, sino que por diferentes técnicas jurídicas, desprenden del texto distintos valores y principios y afirman que esos elementos forman parte del sistema constitucional. En otras palabras, el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes no sólo se ejerce sobre las normas incluidas en los artículos

¹⁴⁸ 356 US 86 (1958).

¹⁴⁹ PIETRO SANCHÍS, Luis, “Tribunal Constitucional y positivismo jurídico” en *Teoría de la Constitución, Ensayos Escogidos* (compilador: Miguel Carbonell), Porrúa, México, 2005, p. 318.

escritos de la Constitución, sino sobre normas no escritas, que se infieren del texto de la Constitución y de su *télos*¹⁵⁰.

Como ejemplo paradigmático de esta cuestión, podemos citar lo resuelto por la Suprema Corte de Estados Unidos, bajo la llamada Corte Warren en la década de los cincuenta del Siglo XX, en la que resolvieron que el principio de —iguales pero separados— resultaba inconstitucional pues constituía una discriminación racial.

Ello se resolvió en el caso de *Brown v. Board of Education of Topeka*, en el que a pesar de que ni la Constitución de 1787, ni las enmiendas de 1789 consagraban el principio de igualdad, resolvieron los *Justices* que de una interpretación de los valores imbíbidos de la Norma Fundante podía llegarse a que resultaba inconstitucional esa distinción¹⁵¹.

Al respecto señaló la Corte Suprema de Estados Unidos:

It has the sanction of the law, for the policy of separating the races is usually interpreted as denoting the inferiority of the negro group. A sense of inferiority affects the motivation of a child to learn. Segregation with the sanction of the law, therefore, has a tendency to retard the educational and mental development of negro children and to deprive them of some of the benefits they would receive in a racial integrated school system.

¹⁵⁰ CARBONELL, Miguel, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, México, Porrúa, UNAM, 2001, p. 10.

¹⁵¹ Así se lee en la sentencia: “We conclude that in the field of public education the doctrine of ‘separate but equal’ has no place. Separate educational facilities are inherently unequal. Therefore we hold that the plaintiffs and others similarly situated for whom the actions have been brought are, by reason of the segregation complained of, deprived of equal protection of the laws guaranteed by the Fourteenth Amendment” (347 U.S. 495 1953).

Con el carácter vinculante de la Constitución, los principios contenidos en ésta ya se perciben como auténticas fuentes del Derecho para el ordenamiento jurídico, y de esta manera, en lo tocante, al poder judicial, se abren nuevos caminos para que el juez fundamente sus decisiones¹⁵². Los principios enriquecieron al ordenamiento jurídico, y por ende, generaron que la figura del juez se reivindicara, pues la decisión del juez no nada más se produciría como un mero silogismo de una norma, sino también como un ámbito para la ponderación de los principios y valores.

Por lo cual, podemos apreciar que con el nuevo pensamiento jurídico, ya no existe una mera aplicación de la ley, sino una *creación del Derecho*, donde el juez puede elegir uno o más caminos para solucionar un problema debido a que tiene entre sus fuentes jurídicas normas o principios a aplicar; asimismo, la norma que elija puede interpretarla de diversas maneras, y la calificación de los hechos puede ser distinta. En suma, con los principios los jueces pueden convertirse en legisladores positivos¹⁵³.

En este sentido, el Tribunal Constitucional Alemán en una decisión de 1973 señaló: “La interpretación es el método por el que el juez explora el significado de una ley,

¹⁵² Al respecto véase la tesis de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia: “*DIGNIDAD HUMANA. CONSTITUYE UNA NORMA JURÍDICA QUE CONSAGRA UN DERECHO FUNDAMENTAL A FAVOR DE LAS PERSONAS Y NO UNA SIMPLE DECLARACIÓN ÉTICA*. La dignidad humana no se identifica ni se confunde con un precepto meramente moral sino que se proyecta en nuestro ordenamiento como un bien jurídico circunstancial al ser humano, merecedor de la más amplia protección jurídica, reconocido actualmente en los artículos 1o., último párrafo; 2o., apartado A, fracción II; 3o., fracción II, inciso c); y 25 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En efecto, el Pleno de esta Suprema Corte ha sostenido que la dignidad humana funge como un principio jurídico que permea en todo el ordenamiento, pero también como un derecho fundamental que debe ser respetado en todo caso, cuya importancia resalta al ser la base y condición para el disfrute de los demás derechos y el desarrollo integral de la personalidad. Así las cosas, la dignidad humana no es una simple declaración ética, sino que se trata de una norma jurídica que consagra un derecho fundamental a favor de la persona y por el cual se establece el mandato constitucional a todas las autoridades, e incluso particulares, de respetar y proteger la dignidad de todo individuo, entendida ésta -en su núcleo más esencial- como el interés inherente a toda persona, por el mero hecho de serlo, a ser tratada como tal y no como un objeto, a no ser humillada, degradada, envilecida o cosificada” (Época: Décima Época. Registro: 2007731. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación

Libro 11, Octubre de 2014, Tomo I. Materia(s): Constitucional. Tesis: 1a. CCCLIV/2014 (10a.). Página: 602).

¹⁵³ Cfr. STONE Sweet, Alec, “Why Europe Rejected American Judicial Review and Why it May Not Matter” en *University of Yale Faculty Scholarship Series*, 1 (2003), p. 2744.

tomando en consideración su lugar en el sistema jurídico, sin estar limitado por las palabras formales de las leyes”¹⁵⁴.

En semejantes términos la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que:

(...) aunque el texto de una norma sobre derechos humanos parezca literalmente claro, es necesario analizarlo aplicando otros métodos interpretativos, de manera que, para el Tribunal interamericano, el ‘sentido corriente’ de los términos no puede ser una regla por sí misma, sino que debe involucrarse dentro del contexto y, en especial, dentro del objeto y fin del tratado, de forma que la interpretación de manera alguna debilite el sistema de protección consagrado en la Convención¹⁵⁵.

Asimismo la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia C-011 de 1994 ha señalado que los jueces pueden interpretar inclusive en contra de la ley (*contra legem*) cuando conduce a efectos contrarios a la finalidad sistemática del ordenamiento jurídico-constitucional:

El efecto de la interpretación literal de una norma conduce al absurdo o a efectos contrarios a la finalidad buscada por la propia disposición es obvio que la norma, a pesar de su aparente claridad, no es clara, porque las decisiones de los jueces deben ser razonadas. El intérprete tiene entonces que buscar el sentido razonable de la disposición dentro del contexto global del ordenamiento jurídico-constitucional

¹⁵⁴ “Interpretation is the method and way by which the judge explores the meaning of a legislative provision, taking into account its place in the entire legal system and without being limited by the formal wording of the legislation”. Tomado de RYTTER, Jens Elo, “Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts” en *Constitutional Interpretation. Scandinavian Studies in Law*, 35 (1992), p. 261.

¹⁵⁵ Caso *González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205

conforme a una interpretación sistemática-finalística.

La Suprema Corte de Justicia de México adopta en términos semejantes estas ideas en el siguiente criterio de la Primera Sala:

“LEYES CIVILES. CUANDO SU TEXTO ES OSCURO Y NO BASTA EL EXAMEN GRAMATICAL, EL JUZGADOR PUEDE UTILIZAR EL MÉTODO DE INTERPRETACIÓN QUE CONFORME A SU CRITERIO SEA EL MÁS ADECUADO PARA RESOLVER EL CASO CONCRETO. Conforme al párrafo cuarto del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el órgano jurisdiccional, al resolver la cuestión jurídica planteada en los juicios del orden civil, debe hacerlo conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley y, a falta de ésta, se fundará en los principios generales del derecho, esto es, los Jueces están ligados a los textos legales si éstos les brindan la solución buscada. **En ese tenor, se concluye que las leyes civiles no necesariamente han de interpretarse literal o gramaticalmente, pues frente a su insuficiencia u oscuridad, los juzgadores pueden utilizar diversos mecanismos de interpretación -histórico, lógico, sistemático, entre otros-, sin que estén obligados a aplicar un método de interpretación específico, por lo que válidamente pueden recurrir al que acorde con su criterio sea el más adecuado para resolver el caso concreto”**¹⁵⁶.

d. Proporcionalidad como decisión última de las controversias

Actualmente vivimos en una etapa jurídica denominada “in the age of balancing” o “bajo el paradigma de la ponderación”¹⁵⁷, puesto que prácticamente todos los conflictos entre los principios o derechos fundamentales se resuelven a través de la ponderación, es decir, debe establecerse la “regla” que debe regir cuando existe una colisión entre principios estableciendo cual de ellos tiene primacía en el caso en concreto.

La ponderación es definida por ARROYO JIMÉNEZ como:

¹⁵⁶ Época: Novena Época. Registro: 173254. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXV, Febrero de 2007. Materia(s): Civil. Tesis: 1a. XI/2007. Página: 653.

¹⁵⁷ Cfr. ARROYO JIMÉNEZ, Luis, “Ponderación, proporcionalidad y derecho administrativo” en *Revista para el Análisis del Derecho*, 5 (2009), *passim*.

(...) el tipo de discurso jurídico a través del cual se resuelven las colisiones entre principios, y consiste en identificar las circunstancias que deben concurrir para que un principio preceda a otro y fundamentar por qué en esas circunstancias es ese principio el de mayor peso”¹⁵⁸.

Con el test de proporcionalidad se arroga al Poder Judicial para resolver en última instancia los conflictos entre los principios, por lo que SALAZAR UGARTE señala que “los jueces detentan la poderosa facultad de emitir la ‘última palabra’ cuando se trata de determinar el sentido y el significado de las normas y principios constitucionales”¹⁵⁹.

Ello equivale a afirmar que prácticamente todos los conflictos, por la vaguedad de las normas y por la irradiación del Derecho se pueden constitucionalizar (p.ej. aborto, matrimonio entre personas del mismo sexo, eutanasia, laicidad), por lo que se puede afirmar que los conflictos públicos (morales, políticos y jurídicos) se resuelven en última instancia por los jueces.

De esta manera PIETRO SANCHÍS señala:

(...) la rematerialización de la Constitución a través de los principios supone un desplazamiento de la discrecionalidad desde la esfera legislativa a la judicial; bien es verdad que no se trata ya de la misma discrecionalidad, y la diferencia es esencial: la del legislador ha sido siempre una discrecionalidad inmotivada, mientras

¹⁵⁸ Ibidem, p. 8.

¹⁵⁹ SALAZAR UGARTE, Pedro, “Justicia constitucional y democracia: el problema de la última palabra”, en Corte, jueces y política, Fontamara, México, 2012, p. 38.

que la del juez pretende venir domeñada por una depurada argumentación racional¹⁶⁰.

El Juez delinea a través de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu* el Derecho. Así STONE SWEET señala: “Considerando en términos sociológicos, la proporcionalidad constituye una forma refinada de gobernar (...) aplicando los tests de proporcionalidad, las cortes necesariamente se convierten en legisladores y administradores complementarios”.

e. Tribunales Constitucionales y neoconstitucionalismo

Posterior a la Segunda Guerra Mundial, Estados Unidos de América exporta la *Judicial Review* a Europa y se consolida el sistema constitucional a través de los Tribunales Constitucionales en Europa, América e inclusive Asia. Como señala Marián AHUMADA: “Lo que tiene lugar después de 1945, con el fin de la Segunda Guerra Mundial, es una general ‘recepción’ dentro y fuera de Europa de ideas e instituciones distintivas de la cultura constitucional americana, entre ellas, y destacadamente, la institución del control de constitucionalidad”¹⁶¹.

En la Constitución de la República Federal Austriaca de 1 de octubre de 1920 y en la Checoslovaca se había instaurado el control de constitucionalidad influenciado por la obra de Hans KELSEN¹⁶², sin embargo, la influencia y expansión de los Tribunales Constitucionales no fue tan destacada como posterior a la Segunda Guerra Mundial.

¹⁶⁰ PIETRO SANCHÍS, Luis, “Tribunal Constitucional y positivismo jurídico” en *Teoría de la Constitución, Ensayos Escogidos* (compilador: Miguel Carbonell), México, Porrúa, 2005, p. 319.

¹⁶¹ AHUMADA, Marián, “La expansión del control de constitucionalidad”, en *Tribunales Constitucionales y Democracia*, México, SCJN, 2007, p. 73.

¹⁶² FERNANDEZ Segado, Francisco, op. Cit., p. 14.

De esta manera en Austria se reestablece el Tribunal Constitucional en 1945, en 1947 en Japón, Italia en 1948, Alemania en 1949¹⁶³, en Francia en 1958, Chipre (1960), Turquía (1961), Malta (1964), Grecia (1975) Portugal (1976), España (1978), Bélgica (1985)¹⁶⁴, por señalar algunos.

Gracias a los tribunales constitucionales y a la fuerza normativa de los principios constitucionales y la irradiación de los derechos fundamentales podemos hablar del neoconstitucionalismo y del surgimiento en plenitud de este nuevo tipo de juez.

Retomando algunos criterios señalados por Rodolfo VIGO, encontramos las siguientes características en el Estado Constitucional de Derecho o neoconstitucionalismo:

- a. La Constitución es la “fuente de las fuentes” del Derecho.
- b. No hay separación tajante entre Derecho y moral: la Constitución se carga de moral bajo los principios, valores, fines o derechos humanos.
- c. Eficacia directa o fuerza normativa de la Constitución ¹⁶⁵ : las normas constitucionales son normas jurídicas inmediatamente exigibles, es decir se rechaza el carácter programático de la Constitución¹⁶⁶.

¹⁶³ AHUMADA, Marián, op. Cit., p. 81.

¹⁶⁴STONE Sweet, Alec, op. cit., p. 2744.

¹⁶⁵ Resulta ilustrativa la siguiente tesis de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia: “*CONSTITUCIÓN. SU CONCEPCIÓN COMO NORMA JURÍDICA*. Esta Suprema Corte de Justicia de la Nación ha ido construyendo la doctrina de que la Constitución es, ante todo, una norma jurídica. Tal situación implica el reconocimiento de las siguientes premisas: (i) en primer término, todo el contenido de la Constitución tiene un valor normativo inmediato y directo, teniendo la posibilidad de facto de desenvolverse en todo su contenido; (ii) adicionalmente, la Constitución requiere de un esquema idóneo que la proteja frente a actos o disposiciones que la pretendan vulnerar, pues su fuerza normativa radica tanto en su capacidad de adaptarse a los cambios de su contexto, así como en su permanencia, la cual no se refiere a una inmutabilidad, sino a su cabal aplicación; y (iii) la Constitución es el fundamento de validez del resto del ordenamiento jurídico, de lo cual se desprende la posibilidad de llevar a cabo un control de regularidad normativa respecto de aquellas disposiciones que la contraríen” (Época: Décima Época. Registro: 2008936. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 17, Abril de 2015, Tomo I. Materia(s): Constitucional. Tesis: 1a. CXXXV/2015 (10a.). Página: 485.

¹⁶⁶ Un ejemplo de ello lo encontramos en la Constitución Federal Alemana: “Artículo 1 [Protección de la dignidad humana, vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales] (...) (3) Los siguientes

- d. Jurisdicción constitucional: justiciabilidad de la Constitución por los órganos jurisdiccionales, especialmente con la creación de los Tribunales Constitucionales.

Asimismo, otro autor, Luis Pietro SANCHIS, expresa las características más sobresalientes del neoconstitucionalismo:

- Más principios que reglas.
- Más ponderación que subsunción.
- Omnipresencia de la Constitución: en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes.
- Omnipotencia judicial: en lugar de autonomía del legislador ordinario.
- Coexistencia plural de valores: en lugar de homogeneidad ideológica¹⁶⁷.

TOMAS Y VALIENTE en su texto de “La resistencia constitucional y los valores” expresa magistralmente este modelo de juez:

El juez constitucional tiene que hacer servible la Constitución, proteger el poder constituyente objetivado en ella, lograr que dé respuesta a problemas no previstos expresamente, resolver ambigüedades y aun aparentes contradicciones acudiendo a una interpretación sistemática y la noción de Constitución como un todo. Para ello ha de dar sentido explícito a términos sólo enunciados, ha de precisar los significados precisos de unos significantes casi mudos, ha de fijar límites entre derechos en conflicto (...) [S]iendo la Constitución, por su contenido material (derechos) y no sólo procedimental una ley política cargada de contenido ético, el juez

derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable.”

¹⁶⁷ PIETRO SANCHÍS, Luis, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial” en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 5 (2001).

constitucional con frecuencia, con mucha frecuencia si se trata de un Tribunal recién nacido, ha de enfrentarse con decisiones nuevas cuya solución implica poner en juego ‘la moralidad política propia de cada juez’ integrante del órgano colegiado que es intérprete supremo de la Constitución¹⁶⁸.

f. Tipos de sentencias del juez creador del Derecho

i. Interpretación conforme o sentencias interpretativas

FIX-ZAMUDIO define a la interpretación conforme (*verfassungskonforme Auslegung*) como la declaración, por parte del órgano de justicia constitucional, de la inconstitucionalidad de determinadas interpretaciones posibles de los preceptos cuestionados, lo que equivale a una especie de anulación parcial; o bien, en sentido positivo, en el señalamiento de la interpretación que se considera compatible con la Ley Fundamental, y en ambos supuestos tanto los tribunales como las autoridades administrativas se encuentran obligadas a aplicar el ordenamiento respectivo de acuerdo con el criterio interpretativo del Tribunal Constitucional el cual también orienta al organismo legislativo en la expedición de las reformas necesarias para evitar una futura declaración de nulidad¹⁶⁹.

Los orígenes de la interpretación conforme¹⁷⁰ los encontramos en el caso *Darmouth College v. Woodward* (1819), en la que el Presidente de la Corte Suprema de Estados Unidos, John Marshall, sostuvo que:

¹⁶⁸ TOMAS Y VALIENTE, Francisco, “La resistencia constitucional y los valores” en *Doxa*, 15-16 (1994), 641.

¹⁶⁹ FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Tribunales Constitucionales y Derechos Humanos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 1980, p. 72.

¹⁷⁰ En Estados Unidos se le conoce como “Interpretation in Harmony of the Constitution”.

(...) no es sino por el debido respeto (decent respect) a la sabiduría, la integridad y el patriotismo del Cuerpo Legislativo que sancionó la ley, hasta tanto su violación de la Constitución sea probada más allá de toda duda razonable. Este ha sido siempre el lenguaje de esta Corte cuando el punto ha estado sujeto a su decisión; y sé que expreso los sinceros sentimientos de todos y cada uno de los miembros de este Tribunal”. Asimismo señaló que: “en más de una oportunidad, esta Corte ha expresado la cautelosa circunspección con que se han considerado tales cuestiones, y ha declarado que en ningún caso dudoso declarararía a un acto legislativo contrario a la Constitución¹⁷¹.

Llamadas en Francia “declaraciones de conformidad bajo reserva” en las que el *Conseil Constitutionnel*, “más que anular una disposición legislativa, lo que hace es declarar que la misma es conforme bajo la reserva de respetar un determinado número de exigencias, que precisa en los fundamentos de su decisión”¹⁷².

El Tribunal Constitucional Español las define de la siguiente forma: “rechazan una demanda de inconstitucionalidad o, lo que es lo mismo, declaran la constitucionalidad de un precepto impugnado en la medida en que se interprete en el sentido que el Tribunal Constitucional considera adecuado a la Constitución, o no se interprete en tal sentido”¹⁷³.

En México encontramos el siguiente criterio jurisprudencial el cual resulta novedoso e interesante, el cual ha tenido repercusiones importantes en nuestro sistema jurídico:

PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN DE LA LEY CONFORME A LA CONSTITUCIÓN. La aplicación del principio de interpretación de la

¹⁷¹ CARPIO, Édgar, “Sentencias manipulativas” en *Tendencias recientes de la justicia constitucional en el mundo. Ensayos escogidos*, México, Porrúa, 2011, p.145.

¹⁷² FERNANDEZ Segado, Francisco, op. Cit., p. 51.

¹⁷³ STC 5/1981

ley conforme a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos exige del órgano jurisdiccional optar por aquella de la que derive un resultado acorde al Texto Supremo, en caso de que la norma secundaria sea oscura y admita dos o más entendimientos posibles. Así, el Juez constitucional, en el despliegue y ejercicio del control judicial de la ley, debe elegir, de ser posible, aquella interpretación mediante la cual sea factible preservar la constitucionalidad de la norma impugnada, a fin de garantizar la supremacía constitucional y, simultáneamente, permitir una adecuada y constante aplicación del orden jurídico¹⁷⁴.

Existen varias justificaciones sobre la interpretación conforme tales como el *horror vacui* (es decir, los efectos nocivos que se generan al declarar la invalidez y consiguiente ausencia normativa en el ordenamiento jurídico), el principio de constitucionalidad de la ley, el principio *in dubio pro legislatore*, sin embargo, Édgar CARPIO señala que:

en los países que cuentan con una Constitución normativa, su fundamento último se encuentra en el principio de constitucionalidad. De acuerdo con éste, el carácter normativo de la Constitución no se hace efectivo sólo anulando una ley que sea incompatible con ella, sino, en general, interpretando y aplicando las leyes y reglamentos, de conformidad con la norma que preside el ordenamiento jurídico¹⁷⁵.

Este tipo de interpretación inclusive ha generado en algunos Tribunales Constitucionales la *interpretación manipulativa*, la cual es caracterizada de la siguiente forma:

¹⁷⁴ Época: Novena Época. Registro: 163300. Instancia: Segunda Sala. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXXII, Diciembre de 2010. Materia(s): Constitucional. Tesis: 2a./J. 176/2010. Página: 646. Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Secretarios: Estela Jasso Figueroa, Fernando Silva García y Alfredo Villeda Ayala.

¹⁷⁵ CARPIO, Edgar, op. Cit., p. 144.

La corte recurre a este tipo de sentencias cuando una disposición tiene un alcance normativo menor del que, constitucionalmente, debería tener, en cuyo caso el Tribunal declara inconstitucional la disposición ‘en la parte en la que no prevé algo’. Tras ello, la Corte, mediante la interpretación, crea una norma, por adición o sustitución¹⁷⁶.

ii. Sentencias exhortativas y de mera incompatibilidad

A través de este tipo de sentencias, el Tribunal Constitucional constata que una disposición es incompatible con la Constitución pero no declara su nulidad, de modo que aquella continúa su vigencia, sin embargo, se informa con efectos declarativos su inconstitucionalidad a fin de que el legislador modifique la ley.

Como señala Édgar CARPIO este tipo de sentencias empiezan a dictarse con la sentencia de 11 de mayo de 1970 por el Tribunal Constitucional Federal alemán, al declarar que una ley era inconstitucional por afectar el principio de igualdad; sin embargo, no declaró su nulidad, pues a su juicio, en ejercicio de su discrecionalidad legislativa, el legislador podía, o bien comprender a la categoría de sujetos que habían sido excluidos de los beneficios que otorgaba la ley, o bien terminar con el otorgado a favor de sólo uno de ellos, respondiendo la elección de una u otra alternativa sólo al legislador¹⁷⁷.

iii. Sentencias aditivas. Poder Judicial legislador

¹⁷⁶ FERNANDEZ Segado, Francisco, op. Cit., p. 49.

¹⁷⁷ Cfr. CARPIO, Edgar, op. Cit., p. 157.

Su origen lo encontramos en la justicia constitucional italiana y específicamente en la sentencia 168 de 1963¹⁷⁸, y se definen como aquellas en que:

(...) la Corte Constitucional declara la inconstitucionalidad de una norma implícita (esto es, un sentido interpretativo) de carácter restrictivo o negativo, y al hacerlo, crea otra norma (sentido interpretativo) de significado opuesto (extensivo o positivo), que adiciona a la disposición, de manera que después del juicio de constitucionalidad al cual es sujeto, la disposición resulta alterada tanto en su formulación lingüística como en sus significados interpretativos¹⁷⁹.

Es decir, las sentencias aditivas suelen ser empleadas cuando los Tribunales Constitucionales advierten que en una determinada disposición legislativa, el legislador omitió algo que debió estar presente para que la disposición pudiera considerarse de manera compatible con la Constitución¹⁸⁰.

Por ejemplo, cuando una determinada norma por ejemplo excluye por omisión a ciertas personas de un determinado beneficio, podría actualizarse una sentencia aditiva para adicionar a la norma jurídica a ese grupo de personas. En España por ejemplo el Tribunal Constitucional extendió el beneficio de las pensiones de seguridad social a “hijos y hermanos” cuando en la ley sólo está concedido a “hijas y hermanas”¹⁸¹:

¹⁷⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 149.

¹⁷⁹ *Idem*.

¹⁸⁰ Cfr. *Idem*.

¹⁸¹ STC 3/1993. Al respecto, véase: BREWER-CARIÁS, Allan R., “Los jueces constitucionales como legisladores positivos. Una aproximación comparativa”, Texto preparado para ser presentado al II Congreso Internacional “Proceso y Constitución”, Universidad Panamericana, Campus Guadalajara., México, 24 al 26 de noviembre: <http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea2/Content/I,%201,%201017--%20LOS%20JUECES%20CONSTITUCIONALES%20COMO%20LEGISLADORES%20POSITIVOS.%20UNA%20APROXIMACION%20COMPARATIVA.doc>).pdf

La Corte Constitucional Italiana define a la sentencia aditiva de la siguiente forma:

(...) una decisión aditiva es consentida, como *ius receptum*, sólo cuando la solución adecuada no sea el fruto de una evaluación discrecional, sino consecuencia necesaria del juicio de constitucionalidad, en el que la Corte proceda, en realidad, a realizar una extensión lógicamente necesitada e implícita en la potencialidad interpretativa del contexto normativo en el cual se inserta la disposición impugnada (109/1986).

iv. Contra reformas de forma y de fondo a la Constitución

Otra materialización de este tipo de juzgador se expresa cuando el juez puede incluso invalidar las reformas de forma e inclusive de fondo de la Constitución. En Alemania por ejemplo existen cláusulas de intangibilidad previstas en la propia Constitución que impiden al reformador de la Constitución modificar la organización de la Federación en Länder, la participación de los mismos en la actividad legislativa y los principios previstos en los artículos 1 y 20 de la Ley Fundamental de Bonn.

Una resolución importante sobre este tema lo encontramos en la sentencia no. 1146 de 1998 de la Corte Constitucional Italiana en que se afirmó que:

La Constitución italiana contiene algunos principios supremos que no pueden ser subvertidos o modificados en su contenido esencial ni siquiera a través de leyes de reforma constitucional u otras leyes constitucionales. Tales son los principios que la misma Constitución prevé explícitamente como límites absolutos al poder de reforma constitucional, como la reforma republicana (artículo 139 Const.), pero también los principios que, a pesar de no estar mencionados expresamente entre los

que no pueden someterse al procedimiento de revisión, pertenecen a la esencia de los valores supremos sobre los que se funda la Constitución italiana¹⁸².

Sin embargo, ni el Tribunal Constitucional Alemán o el Italiano declararon la inconstitucionalidad de la reforma a la Constitución, al considerar que no se habían violado los principios en comento.

Pero en Colombia la Corte Constitucional en sentencia de 26 de febrero de 2010 anuló la Ley No. 1, 354 de 2009 que convocaba a un referéndum con el propósito de aprobar una reforma a la Constitución encaminada a permitir la reelección por un tercer periodo del Presidente de la República, al considerar que la reforma contenía “violaciones sustanciales del principio democrático” e introducía reformas que implicaban la “sustitución o subrogación de la Constitución”¹⁸³, señalando en lo que interesa que:

(...) resulta claro que la introducción de una segunda reelección afecta la igualdad en la contienda electoral por la Presidencia de la República, puesto que el incremento progresivo de períodos presidenciales puede conducir a que un líder se auto-perpetúe en el poder y potencialmente fortalece un círculo vicioso mediante el cual se permitiría la consolidación de una sola persona en el poder.

Conviene precisar que como el sistema presidencial adoptado en la Carta de 1991 funciona a partir de la fijación de un máximo de tiempo permitido a una sola persona para ejercer la primera magistratura, la segunda reelección quebranta y sustituye la Constitución en todos los casos, pues siempre desbordaría ese límite máximo, ya sea que el tercer período que resultara de su autorización transcurra a continuación de los dos permitidos, siendo, por

¹⁸² Cita tomada de RAGONE, Sabrina, “El control material de las reformas constitucionales en perspectiva comparada” en *Teoría y Realidad Constitucional*, 31 (2013), p. 396.

¹⁸³ Cfr. BREWER-CARÍAS, Allan R. op. Cit.

tanto, consecutivo, o que la segunda reelección se autorice de tal forma que no comporte un tercer período inmediato.

Así las cosas, en razón de lo considerado, una segunda reelección presidencial sustituye ejes estructurales de la Constitución Política y, por lo tanto, la Ley 1354 de 2009 que busca hacer posible una reforma constitucional que la instruya vulnera la Carta y debe ser declarada inconstitucional.

v. Inaplicación de la Constitución.

Este juez puede inaplicar la Constitución a través del principio pro persona si advierte que una norma de fuente internacional reconoce más derechos a las personas o establece menos restricciones al ejercicio de los derechos fundamentales.

Lo anterior, de conformidad con el artículo 1º, segundo párrafo, de la Constitución Federal que establece:

“**Art. 10.-** (...) 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”.

En México la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Acción de Inconstitucionalidad 155/2007 inaplicó *de iure y de facto* el artículo 21 de la Constitución Federal que establece como un tipo de sanción administrativa en los trabajos a favor de la comunidad¹⁸⁴, al señalar que conforme a los estándares

¹⁸⁴ **Art. 21.-** (...) Compete a la **autoridad administrativa** la aplicación de sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, las que únicamente consistirán en multa, arresto hasta por treinta y seis horas **o en trabajo a favor de la comunidad**; pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiese impuesto, se permutará esta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de treinta y seis horas.

internacionales el trabajo a favor de la comunidad sólo puede imponerse por un juez y no por una autoridad administrativa.

A continuación se reproduce la *ratio decidendi* de la Acción de Inconstitucionalidad en cuestión:

Ahora bien, si se compara el contenido de tales instrumentos con lo establecido en la Constitución Federal, se aprecia, por una parte, que aquéllos y ésta coinciden en la prohibición del trabajo forzado u obligatorio, aún cuando en su formulación, como es natural, existan variaciones. Sin embargo, y por otra parte, se advierte que no existe coincidencia entre lo establecido en los tratados internacionales y en la Constitución respecto a las circunstancias en las que pudiera imponerse un trabajo forzado u obligatorio. Mientras que los tratados internacionales establecen como única excepción la posibilidad de que las autoridades jurisdiccionales los impongan en cumplimiento de una pena, la Constitución Federal establece, adicionalmente, que las autoridades administrativas también puedan sancionar a los particulares con la realización de un trabajo comunitario por la infracción a los reglamentos gubernativos y de policía. En efecto, la Constitución Federal permite que las autoridades jurisdiccionales impongan trabajos como pena por autoridad judicial, como excepción directa al derecho al trabajo establecida en el mismo artículo 5º de la Constitución, como también permite la imposición de la prestación de trabajos a favor de la comunidad, impuestos por autoridades administrativas como sanciones por infracciones a reglamentos gubernativo y de policía en el tercer párrafo del artículo 21 de la misma Constitución. En contraste, los instrumentos internacionales son claros en establecer una prohibición genérica para que cualquier autoridad estatal, salvo las judiciales, puedan imponer a los particulares la realización de un trabajo no voluntario como sanción.

Precisadas que existen diferencias entre lo establecido en el marco constitucional y en el internacional respecto a las posibilidades en las que el Estado puede imponer a los particulares la realización de un trabajo forzado u obligatorio, es necesario determinar ¿cuál de estos estándares resultan en una mayor protección para las personas, a fin de dar cumplimiento al objetivo constitucional contenido en el segundo párrafo del artículo 1°? La respuesta a esta pregunta permitirá determinar, en última instancia, el parámetro de control sobre las normas que integran el orden jurídico mexicano, en particular respecto a qué autoridades pueden imponer a las personas la realización de trabajos obligatorios, parámetro que será el contraste para el análisis de las normas impugnadas.

Tanto las normas constitucionales como las internacionales protegen uno de los aspectos del derecho humano al trabajo, como lo es que los individuos lo ejerzan de manera libre. Ambas establecen ciertas excepciones en las que se permite que, en ciertas condiciones, el Estado pueda obligar a las personas a su realización. Por tal razón, la respuesta a la pregunta formulada en el párrafo anterior dependerá de cuál de ellas resulte en un mayor beneficio a la persona humana en relación con la menor interferencia estatal al ejercicio de tal libertad. Es decir, habrá que determinar cuál es el estándar que afecta en menor medida la posibilidad que las personas realicen trabajos únicamente de forma voluntaria.

A juicio de esta Suprema Corte de Justicia, los estándares internacionales son los que establecen la protección más amplia del derecho humano al trabajo, ya que restringen las posibilidades y las modalidades en las que el Estado puede interferir con tal libertad en mayor medida que el estándar constitucional. En efecto el estándar internacional establece, como ya se ha

dicho, que serán únicamente las autoridades jurisdiccionales quienes puedan imponer como pena a las personas la realización de ciertos trabajos que deberán realizar aún sin su consentimiento – es decir, de manera obligatoria–, proscribiendo que sean las autoridades administrativas las que puedan establecer este tipo de trabajo como sanción. Esto implica, además, otra limitación formal al Estado incluida en el estándar internacional referida a la fuente normativa de la pena: si el trabajo obligatorio solamente puede ser impuesto por autoridad jurisdiccional y como pena, esto forzosamente implica que las violaciones cometidas tienen que estar en Ley y no por violación a reglamentos gubernativos y de policía. De este modo, dado que el estándar internacional establece una mayor protección a la persona humana que el contenido de la Constitución Federal respecto al derecho humano a la libertad de trabajo, esta Suprema Corte determina que el parámetro de validez las normas que integran el ordenamiento jurídico mexicano es el siguiente: sólo podrán imponerse como penas a los particulares la realización de trabajos forzados u obligatorios, mediante una condena que derive de una autoridad jurisdiccional.

Por ende, la Suprema Corte de Justicia de la Nación **declaró la invalidez de los artículos reclamados de la ley de Yucatán** al violar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Convenio 29 de la Organización Internacional del Trabajo, **por lo que inaplicó expresamente el artículo 21** de la Constitución Federal, en los siguientes términos:

“De la aplicación de este estándar como parámetro de control se concluye que debe declararse la invalidez de los artículos impugnados por resultar contrarios a la interpretación más favorable que se desprende de los artículos 1º, párrafo segundo en relación con el 5º de la Constitución

Política de los Estados Unidos Mexicanos, interpretado conforme a los artículos 8° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 2° del Convenio 29 de la Organización Internacional del Trabajo y 6 de la Convención Americana”.

De lo anterior, se advierte que este juzgador puede inclusive inaplicar expresamente la propia Constitución Federal, lo cual nunca se había presentado en el sistema jurídico mexicano.

IV. Epílogo. Juez socrático

El siglo XXI el juez director de historia debe ser un juez socrático. Este juez a nuestro juicio debe ser un simple actor de la historia, para convertirse en el *director* de la misma a través de la razón. Se reconoce en este modelo, el valor de la razón y se le otorga en forma última al juez socrático¹⁸⁵.

a. Razón en el juzgador

La Ilustración en su máxima expresión buscaba que la razón se constituyera como la nueva directriz de los acontecimientos de los hombres. Se buscó dejar toda la tradición anterior, para que la razón se encargara de desentrañar, por sus propios medios, la realidad. Immanuel KANT en su opúsculo *¿Qué es la Ilustración?* pronunció unas palabras que han sonado desde entonces: *Sapere Aude!*, es decir, *¡Atrévete a pensar!* En otras palabras: No dejes que los saberes transmitidos te determinen, busca tú los propios.

Ahora bien, lo que se propone es recoger esa tradición, y que los jueces también beban de la fuente de *la Ilustración*, es decir permitir que ésta se enmarque primordialmente, en cuanto a la *res publica*, en manos de los jueces. Se considera que el paradigma de la Ilustración de desentrañar los acontecimientos a través de la razón es un camino adecuado –mas no suficiente–; lo que erró la Ilustración y el pensamiento moderno fue en posicionar esa razón en órganos ajenos naturalmente a la razón, pues se lo otorgó a la voluntad general –poder legislativo– y al Ejecutivo, órganos que por su propias cualidades están enmarcados en posiciones voluntaristas, pues buscan dividendos políticos. En cambio, el juez en general no está sujeto a los vaivenes políticos, sino que está sujeto a la formación, esto es, a la carrera judicial (desgraciadamente el último escalafón en México que es la Suprema Corte de Justicia de la Nación que debería ser el estadio sujeto a

¹⁸⁵ Vid. GÓMEZ SÁMANO, José Sebastián, “El juez como espectador, actor y director de la historia en la modernidad”, en Revista del Instituto de la Judicatura Federal, no. 42, 2013.

mayores pruebas y conocimientos, está condicionado exclusivamente al mayoriteo cualificado de la decisión de un órgano político).

El desencanto actual por la Ilustración, que viene principalmente desde la segunda mitad del s. XX con voces de la Escuela de Frankfurt y de otras corrientes filosóficas, con pensadores como Theodor ADORNO, Max HORCKEIMER, Jürgen HABERMAS, que critican la razón instrumental propia de la modernidad, se debe en gran parte, a que la razón fue posicionada y monopolizada en órganos no adecuados para ejercer correctamente esa función; en poderes más propensos a la voluntad que a la razón. El posmodernismo, una “rebelión suave” contra la modernidad, acaso pueda ser superado atribuyendo el paradigma de la razón al poder judicial.

En efecto, como ya lo ha demostrado la historia, las decisiones más importantes de la vida del hombre, no pueden dejarse al arbitrio del mayoriteo o de la voluntad. Los siglos XIX y XX fueron presa de esa cosmovisión pues se dejó que las mayorías, mediante un acto de voluntad, determinaran exclusivamente el ordenamiento jurídico. Así, pudieron determinar quiénes eran personas (judíos, afroamericanos, gitanos), quiénes eran sujetos de derechos, qué derechos podían restringir a determinados grupos sociales. Las mayorías como lo expresó Aristóteles sin un bien objetivo pueden convertirse en los mayores opresores, en las supremas tiranas¹⁸⁶.

Los valores fundamentales del ser humano deben dejarse en las manos de la razón y no de la voluntad (como por ejemplo, en el simple mayoriteo). Los derechos fundamentales no se otorgan por un acto de voluntad, sino que se reconocen por un acto de inteligencia.

¹⁸⁶ Por ejemplo, en la *Política* señala que: “Pero, al parecer, por todos lados hay dificultades. ¡Qué!, ¿los pobres, porque están en mayoría, podrán repartirse los bienes de los ricos; y esto no será una injusticia, porque el soberano de derecho propio haya decidido que no lo es? ¡Horrible iniquidad!” ARISTOTELES, *Política*, Libro III, Cap. VI.

Los derechos humanos son abstraídos por la razón, y no concedidos por un acto gracioso del soberano.

Se considera que el juez es el más cualificado por el ordenamiento jurídico para ejercer ese control de los derechos humanos y del *logos*, ya que posee diversas garantías para que ello suceda. De manera enunciativa podemos afirmar que se encuentra: a. *Sujeto al diálogo*: a través del principio de contradicción que rige en cualquier proceso, por lo que se encuentra en aptitud de alcanzar con mayores elementos “la verdad” por la confrontación de las posturas (*doxa*), antes de emitir una decisión; b. *Carrera judicial*: el juez, en general, accede a la magistratura por las personas más cualificadas ya que se ejerce un examen de oposición para llegar a ese escalafón, y c. *Independencia*: hay garantías tanto internas como externas para que sus dictados no se deban a la presión de los poderes jurídicos o fácticos, de manera que se garantice que su decisión se encuentra en posibilidad de alcanzar la justicia y la verdad.

Este predominio del *logos* se asemeja a lo sucedido en el mito narrado por SÓFOCLES acerca de la asignación de cualidades a los animales y al hombre por parte de los dioses. Este mito trata sobre la asignación de las herramientas a los animales y a los hombres para sobrevivir. Así, los dioses olímpicos encomendaron a EPIMETEO, hermano de PROMETEO, la tarea de dotar a los animales y al hombre de las herramientas necesarias para lograr su supervivencia. Concedió a algunos animales grandes extremidades, a otros largos pelajes, a unos mayor agilidad.

Cuando le tocó el turno al hombre se percató que había agotado la gran mayoría de los dones –por eso el hombre no se distingue por alguna cualidad extraordinaria en términos físicos–, por lo cual su hermano PROMETEO vino en su auxilio, y le dio al hombre el fuego de los dioses para compensar la insuficiencia de sus dotes naturales. Sin embargo, con sólo la técnica del fuego el hombre pronto empezó a utilizarlo para agredir a

su semejante y con ello se inició la violencia, la destrucción y “la humanidad pareció a punto de perecer miserablemente por obra de sus propios inventos”- El hombre fue incapaz de solucionar esta situación por la mera técnica, por lo cual ZEUS quien vio en el hombre portador de una gran misión, le envió un don que le salvaría de la autodestrucción: el don de la ley y la justicia “y no lo imprimió en el espíritu de algunos individuos, como ocurriera con el talento para los inventos técnicos, sino en el corazón de todo ser humano”¹⁸⁷.

Así, se cumplirá con el ideal contemplado por PLATÓN respecto de su formulación del Estado ideal, que expresó en su *Carta VII* con motivo de la injusta condena a muerte de su maestro, Sócrates:

Vi que el género humano no podrá librarse del mal mientras no llegue al poder los verdaderos filósofos o los regentes del Estado no se conviertan por voluntad divina en auténticos filósofos¹⁸⁸.

Este juez no es un opresor porque sabe que la fuerza no es la solución a los problemas –sino que únicamente los recrudece–, sino que conoce que ésta se encuentra en la razón. Trata de que sus resoluciones se sigan no por la razón de la fuerza, sino por la fuerza de la razón (*non razione imperii, sed rationis imperio*). La fundamentación y motivación, es decir la motivación judicial es su herramienta principal para lograr la transformación de la sociedad.

b. ¿Gobierno de los jueces? De la *potestas* a la *auctoritas* judicial

La expresión “gobierno de los jueces” fue introducida en Francia por Eduard LAMBERT, quien califica de esa forma a la Corte Suprema de Estados Unidos. Como lo expone OSVALDO GOZAÍNI: “la fórmula se utiliza en nuestros días, generalmente, con una connotación peyorativa, cada vez que se desea criticar el poder excesivo de los jueces,

¹⁸⁷ Idem.

¹⁸⁸ PLATON, *Carta VII*, p. 326.

particularmente, aunque no de manera exclusiva, tratándose de las cortes constitucionales”¹⁸⁹.

En suma, ¿cuándo el juez se convierte en parte del proceso político? Consideramos que el juez no debe ejercer política, y debe permitir que los actores políticos realicen esa función.

En Roma ya se distinguía la *auctoritas* de la *potestas*, la primera era un atributo de aquellas personas sabias, la cual, era detentada por el Senado en sus orígenes, y que consistía en aquel “saber socialmente reconocido”¹⁹⁰, a diferencia de la *potestas* que era aquel “poder socialmente conocido”, el cual, se distingue de la *auctoritas* por su posibilidad coercitiva —elemento que posibilita imponer la voluntad propia aun en contra del consentimiento de un tercero—.

Los funcionarios que gozaban de *auctoritas* emitían opiniones, mismas que carecían de coercibilidad; sin embargo, no necesitaban ni la forma de una orden —*potestas*— ni el apremio exterior para hacerse oír —*coerción*—¹⁹¹. Theodor MOMMSEN decía al respecto que “más que una opinión y menos que una orden, una opinión que no se puede ignorar sin correr un peligro”¹⁹².

En este sentido, las opiniones de las autoridades se seguían porque tenían en sí la fuerza de la razón, y no la razón de la fuerza (*non ratione imperii sed rationis imperio*), y

¹⁸⁹ GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, *Sobre sentencias constitucionales y efectos erga omnes*, Anuario de Derecho Latinoamericano, UNAM, 2008, p.172.

¹⁹⁰ D’ORS, Álvaro, *Derecho Privado Romano*, Navarra, Eunsa, 2004.

¹⁹¹ ARENDT, Hannah, *Entre el pasado y el futuro*, Barcelona, Península, 2003.

¹⁹² *Idem*.

por lo mismo, las personas a las cuales se dirigían dichas opiniones se sentían vinculadas por las mismas.

Por ello es importante conceptualizar la función judicial en su nivel de *auctoritas*; no en la *potestas*. ¿Cómo se podrá lograr la anhelada *auctoritas*? Por las razones aducidas en la motivación y que justifiquen que éstas dieron lo justo a quien le corresponde, y de esta manera, se legitime este poder ante la sociedad.

En palabras de Luigi FERRAJOLI:

La fuente de legitimación de la jurisdicción no es democrática al modo de los poderes políticos o la tarea ejecutiva, por lo que su legitimidad viene dada por su sujeción a la ley. Y en una acepción más amplia de la palabra, por la *verdad de sus decisiones*. Las leyes, los negocios jurídicos, son actos que se caracterizan por su discrecionalidad o la autonomía de sus autores, y evidentemente no requieren de una motivación verdadera para tener validez. Por el contrario, las sentencias son actos cuya validez reposa sobre la prueba de los hechos que se discuten, sobre la fundamentación o verdad de su cualificación jurídica¹⁹³.

De esta manera, la función jurisdiccional se irá legitimando a través de la motivación de la sentencia, donde se expresen las razones por las cuales se está dando la justicia en cada caso en concreto, y en este sentido, la función judicial en su conjunto, podrá gozar de la *auctoritas* que legitime su función, de manera que la fuerza de la decisión no devenga de una simple coerción, sino más bien, de la *razonabilidad de sus decisiones*.

¹⁹³ Entrevista a Luigi Ferrajoli, Gerardo PISARELLO y Ramón SURIANO, www.cervantesvirtual.com/.../00680478-82b2-11df-acc7-002185ce6064

El Tribunal Constitucional Español ya ha utilizado algunos de estos conceptos para resaltar este factor en sus decisiones judiciales, y señala en la sentencia 54/1997 lo siguiente: “La estructura de la sentencia contiene, desde siempre, una parte dedicada a justificar jurídicamente la decisión en que termina la sentencia, parte dispositiva o fallo que lleva dentro el *imperium* o la *potestas*. La argumentación que precede al solemne pronunciamiento judicial dota a la sentencia de la *auctoritas* y le proporciona la fuerza de la razón”.

El ejemplo paradigmático de una Corte Suprema que goce de *auctoritas* es la de Estados Unidos. Ello se debe a que sus decisiones sólo son obligatorias para las partes, es decir, tienen efectos intra-partes y no generales. Sin embargo, por su altura moral, las demás autoridades se sienten obligadas a seguirla, por lo cual, a nivel fáctico equivale al respeto general de los demás operadores jurídicos. Como lo sostiene el ex-presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Héctor FIX-ZAMUDIO:

(...) sus resoluciones son obligatorias para todos los jueces del país, de acuerdo con el principio que se califica de *stare decisis* (obligatoriedad del precedente), de manera que cuando la citada Corte Suprema declara la inconstitucionalidad de una ley, dicho fallo posee en la práctica efectos generales, pues debido a su prestigio moral también las autoridades administrativas acatan sus resoluciones¹⁹⁴.

¹⁹⁴ FIX ZAMUDIO, Héctor y VALENCIA. CARMONA, Salvador, Derecho Constitucional. Mexicano y Comparado, México, Porrúa, 1999.

Conclusiones

A partir de lo expuesto en esta investigación, se siguen las siguientes conclusiones:

1. El juez del siglo XVIII y primera mitad del siglo XIX es un juez *espectador* de la historia. Este juzgador no tiene incidencia en la modificación del ordenamiento jurídico, es decir, no puede establecer normas jurídicas porque únicamente se encuentra facultado para aplicar literalmente lo que dice la ley. Este juzgador es un engranaje más de la maquinaria estatal que se encuentra subordinado a los dictados del legislativo, pues su única función consiste en aplicar la norma al caso en concreto.

2. El juez de la segunda mitad del siglo XIX y primera mitad del XX es un juez *actor* en la historia. El elemento fundamental que vino a revolucionar el cambio de paradigma del juzgador fue el control judicial de la Constitución y el antiformalismo jurídico. Mediante este sistema se facultó al juez para inaplicar leyes que consideraban inconstitucionales e inclusive para dejarlas sin efectos en los casos concretos. Gracias a esto se generó algo inconcebible décadas atrás en el paradigma de la omnipotencia del legislador o de la “soberanía parlamentaria”. Se facultó al juez para contradecir lo que decía la ley, para salvaguardar el texto de la Constitución. El juez por tanto ya no es un mero subordinado al legislador o “siervo de la ley” en la expresión ciceroniana, pues inclusive puede tacharle la plana al legislador, es decir, resolver que el legislador violó la Norma Suprema, lo cual es un verdadero giro copernicano en lo referente a la concepción de la judicatura. Sin embargo, normalmente en este estadio el juez sólo declara inconstitucional la ley cuando expresamente se contraviene una regla de la constitución (es decir, no por violar principios constitucionales).

3. Posterior a la segunda mitad del siglo XIX, con la incorporación de los principios constitucionales y su exigibilidad a través de los tribunales, la ley no sólo debe respetar una

validez formal sino también material, y una cuestión material de carácter fuerte. Se empieza a dar fuerza normativa (es decir, inmediatamente exigibles) a las fórmulas abstractas en las Constituciones, especialmente los principios, y empiezan a surgir las declaraciones y tratados internacionales sobre derechos humanos. Surge el *juez director de historia*.

4. Este juzgador se encuentra facultado para inaplicar la Constitución; resolver las controversias entre los Estados soberanos; incorporar derechos fundamentales a la Constitución a través de la jurisprudencia, y dar directrices (por ejemplo con las sentencias exhortativas) a todas las autoridades públicas. Inclusive define la moral pública de la sociedad (como por ejemplo, la no discriminación hacia los homosexuales o personas de la tercera edad) lo cual obliga que los comportamientos de los ciudadanos se adecuen a lo que dicen los tribunales a través de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales.

Por medio del derecho, el juez da directrices a la sociedad sobre cómo debe adecuar su conducta por medio de las normas jurídicas (jurisprudencia) por lo que se convierte en un “director” de la evolución de la sociedad y del Estado.

5. Este modelo de juez director de historia debería basar su imperio con base en la *auctoritas*, antes que una *potestas*. Su capacidad racional, exegética y prudencial deben ser ampliamente reconocidas en su sociedad a fin de que sus líneas jurisprudenciales no sean “impuestas” sino reconocidas por la sociedad a fin de que este modelo de juez pueda subsistir en el constitucionalismo moderno.

Bibliografía

- ABELARDO ROJAS, Roldán, *Sistemas de Interpretación de la ley. El arte de la interpretación jurídica*, México, UNAM, 1977, p. 682.
- ARENDT, Hannah, *Entre el pasado y el futuro*, Barcelona, Península, 2003.
- AHUMADA, Marián, “La expansión del control de constitucionalidad”, en *Tribunales Constitucionales y Democracia*, México, SCJN, 2007.
- ALEXY, Robert, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica” (trad. Manuel Atienza) en *Revista Doxa*, 5 (1998).
- ÁLVAREZ Alonso, Clara, “La legitimación del sistema. Legisladores, jueces y juristas en España (1810-1870 c.a.)” en *Historia Constitucional*, 5 (2004).
- ALVAZZI, Paolo, *The origins of the référé législatif and the cahiers de doléances of 1789*, Firenze, Reti-Mediavali-Firenze University Press, 2014.
- ARISTOTELES, *Política*, México, UNAM, 1963.
- ARIZPE NARRO, Enrique, *La primera sentencia de amparo*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006.
- ARROYO JIMÉNEZ, Luis, “Ponderación, proporcionalidad y derecho administrativo” en *Revista para el Análisis del Derecho*, 5 (2009).
- BARRERO-BERARDINELLI, Juan Antonio, “El Efecto de irradiación de los derechos fundamentales” en *Revista Colombiana de Derecho Internacional de Bogotá*, 20 (2012).
- BATIZA, Rodolfo, "El derecho romano en el Código Civil Francés y en los Códigos Civiles Mexicanos de 1870, 1884 y 1928" en *Jurídica*, 1990.

- BECCARIA, Cessare, *De los delitos y las penas*, Madrid, Carlos III Universidad de Madrid, 1993.
- BICKEL, Alexander, *The Least Dangerous Branch*, New Haven, Yale University Press, 1986.
- BLANCO ZÚÑIGA, Gilberto, *La interpretación legal a la interpretación constitucional*, Bogotá, Ibáñez, 2010.
- BREWER-CARÍAS, Allan R., “Los jueces constitucionales como legisladores positivos. Una aproximación comparativa”, Texto preparado para ser presentado al II Congreso Internacional "Proceso y Constitución", Universidad Panamericana, Campus Guadalajara., México, 24 al 26 de noviembre: [http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea2/Content/I,%201,%201017%20LOS%20JUECES%20CONSTITUCIONALES%20COMO%20LEGISLADORES%20POSITIVOS.%20UNA%20APROXIMACION%20COMPARATIVA.doc\).pdf](http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea2/Content/I,%201,%201017%20LOS%20JUECES%20CONSTITUCIONALES%20COMO%20LEGISLADORES%20POSITIVOS.%20UNA%20APROXIMACION%20COMPARATIVA.doc).pdf)
- BUSTILLOS, Julio, *Surgimiento y decadencia de la casación en el siglo XIX*, en Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia, número 3, 2004
- CABALLERO JUÁREZ, José Antonio, La codificación y el federalismo judicial, Anuario Mexicano de Historia del Derecho, Volumen, XIV, 2002.
- CALAMANDREI, Piero, *La casación civil*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945.
- CARBONELL, Miguel, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, México, Porrúa, UNAM, 2001.
- CARMONA TINOCO, Jorge Ulises, *La interpretación judicial constitucional*, México, UNAM, 1996.
- CARPIO, Édgar, “Sentencias manipulativas” en *Tendencias recientes de la justicia constitucional en el mundo. Ensayos escogidos*, México, Porrúa, 2011.

- CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco, *Historia del Derecho Natural. Un ensayo*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999
- CASTAN, José, *La actividad modificativa o correctora en la interpretación e investigación del derecho*, Madrid, Reus, 2005.
- CRUZ BARNEY, Óscar, *La Codificación en México, 1821-1917*, IIJJ-Unam, México, 2004.
- DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, *Interpretación de la Constitución y Justicia Constitucional*, Porrúa, México, 2009.
- FERNANDEZ Segado, Francisco, “La obsolescencia de la bipolaridad ‘Modelo americano-modelo europeo kelseniano’ como criterio analítico del control de constitucionalidad y la búsqueda de una nueva tipología explicativa’ en *Parlamento y Constitución*, 6 (2002).
- FERRER MAC-GREGOR, Interpretación constitucional, Porrúa, México, 2005.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Tribunales Constitucionales y Derechos Humanos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 1980.
- FIX ZAMUDIO, Héctor y VALENCIA. CARMONA, Salvador, *Derecho Constitucional. Mexicano y Comparado*, México, Porrúa, 1999.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, “La incidencia de la derrotabilidad de los principios iusfundamentales sobre el concepto de Derecho” en *D&Q*, 3 (2003).
- GARCÍA PASCUAL, Cristina, *Legitimidad democrática y poder judicial*, Generalitat Valenciana, 1997.
- GÓMEZ SÁMANO, José Sebastián, *La motivación Judicial. Non razione imperii, sed rationis imperio*”, en *Principios de la Ética Judicial Iberoamericana*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación/Comisión Iberoamericana de Ética Judicial, 2012; “Paideia Jurisdiccional”, en *Ars Iuris* no. 11, julio-diciembre 2011, y *Justicia y Equidad (de hemis a Diké, de la Isonomía a la Epikeia, y de éstas al Filein)*, inédito.

- GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, “El legislador como intérprete constitucional”, Ferrer..., p. 243. Igualmente Lorenzo de Zavala constituyente de 1824 expresó: "Formar las leyes, interpretarlas, aclararlas y dispensarlas son atribuciones del poder (legislativo) y sería muy peligroso dejar cualquiera de ellas al Gobierno".
- GONZALEZ Oropeza, Manuel, *Los Orígenes del Control Jurisdiccional de la Constitución y de los Derechos Humanos*, México, CNDH, 2003.
- GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, *Sobre sentencias constitucionales y efectos erga omnes*, Anuario de Derecho Latinoamericano, UNAM, 2008, p.172.
- GROCIO, Hugo, *Prolegomena a de iure belli ac pacis*, Indianapolis, Liberty Fund, 2005.
- GUZMAN Brito, Alejandro, “Las fuentes de las normas sobre interpretación de las leyes del "digeste des lois civiles" ("code civil") de la Luisiana (1808/1825)” en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 31 (2009).
- HABERMAS, K, *Teoría y praxis. Estudios de filosofía socia.*, Ed. Tecnos, Madrid, 1987, citado por Historia de los derechos fundamentales.
- HALPERIN, Jean-Loius, *Le Tribunal de Cassation et les pouvoirs sous la Revolution*, Librairie General de Droit et de Jurisprudence, París, 1987, p.51, citado por MORON, Manuel “Ensayo sobre el origen y evolución del recurso de casación” en *Anales de la Facultad de Derecho*, 15 (1997).
- HAMILTON, JAY, *et.al.*, *El Federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 1943.
- HOADLEY, Benjamin, Bishop of Bangor, citado en GUASTINI, Riccardo, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2007.
- HORN, Norbert, “Sobre el derecho natural racionalista y el derecho natural actual” en *Anuario de Derechos Humanos*, 1 (2000).
- KELSEN, Hans, *La Garantía Jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 1974.

- LÓPEZ MEDINA, Diego, “Hermenéutica legal y hermenéutica constitucional”, en *Interpretación constitucional*, (2005).
- MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*, Cap. VI De la Constitución de Inglaterra, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1906.
- MORA RESTREPO, Gabriel, *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces*, Buenos Aires, Marcial Pons.
- MORENO CORA, 1902, *Tratado del Juicio de Amparo conforme a las sentencias de los Tribunales Federales*. Edición original: Tip. y Lit. La Europea, de J. Aguilar Vera y Compañía (S. en C.). Calle de Santa Clara número 15, 1902, edición facsimilar de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, p. 395.
- MORÓN PALOMINO, Manuel, *Ensayo sobre el origen y evolución del Recurso de Casación en Francia*, Anales de la Facultad de Derecho. Universidad de La Laguna. N° 15, 1997
- NINO, Carlos S.: “Los fundamentos del Control Judicial de Constitucionalidad”; en AA.VV.: *Fundamentos y Alcances del Control Judicial de Constitucionalidad*, Centro de Estudios Constitucionales, Cuadernos y Debates, Madrid, 1991; p. 100.
- N. CARDOZO, Benjamín, *La naturaleza de la función judicial*, Comares, Granada, 2004.
- ORTEGA Y GASSET, José, “Prólogo a una edición de sus obras” en *Obras completas*, Alianza, Madrid, 1983.
- PAMPIÑO BALIÑO, Juan Pablo, *Historia General del Derecho*, México, Oxford University Press, 2006, p. 235.
- PÉREZ DE LA FUENTE, Óscar, “El caso de los tiradores del Muro de Berlín, A vueltas con algunos debates clásicos de la Filosofía del Derecho del siglo XX”.
- PIETRO SANCHÍS, Luis, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial” en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 5 (2001).

- PIETRO SANCHÍS, Luis, “Tribunal Constitucional y positivismo jurídico” en *Teoría de la Constitución, Ensayos Escogidos* (compilador: Miguel Carbonell), Porrúa, México, 2005.
- PIETRO SANCHÍS, Luis, “Tribunal Constitucional y positivismo jurídico” en *Teoría de la Constitución, Ensayos Escogidos* (compilador: Miguel Carbonell), México, Porrúa, 2005.
- PLATON, *Carta VII*, Madrid, Gredos, 1981.
- PORTALIS, Etienne, Discurso preliminar sobre el proyecto de Código civil, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2014.
- RADBRUCH, Gustav, “Leyes que no son Derecho y Derecho por encima de las Leyes” en RADBRUCH, SCHMIDT, WELZEL, *Derecho injusto, Derecho nulo*, Madrid, Aguilar, 1971.
- RAGONE, Sabrina, “El control material de las reformas constitucionales en perspectiva comparada” en *Teoría y Realidad Constitucional*, 31 (2013).
- ROSS, A, *Sobre el Derecho y la Justicia*, Buenos Aires, Eudebe, 2005, Ref. 8.
- ROSSEAU, Jean Jacques, *Contrato social*, Lib. III, cap. IV, Madrid, Edad, 1997.
- SALAZAR UGARTE, Pedro, “Justicia constitucional y democracia: el problema de la última palabra”, en Corte, jueces y política, Fontamara, México, 2012.
- SAVIGNY, M. F. C., *Sistema de Derecho Romano actual*, Capítulo IV: Interpretación de las leyes, Madrid, Centro Editorial de Góngora.
- SILVA MEZA, Juan N., y SILVA GARCÍA, Fernando, *Derechos fundamentales* (prólogo de Luigi Ferrajoli), México, Porrúa, 2009.
- SILVA GARCÍA, Fernando, *Jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos*, México, Tirant lo Blanch, 2012.
- SILVA GARCÍA, Fernando, *Deber de ponderación y principio de proporcionalidad* en la práctica judicial, México, Porrúa, 2012.

- SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Faustino José, *Apuntes para la historia del juicio de amparo*, México, Porrúa, 2002.
- STONE Sweet, Alec, “Why Europe Rejected American Judicial Review and Why it May Not Matter” en *University of Yale Faculty Scholarship Series*, 1 (2003).
- TENA Ramírez, Felipe, *Leyes fundamentales de México 1808-2005*, México, Porrúa, 2005.
- TOMAS Y VALIENTE, Francisco, “La resistencia constitucional y los valores” en *Doxa*, 15-16 (1994).
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan, “De Montesquieu a Portalis”, Sesión del martes 7 de noviembre de 1989 ante la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas: <http://www.racmyp.es/R/racmyp/docs/anales/A67/A67-11.pdf>
- VIGO, Rodolfo, *De la ley al derecho*, México, Porrúa, 2005.
- VILLAMOR Morgan-Evans, Elisenda, “La libre investigación científica en el sistema jurídico continental: La teoría de Francois Geny” en *Anuario de la Facultad de Derecho*, 19 (2001).
- VOLTAIRE, *Diccionario filosófico*, Ed. y trad. de Luis Martínez Drake y José Areán Fernández, Madrid, Akal, 1976.
- VOLTAIRE, *Filosofía de Voltaire*, “Fragmento de las instrucciones para el príncipe real de...”, IV, A Coruña, Imprenta del Diario, 1837.
- WASHINGTON, George,, *Farewell Adress* (Sept.19, 1976), reprinted in *American Historical Documents* 233, 239 (Charles W. Eliot ed., 1910).