



UNIVERSIDAD PANAMERICANA
Facultad de Derecho
Posgrado en Derecho

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

**La Jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación, como Norma
Creadora del Derecho**

Tesis que para obtener el grado de

Doctor en Derecho

Sustenta el

Mtro. José López Martínez

Director de la Tesis

Dr. José María Soberanes Diez

LA JURISPRUDENCIA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

Como Norma Creadora del Derecho

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN.....	6
CAPÍTULO. 1 LA JURISPRUDENCIA, CONCEPTO, ORIGEN Y EVOLUCIÓN.....	16
1.1 Concepto etimológico.....	16
1.2 Origen y evolución de la Jurisprudencia.....	28
1.2.1 Consideraciones previas.....	28
1.2.2 Roma.....	29
1.2.3 Inglaterra.....	42
1.2.4 Francia.....	53
CAPÍTULO 2. LA JURISPRUDENCIA EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO, NATURALEZA JURÍDICA Y EVOLUCIÓN.....	67
2.1 Consideraciones previas.....	67
2.2 Nacimiento del juicio de amparo y su desarrollo a través de la Jurisprudencia.....	67
2.3 Influencia del derecho común (<i>common law</i>) y del derecho Francés en la jurisprudencia y en el juicio de amparo.....	72
2.4 Naturaleza jurídica de la jurisprudencia en el siglo XIX.....	78
2.5 Breve referencia a la integración constitucional y legal de la jurisprudencia en México.....	86
2.5.1 Consideraciones previas.....	86
2.5.2 Bases orgánicas de 1843.....	86
2.5.3 La Carta Magna de 1857.....	86
2.5.4 Primera Ley de Amparo de 1861.....	87
2.5.5 Segunda Ley de Amparo de 1869.....	87

2.5.6 Tercera Ley de Amparo de 1882.....	89
2.5.7 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos del 5 de febrero de 1917.....	89
2.5.8 Ley de Amparo de 1936.....	90
2.5.9 Ley de Amparo vigente del 2 de abril de 2013.....	91
CAPÍTULO 3. LA JURISPRUDENCIA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN EN LA ACTUALIDAD.....	94
3.1 Consideraciones previas.....	94
3.2 La jurisprudencia a partir de la Décima Época del Semanario Judicial de la Federación.....	95
3.3 La jurisprudencia en la nueva Ley de Amparo.....	99
3.4 Órganos facultados para la creación jurisprudencial.....	108
3.4.1 Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.....	108
3.4.2. Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.....	110
3.4.3. Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.....	111
3.4.4. Sala Regional del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.....	113
3.4.5 Plenos de Circuito.....	114
3.4.6 Tribunales Colegiados de Circuito.....	115
3.5 Procesos de creación e interrupción de la jurisprudencia que establece la Ley de Amparo vigente.....	118
3.5.1 Proceso de creación por reiteración.....	118
3.5.2 Proceso de creación por unificación o contradicción de tesis.....	120
3.5.3 Proceso de creación por sustitución de la jurisprudencia.....	124
3.5.4 Proceso de interrupción de la jurisprudencia.....	126
CAPÍTULO 4. NATURALEZA JURÍDICA DE LA JURISPRUDENCIA.....	128
4.1 Consideraciones previas.....	128
4.2 La jurisprudencia como norma jurídica.....	129
4.3 La jurisprudencia como fuente del derecho.....	138
4.4 La jurisprudencia como integración de la ley.....	143

4.5 La jurisprudencia como interpretación jurídica.....	144
4.6 La jurisprudencia como interpretación judicial.....	151
4.7. Ámbitos de validez de la jurisprudencia.....	155
4.7.1 Personal.....	157
4.7.2. Espacial.....	158
4.7.3 Por materia.....	159
4.7.4 Temporal.....	160
4.7.5. La retroactividad de la jurisprudencia.....	162
4.7.6 Requisito de la aplicación retroactiva de la jurisprudencia: El perjuicio en la persona.....	174
CAPÍTULO 5. LA JURISPRUDENCIA MEXICANA Y SU RELACIÓN CON LA JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA.....	184
5.1 Consideraciones previas.....	184
5.2 La obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	185
5.3 Forma de creación de la jurisprudencia en el sistema interamericano.....	190
5.4 Relación entre la jurisprudencia nacional y la jurisprudencia interamericana.....	195
5.5 La jurisprudencia mexicana como objeto de análisis de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	203
CAPÍTULO 6. JUSTIFICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA COMO NORMA JURÍDICA.....	208
6.1 Consideraciones previas.....	208
6.2 Tránsito del concepto de derecho como ley, al concepto de derecho como jurisprudencia.....	209
6.3 Justificación de la jurisprudencia como norma jurídica en su ámbito formal.....	215
6.3.1 Justificación de la jurisprudencia desde el punto de vista de su obligatoriedad personal.....	217
6.3.2 Justificación del principio de relatividad, o la llamada fórmula Otero en la jurisprudencia.....	221
6.3.3 La jurisprudencia y su relación con la declaratoria general de inconstitucionalidad.....	226

6.4 Justificación de la jurisprudencia como norma jurídica en su ámbito sustancial.....	230
CONCLUSIONES	281
BIBLIOGRAFÍA	296

INTRODUCCIÓN

LA JURISPRUDENCIA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

(Como Norma Creadora del Derecho)

La omisión de analizar la verdadera naturaleza de la jurisprudencia ha traído implicaciones seriamente considerables a los justiciables que diariamente acuden a los órganos jurisdiccionales para obtener justicia. Distintos autores, o al menos la mayoría, al tratar el tema, sobre todo, en los libros de amparo, se limitan a hacer un breve análisis sobre la formación de la Jurisprudencia; por ejemplo, que se forma con cinco ejecutorias, sin ninguna en contrario, por unificación de criterios, etcétera, pero no existe una verdadera preocupación sobre la naturaleza jurídica de la Jurisprudencia; esto es, si es una norma jurídica autónoma, como se pretende demostrar o únicamente constituye la interpretación o integración de la ley.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en jurisprudencia de la Novena Época del Semanario Judicial de la Federación,¹ al hablar sobre el tema de retroactividad, ha dicho que la jurisprudencia no viola el segundo párrafo del artículo 14 constitucional, porque aun cuando interpreta, integra a la norma y estudia los aspectos que el legislador no precisó, esa conformación o integración judicial, no constituye una norma jurídica de carácter general, aunque en ocasiones llene las lagunas de ésta; por tanto, no constituye una norma jurídica nueva equiparable a la ley.

Incluso, a partir de la Décima Época, pese a la existencia del artículo 217 de la Ley de Amparo que prohíbe la aplicación retroactiva de la jurisprudencia, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha limitado esa proscripción a la existencia de una tesis de jurisprudencia previa que haya definido alguna situación relevante respecto de una de las partes en el procedimiento respectivo, de manera

¹Tesis: P./J.145/2000, Semanario Judicial de la Federación, y su Gaceta, novena época, t. XII, diciembre de 2000, p.16

tal que si posteriormente se emite una nueva que trastoque esa situación en su perjuicio no deberá aplicarse; sin embargo, ello no ocurrirá sin su existencia previa. Además, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en las sesiones correspondientes en que definió el alcance normativo del artículo 217 de la Ley de Amparo, lo analizó con la condicionante que no se pronunciaría sobre la naturaleza jurídica de la jurisprudencia como “norma jurídica.”²

Entender a la Jurisprudencia únicamente como integradora de la ley, significa que no estamos en presencia de una norma jurídica plena y autónoma, sino únicamente como la interpretación que se ha hecho de una norma jurídica preexistente, de lo cual se obtiene que la Jurisprudencia no será obligatoria, como sí lo es la norma legislativa interpretada; lo que a partir de esa premisa ya se está contrariando el artículo 94, décimo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con el diverso precepto 217 de la Ley de Amparo, al establecer concretamente la obligatoriedad de la jurisprudencia.

Este entendimiento que se ha tenido de la jurisprudencia no resulta difícil de contradecir, si se atiende a los múltiples casos que diariamente resuelve el Poder Judicial de la Federación en México, en donde, desde una primera aproximación, se genera la jurisprudencia al integrar a la norma legislativa, o en su caso cuando le cambia sustancialmente su contenido; lo que en ambas hipótesis, ya se está en presencia de una nueva norma jurídica autónoma y distinta de la primigenia que interpreta.

Ejemplo concreto de lo anterior puede advertirse cuando en un procedimiento alguna de las partes adquiere una situación procesal o sustantiva a la luz de una norma formalmente legislativa, y al momento de fallar el conflicto existe una jurisprudencia que la interpreta, pero con presupuestos normativos distintos, si la aplicación de esa jurisprudencia le causa agravio al justiciable, hasta ahora existe el criterio de la Suprema Corte Justicia de la Nación sobre la

²Sesiones del 9, 10 y 16 de octubre de 2017 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

imperiosa necesidad de la existencia de una jurisprudencia previa que haya definido esa situación particular, no obstante que el artículo 217 de la Ley de Amparo concretamente establece que la jurisprudencia, en ningún caso tendrá efectos retroactivos en perjuicio de persona alguna.

Lo anterior obliga a definir plenamente la naturaleza jurídica de la jurisprudencia como norma jurídica autónoma.

Empero, este no es el único problema, pues en muchas ocasiones el juzgador tiene que resolver el caso sujeto a su decisión, a partir de la inexistencia de una actividad legislativa, pues dada la multiplicidad de conflictos que diariamente llegan a los Tribunales, ésta se observa rebasada, lo que algunos autores como Ronald Dworkin y Robert Alexy, lo han denominado como aquellos “casos difíciles”, en donde de manera muy general el conflicto sujeto a la decisión judicial, no encuentra solución en una norma formal y materialmente legislativa, sino a través de la aplicación de principios y valores, lo que a la postre generará una jurisprudencia con base en esas directrices, lo cual quiere decir que la jurisprudencia está creando el derecho a partir de la inexistencia de una normatividad legislativa.

Este aserto, encuentra sustento si se atiende que a partir de mediados del siglo pasado, con motivo de los conflictos bélicos generados en occidente, dio lugar a la firma de tratados internacionales en donde se reconocieron derechos humanos, cuya obligación de reconocimiento recayó en los Estados parte, estableciéndose Tribunales internacionales como en Europa el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en América, la Corte Interamericana de Derechos Humanos; desde luego para vigilar su aplicación irrestricta a través de la acción correspondiente.

Lo que a la postre, los Estados partes han recibido condenas emanadas de los citados Tribunales de Derechos Humanos, y que han dado lugar al

reconocimiento de derechos fundamentales en sus Constituciones que antes no se encontraban positivizados o garantizados. Esta obligación de los Estados partes, en cuanto al reconocimiento de derechos humanos, ha generado la materialización o sustantividad en sus constituciones, generando el nacimiento de Tribunales Constitucionales en todo el mundo.

Lo anterior quiere decir que si se atiende a este tipo de constitucionalismo progresivo, en donde se posee un denso contenido sustantivo, formado con normas de diferente denominación, como principios, valores y directrices, significa que su efectividad corresponderá a los jueces,³ pues la incorporación de esos derechos se establecen de manera muy abstracta y general, lo que desde luego los tribunales constitucionales juegan un papel de suma relevancia al concretizar esas normas, a la luz de los casos particulares sujetos a su decisión, lo que se observará reflejado en las jurisprudencias que se emitan.

Este cambio de paradigma, en México no ha sido la excepción, pues a partir del presente siglo, con motivo de las condenas que recibió de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Sistema Jurídico Mexicano ha tenido un cambio radical en sus instituciones jurídicas, tanto sustantivas, como procesales, lo que dio lugar a la implementación de las reformas constitucionales del 6 y 10 de junio de 2011, en cuanto a la inclusión y reconocimiento de derechos humanos y que culminaron con la expedición de la nueva Ley de Amparo el 2 de abril de 2013.

Con base en lo anterior, la Jurisprudencia mexicana, en este nuevo paradigma, juega un papel de suma importancia, en la medida en que al ser la institución jurídica por excelencia, en cuanto a interpretación de normas, será el principal instrumento normativo para cumplir con los presupuestos emanados,

³ Prieto Sanchís, Luis, “*El constitucionalismo de los derechos*”, en Carbonell, Miguel, (comp.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 214 – 216.

tanto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como por la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación, pues los conflictos sujetos a la decisión judicial ya no verán su solución únicamente con normas formal y materialmente legislativas, sino a partir de principios y valores, atendiendo al reconocimiento de los derechos humanos.

De acuerdo a lo anteriormente apuntado, la jurisprudencia cobra mayor relevancia si se atiende a que resulta distinto el método de interpretación de una norma emanada del legislador, al de la aplicación de principios, lo que justifica la existencia plena de aquella; máxime que ante ese cambio de paradigma, no debe analizarse de forma aislada, sino que debe atenderse a la luz de su relación con el derecho interamericano, particularmente con los instrumentos internacionales que México ha firmado y con la jurisprudencia de la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos que los ha interpretado.

Bajo este orden de ideas, la Jurisprudencia por sí, al ser creadora del derecho, debe dársele un tratamiento distinto, al de la mera integración de la ley. Esto, invariablemente, presupone que la Jurisprudencia es merecedora a ser considerada una norma jurídica independiente y no derivativa propiamente de una norma jurídica preexistente.

Si no se da el tratamiento a la jurisprudencia como norma, entonces no se pueden analizar sus ámbitos de validez, pues si se considera que no es norma, lógicamente carecerá de estos. Partiendo de la hipótesis que se pretende demostrar; esto es, que la jurisprudencia constituye una norma jurídica que por sí crea derecho, entonces deben analizarse sus ámbitos de validez; puesto que si existe conflicto de jurisprudencias en el tiempo; quiénes van a resentir esos conflictos, serán las partes que se someten a la decisión judicial, pues como ya se señaló, conforme a la nueva Ley de Amparo, en su artículo 217, ya se prohíbe la aplicación retroactiva de la jurisprudencia en perjuicio de persona alguna; sin

embargo, a la fecha, insisto, no se ha definido plenamente su naturaleza jurídica como norma de derecho autónoma.

Considero que la estimación de darle a la Jurisprudencia el tratamiento únicamente de integradora de la ley, obedece a que, en principio, no se ha identificado plenamente su naturaleza jurídica desde sus orígenes en el derecho Romano; y por otro lado, tiene que ver con la herencia que recibimos del derecho Francés, como se tratará de demostrar en los capítulos integrantes de esta investigación.

En efecto, si se atiende a la definición etimológica de la Jurisprudencia, ésta era considerada como la sabiduría, prudencia o conocimiento del derecho; era la forma de tratar el derecho por la gente prudente. En Roma, Ulpiano⁴ distinguió con gran diafanidad el concepto de Jurisprudencia, al afirmar que el derecho se vincula con todas las ciencias culturales y naturales, siendo su fundamento la filosofía y su escenario la historia; decía que el derecho es una disciplina científica que recoge todos los principios de todos los órdenes; además, recoge la esencia del derecho y de su vinculación, al afirmar que es el conocimiento de las cosas divinas y humanas, comprensión de lo que es el hombre, de sus relaciones, de sus aspectos espirituales, sociales, políticos y religiosos, como miembro de una colectividad; por ello, para aplicarlo, había que tener prudencia o noticia, tanto de las cosas divinas, como de la religión, creencias, tradiciones, y leyendas. Pero Ulpiano también afirmó que la Jurisprudencia era la ciencia de lo justo.⁵

Otro aspecto que repercute en no darle la importancia que como norma jurídica autónoma merece la jurisprudencia, proviene del derecho Francés, pues ahí la Jurisprudencia surgió a partir de la interpretación de normas jurídicas

⁴Villey, Michel, *El Derecho romano*, trad. de Ma. Carmen Ochoa Sierra, México, Publicaciones Cruz, 2002, colección qué sé, p.31.

⁵ *Idem.*

preexistentes, lo que dio lugar a que se le diera una importancia mayor a la ley, que a la propia jurisprudencia que la interpreta; a diferencia de Inglaterra, en donde el derecho se fue construyendo, a partir de la inexistencia de normas, y con base en los precedentes de otros jueces; esto es, la construcción del derecho se generó absolutamente ante la inexistencia de normas, lo que dio lugar a considerar como norma absoluta a los precedentes generados por los citados juzgadores.

Incluso, en Francia se llegó a cuestionar: *¿si la sentencia en sí misma, todavía no la jurisprudencia, es creadora del derecho?* pues se sostenía la idea de que el juez, en cualquier materia no crea derecho, el que lo crea es quien emite la norma general, el juez únicamente la aplica; además, se llegó a decir que el juez es un aplicador mecánico, al considerar que los jueces no eran los órganos idóneos para interpretarla, sino que simplemente la aplicaban, pues la única interpretación válida y auténtica era de quién había emitido la norma.⁶ Al legislador no le importaba el caso concreto, lo que le importaba es que la norma hubiera sido bien interpretada; por ende, el derecho es un problema de éste y los hechos del juez.⁷ Asimismo, para explicar el fenómeno de la aplicación mecánica de la ley, se dijo que una sentencia no es otra cosa que un silogismo, cuya premisa mayor es la ley, la menor los hechos a juzgar y, la conclusión, los puntos resolutive de la sentencia.⁸ Empero, analizando la sentencia desde un mero silogismo, ésta no aporta nada, únicamente constata lo existente, porque no podemos sacar conclusiones silogísticas de verdades no conocidas.

⁶Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semblanza 13, vida y obra de los ministros de la suprema corte de justicia de la nación*, Carlos De Silva Nava, México, Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1997, p. 275

⁷Así, se estableció un recurso contra el juez ante el legislador. Este recurso fue llamado *Casación*. La idea es que había que casar la sentencia con la norma general; es decir, ver si son coincidentes, debía existir una relación lógica entre esta última y el fallo; desde luego que por razones prácticas se crearon los tribunales del rey o del parlamento, y por delegación surgen los de *casación*. En consecuencia, de ahí surge el concepto de que el juez es un aplicador mecánico.

⁸ *Idem*.

Estas cuestiones son las que han demeritado la verdadera esencia de la jurisprudencia, pues debe tenerse en consideración que esa forma de conceptualizar ya no a la Jurisprudencia, sino a la propia sentencia, pasó a nuestro país; quizá ello se deba a la influencia francesa que se tuvo, tanto de los criterios, usos, costumbres y leyes de aquella época.

En la actualidad, la jurisprudencia no debe ser considerada únicamente integradora de la ley, puesto que está creando autónomamente el derecho, si se tiene en cuenta que a partir de la interpretación que hace la jurisprudencia a una norma, ya se está en presencia de una nueva hipótesis normativa, que a la postre sin la regulación, en sus ámbitos de validez, irrogará perjuicios a los justiciables.

Máxime, si se tiene en cuenta que la conducta del ser humano es dinámica, no es estática, va evolucionando de manera rápida, de modo tal que si la ley tiene como finalidad esencialmente organizar a la sociedad, la conducta del ser humano va cambiando, no es la misma de otros tiempos, evoluciona, lo que nos lleva al extremo de ser inaplicables muchas veces las leyes vigentes, no podemos concebir las leyes de hace diez o veinte años; por otro lado, el juez es el que en un momento dado se enfrenta al caso concreto, a la particularidad del mismo y muchas veces, las leyes son insuficientes, o no regulan específicamente su conducta, alterando el fin último del derecho.⁹

⁹La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en diversas jurisprudencias, ha analizado distintos temas para resolver el asunto planteado, no solamente en el sentido de desentrañar la ley, sino que ha llevado a cabo investigaciones de todos aquellos principios, valores y bienes humanos que se encuentran involucrados en el problema a resolver; por ejemplo, el estudio realizado por la Primera Sala al resolver la contradicción de tesis 81/2002, la cual tuvo como objeto dilucidar si es procedente el juicio de amparo indirecto en contra del desahogo de la prueba pericial en genética, que se ofrece durante el juicio para determinar si existe vínculo de parentesco por consanguinidad y en un momento demostrar la paternidad hacia el menor. En ella se realizó un análisis sobre el derecho a la intimidad, a la libertad e integridad física del ser humano, para, en un momento dado, estimar si su desahogo causa un daño de ejecución de imposible reparación; o las acciones de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, promovidas respectivamente por la Procuraduría General de la República y la Comisión Nacional de Derechos Humanos, en donde se

En estos últimos años y, tan sólo por citar diversos ejemplos en el mundo, como en México, ha evolucionado de manera significativa la forma de pensar, a tal grado que en la actualidad se cuestiona la legalización del aborto como una exigencia de la razón pública, en igual medida, la eutanasia o muerte asistida, la reasignación sexual con motivo de la negativa a obtener una acta de nacimiento, al matrimonio entre personas del mismo sexo, y la adopción de menores por estos últimos; el uso lúdico de estupefacientes como la marihuana, cuestiones éstas que en gran medida pudiesen generar una crisis del Estado de derecho, en la inteligencia que, desde mi punto de vista, ello sucede cuando las leyes emanadas de las instituciones funcionales encargadas de su creación, son insuficientes para resolver la contingencia respectiva.

Conforme a lo anterior, es el juez quien finalmente deberá enfrentarse a tal problemática, razón suficiente para estimar que ya no se le debe dar el calificativo de ser un aplicador mecánico de la ley, sino por el contrario, debe interpretarla a cabalidad y, en su momento, crear el derecho.

Por ejemplo: ¿qué decisión tomará el juzgador cuando al fallar un asunto exista jurisprudencia, tanto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como de la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación? ¿Existirá una relación jerárquica entre ambas normas jurisprudenciales? o bien, respecto del principio de convencionalidad, ¿los jueces nacionales pueden desaplicar la norma jurisprudencial, en acatamiento al artículo 1º constitucional?, lo anterior son temas poco explorados, pues si se considera que la jurisprudencia no es norma, lo que implica que carece de ámbitos de validez, pues entonces no hay mucho que estudiar o investigar; sin embargo, los conflictos prácticos se generan a diario. Máxime con el nuevo paradigma de derechos humanos, tantas veces citado.

analizó el tema sobre la despenalización del delito de aborto; soluciones que, en un aspecto, la ley no contempla, sino el análisis integral hecho en la jurisprudencia.

De ahí que en el desarrollo de esta investigación doctoral, a partir de la recopilación de las posturas, tesis, criterios de diversos autores, tanto mexicanos, como extranjeros, sobre todo de la nueva corriente filosófico jurídica de mediados del siglo XX, se tratará de demostrar y llegar al convencimiento de que la Jurisprudencia, por sí, es creadora del derecho; y por tanto debe ser considerada una norma jurídica autónoma.

Por tanto, de acuerdo con lo anterior, es dable razonar que:

La Jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación en México, no debe ser únicamente integradora de la Ley, sino debe considerarse una norma jurídica autónoma.

Capítulo 1

La Jurisprudencia, concepto, origen y evolución

SUMARIO: 1.1 Concepto etimológico. 1.2 Origen y evolución de la Jurisprudencia. 1.2.1 Consideraciones previas. 1.2.2 Roma. 1.2.3 Inglaterra. 1.2.4 Francia.

1.1 Concepto etimológico

El concepto etimológico de la jurisprudencia constituye un elemento indispensable para atender adecuadamente su estudio, porque nos permite conocer la lengua original, que a su vez es la fuente del vocabulario jurídico. Si ésta se desconoce, se estará imposibilitado para explicar técnica y científicamente su significado.

La palabra jurisprudencia, palabra culta del latín clásico *iurisprudentia-ae*, está compuesta de *ius-iuris* y *prudentia-ae*; (prudencia), es de una tradición multiseccular, se entiende en sentido amplio como la ciencia del derecho, aplicación e interpretación de las leyes hechas por los tribunales. La primera parte de esa palabra compuesta se deriva de *ius-iuris*, (derecho) y la segunda de *prudentia-ae*; (prudencia, virtud cardinal, sabiduría), que a su vez proviene del verbo *provideo* (participio *providens-ntis*), de *pro*, (preposición que significa delante de, frente a), y del verbo *video-es-ere*; (ver, observar); el sufijo *ia*, (conocimiento o estado). Debe notarse que en el latín clásico, la palabra *prudens-prudentis*, tiene el significado de experto, conocedor.¹⁰

Para entender correctamente la tradición semántica de este vocablo, es preciso recordar la clásica definición de *iurisprudentia* que nos da Ulpiano:¹¹ *Iurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iustiatque iniustis scientia*; es decir, la jurisprudencia es el conocimiento de las cosas divinas y humanas, ciencia de lo justo e injusto.

¹⁰Dehesa, Dávila, Gerardo, *Etimología jurídica*, 2ª ed. México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2004, p. 270.

¹¹*Digesto*, I, 1, 1.

Ahora bien, como ya se estableció la jurisprudencia se compone de dos vocablos: *iuris* y prudencia. Palabras respecto de las cuales resulta necesario desentrañar su significado; esto es, definir dónde se ubican y qué se ha entendido por ellas, lo que se analizará a la luz de las dos corrientes filosóficas que en la mayoría de sus tesis, han resultado compatibles y unánimes, siendo ésta la doctrina Aristotélica-Tomista.

En principio, Aristóteles, en su obra "*Ética Nicomáquea*",¹² nos habla sobre la naturaleza de la virtud, en ella establece que el hombre posee bienes, siendo estos: exteriores, los del alma, y los del cuerpo; a saber:

1. **Exteriores:** que consisten en riqueza y poder;
2. **Alma:** compuesta por virtudes: racionales e irracionales.
3. **Cuerpo:** que a su vez se divide en salud y belleza.

Al respecto, sostiene Aristóteles que los bienes del alma son los más importantes, pues aduce que los bienes por excelencia, las acciones y las actividades anímicas, las referimos al alma. Éste último bien, es el que analizaremos para desentrañar los conceptos que nos interesan; esto es, la prudencia y la justicia.

Así, Aristóteles¹³ nos dice que las virtudes se encuentran en el alma, la que a su vez la divide en racional e irracional.

En ese contexto, Aristóteles¹⁴ define a las virtudes intelectuales como aquellas por las cuales el alma posee la verdad o cuando afirma o niega algo; entre las cuales podemos encontrar a la prudencia. En efecto, las citadas

¹² Aristóteles, *Ética Nicomáquea – Ética Eudemia*, I, 8, 15.

¹³ *Ibidem* I, 13, 30.

¹⁴ *Ibidem*.VI, 3, 15.

disposiciones a que se alude son las siguientes: el arte, la ciencia, la prudencia, la sabiduría y el intelecto.

Por su parte, Santo Tomás de Aquino, en su obra póstuma la *Suma Teológica*,¹⁵ tanto a la prudencia, como a la justicia, las ubica dentro de las dos primeras virtudes cardinales del ser humano, con excepción del tratado sobre la religión que pertenece a la justicia.

Ahora, una vez que hemos analizado que tanto la prudencia como la justicia son virtudes que se encuentran en el alma, analizaremos qué características son afines a ellas, según estos dos filósofos:

En cuanto a la justicia, Aristóteles¹⁶ dice que llamamos justo a lo que produce y protege la felicidad y sus elementos en la comunidad política. Afirma que todos a los que vemos entienden llamar justicia a aquel hábito que dispone hacer a los hombres cosas justas; y, por el cual obran justamente y quieren las cosas justas. En cambio, dice Aristóteles que son tenidos por injustos el transgresor de la ley, el codicioso y el inocuo o desigual, de donde es claro que el justo será el observante de la ley y de la igualdad. Lo justo es lo legal y lo igual; lo injusto lo ilegal y desigual. De ahí que según Aristóteles todas las cosas legales son en cierto modo justas.

Dice Aristóteles¹⁷ que la justicia es la virtud perfecta, pero no absolutamente, sino con relación al otro. Sostiene que es perfecta porque el que la posee puede practicarla con relación a otro, y no sólo para sí mismo, porque muchos pueden practicar la virtud en sus propios asuntos, pero no con relación a otros. Por eso dice Aristóteles que la justicia es la única virtud que es un bien ajeno porque es para otro. Realizar el bienestar para el gobernante. El gobernante

¹⁵ De Aquino, Tomás, *Suma teológica*, XI, q XLVII, I y q LVIII.

¹⁶ Aristóteles, *op. cit.*, nota. 12, 1129 b.

¹⁷ *Ibidem*, 1130 a.

está precisamente en la comunidad y para otro. En ese contexto, sostiene Aristóteles que la justicia no es parte de la virtud sino toda la virtud, como la injusticia contraria no es una parte del vicio, sino el vicio en su totalidad. La virtud y la justicia son lo mismo en su existir, pero en su esencia lógica no son lo mismo, sino que, en cuanto es para otro: es justicia, y en cuanto es tal hábito en lo absoluto: es virtud.

Santo Tomás de Aquino,¹⁸ al igual que Aristóteles, entiende que si la justicia importa la igualdad, por naturaleza esa virtud se refiere a otro, porque nada es igual así, sino a otro; de modo que si la justicia pretende rectificar los actos humanos, es necesario que esta igualdad que requiere la justicia, sea de individuos diversos capaces de obrar. Luego, la justicia propiamente dicha, requiere diversidad de supuestos, y por tanto, no tiene lugar sino de un hombre a otro.

Ahora bien, respecto de la prudencia, Santo Tomás de Aquino, en la Suma Teológica,¹⁹ trata de entender lo que es la prudencia en sí misma considerada. La ubica dentro de las virtudes cardinales y comienza por plantearse la tesis sobre de ella.

Plantaremos algunos de las tesis más importantes bajo nuestra consideración expuestas por Santo Tomás de Aquino, en su obra citada la Suma Teológica:

1. De si la prudencia está en la voluntad o en la razón: Sostiene Santo Tomás de Aquino²⁰ que se dice prudente a quien ve de lejos, porque es perspicaz y prevé los casos inciertos. Así, establece que la visión no está en la virtud apetitiva, sino en la cognoscitiva, de modo tal que la prudencia pertenece

¹⁸ De Aquino, Tomás, *op. cit.*, nota 15, XI. q. LVIII, y q. V.

¹⁹ *Ibidem*, XI. q. XLVII, y q. I.

²⁰ *Idem*.

directamente a la potencia cognoscitiva, pero no en la sensitiva, porque con ella conocemos sólo las cosas que están cerca y que se ofrecen solo a los sentidos, mientras que conocer las cosas futuras por las presentes o pasadas, lo cual corresponde a la prudencia que está propiamente en la razón, porque esto se obra por cierta comparación. De donde se sigue que la prudencia está en la razón.

2. De si la prudencia pertenece también a la especulación: Dice Santo Tomás de Aquino²¹ que la prudencia es la recta razón del operable, de modo tal que lo operable sólo puede pertenecer a la razón práctica; luego, la prudencia no existe sino en la razón práctica.

Finalmente, al citar a Aristóteles, el Aquinante dice que es propio del prudente poder aconsejar bien, en tanto que consejo se refiere a las cosas que deben ser hechas por nosotros en orden a algún fin; y como la razón de las cosas que se deben de hacer por algún fin es razón práctica, es evidente que la prudencia no consiste sino en la razón práctica.

3. En cuanto así la prudencia es cognoscitiva de los singulares responde Santo Tomás de Aquino: La prudencia pertenece no sólo a la consideración de la razón, sino también la aplicación a la obra que es el fin de la razón práctica, mas nadie puede aplicar convenientemente una cosa a otra si no conoce ambas; esto es, lo que debe ser aplicado y aquello que debe aplicarse.²²

Mas las operaciones existen en los singulares y por eso es necesario que el prudente conozca ya los principios universales de la razón, ya de las cosas singulares que son el objeto de las operaciones.

²¹ *Ídem.*

²² *Ibídem*, XI. q. XLVII, y q. III.

4. De si la prudencia está en los súbditos o solamente en los príncipes: Al respecto sostiene Santo Tomás de Aquino²³ que la prudencia está en la razón: El regir y gobernar es propio de la razón. Por ello, en cuanto participa del régimen y gobierno, le conviene tener razón y prudencia. Luego, es evidente que no es propio del súbdito, como súbdito y del siervo, como siervo regir y gobernar, sino más bien debe ser regido y gobernado; y por ello, la prudencia no es virtud del siervo en cuanto tal, ni del súbdito en ese concepto.

No obstante, sostiene Santo Tomás de Aquino que puesto que todo hombre, en cuanto es racional, tiene algo de gobierno según el juicio de la razón, le conviene tener prudencia. Por lo cual es evidente que la prudencia está en el príncipe como a modo del arte del arquitecto, según se dice, y en los súbditos a modo del arte del que ejecuta la obra.

5. De si la prudencia se halla en nosotros por naturaleza, responde Santo Tomás de Aquino²⁴ que la prudencia incluye el conocimiento de las operaciones universales y singulares a las que el prudente aplica los principios universales. Luego en cuanto al conocimiento universal hay la misma razón para la prudencia que acerca a la ciencia especulativa. Puesto que los primeros principios universales de una u otra son naturalmente conocidos, de tal suerte que si bien los principios comunes de la prudencia son más connaturales al hombre; sin embargo, los otros principios universales posteriores ya sean de la razón especulativa, ya de la práctica, no se poseen por naturaleza sino por el descubrimiento a través de la experiencia o de la enseñanza.

Concluye que si la inclinación de la naturaleza se refiere siempre a algo determinado, tal conocimiento no puede hallarse naturalmente en el hombre, aunque por la disposición natural uno sea más apto que otro por discernirlas, como sucede también respecto de las conclusiones de las ciencias especulativas.

²³ *Ibidem*, XI, q. XLVII, y q. XII.

²⁴ *Ibidem*, XI, q. XLVII, y q. XV.

Luego, puesto que la prudencia no se refiere a los fines, sino a los medios conducentes al fin, la prudencia no es natural. Esto es, la prudencia está más en los ancianos, no sólo por disposición natural, aquietados los movimientos de las pasiones sensibles, sino también por la experiencia de largo tiempo.

6. De si la prudencia puede perderse en el olvido: Sostiene que el olvido sólo atañe al conocimiento, y así por olvido puede alguno perder totalmente el arte, así como la ciencia, que consisten en la razón, pero la prudencia no consiste en solo el conocimiento, sino también en el apetito, porque, como se ha dicho, su acto principal es mandar que es aplicar el conocimiento habido a apetecer y obrar; y por esto, la prudencia no se pierde directamente por el olvido, sino que más bien se corrompe por las pasiones, pues se dice que lo deleitable y triste pervierte el concepto de la prudencia; sin embargo, sostiene que el olvido puede ser un obstáculo a la prudencia, en cuanto procede a mandar por algún conocimiento, que puede ser destruido por el olvido.²⁵

De acuerdo a lo anterior, Santo Tomás de Aquino nos explica la esencia de la prudencia, donde, en síntesis, podemos desprender que ésta se encuentra en la razón de los humanos y no en su voluntad, puesto que se dice prudente a quien ve de lejos, al prever los casos inciertos, lo que se involucra directamente con la visión. Empero, con la visión cognoscitiva y no sensitiva, pues esta última es propia de lo fácilmente visible, de lo cual no participa la prudencia.

Así también nos explica que la prudencia está en la razón práctica, pues ésta únicamente la ejerce el operable; esto es, requiere del camino de la experimentación o de la práctica.

Por otro lado, el Aquinante establece que la prudencia está en el gobernante, en la medida en que el gobernar es propio de la razón; aunque

²⁵ *Ibidem*, XI, q. XLVII, y q. XVI.

sostiene que el súbdito al tener razón, tiene algo de gobierno, de lo cual participa la prudencia.

En otro aspecto, nos indica que la prudencia no puede ser natural, habida cuenta que participa del conocimiento de las operaciones universales y singulares, a los que el prudente aplica los principios universales, los que se conocen por la experiencia, de modo que no puede ser natural.

Finalmente, Santo Tomás de Aquino, nos explica que la prudencia no puede perderse en el olvido, dado que éste atañe al conocimiento, en tanto que éste es difícil de olvidar, más bien se corrompe por las pasiones.

Por su parte, Aristóteles con relación a la prudencia, en su obra *Ética Nicomáquea*²⁶ la comprende considerando cuáles son las personas que llamamos prudentes, a saber: Lo propio del prudente parece ser el poder deliberar acertadamente sobre las cosas buenas y provechosas para él, no parcialmente, como las cosas para la salud o el vigor corporal, sino cuáles lo son para el vivir bien en general. Sostiene que la prueba de lo anterior es que llamamos prudente con relación a alguna cosa a los que calculan bien lo conveniente a cierto fin que no es objeto del arte; y así podría decirse en general que el prudente es el que sabe deliberar.

Asimismo, aduce que nadie delibera sobre cosas que no pueden ser de otra manera, ni sobre las que no puede él mismo hacer. De consiguiente, toda vez que la ciencia va acompañada de demostración, y que no hay demostración de cosas cuyos principios pueden ser de otra manera, puesto que todo en ellas puede ser de otra manera, y que en fin, no es posible deliberar sobre las cosas que son necesariamente. La prudencia no podrá ser ni ciencia ni arte, porque son de género distinto el obrar y el hacer: no queda más que la prudencia sea un

²⁶ Aristóteles, *op. cit.*, nota 12, VI, 5, 25, 30.

hábito práctico verdadero, acompañado de razón, sobre las cosas buenas y malas para el hombre.

Con base en lo anterior, hemos desentrañado el significado de las palabras prudencia y justicia; esto es como se entendían en la antigüedad, lo que se hacía necesario para entender en toda su amplitud a la jurisprudencia, pues como ya quedó de manifiesto en párrafos que anteceden, esta institución se compone de las citadas palabras.

En efecto, se debe tener en consideración que la palabra jurisprudencia existió atendiendo a que en la antigüedad existieron determinadas personas con características especiales como la prudencia que decían, interpretaban o desentrañaban el derecho, o bien daban consultas respecto de las instituciones jurídicas. Empero, ¿quiénes fueron esas personas?

En principio, vale la pena tener en consideración a las *Auctóritas* y *Potestas*.

De acuerdo a Rafael Domingo,²⁷ el término *potestas* es un derivado de *potis-e*, cuya raíz indoeuropea *post*, viene a significar para los romanos la idea de poder en general. Sostiene que la exacta formación fonológica del vocablo es desconocida, si bien se puede pensar que existe una relación directa con: *maiestas* (*de majis*), todo el que tiene un poder socialmente reconocido tiene potestad; pero la potestad en cuanto a que integrada en un orden, se manifiesta no sólo como poder frente a alguien, sino como poder derivado de un superior. Siempre viene de alguien, es delegada.

Así, la palabra *auctóritas* proviene del verbo latino *augeo*, que significa la idea de aumentar, crecer, dar una plenitud a algo que no la tiene por sí

²⁷ Domingo, Rafael, *Teoría de las Auctóritas*, EUNSA 1987, Pamplona, p.56.

mismo.²⁸En el orden de la producción del ordenamiento jurídico, la distinción entre *Auctóritas* y *Potestas* se manifiesta fundamentalmente entre la contraposición entre lo que establece la potestad; esto es, la Ley (*lex*) y lo que declara la autoridad; es decir, el (*ius*). La primera fuente del derecho romano: “los *Mores maiorum*” son producto de la autoridad; pues se fundamentan en la tradición práctica de los antepasados que como tales no tienen poder; sino un saber socialmente reconocido.²⁹

El *ius* es producto de la jurisprudencia y en sus orígenes precisamente de la jurisprudencia pontifical; la *lex* empezó siendo no parte integrante del *ius*, sino una decisión adoptada por los grupos preponderantes del pueblo, solicitados por la *rogatio* del gobernante. Así, el *ius* como manifestación de la prudencia tenía carácter intelectual y la *lex*, como expresión del poder, tenía carácter volitivo. Es decir, el *ius* es obra de la autoridad y la *lex* de la potestad.³⁰

Según Domingo, la jurisprudencia romana estaba reservada a la aristocracia, cada familia noble tenía subordinadas un conjunto de clientelas. La actividad de los prudentes consistía principalmente en dictaminar sobre casos y conductas realizadas, bien por particulares, jueces o magistrados. Los prudentes aunque se fundaban en criterios objetivos, no requerían una expresa fundamentación racional, pues su valor dependía de la *auctórita* del prudente, tanto personal, familiar y aristocrática. Las *auctóritas* es a la jurisprudencia, lo que las *potestas* es a la ley.³¹

²⁸*Ibidem*, p.57.

²⁹*Ibidem*, p.70

³⁰*Ibidem*, p. 70 y 71

³¹*Ibidem*, p. 74

Dice Rafael Domingo que la ley es fuente del derecho, solo en tanto determina criterios de justicia o situaciones con efectos jurídicos, porque el fin primario de la ley no es crear derecho, sino organizar a la sociedad.³²

Por otra parte, D'Ors considera que el derecho del pueblo romano procede principalmente de la autoridad, pero también de la potestad. Se forma y progresa por el concurso de varias fuentes. La fuente de la autoridad es la jurisprudencia, y la potestad influye en el derecho mediante las leyes y los edictos. Asimismo, el citado autor sostiene que dentro de la constitución de la *res pública*, la *auctoritas*, reside en los *patres*, es decir, en el Senado, que a pesar de no tener potestad, es el órgano de mayor influencia, está integrado por los ex magistrados mayores, que en número ascendió hasta seiscientos, la *auctoritas patrum* intervenían en todos los asuntos importantes de la República.³³

Precisado lo anterior y al estar inmersos en las cualidades de estos dos grandes grupos que se dieron en la antigüedad: *auctoritas* y *potestas*, conviene analizar la diferencia entre política y jurisprudencia, dado que respectivamente se desarrollaron en tales ámbitos. Si se atiende a la definición de política ésta es una ciencia que tiene su origen en la teoría griega sobre el gobierno de la ciudad, la polis, y su objeto fue la *potestas*; si bien su fundamento radica en la prudencia, no se califica como jurídica, sino política.

Rafael Domingo³⁴ sostiene que la ciencia política es la ciencia de la legislación pues el acto de legislar es un acto de gobierno, propio de las *potestas*, aunque el contenido del mismo pueda pertenecer a otra ciencia prudencial como el derecho. En tanto que, la jurisprudencia en sí tiene por objeto resolver los conflictos judiciales, consistiendo en prudencia jurídica; esto es, la jurisprudencia es una ciencia de autoridad.

³² *Ibidem*, p.107

³³ D'Ors, *Derecho Privado Romano*, EUNSA 1986, Pamplona, pp.54 y 55

³⁴ Domingo, Rafael, *op. cit.*, nota. 27, p.109.

Debe tenerse en consideración que en el proceso romano clásico, las funciones de autoridad y de potestad permanecían separadas: el juez, ciudadano sin función pública oficial, tenía la autoridad; el pretor, que carecía del saber judicial, detentaba la potestad superior del *impérium*. Sin embargo, en el procedimiento extraordinario romano ambas funciones se funden en la misma persona del juez o magistrado.

Hasta aquí, válidamente podemos afirmar la gran diferencia existente entre estos dos grandes grupos que se dieron en la antigüedad, lo que más tarde culminó con los conceptos: Autoridad y Poder.

Al respecto, el término autoridad, en la actualidad no se ejerce en su verdadero significado, puesto que la costumbre la ha entendido como potestad, función o delegación; esto es, la noción de autoridad gira en torno al concepto de facultad, la cual indica el poder o capacidad de un individuo grupo, para modificar una situación jurídica existente. El concepto indica que alguien está facultado jurídicamente para realizar un acto válido, presupone la posesión de capacidad o potestad para modificar válidamente la situación jurídica de los demás.

Lo anterior adquiere trascendencia de gran importancia en la medida en que los órganos del estado, quienes asumen la autoridad, están encarnados o personificados por sujetos o personas que no tienen suficiente autoridad moral, intelectual y cívica.

En efecto, desde una visión actual considero que el poder corresponde al órgano del Estado y su amplitud o extensión depende de la competencia que le otorga la Constitución y las leyes; sin embargo, la autoridad corresponde a las cualidades que debe tener la persona que en un momento personificará o encarnará al órgano del Estado. Cualidades morales, intelectuales, cívicas y prudentes a la luz de las características esenciales y connaturales que encierra este último concepto y que ya hemos analizado con anterioridad.

Incluso, Ignacio L. Vallarta trató el citado tema en el célebre amparo Morelos, de donde derivó la tesis de la incompetencia de origen y la improcedencia del juicio de amparo en materia política y que narraremos con posterioridad.³⁵

Sin duda, tanto la noción de autoridad y poder deben estar estrechamente relacionadas, principalmente por la función que se adquiere, la autoridad de la persona o funcionario que encarnará o personificará al órgano del Estado; esto es, las cualidades ya vistas, deben ser mayor al poder que el propio cargo adquiere, de acuerdo a las facultades dadas por las leyes y la Constitución, pues si es mayor el poder, el funcionario no podrá saber qué hacer con él, y es cuando se convierte en prepotente. En cambio, cuando la autoridad, atendiendo a las citadas cualidades, es mayor que el poder que emana del propio órgano del Estado, ese funcionario ejercerá un buen gobierno.

1.2 Origen y evolución de la Jurisprudencia

1.2.1 Consideraciones previas

En este apartado se enfocará al origen de la Jurisprudencia, puesto que resulta indispensable conocer de dónde surge y cómo fue evolucionando, pues no en todas las épocas se tiene un concepto uniforme sobre de ella; de ahí, la enorme importancia de encontrar sus antecedentes más remotos.

La Jurisprudencia surge en Roma, particularmente a partir de la creación de las XII tablas en el año 454 a. C. Asimismo, resulta pertinente resaltar que el derecho romano, con posterioridad al imperio Romano de occidente, da lugar a dos sistemas jurídicos que en los últimos años se han identificado; a saber, el

³⁵Vallarta, Luis Ignacio, *Archivo Inédito Tomo I*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, Editorial Themis, 1993, p.80.

derecho continental y el común. Claro que, en el desarrollo de la jurisprudencia, sobre todo, en el Derecho Romano, influyó de manera notable la filosofía griega.

Finalmente, resulta conveniente analizar cómo se desarrolló la Jurisprudencia en países como Francia, pues a diferencia de Inglaterra, en aquella se partió de la interpretación de normas preexistentes y esa forma de concebirla pasó a nuestro país.

1.2.2 Roma

Precisado lo anterior, se analizará el origen de la Jurisprudencia en Roma puesto que en ella encontramos los antecedentes más remotos, sobre todo, en el Imperio Romano de Occidente.

Con base en lo anterior, la historia de la jurisprudencia romana puede dividirse en períodos que corresponden a ciertas fases de la historia general de Roma; a saber:³⁶

De la fundación de Roma, a la Ley de las XII Tablas (753 a454 a.C.).

De la Ley de las XII Tablas, al fin de la República (454 al 27 a.C.) y

Del advenimiento del Imperio, a la codificación de Justiniano (27 a.C. a 565 d.C.)

Durante el primer período que comienza a partir de la fundación de Roma, el Derecho Romano está en la infancia, se compone de costumbres antiguas de los pueblos itálicos que fundaron la nueva ciudad. En el segundo, determinado por la Ley de las XII Tablas, se desarrolla gracias a la interpretación de los pontífices y de los jurisconsultos; es aquí donde encontramos el origen de la Jurisprudencia. El tercer período marca su apogeo, llega a alcanzar su más alto grado de perfección; y se caracteriza por los trabajos de la codificación.³⁷

³⁶ Cannata, Carlo Augusto, *Historia de la ciencia jurídica europea*, Madrid, TECNOS, 1996, p. 23.

³⁷ *Ibidem*, p.24

Resulta difícil unificar los criterios de diversos autores en torno al origen de Roma, pues no coinciden con la historia que los propios romanos nos transmiten; aun así, nos parece más convincente lo que sugiere Carlos Alfredo Vogel, en su obra: *Historia del Derecho Romano*.³⁸ En efecto, afirma que tres poblaciones concurren a la formación de Roma: una de raza latina, los Ramnenses, que tenían por jefe a Rómulo; otra de raza sabina, los Titienses, bajo el gobierno de Tatio, y, por último, la raza etrusca, los Lúceres, cuyo jefe lleva el título de Lucuwio. La reunión de estos tres pueblos agrupados en tres tribus distintas: latinos, sabinos y etruscos, y establecidos sobre las colinas que bordean la ribera izquierda del Tiber, constituía la ciudad romana. Cada una de las tres tribus primitivas antes citadas, estaba dividida en diez curias. Cada curia comprendía un cierto número de pobladores. La curia no era más que una división artificial, la *gens* una agregación natural, teniendo como base el parentesco; esto es: padres, hijos, nueras, nietos y a veces pocos esclavos. Cada *gens* comprendía el conjunto de personas que descienden por los varones de un autor común. A la muerte del fundador de la *gens*, sus hijos llegan a hacerse jefes de familias distintas.³⁹

De igual forma, cada familia está colocada bajo la autoridad de un jefe, paterfamilias.⁴⁰ Estos padres y sus descendientes, que componen las gentes de treinta curias primitivas, forman la clase de los patricios, *patricii*. Ellos constituyen una nobleza de raza, solos participan del gobierno del Estado y gozan de todos los privilegios del ciudadano romano.⁴¹

Asimismo, otra clase de personas en Roma son los plebeyos o la plebe,⁴² *plebs*, libres de toda unión con los patricios, los cuales ocupan en la ciudad

³⁸ Vogel, Carlos Alfredo, *Historia del derecho romano*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1993, p. 69.

³⁹ Lamsdorff, Wladimir, *Historia sencilla de las ideas jurídicas*, Madrid, Colex, 2003, p. 13.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 14.

⁴¹ Vogel, Carlos Alfredo, *op. cit.*, nota 38, p.74.

⁴² *Ibidem*, pp.73 y 75.

un rango inferior. No tienen ninguna participación en el gobierno, está prohibido su acceso a las funciones públicas y no pueden contraer matrimonio legítimo con los patricios. ¿Cómo se formó la plebe? Es un problema difícil de resolver; se puede admitir que está compuesta de clientes que llegaron a hacerse independientes cuando la *gens* de su patrono se extinguió.⁴³ Asimismo, resulta válido concluir que, en la medida en que Roma extendía sus conquistas, los extranjeros introducidos dentro de la ciudad eran muy numerosos, pues los vencidos aumentaron la clase política de plebeyos.

También resulta lógico pensar que la generación de conflictos bélicos produjeron la multitud de plebeyos, esto es tan cierto que gran parte del período monárquico de Roma se resume en la lucha de patricios y plebeyos, quienes se esfuerzan en conseguir igualdades, tanto en el orden público, como en el privado. Aun cuando los plebeyos no tuvieron participación alguna en el destino del gobierno en Roma, veremos cómo esto fue la antesala para el nacimiento de la Jurisprudencia; como a continuación se relata.

En efecto, como se observa, la unidad económica de la Roma primitiva era el *domus*; esto significaba, la casa: una explotación agraria de tamaño medio atendido por una familia amplia. Los romanos fueron un pueblo politeísta, pues

⁴³ Otro grupo de personas que existieron durante la fundación de Roma fueron los clientes. Al lado de cada familia patricia se encuentra un cierto número de personas agrupadas, a título de clientes, bajo la protección del jefe, que era su patrón. Es probable que los clientes formasen parte de la *gens* del patrón y que tomaran el *nomengentilitium*. Lo cierto es que la clientela crea entre ellos derechos y deberes. El patrón debe a sus clientes socorro y asistencia; toma su defensa en justicia y les concede gratuitamente tierras para que puedan cultivarlas y vivir de su producto. Por otra parte, el cliente debe al patrono respeto y abnegación, le asiste en su persona, siguiéndole a la guerra; y en su fortuna, bien para pagar su rescate en caso de cautiverio, bien para dotar a su hija, o para pagar las multas a que el patrón había sido condenado. Estas obligaciones recíprocas estaban enérgicamente sancionadas. El patrón o el cliente que las violaba podía ser muerto impunemente.

Cfr. Floris, Margadant, Guillermo, *Derecho privado romano*, 22ª ed., México, Esfinge, 1997, p.50.

estaba amparados por una multitud de dioses. La forma de resolver los conflictos era pacífica, sin admitir la autotutela, el duelo judicial, la venganza u otros medios violentos.⁴⁴ Para resolver el conflicto, había que preguntar a los dioses. Si la controversia ocurría en un mismo *domus*, la resolvía el *pater familias*, no por su experiencia, sino porque era el sacerdote del culto a los dioses de cada casa. Él era el encargado de averiguar su parecer mediante un ritual. Los demás obedecían porque se suponía que la conclusión del *pater familias* procedía de los dioses *lares*; esto es, los dioses de cada familia o *domus*.

En cambio, si el conflicto era entre dos padres de familia ninguno de los dos tenía por qué obedecer a los dioses *lares* del otro, había por tanto que dirigirse a los dioses de la ciudad. Para ello se contaba con los sacerdotes profesionales que conocían los ritos precisos para obtener una respuesta de los dioses; a estos los nombraba el conjunto de los padres de familia (*los patricios*). En caso de conflicto, los litigantes se dirigían al sacerdote, pero éste no preguntaba su parecer a los dioses, lo hacían los propios litigantes mediante un ritual, debiendo preguntar unas fórmulas invariables para cada proceso. El papel del sacerdote era comprobar si estas fórmulas, de origen mágico, habían sido dichas con las palabras y los gestos precisos (el que fallaba perdía el pleito). Si las fórmulas habían sido las correctas, la voluntad de los dioses estaba bien preguntada. Ahora, para dar esa respuesta el sacerdote nombraba un juez (*iudex*) que no era un profesional, sino un vecino cualquiera, éste contestaba la pregunta que le hacía el sacerdote y su respuesta se suponía que procedía de los dioses, lo cual le daba fuerza obligatoria.⁴⁵

Ahora, los sacerdotes como buenos guardianes tenían las fórmulas en secreto; esto creaba inseguridad, en la medida en que el sacerdote podía admitir o no las demandas a su arbitrio, pues nadie podía comprobar, lo que se utilizó para favorecer a los patricios, frente a los plebeyos. Esto provocó una serie de

⁴⁴Lamsdorff, Wladimir, *op. cit.*, nota. 39, p. 14

⁴⁵*Ibidem*, p. 15.

conflictos entre éstos grupos de gentes; no obstante, en el siglo V, antes de Cristo, los plebeyos lograron una cierta cantidad de fórmulas que se pusieron por escrito, siendo éstas las XII tablas.⁴⁶

En efecto, cuando el número de plebeyos llegó a ser considerable por consecuencia de las conquistas de Roma, sólo los patricios tenían la carga del impuesto y del servicio militar, como también, sólo ellos participaban de la vida política y social. La plebe permanecía extraña a las cargas públicas, así como a la administración de la ciudad. Tarquino el Antiguo, quien fue el primer rey etrusco, trata de remediar esa desigualdad al pretender establecer tres nuevas tribus compuestas de plebeyos.⁴⁷

Sin embargo, no se logró lo anterior. Era menester una reforma más completa; ésta fue la obra de su sucesor: La reforma de Servio Tulio, los comicios por centurias. Servio Tulio, quien sucedió a Tarquino en la Monarquía de Roma, deja subsistir la antigua organización patricia resultante de la distinción de las tres tribus primitivas y de los comicios por curias que eran su consecuencia, pero establece una nueva división del pueblo, fundada ya no sobre el origen de los ciudadanos, sino sobre la fortuna de ellos, comprendiendo el conjunto de la

⁴⁶ De acuerdo con Carlos Alfredo Vogel, en su obra *Historia del Derecho Romano*, en el año 509 o 510 a.C. la Monarquía es derribada, el rey es sustituido por dos magistrados patricios, elegidos por un año, y con iguales poderes; la autoridad religiosa es separada de los poderes civiles y confiada al gran pontífice. Comienza la República, los Tribunos, los concilia plebis y los comicios por tribus. Los plebeyos, con motivo de todo lo anterior, toman una resolución enérgica: salen de Roma y se retiran al monte Aventino. Los patricios deciden hacer una importante concesión, sobreviene una especie de tratado con el cual la plebe obtiene protectores de sus intereses. Éstos son dos magistrados exclusivamente plebeyos: *los tribuniplebis*. Luego que fueron establecidos, los tribunos toman la costumbre de reunir a la plebe en las asambleas, en donde deliberan y votan las resoluciones, llamadas plebiscitos, que no tienen fuerza obligatoria más que para ella misma. Los patricios, a los que los tribunos no tenían derecho de convocar, no asistieron jamás a estas reuniones, o *concilia plebis*.

Cfr. Vogel, Carlos Alfredo, *op. cit.*, nota.38, pp.74 - 75.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 20.

población. Los plebeyos fueron de este modo, llamados a concurrir con los patricios al servicio militar, al pago del impuesto y a la confección de la ley dentro de las nuevas asambleas.⁴⁸

En todas estas luchas para conquistar la igualdad, la plebe encuentra una nueva concesión: La creación de una ley fija, conocida de todos y aplicable a todos, que no los dejase por más tiempo expuestos a los rigores arbitrarios de los magistrados patricios. Ésta fue la Ley de las XII Tablas; período que marca el progreso de los plebeyos. Los romanos quisieron primeramente ilustrarse por el estudio de una legislación célebre entonces: la de Grecia; por ello, en el año 454 a.C. tres patricios fueron enviados a las ciudades griegas de la Italia meridional, donde las Leyes de Solón y de Licurgo estaban en vigor.⁴⁹ Regresaron al cabo de un año, trayendo las leyes griegas. Hermodoro, desterrado de Éfeso, los auxilia en su misión y toma parte importante en la confección de la ley de las XII tablas.⁵⁰ Sin duda, las aportaciones recibidas por la filosofía griega fueron de enorme importancia para la redacción de las citadas tablas, puesto que diversos autores coinciden en que muchas de sus disposiciones están inspiradas por las leyes griegas.⁵¹

⁴⁸Petit, Eugene, *Tratado elemental de derecho romano*, 8ª ed., México, Porrúa, 1993, p. 32.

⁴⁹ Cfr. Villey, Michel, *El Derecho Romano*, trad. Ma. Carmen Ochoa Sierra, México, Publicaciones Cruz, 2002, colección qué sé, p. 111.

Según Villey Roma habría querido seguir el ejemplo de las ciudades griegas, que poseían sus leyes escritas: Atenas las de Solón, Esparta las de Licurgo; de la misma manera las ciudades de la gran Grecia, de la Sicilia colonizada por los helenos y tan cerca de Roma.

⁵⁰ *Idem.*

⁵¹ Nótese que, en aquella época en Grecia ya se encontraba la grandes aportaciones de la filosofía Socrática, si se tiene en cuenta que Sócrates nace en 470 a 399 a.C., el cual medularmente, como doctrina, se propuso la transformación moral de los ciudadanos, para que pudieran salvar a la patria. Para obtener tal fin, juzgaba que el medio más adecuado era hacer sabios a los hombres, ya que según él, era imposible que un sabio fuera malo. En el diálogo socrático, lo hace con base en preguntas breves y respuestas concisas; y a veces también con ironía; tal es el método mayéutico que ayudaba al discípulo a encontrar por sí mismo la verdad, por ejemplo decía: ¿Qué es robar? Se consideraban todos los medios de sustraer una cosa, hasta llegar a obtener una

En 451 a.C., las magistraturas ordinarias fueron suspendidas de común acuerdo, y todos los poderes fueron confiados a diez magistrados patricios, elegidos en los comicios por centurias. Estos fueron los decenviros, encargados de hacer la ley. Al cabo de un año publicaron sus trabajos escritos sobre diez tablas, que recibieron la consagración de un voto de los comicios por centurias.

Pero esta legislación pareció insuficiente y, en 449 a.C., se eligen otros decenviros, que redactaron dos nuevas tablas, complemento de las diez primeras.⁵²

La Ley Decenviral, grabada sobre tablas de bronce o de roble, fue expuesta en el foro; sin embargo, el contenido auténtico de las XII Tablas no ha llegado a nosotros y no poseemos más que los fragmentos conservados por los tratados de los jurisconsultos que han comentado la Ley de las XII tablas, sobretodo, por Gayo, del cual han sido insertados 18 extractos en el *Digesto de Justiniano*.⁵³

La Ley de las XII Tablas reglamentó, a la vez el derecho público y el derecho privado. Los romanos la consideraron como la fuente propia de su derecho. No obstante, esa legislación estaba lejos de dar entera satisfacción a la legítima ambición de los plebeyos y de otorgarles la igualdad que reclamaban.

definición de robo y de la misma manera se obtenía el concepto de lo bueno. En la doctrina moral el hombre busca necesariamente la felicidad; pero la felicidad hay que ponerla en la posesión del verdadero bien, es decir, del bien conocido por el entendimiento. Por tanto, Sócrates, en buena parte, estableció que las cosas son buenas, en tanto sirven a nuestra felicidad, el hombre bueno es el que conoce el fin moral; de ahí que el hombre sabio puede ser malo; es obligación del ciudadano ejercitar la virtud impuesta, bien sea por la ley natural o por la ley civil. El alma del hombre es espiritual e inmortal y Dios es entendimiento Supremo y Ordenador de todas las cosas. Cfr. Alatorre Padilla, Roberto, *Lógica manual*, 14ª Edición, México, Editorial Porrúa, 1988, p. 73.

⁵² Margadant, Guillermo, *El derecho privado romano*, 22ª ed., México, Esfinge, 1997, p.50.

⁵³ *Enciclopedia Jurídica Omeba, Digesto de justiniano*, versión electrónica, Buenos Aires, Ancalo, 2009.

Ellos quedaban excluidos de todas las magistraturas y les estaba prohibido contraer matrimonio legítimo con los patricios. Sin embargo, por grandes que fuesen las imperfecciones de la Ley de las XII Tablas, lo cierto es que se realizó un verdadero progreso.

Hemos visto la gran desigualdad que existía en las poblaciones que ocupaban la antigua ciudad romana, como también advertimos que la Ley de las XII Tablas fue un gran logro de los plebeyos con respecto de sus derechos. Pero, lo que no hemos advertido, bajo nuestro concepto, es cómo surge la jurisprudencia.

Ubiquémonos en aquella época, los plebeyos, con un progreso lento pero continuado, obtienen por fin lo que habían esperado de la Ley de las XII Tablas. Sin embargo, ello no se dio de manera inmediata, sino que, en la medida en que iban surgiendo los problemas se obtenían los citados derechos.

La Ley de las XII Tablas tenía como característica esencial que era general y abstracta, pues en ella se reglamentaron, tanto el derecho privado, como el público en Roma; en efecto, véase cuáles eran éstas:

“...Tablas I-III.- Derecho procesal. ... Tabla IV.- Derecho de familia. Contiene la reglamentación de la patria potestad, siguiendo tradiciones arias. Allí encontramos también la disposición de que el padre debe matar al niño que nazca deforme.... Tabla V.- Derecho sucesorio, con la libertad testamentaria, tan sorprendente desde el punto de vista sociológico. ... Tabla VI.- Derecho de cosas. Se esboza la distinción entre propiedad y posesión. ... Tabla VII.- Derecho Agrario. En esta tabla se incluyen las diversas servidumbres legales, materia tan importante para una comunidad agrícola como Roma. ... Tabla VIII.- Derecho penal, con el sistema del talión para lesiones graves y tarifas de “composición” para lesiones de menor importancia, con la meritoria diferenciación entre culpa y dolo en materia de incendio y la especificación de muy graves penas para ciertos delitos que afectaban el interés público, como son el testimonio falso o la corrupción judicial. ... Tabla IX.- Derecho público. ... Tabla X.- Derecho Sacro. En ella encontramos también disposiciones prohibiendo manifestaciones lujosas durante las exequias. ... Poco tiempo después, hubo necesidad de hacer algunas modificaciones y añadidas,

*y una segunda comisión (esta vez, con participación plebeya) formuló un proyecto de dos tablas adicionales, que fueron aprobadas en 449 a. de J.C.”*⁵⁴

Dada la generalidad de las XII Tablas, existió la necesidad de interpretarlas, perfeccionarlas y llenar sus lagunas. Por ejemplo, era menester fijar las formas de los actos jurídicos y los detalles del procedimiento, pues en la propia Ley no se había determinado; si tenemos en consideración que se planteó todo el derecho en Roma, necesariamente tuvieron que ser interpretadas.

En efecto, esta elaboración lenta, pero continua, llamada *interpretatio* fue la obra exclusiva del Colegio de los Pontífices, pues, aunque colocados en apariencia por sus funciones religiosas, fuera de la esfera del derecho privado, estaban obligados a tocar una multitud de materias jurídicas que tenían conexión, no sólo con la religión, sino con otras materias. De ahí la necesidad para ellos de ser al mismo tiempo jurisconsultos.

Durante mucho tiempo, únicamente los pontífices y magistrados patricios conocieron los secretos del procedimiento y la lista de los días fastos,⁵⁵ durante los cuales únicamente era permitido realizar, delante del magistrado, los ritos de las acciones de la ley. Por consiguiente, los plebeyos estaban obligados a recurrir a ellos para consultarles en caso de pleito, fue así como empezaron a acumular sus derechos.

⁵⁴Petit, Eugene, *op. cit.*, nota.48, pp.49 y 50.

⁵⁵ “**Fasto**, ta. (Del lat. fastus). Adj. Se dice del día en que era lícito en la antigua Roma tratar los negocios públicos y administrar justicia. II 2 Dicho por contraposición a nefasto, de un día, de un año, etc. Feliz o venturoso. III 3. m. fausto.”

“**Fastos**. (Del lat. Fastos, acus, de fasti, -órum). M. pl. Entre los romanos, especie de calendario en que se anotaban las fechas de sus fiestas, juegos y ceremonias y las cosas memorables de la república. II 2. Anales o serie de sucesos por orden cronológico.”

Cfr. Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 22 ed., Madrid, 2001, t. a/g, p. 1043.

Por ejemplo, tras largos debates se permitió el legítimo matrimonio entre patricios y plebeyos. Los patricios entendían que no podían impedir por más tiempo el acceso de los plebeyos a la más alta magistratura; esto es, el Consulado. Por otra parte, en 287 a.C., la Ley Hortensia había dado fuerza legal a los plebiscitos votados por los plebeyos en los *concilia plebis*, decidiendo que en lo sucesivo serían obligatorios para todos los ciudadanos. Liberto Cneo Flavio, secretario del patricio Apio Claudio Caeco, divulgó el cuadro de los días fastos y las fórmulas de las acciones de la ley, lo cual hizo objeto de una publicación que tomó el nombre de *Iusflavianum*, la cual fue tan agradable al pueblo, que su autor llegó sucesivamente a Senador.

Después de la publicación del *Iusflavianum*, la ciencia del derecho dejó de ser privilegio de una casta celosa de guardar el secreto. Éste fue abierto a todos, los plebeyos pudieron entregarse, como los patricios, al estudio de las cuestiones nacidas de la práctica de las leyes.

Ahora, ya en el imperio, casi después de un siglo de redactadas las XII tablas, la jurisprudencia únicamente era atribución de los pontífices, lo que se explica porque los conflictos más importante eran de índole religioso y político;⁵⁶ sin embargo, ya en el imperio, la jurisprudencia adquirió un tinte de secularización o laicización, pues la interpretación de las normas pasan a manos de los jurisconsultos.

En efecto, los jurisconsultos adquieren en la sociedad romana un prestigio y una consideración desconocidos entre los demás pueblos de la antigüedad. Podían ser llamados como jueces privados a decidir una disputa, de modo que el conocimiento del derecho era indispensable para llegar a las más altas funciones.⁵⁷

⁵⁶Cannata, Carlos Augusto, *op. cit.*, nota, 36, p. 30

⁵⁷*Ibidem*, p. 32

Hacia el fin de la República, la autoridad de los prudentes toma una nueva fuerza con la filosofía griega, que después de una oposición temporal del Senado y de los censores fue profesada libremente en Roma. El Estoicismo,⁵⁸ tiene pronto los más ilustres adeptos entre los romanos, a los cuales agradaba su moral, sus elevadas doctrinas, que enseñan a amar la virtud por sí misma. Los Jurisconsultos encontraron en él una noción nueva, la de un derecho innato, fundado sobre la razón, y superior a las leyes escritas. Por último, pidieron a la filosofía griega un método más científico, que ejerció una feliz influencia sobre la de los jurisconsultos del período siguiente. Verbigracia: Cicerón influido notablemente por la filosofía estoica, escribió sobre el arte de los juristas, influido en el derecho natural.⁵⁹

Sin duda, la interpretación dada a las XII Tablas, primero por la Escuela de los Pontífices, y con posterioridad por los jurisconsultos, constituye un antecedente directo del origen de la Jurisprudencia, pero véase que su esencia es a partir de la interpretación de normas preexistentes, contrariamente al origen de la

⁵⁸Antístenes era discípulo de Sócrates, fundó el estoicismo; esto es, la escuela de filosofía occidental en la antigua Grecia, opuesta al epicureísmo en su modo de considerar la vida y el deber. La escuela estoica se creó en Atenas hacia el 300 a.C. La base de la ética estoica es el principio, proclamado antes por los cínicos, de que el bien no está en los objetos externos, sino en la condición del alma en sí misma, en la sabiduría y dominio mediante los que una persona se libera de las pasiones y deseos que perturban la vida corriente. Las cuatro virtudes cardinales de la filosofía estoica son la sabiduría, el valor, la justicia y la templanza, una clasificación derivada de las enseñanzas de Platón. Un rasgo distintivo del estoicismo es su vocación cosmopolita. Todas las personas son manifestaciones de un espíritu universal y deben, según los estoicos, vivir en amor fraternal y ayudarse de buena gana unos a otros. Mantenían diferencias externas, como la clase y la riqueza, no tienen ninguna importancia en las relaciones sociales. Así, antes del cristianismo, los estoicos reconocían y preconizaban la fraternidad de la humanidad y la igualdad natural de todos los seres humanos. El epicureísmo (De epicúreo) Sistema filosófico enseñado por Epicureo, filósofo ateniense del siglo IV antes de Cristo y seguido después por otros filósofos. Cfr. Hervada, Javier, *Historia de la ciencia del derecho natural*, 2ª ed., Pamplona, EUNSA, 1987, p.62

⁵⁹*Ibidem*, p.64

Jurisprudencia en otros lugares, como en Inglaterra, lo cual analizaremos en el siguiente apartado.

Asimismo, los jurisconsultos romanos, en gran medida, interpretaron el derecho a través de las grandes aportaciones de la filosofía griega; esto es tan cierto, que lo corroboran las definiciones de Celso y Ulpiano (170-228), referentes al Derecho. En efecto, Celso define el derecho como: *“el arte de lo que es bueno y de lo que es equitativo”*. En tanto que, según otra concepción particular de Ulpiano, el derecho natural consiste en las leyes que la naturaleza ha impuesto a todos los seres animados; de donde resultan, por ejemplo, la unión de sexos y la procreación. Sólo el hombre tiene derechos y deberes, porque sólo él está dotado de razón y de conciencia de la moralidad de sus actos.⁶⁰

Además, como se observa en párrafos que anteceden, los primeros antecedentes del derecho en Roma, estaban fuertemente ligados a la religión, lo que se demuestra en aquella fórmula sacramental creada por Ulpiano, respecto de la jurisprudencia o ciencia del derecho; esto es: *“la jurisprudencia es el conocimiento de las cosas divinas y humanas y ciencia de lo justo y de lo injusto”*. Esto es, del análisis anterior, podemos decidir que para distinguir lo justo de lo injusto, se requiere de un profundo conocimiento de las –cosas humanas–; empero, por qué de las divinas: Ulpiano, lo decía por los lejanos orígenes del derecho romano.⁶¹

Como vemos, todos estos conceptos están inspirados en la filosofía griega, la cual fue imprescindible para el desarrollo de las instituciones jurídicas, especialmente de la Jurisprudencia.

En el tercer período; esto es, del advenimiento del Imperio a la codificación de Justiniano. (27 a.C. a 565 d.C.) En la época en que Justiniano

⁶⁰Petit, Eugene, *op. cit.*, nota. 48, p. 18

⁶¹Lamsdorff, Wladimir, *op. cit.*, nota. 39, p. 16

subió al trono (527 d.C.), la reforma de las leyes romanas vino a ser obra indispensable. Desde hace diez siglos, los plebiscitos, los senadoconsultos, los edictos de los magistrados, las obras de los jurisconsultos, y las constituciones imperiales, llenaron millares de volúmenes cuyas reglas de derecho formaban un verdadero caos. Justiniano emprendió una obra en el año 528 d. C. nombró una comisión de diez miembros, encargada de reunir en una sola obra los Códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano.⁶² Esta obra fue terminada en catorce meses y publicada en el año 529 d.C., bajo el nombre de *Codex Justinianus*. Estaba dividida en doce libros, cinco años más tarde, Justiniano hizo aparecer otra nueva edición.

El Digesto o las Pandectas, después de la codificación de las leyes, Justiniano se ocupó del *IUS*. En 530 d.C. encargó a Tribuniano, cuestor del palacio, redactar una colección compuesta de extractos de escritos de los jurisconsultos sobre las respuestas dadas a ciertos casos que se les consultaban.⁶³

Las obras de los principales juristas romanos han llegado especialmente a través de la compilación de Justiniano; aquí se podrá encontrar la vinculación del derecho natural de los juristas que dieron origen a la teoría del derecho. En efecto, los juristas romanos no tuvieron, en el tema que nos ocupa, una terminología uniforme; pues llamaron al derecho natural de diversas maneras; principalmente: *ius commune* (derecho común, recordando el término usado por Aristóteles); *ius gentium* (derecho de gentes); y, *ius naturale* (derecho natural).⁶⁴ Estos términos designaban al principio de derecho natural como derecho aplicable a los extranjeros y contrapuesto al *ius proprium* o *ius civile*; esto es, el derecho propio del ciudadano (*cives*) romano. Así el jurista romano, respetó el derecho propio de cada ciudad, aunque no estableciera un derecho propio; sin embargo, para llenar

⁶²Enciclopedia Jurídica Omeba, *op. cit.*, nota.53

⁶³ Margadant, Guillermo Floris, *Segunda vida del derecho romano*, México, Porrúa, 1986, p. 51.

⁶⁴Hervada, Javier, *op. cit.*, nota.58, p.75

ese vacío, los juristas acudieron a aquellas reglas que, por proceder de la razón natural se estimaban comunes a todos los hombres y pueblos. Es decir, se acudía a aquellas reglas y soluciones que por responder al sentido jurídico común de todos los pueblos o naciones, eran universales o iguales. De este modo el derecho natural se entendió como un derecho vigente.⁶⁵

Pero lo más importante para esta investigación es que los juristas romanos acudieron al derecho natural para flexibilizar el *iuscivile*; pues el progresivo desarrollo de la ciencia del derecho, implicó el recurso a los principios de la razón natural para encontrar la solución justa a las nuevas situaciones; el derecho natural aparece en numerosos pasajes como un elemento de interpretación del derecho y de la búsqueda de la solución justa para los casos concretos.⁶⁶

Por último, Viehweg⁶⁷ respecto de la Jurisprudencia en la Roma antigua y durante la Edad Media, sostiene que fue esencialmente una Jurisprudencia tópica. En su opinión, el estilo del jurista romano se basaba en el planteamiento de un problema para el que se trataba de encontrar argumentos, y no en la elaboración de un sistema conceptual. Decía que la tónica es una técnica del pensamiento problemático, que se encuentra en el *iuscivile* y en el *mositalicus*.

1.2.3 Inglaterra

La caída del Imperio Romano de Occidente representó diversos cambios al derecho, pues el nacimiento de las nuevas naciones, el asentamiento de los pueblos, la adquisición de sus costumbres propias, la romanización de algunos pueblos bárbaros, tanto en el aspecto religioso, como en el desarrollo íntegro del Derecho Romano en Oriente, a través de la codificación de Justiniano, marcó el inicio de la “Edad Media”.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 76

⁶⁶ *Ibidem*, pp. 77 y 81

⁶⁷ Viehweg, Theodor, *Tópica y jurisprudencia*, 1ª ed., España, Altea Taurus Alfaguara, 1964, p. 24.

Recordemos que el Imperio Romano de Occidente, que había sido tan rico, culto y poderoso, desapareció tras un período de decadencia invadido por las tribus germánicas semisalvajes; entre ellos: los jutos, sajones, anglos, germanos, ostrogodos, visigodos, alanos, vándalos, longobardos; los cuales cruzaron la Galia, Hispania, e Italia, hasta llegar al norte de África. Tribus que no encontraron ejército alguno que les hiciera frente, pues tras saquear y arrasar, se asentaron en donde quisieron. Las populosas ciudades romanas quedaron en ruinas, sus habitantes murieron, y con ello desapareció la enseñanza y el saber leer y escribir.⁶⁸

No obstante, éste período marca el nacimiento de Europa y su desarrollo, sobre todo, por la subsistencia de la fe cristiana, y de la iglesia romana. Incluso, en Alemania se jugó un papel importante, dada la disposición para la romanización, o como lo sostiene Franz Wieacker, para la cientificación del Derecho y del procedimiento,⁶⁹ pues con motivo del redescubrimiento del *corpus iuris*, se tornó la ciencia del derecho en una de las más duraderas fuerzas espirituales de Europa.⁷⁰

Los invasores bárbaros trajeron sus propios derechos germánicos suficientes para la vida de una tribu selvática. El lugar del desaparecido derecho romano lo ocupó, en cada sitio, la costumbre, misma que era de cada ciudad o pueblo; *verbigracia*, los usos de los carpinteros eran obligatorios para ese gremio; los usos de los mercaderes, para todos los mercaderes; también tenían sus costumbres, la nobleza y la iglesia.⁷¹

⁶⁸Lamsdorf, Wladimir, *op.cit.*, nota. 39, pp.17 y 18

⁶⁹ Wieacker, Franz, *Historia del derecho privado de la edad moderna*, trad. Francisco Fernández Jardón, Madrid, Aguilar, 1957, p. 10.

⁷⁰*Ibidem*, p.11

⁷¹Lamsdorf, Wladimir, *op. cit.*, nota. 39, pp.18 y 19.

Paolo Grossi,⁷² en su obra *Derecho, Sociedad, Estado*, afirma que el poder político en la Edad Media, se caracteriza por hallarse intrínsecamente inacabado, se mantiene durante todo ese período como un poder incompleto, queriendo expresar con esta calificación un poder no totalizador, no omnicomprendivo. Nos dice que resulta irrelevante el hecho de que, a intervalos, este poder consiga la máxima efectividad y un notable grado de coacción; llegando incluso, a convertirse en tiranía, dado que se trata siempre de un proyecto político caracterizado por carencias y ambigüedades.

Debe tenerse en consideración que después de la caída del Imperio Romano de Occidente, el derecho en Roma aún no alcanzaba su máxima evolución. Todavía, en el siglo IV d.C. no existían las grandes codificaciones que se dieron con Justiniano en el Imperio Romano de Oriente. Pues precisamente, éste fue el último emperador que habló latín, pues a partir de ello, el idioma oficial fue el griego. Tras las invasiones bárbaras, el imperio que subsistió fue el de oriente, pero su carácter se diferenció cada vez más del de occidente latino.⁷³ Esto por supuesto afectó a las nacientes poblaciones europeas porque si bien tenían

⁷² Para comprobar lo anterior, Grossi afirma que existe una sustancial indiferencia hacia lo jurídico: el príncipe medieval limita sus propios intereses a las áreas del derecho que se hallan directamente implicadas en el gobierno, a lo que hoy llamaríamos derecho “constitucional”, “administrativo” e incluso “penal”, dejando en manos de otros poderes la obligación de producir las reglas de organización de la vida cotidiana, las cuales brotan, se forman y arraigan a través de una compleja cooperación entre hechos espontáneos consuetudinarios, *interpretatio de doctores* y de *judices*. Ello queda también demostrado por el hecho completo del príncipe medieval desempeña su función de supremo regente impartiendo justicia, más que legislando. El príncipe es el gran justiciero de su pueblo, no su legislador. El Estado es un “futurible”, debido a que ningún poder político llega a caracterizarse de estatalizado. Incluso, en el reino de Francia, sin duda el laboratorio político-jurídico secular, paulatinamente se configura y adquiere mayor consistencia un sujeto verdaderamente estatal.

Cfr. Grossi, Paolo, *Derecho, sociedad y estado. Una recuperación para el derecho*, Guadalajara, Gráfica Nueva, 2004, colección Ensayos de la Escuela Libre de Derecho, el Colegio de Michoacán y la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, p.23.

⁷³ Cannata, Carlo Augusto, *op. cit.*, nota. 36, p.26

una importante influencia románica, lo cierto es que empezó una creación de las instituciones.

Los siglos de la alta Edad Media, se caracterizan por la formación y la presencia del derecho consuetudinario; la costumbre representa la fuente más importante para el derecho medieval, sobre todo en el derecho privado.⁷⁴

Como puede apreciarse, en occidente, en los primeros años, no existía ciencia jurídica, al existir un descontrol total de las instituciones en los nuevos Reinos germánicos. No obstante, de acuerdo con las reflexiones previas de este capítulo, consideramos que el origen de la Jurisprudencia, además de Roma, se generó en las regiones de las Islas Británicas pobladas por los antiguos bárbaros: anglos y sajones; en la medida en que, desde su nacimiento, incorporaron el derecho común, a través del precedente y que, hasta nuestros días, ha perdurado. Sin embargo, esta incorporación de la ciencia jurídica fue muy difícil, dadas las diferentes costumbres de los pueblos que se fueron desarrollando, como a continuación se relata.

En efecto, en el caso concreto de Inglaterra, como ya se ha referido, en 476 d.C. los Bárbaros, se dispersaron por toda Europa, dando origen a las nuevas naciones, por citar algunos ejemplos, los anglos y sajones lo hicieron en el territorio que actualmente ocupa Inglaterra, o en Britania, como en esa época la denominaron los antiguos romanos. Desde luego que ese territorio también fue ocupado por otros pueblos, como los escandinavos, entre ellos los vikingos, territorio que por su geografía les favoreció a tal grado, que su desarrollo fue de gran magnitud, tanto en la producción económica y bélica, como en las instituciones jurídicas que fueron desarrollando.

Debe tenerse en consideración que el territorio ocupado por la antigua Britania tenía baja influencia románica, de modo tal que los pueblos bárbaros la

⁷⁴ *Ibidem*, p. 140

colonizaron de forma definitiva; por ende, éstos conservaron sus leyes y su idioma, pues fue diminuta la afectación por la romanización. Incluso, tales peculiaridades se reflejan hasta la fecha.⁷⁵ En efecto, en Inglaterra la dominación romana no dejó rastros duraderos, pues cuando las regiones romanas se retiraron de Britania para defender la frontera del Rin, ésta provincia quedó indefensa y pronto sufrió las invasiones, tanto de los sajones, anglos, como de los daneses.⁷⁶

En la Britania primigenia, los antiguos pobladores tenían la venganza privada, entre otras costumbres. Ésta no era otra cosa más que una derivación de la Ley de Talión, los familiares de las víctimas podían ejercerla con la muerte de alguna persona. Lo anterior generó la necesidad de que los antiguos jefes o monarcas asumieran la función de administrar justicia, pero resultaba difícil que lo hicieran de manera individual, lo que trajo como consecuencia que designaran jueces, para que en su nombre dictaran los fallos. Incluso, en la actualidad, los jueces ingleses dictan sus sentencias en nombre del Rey.⁷⁷

Dada la poca influencia de romanización en Inglaterra, motivó que, ante la ausencia de un derecho escrito, existiera la necesidad de recurrir a la costumbre como fuente fundamental del derecho; pero la costumbre, en ese sistema, no operaba de manera automática. La costumbre se convertía en norma en la medida en que los juzgadores la adoptaban a través de sentencias. Por ejemplo, muchas de las primeras normas de derecho común eran generalmente costumbres que adoptaban los tribunales; y por ese simple acto de adopción se convertían en derecho.⁷⁸

Éste es el origen del sistema de derecho *commonlaw*, la importancia de la sentencia no radica única y exclusivamente en la solución del caso concreto sujeto a la decisión judicial, es el juez el que crea la norma, a través de judicializar la

⁷⁵ Franz, Wieacker, *op. cit.*, nota. 69, p 21

⁷⁶ Cannata, Carlo Augusto, *op. cit.*, nota.36, p.208

⁷⁷ Burgoa Orihuela, Ignacio, *El juicio de amparo*, 32ª ed., México, Porrúa, 1995, p. 63.

⁷⁸ James, Philip S, *Introducción al derecho inglés*, 12º Edición, Colombia, Temis, 1989, p.18

costumbre, pues muchas de las primeras reglas del derecho común eran generalmente costumbres adoptadas por los tribunales, y por este simple acto de adopción, se convertían en derecho; esto es, el *case law*, o derecho del caso, construido a través de las decisiones de los tribunales.⁷⁹

Retomando lo anterior, en Inglaterra a falta de una legislación escrita, se dio la necesidad de acudir a la costumbre como principal fuente del derecho; sin embargo, resultó muy difícil, pues en aquella época no existía una costumbre uniforme en los distintos pueblos que la conformaban.⁸⁰ Incluso, en la actualidad no es lo mismo un irlandés, un escocés, un galés, o el propio inglés. Refieren prácticas distintas. No obstante, su sistema jurídico constituye un antecedente directo de la Jurisprudencia, aunque con una esencia distinta de la que se tiene en países como Francia, España, y México.

Es notoria la capacidad judicial para la creación normativa. Aun en Inglaterra se tuvieron dos tendencias muy marcadas, y esto se ha trasladado a los Estados Unidos de América, en el sentido de que en realidad el juez no es un creador del derecho, el derecho existe por sí, el juez simplemente lo descubre. La otra tendencia indica que no hay un derecho preexistente: el derecho se va creando poco a poco, precisamente por la actividad judicial. Como se ve, lo anterior son las doctrinas del *Iuspositivismo* y del *Iusnaturalismo*, quien sostiene la existencia de principios previos y quien afirma que el derecho positivo es una creación que no presupone la existencia de otras normas o principios.⁸¹

Pero con independencia de lo anterior, en el período de derecho común autóctono, el juez inglés fue desarrollando las normas jurídicas a través del descubrimiento de la costumbre. Quizá esto fue lo más difícil para el juzgador de esa época, pues la propia Inglaterra no estaba constituida por una población

⁷⁹ *Ibidem*, p. 8

⁸⁰ Cannata, Carlo Augusto, *op. cit.*, nota. 36, p.140

⁸¹ Hervada, Javier, *Introducción crítica al derecho natural*, 3ª ed., México, Minos, 1999, p.173

uniforme. La dificultad de comunicaciones y tradiciones determinaba que, aun en lugares cercanos, las costumbres eran distintas. El juez no tenía a la vista una práctica uniforme, unánime o invariable.⁸²

Sin embargo, los ingleses, a diferencia de otros pueblos, son muy prácticos. Países como Francia, España y aun México, primero desarrollan toda una teoría para generar una ley; el inglés no requirió de teorías, simplemente actuó. El juez inglés encuentra una solución práctica al problema. Dado que se enfrenta a distintas costumbres en distintas poblaciones de un reducido ámbito geográfico, toma la costumbre como un pretexto, porque en realidad la está definiendo, el juez está creando el concepto de la costumbre; esto es, lo que le parece prudente, o lo que estima que es un promedio de la cultura popular, lo considera como costumbre y así la establece. El juez construye la costumbre y de esta forma, fue factible unificar el sistema jurídico.⁸³

En cambio, no reaccionaron así los jueces de otros países, por ejemplo, en el norte de Francia, también se dio el problema de definir la costumbre como norma jurídica. Pero el francés, tiene otra forma de ser, pensar y reaccionar. Los jueces en Francia no construían la costumbre, sino que trataban de encontrarla. El resultado fue que en cada pequeña población había una práctica distinta que en otra; por ende, el derecho carecía de una unidad o uniformidad. Esto provocó que la costumbre tuviera que ser redactada o legislada a través de estatutos, los cuales establecían en qué consistía, de manera general, y el juez la aplicaba.⁸⁴

En efecto, lo anterior se entiende porque por más de cinco siglos de ocupación romana (siglo I a. C. a V d. C.) los romanos habían hecho de las Galias una tierra profundamente romanizada. El derecho romano había suplantado allí las

⁸² Cannata, Carlo Augusto, *op. cit.*, nota. 36, p.140

⁸³ De Silva Nava, Carlos, *La jurisprudencia, creación jurisprudencial del derecho*, México, Temis, 2010, p. 412

⁸⁴ Cannata, Carlo Augusto, *op. cit.*, nota. 36, p. 166

costumbres celtas. Ni los visigodos que llegaron a las Galias en 412, fundando en 418 un reino en Aquitania, ni los burgundios, rompieron con las tradiciones jurídicas romanas. Sin embargo, ello no fue uniforme en toda Francia, pues mientras el derecho romano se impuso como derecho común en el sur de Francia, en el norte, ya procedía la redacción de ciertas costumbres; aquí, podemos obtener la distinción entre países de costumbres y de países de derecho escrito.⁸⁵

Con base en lo anterior, podemos establecer la diferencia entre el juez inglés y el francés, pues mientras aquél es un creador efectivo de la norma jurídica, el francés se convierte en un aplicador de una norma jurídica preexistente, pues como ya se vio en el Norte de Francia, se dio la necesidad de legislar o redactar la costumbre, de modo tal que sobre tal redacción el juez francés actuaba.

Los criterios de los jueces franceses fueron precedentes con mayor poder vinculatorio de efectividad normativa general, pero sus decisiones partían, necesariamente, de la preexistencia de otras normas que eran interpretadas y aplicadas.⁸⁶ Lo cual es, precisamente, lo que acontece en nuestro país: la Jurisprudencia es extraordinaria, pero opera a raíz de normas preexistentes. Esto determina el fenómeno de la necesaria decisión existente entre los criterios jurisprudenciales y las normas preexistentes; sin embargo, esto lo trataremos en capítulos posteriores.

Otros autores, como Ignacio Burgoa,⁸⁷ manifiestan que el verdadero impulso del desarrollo del derecho y de la Jurisprudencia en los pueblos anglosajones provino de la conquista normanda en 1066 d.C. Los normandos se

⁸⁵ *Ibidem*, pp.165 y 166

⁸⁶ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *semblanza 13, vida y obra de los ministros de la suprema corte de justicia de la nación, Carlos De Silva Nava*, México, Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1997, p. 274.

⁸⁷ Burgoa, Ignacio, *op. cit.*, nota. 76, p. 63.

asentaron en el noroeste de Francia y su límite era el Canal de la Mancha. Guillermo el Conquistador, rey normando, emprendió la conquista de los pueblos anglos y sajones, los cuales, desde siglos atrás poblaron lo que hasta ahora es Inglaterra. Incluso, el nombre de Guillermo el Conquistador deriva de la victoria sobre esos pueblos, consumada ésta en la Batalla de Hastings.

Ahora bien, otro fenómeno que ocurrió en Inglaterra y que repercute en la gran eficacia de su Jurisprudencia es que a principios del siglo XIII, los monarcas ingleses comenzaron a ser restringidos por un organismo que empezó a tomar cuerpo paulatinamente y que llegó a convertirse en el Parlamento, el cual, con el tiempo fue restringiendo sus facultades. Inglaterra se apuntó, desde un principio, hacia una línea de monarquía constitucional, contrariamente a lo que aconteció en Francia, en donde los reyes cada vez iban acumulando más poder, en el sentido de asumir todas las funciones del Estado; pues baste citar a Luis XIV, quien fue considerado un funcionario omnímodo. Tan es así que el propio Rey Sol estableció su frase sacramental *L'Etat, c'est moi*: el Estado soy yo.⁸⁸

En Inglaterra sucedió lo contrario, pues no obstante que no faltaron monarcas que trataron de emular a sus pares en Francia, en su pretensión de asumir un poder cada vez más grande, el Parlamento impidió siempre esta tendencia. En efecto, cuando Guillermo el Conquistador fue coronado en la Navidad de 1066, Inglaterra fue subdividida para mantener la paz con los señores feudales; el rey Guillermo introdujo el feudalismo, otorgándoles parcelas para que las ordenaran trabajar, a cambio del pago de impuestos.⁸⁹ De este modo, mantuvo la unidad del Reino. Para llegar a esa unidad, Guillermo el Conquistador - ignorante del idioma inglés- llegó a solicitar el consejo de los señores feudales. Este antecedente marcó el gobierno en Inglaterra: un consejo entre Señores, mismo que recibiera el nombre de la *Curia Regis*. Así la *Curia Regis* se transforma

⁸⁸ Grijalbo, *Biografías personajes forjadores de la historia*, Colombia, Edissa Internacional, 2002, pp. 332-333.

⁸⁹ López Monroy, José de Jesús, *El sistema jurídico del common law*, Porrúa, 1999, p. 15.

paulatinamente en el Parlamento, pues al principio tenía que ser oída para las cuestiones fundamentales, para saber quién debe ser el sucesor del reino, o para cobrar impuestos. Esto sería recogido en la Carta Magna de Juan sin Tierra de 1215.⁹⁰

Así, en el mismo siglo XIII los representantes de los estamentos le impusieron al rey Juan Sin Tierra, la firma de un documento fundamental llamado “Carta”, y como era de gran trascendencia se le calificó como “Magna”, la cual fue expedida en 1215. La Carta Magna era un documento plurinormativo que contenía principios sobre diversas materias del derecho, incluso estructurales de la Monarquía inglesa. Por citar un ejemplo, figuraba el artículo 39 que se redactó en latín, el cual establecía que: *“ningún hombre libre podrá ser detenido, ni preso, ni desposeído de sus bienes, ni declarado fuera de la ley, ni desterrado, ni perjudicando en cualquier otra forma, ni procederemos, ni ordenaremos proceder contra él, sino en virtud de un juicio legal por sus pares, o por la ley del país.”*⁹¹

En efecto, de acuerdo a lo anterior, los pares del hombre, eran sus iguales. Socialmente hablando el juicio de los pares era la sentencia que un tribunal debía dictar siempre y cuando estuviera integrado por sujetos de la misma clase social del enjuiciado. Esto conformó el sistema de los fueros personales, que se revela en la competencia judicial por factores inherentes a la propia persona. Así, los eclesiásticos no podían ser demandados en causas civiles o penales, sino por un tribunal formado por eclesiásticos; lo mismo acontecía respecto de los nobles y de los hombres libres que pertenecían al estado llano. Recordemos que en Inglaterra la ley de la tierra era el derecho por costumbre.⁹²

También en Inglaterra existió un documento muy importante llamado *petición de derecho*, de Edward Coke, en el cual se estableció que los monarcas

⁹⁰ James Philip S., *op. cit.*, nota. 78, p. 97.

⁹¹ *Idem.*

⁹² *Ibidem*, pp.14 y 15.

no eran absolutos, pues esta categoría sólo era del pueblo representado por el Parlamento; incluso, Blackstone, al comentar las palabras de Coke, afirma que el poder y jurisdicción del Parlamento es tan trascendente y absoluto, que no puede ser limitado ni por razón de la materia ni de las personas, tiene voluntad incontrolable y soberana de hacer, ampliar, restringir, derogar, cancelar y revivir.⁹³

Lo anterior pone de relieve que las restricciones al monarca dieron pauta a que los juzgadores ingleses desarrollaran su función jurisdiccional con toda plenitud. Así, los juzgadores ingleses, con la práctica dada por la solución de los conflictos sujetos a su potestad, fueron desarrollando un conocimiento pleno de los usos y prácticas de sus pueblos, y a través de ese conocimiento, podían dirimir las controversias, creando normas, que a su vez eran extraídas de los principios derivados del análisis de costumbres, prácticas o usos, para plasmarlas en sus sentencias. Por tanto, el conjunto de normas contenidas en las sentencias de los jueces, es lo que constituye el *commonlaw*, el cual también puede considerarse como un derecho judicial consuetudinario.

La gran importancia y confianza que los pueblos otorgaban a los jueces ingleses fundamentó la importancia del precedente en Inglaterra, puesto que fueron considerados funcionarios muy respetados, denominándoseles como “vuestro honor” o “vuestra señoría”. Así, ser juez en Inglaterra es tener una investidura de gran significación y respetabilidad, incluso mayor a la del propio rey.

Por otra parte, en el pueblo inglés surgió un principio llamado *staredecisis* o la fuerza del precedente: en una sentencia, el juez, interpretando la costumbre, creaba las normas y con ellas resolvía la controversia. Esas normas eran tan respetadas que significaron un precedente a otros jueces de la misma categoría para resolver controversias análogas. El principio de la fuerza del precedente es el sistema de Jurisprudencia en Inglaterra. *El Staredecicis* estableció que todo juez debe respetar y aplicar el contenido de las normas, en una sentencia dictada por

⁹³ *Ibidem*, p. 37.

otro juez, sin importar la época, esto es, aunque la sentencia tuviese 150 años de ser pronunciada.⁹⁴

Como se observa, en Inglaterra se conceptualizó de distinta forma a la Jurisprudencia que en la propia Roma, ya que el juzgador inglés partió de la absoluta inexistencia de normas jurídicas. Esto es, la interpretación que realizaban de la costumbre en los distintos pueblos generó el derecho.

1.2.4 Francia

Como ya se ha mencionado, la Jurisprudencia evolucionó en los pueblos anglosajones porque a falta de una legislación escrita, tuvieron la necesidad de judicializar la costumbre, lo cual resultó difícil debido a la falta de uniformidad de los usos y prácticas entre las distintas regiones.

En el norte de Francia, se suscitó el mismo problema, a falta de una legislación escrita, sobre todo por la ausencia de romanización se dio la necesidad de ocupar a la costumbre como la principal fuente del derecho; sin embargo, a diferencia de Inglaterra, no fue posible unificarla, dadas las distintas prácticas muy marcadas que se dieron en aquél país.

En efecto, debemos tener en consideración que con posterioridad a la caída del Imperio Romano de Occidente, el territorio que actualmente ocupa Francia se encontraba en el Imperio de Carlo Magno. Dicho imperio carolingio abarcó tres importantes regiones que en la actualidad corresponden a Alemania, Italia y Francia.⁹⁵ En él se trató de restablecer el Imperio Romano de Occidente, lo que trajo consigo la recaudación de todo el Derecho Romano. Esto, sin duda, repercutió en la uniformidad de los usos y costumbres, pues como ya se hizo alusión, en el norte de Francia, no rigió la romanización de esos pueblos, lo que tuvo como consecuencia la ausencia del derecho escrito de origen romano; de tal

⁹⁴ Elías Azar, Edgar, *Frases y expresiones latinas*, México, Porrúa, 2000, p. 389.

⁹⁵ Wieacker Franz, *op. cit.*, nota. 69, p. 28.

suerte que ante esa imposibilidad, la principal fuente del derecho fue la costumbre; sin embargo, no se logró unificar, por lo que se dio la necesidad de que ésta fuera redactada o legislada a través de estatutos.

Esto es, a diferencia del juez inglés que iba construyendo el derecho a través de la judicialización de la costumbre, en Francia se partió de la unificación de la costumbre a través de estatutos, y posteriormente estos eran interpretados por la gente autorizada para ello. Esto es, como se tocó con anterioridad, resulta de gran importancia precisar que el francés parte de la interpretación de normas preexistentes, mientras que el inglés actúa aun con la inexistencia de normas.

Asimismo, en Francia se dio otro fenómeno de capital importancia que repercutió en la manera de tratar a la Jurisprudencia; en efecto, como vimos en el apartado que antecede, el monarca inglés, desde un principio, estuvo sometido a la voluntad general pues debía obediencia al derecho común, el cual a su vez, se iba construyendo con las determinaciones de los jueces en la solución de los conflictos; esto es, el pueblo Inglés se dirigió a un sistema político, mediante el cual, los monarcas estaban restringidos por el propio parlamento.⁹⁶ En cambio, no pasó lo mismo con Francia, pues se caracterizó porque los reyes fueron acumulando cada vez más poder, proceso que aconteció a lo largo de los siglos XIV y XV. En el siglo XVII, el poder político de los monarcas se fortaleció hasta eliminar cualquier representatividad, dando lugar a las monarquías absolutas.⁹⁷

La monarquía constituyó un estado moderno sobre la base de una dirección fuerte, contando con los medios para sostenerla. Con esto, el rey consiguió la resignación de la sociedad a cambio de un cierto orden y progreso. El más claro ejemplo del absolutismo en Francia fue durante el siglo XVII, al convertirse en la mayor potencia europea, después de consolidar sus fronteras gracias a innumerables guerras con los países vecinos. De hecho, el rey

⁹⁶ James Philip S., *op. cit.*, nota.78, p.105.

⁹⁷ Wieacker, Franz, *op. cit.*, nota. 69, p. 233.

Luis XIV (1638-1715) fue la más clara imagen del monarca absoluto. Como ya se tocó a él se atribuye la frase: "El Estado soy yo."⁹⁸

Esto contribuyó a que en Francia, el poder de los reyes se consolidara hasta abarcar todas las funciones del Estado, entre ellas la creación e interpretación de las normas y la solución de los casos prácticos; a diferencia de Inglaterra, en la que a sus monarcas les fueron restringiendo sus facultades. Desde luego que el rey o príncipe, al asumir facultades o funciones que no le corresponden, como lo sostiene Fernando Vázquez de Menchaca, da lugar a considerarlo como tirano.⁹⁹

⁹⁸ Luis XIV nació en Saint-Germain-en-Laye (Francia). Sus padres fueron el rey Luis XIII y Ana de Austria. Llegó a ser rey de Francia a la edad de 5 años (1643-1715), cuando murió su padre. Su madre al principio gobernó por él, ayudada por un consejero principal, el cardenal Mazarino. A la muerte de Mazarino, Luis decidió reinar solo. Llegó a conocerse como el Rey Sol, porque escogió el sol como su emblema real. Aunque hizo algunas reformas en Francia hubo aspectos muy oscuros durante su reinado: costosas y fracasadas guerras contra vecinos; en su país fue cruel con los protestantes. En 1661, ordenó la construcción del palacio de Versalles, -éste consta de 1,300 habitaciones y se terminó en 1701- en donde reinó con todo el lujo y esplendor cortesano. Pero esta vida de lujos que llevaban él y su corte, enfureció a quienes estaban luchando por sobrevivir. Después de gobernar por 72 años -su reinado es el más largo de toda la vida europea-, durante los cuales Francia alcanzó un primer puesto en la política, las artes y las letras, murió solo y sin el respeto de su pueblo.

Cfr. Grijalbo, *op. cit.*, nota. 88, pp. 332-333.

⁹⁹ Carpintero Benítez, Francisco, *Del derecho natural medieval, al derecho natural moderno*, Fernando Vázquez de Menchaca, Salamanca, Salamanca, Universidad, 1977, p. 175.

Vázquez de Menchaca, describe al tirano: "a) Es Tirano el que usa el poder que le ha confiado el pueblo en provecho propio: El Rey se diferencia del tirano en que el primero usa de todas las cosas para el bien público, y el segundo abusa del reino para su propio provecho. . . b) Es tirano el que gestiona mal los intereses comunes que le han sido encomendados . . . c) Si el príncipe o magistrado que tiene recibida tal potestad del pueblo quisiera por una ley por el instituida obligar al pueblo contra su voluntad, a alguna cosa en nada necesaria atendida a la ley divina o natural, este tal ha de ser llamado tirano, que ejerce con el pueblo mayor poder del que en realidad tiene. . .d) Es tirano quien procede contra lo establecido en el derecho natural."

En Francia esto generó, en buena parte, que a los jueces se les restringiesen sus facultades, especialmente la de interpretar la ley, pues se sostuvo la idea de que el juez no creaba el derecho, el que lo crea es quien emite la norma general, el juez simplemente la aplica, pero no crea nada, está aplicando lo preexistente, lo ya creado. Esto es lo que se han denominado la interpretación auténtica o legislativa.¹⁰⁰

Así, los únicos capacitados para interpretar la ley eran quienes la habían emitido, ya fuera el Parlamento o el Monarca, según el caso; el juez únicamente podía juzgar los hechos, pero no interpretar las normas. Esto motivó que, dada la cantidad de casos, tanto el Rey, como el Parlamento no tuvieran tiempo para analizarlos, de modo que esa facultad fue delegada a otros órganos que fueron denominados: Tribunales de Casación.¹⁰¹

Asimismo, dadas las restricciones a los jueces para interpretar la ley, llegó a considerarse que el juzgador era únicamente un aplicador mecánico de la ley. En efecto, para sostener la tesis de la aplicación mecánica de la ley se llegó a sostener el criterio de que los jueces no eran los órganos idóneos para interpretarla. El juzgador simplemente la aplicaba, no la interpretaba, porque la única interpretación válida y auténtica era la que daba quien había emitido la norma, pues era el único que sabía para qué la había generado y con qué consecuencias; y no estaba bien que cualquier otro órgano del Estado o cualquier otra persona le dijere al legislador qué es lo que quiso decir en su legislación.¹⁰² En resumen, los hechos son un problema del juez, y el derecho es un problema del legislador.

¹⁰⁰ Cfr. Plascencia, Villanueva, Raúl, “La jurisprudencia”, *Enciclopedia jurídica mexicana*, 15ª ed. México, Porrúa, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, t. XII, p. 501.

¹⁰¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *op. cit.*, nota. 86, p 274.

¹⁰² *Ibidem*, p. 282.

Desde luego que lo anterior es un verdadero retroceso de la naturaleza jurídica de la Jurisprudencia, en la medida en que se restringía a los jueces interpretar la ley; al respecto, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la contradicción de tesis 181/2005-ss, considera que la interpretación jurídica ha sido objeto de una evolución que se inició con la concepción tradicional de que en Europa se llegó al extremo de prohibir a los jueces interpretar las disposiciones legislativas, pues debían aplicarlas de manera mecánica, ya que establecer su significado correspondía en último grado al órgano legislativo que las había expedido, de modo tal que en ese sentido, tuvieron gran peso las ideas expresadas por Carlos Luis de Secondat, Barón de Montesquieu, en su obra clásica *El espíritu de las leyes*, en el sentido de que: “...los jueces de la Nación, como es sabido, no son ni más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma...”¹⁰³ Consecuente con lo anterior, estimaba que de los tres poderes “el juzgar es casi nulo...” lo que equivalía a sostener que no era un verdadero poder.¹⁰³

Incluso, Montesquieu consideraba que los textos jurídicos describían con exactitud todo lo que el legislador quiso prohibir, motivo por el cual no necesitaban interpretarse y la labor de los jueces se debía restringir a pronunciar las palabras de la ley, al aplicarlas al caso concreto.¹⁰⁴

Más aún, derivado de los tantos casos que asumía el monarca francés, como ya se vio, se llegó a la necesidad de crear los tribunales de Casación que originalmente dependían del propio rey. Los tribunales de Casación eran tribunales del rey o del Parlamento, éste es el antecedente directo del Recurso de

¹⁰³ Citado en la contradicción de tesis 181/2005, SS. Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ponente Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos. Sesión: 17 de febrero de 2006. Unanimidad de 4 votos.

¹⁰⁴ Díaz Aranda Enrique, Roxin Claus, Ochoa Contreras Catalina, *Lineamientos prácticos de teoría del delito y proceso penal acusatorio*, trad. Manuel A. Abanto Vásquez, México, Straf, 2014, p. 9.

Casación. En efecto, precisamente en Francia, se estableció un recurso contra el juez ante el legislador, llamado *casación*.¹⁰⁵ La idea es que había que casar la sentencia con la norma general; es decir, ver si son coincidentes; analizar la existencia de una relación lógica entre la sentencia y la norma. De este modo, la casación trata de encontrar si en efecto, la interpretación que le dio el juez era la auténtica. Por razones prácticas, ya no tenía tiempo el rey, (si es que él había expedido la norma general), o el Parlamento como tal, (si provenía de él), eran demasiados los casos. Esta finalidad práctica implicó la creación de tribunales del rey o tribunales del Parlamento según el caso. Y, precisamente, el considerar que el derecho no era creado por el juez, sino por el legislador, (sea el rey o el Parlamento, según la etapa histórica), surge el concepto o la teoría de que el juez es un aplicador mecánico.¹⁰⁶

Asimismo, Carlos de Silva Nava nos dice que para explicar este fenómeno de la aplicación mecánica de la ley, se dijo que una sentencia no era otra cosa que un silogismo, cuya premisa mayor es la ley, la premisa menor la integran los hechos a juzgar, y la conclusión son los puntos resolutive de la sentencia. En lógica, el silogismo es un instrumento para descubrir la verdad o constatar que una afirmación es valedera: no es un instrumento para inventar algo, es para advertir lo que ya existe.¹⁰⁷ La premisa mayor es una verdad conocida, la premisa menor es una verdad desconocida, la premisa menor está incluida en la premisa mayor. Lo único que hace el silogismo es confirmar algo que ya se sabe. No hay una aportación, no hay un descubrimiento. Mediante un silogismo no se puede descubrir la Ley de Gravedad, eso requiere otro procedimiento lógico, un procedimiento científico, de experimentación, de cálculos matemáticos, pero que no son propiamente un silogismo, porque no podemos sacar conclusiones silogísticas de verdades no conocidas. Entonces, si el silogismo nada aporta,

¹⁰⁵ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *op. cit.*, nota. 86, p. 274.

¹⁰⁶ Soberanes Díez, José María, *La jurisprudencia del poder judicial de la federación*, México, Porrúa, 2013, p. 74.

¹⁰⁷ Alatorre Padilla, Roberto, *op. cit.*, nota. 51, p.234.

quiere decir que la premisa menor está contenida en la mayor, y la conclusión también está contenida en la mayor. Si la sentencia es un silogismo, pues la sentencia nada crea, simplemente establece la relación entre las premisas y saca su conclusión. La sentencia, ya elaborada, podrá tener la apariencia de un silogismo, pero esto no quiere decir que el juez haya empleado el sistema del silogismo para dictar su sentencia. El silogismo es una forma de raciocinio, pero no es la única forma de raciocinio. Se puede llegar a conclusiones por sistemas distintos al raciocinio, por ejemplo, mediante el sistema experimental.¹⁰⁸ Por último, para llegar a ciertas conclusiones hay infinidad de métodos, este es uno de los problemas de la ciencia de la interpretación jurídica. Lo que llamamos lógica formal o lógica tradicional es un conjunto de principios que tiende al descubrimiento de la verdad, al descubrimiento de lo que es. La lógica observa la validez de las conclusiones en los razonamientos.¹⁰⁹ En cambio, lógica jurídica es para descubrir lo que debe ser,¹¹⁰ no necesariamente lo que es.

Con base en lo anterior, en lógica tradicional dos juicios o proposiciones contradictorias nos hacen suponer que al menos una es falsa. No podemos sostener la verdad de ambas. Las sentencias no son verdades, son normas jurídicas que dicen lo que debe ser y, no nos preocupa que sean verdaderas o falsas. Luego, la lógica jurídica tiene fines distintos a la lógica formal. Incluso, en la práctica se observa lo siguiente: la conclusión a que llega el juez no lo hace mediante un sistema de raciocinio silogístico. Incluso, desde el sistema mismo que sigue el juez para estudiar la sentencia. El silogismo bien planteado tiene una única y posible conclusión. La aplicación de la ley puede tener muy diversas soluciones. Para efectos jurídicos, las dos sentencias son correctas y válidas. Y como silogismos no podemos aceptar que los dos sean correctos y válidos. Aún

¹⁰⁸ De Silva Nava, Carlos, *op. cit.*, nota. 83, p. 27.

¹⁰⁹ Platas Pacheco, María del Carmen, *Filosofía del derecho, Lógica jurídica*, 3ª ed., México, Porrúa, 2008, p. 91.

¹¹⁰ Kalinowski Georges, *Lógica de las normas y lógica deóntica*, México, Distribuciones Fontamara, 2003, p. 203.

más, si la conclusión está contenida en las premisas, la conclusión es idéntica a las premisas. Pero se nos dice que la sentencia no es idéntica a la ley, ni necesariamente la conclusión está comprendida en la ley. En el silogismo no se afecta la extensión de la premisa mayor. En la sentencia sí.¹¹¹

En la tesitura anterior, no podemos conceptualizar a una sentencia como un mero silogismo, precisamente porque el silogismo nada aporta al mundo jurídico; incluso, dos silogismos que llegan a conclusiones distintas, necesariamente nos hacen suponer que por lo menos uno está mal. Esto no ocurre en la práctica, pues con frecuencia advertimos sentencias que interpretan un mismo tema jurídico y llegan a soluciones distintas, baste percatarse de la contradicción de criterios en que incurren los Tribunales Colegiados de Circuito por citar un ejemplo, de tal manera que no podemos sostener que una sentencia u otra sea verdadera o inválida, las dos son válidas, claro está que si se sujeta al procedimiento de unificación, podrá concluirse el criterio que deberá prevalecer como obligatorio; pero ello no quiere decir que la que se haya superado, sea una sentencia inválida o no verdadera. Estas apreciaciones reafirman la conclusión de que un fallo judicial no puede funcionar como un mero silogismo. El silogismo es un procedimiento lógico para constatar o demostrar una verdad y parte del supuesto de la necesaria relación entre lo universal y lo particular.¹¹²

Todo lo anterior nos permite advertir el camino que desde la Edad Media tomó Francia en el desarrollo de la Jurisprudencia, la cual, desde nuestro punto de vista, restringió en buena medida su verdadera naturaleza jurídica. Aun así, lo que se ha visto no es el final de lo que acontecería en Francia y que repercutiría en el desarrollo de la ciencia jurídica tratada.

¹¹¹ *Ídem.*

¹¹² De Silva Nava, Carlos, *op. cit.*, nota. 83, p. 27.

En efecto, durante la Edad Moderna,¹¹³ el dominio absoluto en Francia lo ejerció el monarca; no obstante, a partir del siglo XIV el parlamento de París funcionaba como Tribunal Superior de Justicia, orgánicamente autónomo de

¹¹³ La edad moderna históricamente se conoce como una de las etapas en la que se divide tradicionalmente la historia, extendiéndose desde la toma de Constantinopla por los turcos en el año 1453 hasta el inicio de la Revolución Francesa en el año 1789. Otros historiadores fijan como fecha de inicio el descubrimiento de América en 1492, en este período destacan la invención de la imprenta, los grandes descubrimientos geográficos como el descubrimiento de América, el Renacimiento, la Reforma Protestante, la Contra reforma Política. Al respecto, Paolo Grossi indica, que en esta época el Estado es un sujeto político molesto, al ser un titiritero que desea ser el único en poder manejar los hilos de lo social. Configurar la “Edad Moderna” como una comunidad de estados en el Estado como protagonista histórico de la “Edad Moderna” comporta dos consecuencias de máxima importancia, apenas mencionadas, que el jurista tiene el deber de subrayar. La primera es que el Estado crea el derecho, o bien, delega en otros entes su producción; tiene, en suma, su monopolio o tiende a tenerlo. Antes que el derecho, existe el Estado; el cual se antepone histórica y lógicamente a cada manifestación jurídica, dado que solamente él tiene la facultad de calificar una regla como jurídica; el derecho es un producto engendrado por entero en el vientre del Estado, que no tolera injerencias en el ámbito territorial, en el cual ejerce su soberanía, encerrándose en una especie de capullo compacto, inatacable e indivisible, fuera del cual, en el exterior, existen solo situaciones irrelevantes e ilícitas. El renacimiento inicia en Florencia a finales del siglo XIV y se consolida en el siglo XV. Dado que los juristas habían perdido la dinámica propia de los post glosadores de la aplicación práctica del derecho, no estudiaban ni profundizaban. El período conocido como Época Moderna significó para Europa importantes cambios en su ordenamiento político, el fenómeno más destacado fue el surgimiento del Estado Moderno: un territorio con fronteras determinadas, un gobierno común y un sentimiento de identificación cultural y nacional de sus habitantes. Italia fue el lugar donde surgió el proceso renacentista: Sin embargo, el Renacimiento se convirtió en un fenómeno europeo que potenció y difundió las grandes conquistas de la cultura clásica, como la forma de pensar, el idioma y el arte del mundo greco-romano. El aspecto intelectual del Renacimiento se conoció con el nombre de Humanismo. Éste contenía el conjunto de ideas que desarrollaron los escritores de esa época. Durante este período, se reafirma el valor del hombre y se lo considera como el protagonista de la historia, exaltándose la idea del individualismo, una de las características de este movimiento, fue el estudio de la antigüedad clásica, especialmente de los idiomas griegos y latín.

Cfr: Grossi, Paolo, *op. cit.*, nota. 72, p. 21.

aqué; la jurisprudencia que emitió se le denominó de “*arrets o fallos*”, la cual estaba constituida por las sentencias del Parlamento de París y los parlamentos provinciales; sin embargo, fue motivo de diversas críticas por parte de la doctrina; pues las sentencias no podían aplicarse ante una autoridad parecida.¹¹⁴

Sobre el particular, una decisión dictada en un caso particular no podía ser trasladada con certeza a otro caso parecido en el que las circunstancias de hecho no fueren las mismas. Por eso, los Parlamentos dejaron de motivar sus sentencias y como punto caótico, aun en el siglo XVIII, el secreto de las audiencias se oponía a la publicación de las sentencias, sin la autorización del Parlamento, lo que generó incertidumbre y arbitrariedad al momento de resolver los casos concretos; de ahí que, tanto los legisladores del nuevo Código Civil, como la opinión pública, despreciarían la Jurisprudencia.¹¹⁵ Según la obra: *La jurisprudencia en México*, editada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, lo anterior motivó una incertidumbre generada por la Jurisprudencia de *arrêts*, lo que provocó preocupación por asegurar un estado de derecho con delitos y penas bien definidos, situación que obligó a tomar dos acciones fundamentales: por una parte, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789 y, por otra, el cierre indefinido de los Parlamentos el 3 de noviembre del propio año, hechos que constituyeron el fin de la antigua Jurisprudencia. Con el propósito de generar seguridad jurídica, el artículo 12 del Título II de la Ley de 16-26 de agosto de 1790 estableció que el juez no estaba autorizado a dictar disposiciones *-arrêts de réglament* o sentencias de reglamento- ni para interpretarlas. En caso de considerar necesaria una interpretación, debía dirigirse al Poder Legislativo mediante la interposición del recurso legislativo o *référé législatif*.¹¹⁶

¹¹⁴ Lamsdorff, Wladimir, *op. cit.*, nota. 39, p. 65.

¹¹⁵ Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación, *La jurisprudencia en México*, 2ª ed., México, Ediciones Corunda, 2005, p. 111.

¹¹⁶ *Íbidem*, p.110.

Como se observa en las consideraciones antes planteadas, la Jurisprudencia en Francia no evolucionó a causa de las mencionadas restricciones que se le hicieron a los juzgadores, y por la desconfianza que se tenía de ellos. Esto también propició la obligación para los jueces de fundar todas sus sentencias en la ley, con la intención de que todos los tribunales aplicaran las nuevas leyes de manera uniforme.

Como dato relevante, cabe mencionar que al Tribunal de Casación, Napoleón lo denominó Corte de Casación en 1804, hecho que marcó el ascenso definitivo para lograr su independencia y autonomía. Ese mismo año, Napoleón designó una Comisión para redactar el Código Civil Francés. En dicha Comisión participaron Tronchet (presidente del entonces Tribunal de Casación) y Portalis, quien en su discurso preliminar al Código Civil Francés hace ver al resto de los congresistas que "preverlo todo es una meta imposible de alcanzar", que "un código por muy completo que pueda parecer, apenas está acabado cuando miles de cuestiones inesperadas se le ofrecen al magistrado"; además, se encargó de resaltar la labor de los Jueces al mencionar que "las leyes positivas no sabían nunca sustituir completamente el uso de la razón natural en los negocios de la vida", y promovió que una multitud de situaciones debían dejarse bajo el imperio del uso, a la discusión de los hombres instruidos, al arbitraje de los jueces. Las palabras expresadas por Portalis ante tan importante foro, como lo fue la Comisión redactora del Código Civil de 1804, significan el reconocimiento de la insuficiencia de la ley para regular la vida jurídica de una nación; esto, a su vez, permite que la Jurisprudencia se coloque como un instrumento que, junto a la ley y con base en ella, pueda dictar derecho.¹¹⁷

Asimismo, la Jurisprudencia se vio aún más afectada de 1815 a 1830, como consecuencia de la Escuela de la Exégesis, que consideraba que el código interpretado literalmente daría la respuesta a cualquier problema.¹¹⁸ A pesar de los

¹¹⁷ Wieacker Franz, *op. cit.*, nota. 69, p. 449.

¹¹⁸ Hervada, Javier, *op. cit.*, nota. 58, p. 314.

quince años de regresión, la noción de Jurisprudencia retomó su evolución a partir de la ley de 1 de abril de 1837, cuyo artículo 2 estableció que, tras una segunda casación fundada en los mismos motivos de la primera, los tribunales subordinados estarían obligados a respetar la decisión del tribunal, lo que trajo como consecuencia que la Corte de Casación se constituyera en el órgano que marcaba a los tribunales inferiores el sentido preciso de las leyes y la manera de aplicarlas. De acuerdo con lo expuesto, puede observarse que la Revolución Francesa, -paradójicamente- pretendió eliminar a la Jurisprudencia, al negar toda libertad al juez para efectuar una creación judicial del derecho.

Como se ha visto, desde nuestro particular punto de vista, la Jurisprudencia en Francia tuvo un gran retroceso, primeramente porque, dada la concepción absolutista de los monarcas franceses, se restringió a los juzgadores cualquier interpretación que pudiesen hacer de la ley, lo que motivó el nacimiento de las teorías retrógradas acerca de la aplicación mecánica de la ley, pero no obstante lo anterior, la codificación napoleónica, conjuntamente con la Escuela de la Exégesis, al pretender que en un solo cuerpo normativo se encontrara la solución a un conflicto, limitó aún más la enorme función de la Jurisprudencia, ya que con esto se restringió la solución de los conflictos en ella.

Lo anterior también se corrobora con las consideraciones contenidas en la contradicción de tesis 181/2005, de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación,¹¹⁹ al enfatizarse que, con la obra codificadora de los comienzos del siglo XIX, se pensó que el juzgador estaba obligado a aplicar la ley en sus términos, de manera que sólo en los casos excepcionales en que existiera duda sobre su alcance, se le otorgaba, con renuencia, la facultad de interpretarla. Sin embargo, -afirma- la realidad se ha encargado de desvanecer esa ilusión, comenzándose a dejar atrás la figura del juzgador como un aplicador automático de las disposiciones legislativas, a la manera de una verdadera máquina silogística.

¹¹⁹ Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *op. cit.*, nota. 103.

Lo lamentable es que, en buena medida, estas teorías francesas de la Jurisprudencia pasaron a nuestro país: Jurisprudencia que parte de la interpretación de normas preexistentes, a diferencia de la inglesa en donde ante la absoluta falta de una norma general, el juzgador iba construyendo el derecho. Hasta nuestros días, en nuestro país la Jurisprudencia parte de la interpretación de normas preexistentes.

Resulta ser en extremo explícito considerar que la codificación napoleónica y la Escuela de la Exégesis Francesa restringieron la evolución de la Jurisprudencia en la medida en que ambas teorías, como se ha dicho, proponían que se encontrara la respuesta en un único cuerpo normativo, lo cual en buena medida también pasó a nuestro país y, desde nuestro punto de vista, es un gran retroceso para la función jurisprudencial en la medida en que restringe la función creativa del derecho. Por tanto, consideramos que tales épocas y de acuerdo a las teorías que acabamos de esbozar, constituyen un gran retroceso para la verdadera función jurisprudencial en torno a la creación del derecho.

No obstante, ya no en Francia, sino en otros países, surgirán nuevas teorías en las que, desde nuestro punto de vista, la creación del derecho a través de la Jurisprudencia fue evolucionando y desarrollándose. Al respecto, podemos citar a Kelsen, cuyas ideas, -plasmadas en su obra *Teoría General del Derecho y del Estado*- influyeron en la Constitución Austríaca de 1920, que atribuyó a un órgano denominado tribunal constitucional una diversidad de tareas con el rasgo común de aparecer todas encaminadas a garantizar el respeto a las normas constitucionales y a resolver ciertos conflictos políticos mediante procedimientos distintos de los tradicionales.¹²⁰

A reserva de analizar este tema en capítulos posteriores, al igual que el de la creación del derecho, baste adelantar y dejar sentado que en Kelsen

¹²⁰ Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del estado*, 2ª ed, 5ª, Reimpresión, trad. Eduardo García Máynez, México, UNAM, 1995, p.133.

encontramos que la creación jurídica de la Jurisprudencia consiste en un acto, mediante el cual un órgano competente aplica una norma general, pero, al mismo tiempo, genera una norma individual que impone obligaciones a una de las partes o a las dos en conflicto. La teoría kelseniana es considerada fundamentalmente en la noción moderna del concepto de Jurisprudencia, en el sentido de que la creación judicial es un acto de producción normativa, pero no de normas generales y abstractas (leyes), sino de normas individuales, y que se encuentra legitimado por el poder que una norma superior -la Constitución- le ha dado al establecer, tanto el órgano, como el procedimiento que debe seguirse para su conformación, así como el carácter obligatorio, pues el proceso de creación del derecho se completa mediante la ejecución de la sanción individual. Aunado a lo anterior, acepta que la creación judicial forma parte de todo el proceso creador de derecho de un sistema jurídico, lo cual queda expresado en la norma fundamental de cada Estado, la noción de Jurisprudencia se ve limitada por el carácter que cada Constitución le otorga.¹²¹ Empero, como se verá en capítulos posteriores, no todo lo que sostiene Kelsen se acepta para la presente investigación, sobre todo, la manera de conceptualizar al Derecho, particularmente a partir de una visión puramente normativista, y no de inclusión de principios.¹²²

De esta forma, en países como Francia, España e Italia, (de tradición jurídica: Romano-Germánica), las constituciones reconocen como obligatoria la Jurisprudencia establecida por un tribunal constitucional, tribunal supremo o Suprema Corte de Justicia; pero han circunscrito su labor a la interpretación final de las normas que conforman el sistema, que incluye también la Constitución, con el objeto de impedir que el Poder Judicial invada la esfera de competencia del Poder Legislativo y, con ello, continuar bajo el respeto de la división de poderes o división de funciones.

¹²¹De Silva Nava, Carlos, *op. cit.*, nota. 83, p. 23.

¹²² Vigo, Rodolfo Luis, *De la ley al derecho*, México, Porrúa, 2003, p. 35.

Capítulo 2.

La Jurisprudencia en el Sistema Jurídico Mexicano, naturaleza jurídica y evolución

SUMARIO: 2.1 Consideraciones previas. 2.2 Nacimiento del juicio de amparo y su desarrollo a través de la Jurisprudencia. 2.3 Influencia del derecho común (*commonlaw*) y del derecho francés en la jurisprudencia y en el juicio de amparo. 2.4 Naturaleza jurídica de la jurisprudencia en el siglo XIX. 2.5 Breve referencia a la integración constitucional y legal de la jurisprudencia en México. 2.5.1 Consideraciones previas. 2.5.2 Bases orgánicas de 1843. 2.5.3 La Carta Magna de 1857. 2.5.4 Primera Ley de amparo de 1861. 2.5.5 Segunda Ley de Amparo de 1869. 2.5.6 Tercera Ley de Amparo 1882. 2.5.7 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos del 5 de febrero de 1917. 2.5.8 Ley de Amparo de 1936. 2.5.9 Ley de Amparo vigente del 2 de abril de 2013.

2.1 Consideraciones previas

La Jurisprudencia en México surge muy vinculada al nacimiento del Juicio de Amparo. Debemos tener en consideración que el Juicio de Amparo se desarrolla en épocas muy difíciles de la historia de México. Incluso, si bien, se habla de sus creadores Manuel Crescencio Rejón y Mariano Otero, lo cierto es que estos insignes personajes lo crearon, mas no lo desarrollaron, el amparo fue desarrollándose paulatinamente, a través de la jurisprudencia mexicana, pues baste citar la gran aportación de Ignacio L. Vallarta;¹²³ por ello, emprendemos este estudio de manera paralela, pues conoceremos en el siglo XIX cómo se desarrollaron estas instituciones jurídicas y su influencia de otros sistemas jurídicos, a través de la propia jurisprudencia.

2.2 Nacimiento del juicio de amparo y su desarrollo a través de la Jurisprudencia

La época en la que nace el Juicio de Amparo fue muy difícil para el Estado Mexicano, especialmente por la guerra que se dio con los Estados Unidos de América, las luchas internas entre liberales y conservadores, el cambio de

¹²³ Ignacio L. Vallarta, *op. cit.* nota. 35, p.18.

centralismo a federalismo; y, finalmente, la intervención francesa de 1862 a 1867.¹²⁴ No obstante, la Jurisprudencia fue progresando porque con el nacimiento del Juicio de Amparo surgió la necesidad de interpretarlo, en la medida en que no se creó en toda su amplitud, no se conocía su teleología, ésta fue desarrollándose paulatinamente, principalmente por el contenido de las sentencias que emitían los órganos federales, las cuales eran muy buscadas, tanto por académicos, litigantes y los propios juzgadores. Sentencias que más tarde constituyeron las tesis y tesis de jurisprudencia con las características que ahora conocemos, pues para su búsqueda se hacían fichas con el rubro y con los datos de la publicación de la tesis (tomo del semanario y página); de modo tal que los jueces y abogados podían ante un caso del mismo tema, buscar en su fichero los precedentes correspondientes.¹²⁵

Las distintas leyes de amparo no son más que el reflejo de la interpretación que los juzgadores hacían en sus sentencias acerca de la teleología del Juicio de Amparo. Incluso, hasta la fecha, diversas instituciones jurídicas procesales contenidas en la Ley de Amparo vigente, publicada el dos de abril de dos mil trece, encuentran su origen en la Jurisprudencia sustentada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y los Tribunales Colegiados de Circuito.¹²⁶

¹²⁴ Tena Ramírez Felipe, *Leyes Fundamentales de México 1808-2002*, 23ª, ed., México, Porrúa, 2002, p. 249.

¹²⁵ Soberanes Diez, José María, *op. cit.* nota. 106, p.11.

¹²⁶ Como ejemplo podemos citar la definición de los actos de imposible reparación, contenida en la fracción V del artículo 107, de la Ley de Amparo vigente, la cual se tomó de la Jurisprudencia del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito; o la definición de la última resolución que se contiene en la fracción IV del mismo artículo, que surgió en la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Cfr. Tesis 1.4º C.2, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Octava Época, t. I, Segunda Parte-2, Enero-Junio de 1988, p. 827.

Tesis: P. /J. 32/2001, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XIII, Abril de 2001, p. 31.

Las primeras leyes de amparo no le dieron respuesta a todos los múltiples casos que se generaban en los tribunales, ello fue el resultado, primeramente de la interpretación que los juzgadores hacían en las mismas, y posteriormente de la Jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sobre todo la de Ignacio L. Vallarta, pues baste ver el desempeño que tuvo como Presidente del Alto Tribunal a partir de 1877.¹²⁷

Para corroborar lo anterior, se encuentra el célebre Amparo Morelos,¹²⁸ mediante el cual, en síntesis, se promovió juicio de amparo en contra de una ley de hacienda del 13 de octubre de 1873, que no era otra cosa que el presupuesto fiscal para 1874, en donde los quejosos –hacendados de Morelos- fueron patrocinados por Isidro Montiel y Duarte. Éste, en la parte toral de la demanda, expuso como conceptos de violación que la ley era inconstitucional porque vulneraba el artículo 16 constitucional, en tanto que el gobernador respectivo, como la legislatura del Estado, al no ser elegidos democráticamente, sino que su designación había sido producto de un fraude electoral, eran autoridades de origen incompetentes, por ilegítimas. Así, el juez de Distrito Ignacio Merlo dictó sentencia el 14 de marzo de 1874, confirmando la violación al artículo 16 constitucional y amparó a los hacendados quejosos. Inconforme con el anterior fallo, la legislatura del Estado impugnó la sentencia del juez, ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, lo que dio como resultado que el entonces Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación José María Iglesias postulara la tesis de la incompetencia de origen, determinando que el Máximo Tribunal del País sí podía intervenir en cuestiones que pusieran en duda la legitimidad de los poderes locales, pues la soberanía tiene como límite el respetar las garantías individuales. Esto es, asumir que de la legitimidad proviene la competencia de un órgano del Estado. Esto produjo la tesis de la incompetencia de origen motivando la controversia entre Iglesias y Vallarta.

¹²⁷ Ignacio L. Vallarta, *op. cit.* nota: 35, p. 32.

¹²⁸ Velazco, Emilio, *el Amparo Morelos*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2005, p.

En efecto, pues con posterioridad a la presidencia de Iglesias, se designa como presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a Ignacio L. Vallarta quien, al analizar el caso en comento, estableció que no existe vínculo alguno entre la competencia de un órgano del Estado y la legitimidad de una persona que en un momento dado encarna o personifique al órgano. Decía que la competencia se vincula con el órgano del Estado y se forma la competencia con el conjunto de facultades que la ley o la constitución otorgan a ese órgano; en tanto que la legitimidad se refiere a la persona del funcionario que en un momento dado encarna o personifica al órgano. Así, Vallarta ponía el siguiente ejemplo: un juez civil que no haya cumplido con los requisitos para ser designado como tal, es un juez ilegítimo; pero ese juez es absolutamente competente para conocer del juicio respectivo. Decía Vallarta, la legitimación es *intuitio personæ*; mientras la competencia es *intuitio órgano*. Y a partir de esta tesis quedó aniquilada la de Iglesias.¹²⁹

Como colofón, esta tesis es precisamente el antecedente más remoto de la improcedencia del juicio de amparo en materia electoral o política, porque decía Vallarta que el amparo se instituyó para velar por las garantías individuales, no para los derechos políticos electorales; éstos deberán tener una defensa distinta, lo que propició que se instituyese en las distintas leyes de amparo, la improcedencia del Juicio de Amparo en materia política.¹³⁰

Con base en lo anterior, claramente podemos advertir el desarrollo paralelo que tuvieron, tanto la jurisprudencia, como el juicio de amparo en nuestro país, pues en la medida en que se le presentaban los conflictos sujetos a la

¹²⁹ Ignacio L. Vallarta, *op. cit.* nota: 35, p.80.

¹³⁰ Imaginemos lo que hubiese sucedido con el criterio de Iglesias, si Juan Pérez promoviese amparo contra un decreto expropiatorio expedido por el Presidente de la República, cuestionando su legitimidad, tomando en cuenta que en aquellas épocas se llegaba al poder o a la presidencia por golpes de Estado; pues ese ejemplo se puede ver con Porfirio Díaz quién llega a la presidencia de la República con motivo de la revolución de Tuxtepec, hubiese sido peligroso, de ahí la importancia de la Jurisprudencia.

potestad del juez, éste, a través de la interpretación que se hacía, tanto de la normatividad existente, o del caso a resolver, iba descubriendo y construyendo el derecho. Las enormes lagunas que contenían las primeras leyes de amparo, motivaron la construcción de la procedencia y teleología del juicio constitucional.

Pero de acuerdo a lo anteriormente expuesto, resulta en extremo explícito hacer una acotación, en el sentido de que si bien la Jurisprudencia en México partió de la interpretación que se hizo de normas preexistentes, también es cierto que se realizó a falta de éstas, pues debe tenerse en consideración que en la mayoría de las veces, las citadas legislaciones no daban luz a las características que en la actualidad distinguen al juicio de amparo. Claro está que si bien, la Ley de Amparo es un código de procedimientos, (lo cual quiere decir que, en buena medida, contiene figuras procesales afines a otros procedimientos), lo cierto es que funciona en varios aspectos de forma distinta: *Prima facie*, la unificación de criterios, la especialización de tribunales en el ámbito federal, la distinción de la procedencia del amparo contra actos dictados en el juicio en su naturaleza adjetiva o sustantiva, etcétera.

No obstante lo anterior, aun cuando en México la jurisprudencia, en buena medida, empezó a desarrollarse partiendo de la inexistencia de una normatividad (pues no existían las distintas leyes de amparo), desafortunadamente se generó el mismo fenómeno que en Francia: La Jurisprudencia fue desarrollándose con la finalidad exclusiva de interpretación de normas preexistentes, como es el caso de las primigenias legislaciones en esa materia.¹³¹ Esto trajo como resultado que se le otorgara a la legislación una importancia mayor que respecto a la propia Jurisprudencia y, por ende, que a ésta se le considerara en un plano inferior. Lo que significó que la Jurisprudencia, desde aquella época, nunca se ganó su autonomía e independencia, pues por el contrario dependía de normas preexistentes.

¹³¹ De Silva Nava, Carlos, *op. cit.*, nota.83, p. XVII y XVIII.

De ahí que, desde nuestro punto de vista, en la actualidad no se le dé la importancia que realmente merece, pues la propia Jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, correspondiente a la Novena Época del Semanario Judicial de la Federación,¹³² se ha definido como la mera interpretación de la ley, y no como una norma jurídica *per se*. Esto, sin duda, ha demeritado su importancia y estudio, pues si se sostiene que no es norma, luego, no hay mucho que estudiar. Empero, ello será materia de capítulos posteriores. Baste dejar sentado cómo nació y se desarrolló desde aquella época.

2.3 Influencia del Derecho Común (*commonlaw*) y francés en la jurisprudencia y el juicio de amparo

Como ya quedó de manifiesto, la jurisprudencia nace conjuntamente con el juicio de amparo, pues a través de aquella, éste se fue desarrollando de forma paulatina; por lo que resulta de suma importancia analizar cuáles fueron los factores o elementos que tanto juzgadores, como legisladores, emplearon para desarrollar su naturaleza jurídica.

Al respecto, si bien el juicio de amparo tiene su origen en México, se encuentra influenciado por diversas familias jurídicas, entre otras, la francesa y la anglosajona.¹³³

En efecto, el juicio de amparo tiene una gran influencia de origen francés, sobre todo de 1862 a 1867, período en que aconteció la intervención francesa en nuestro país, pues en esa época se vivía en la propia Francia el auge categórico de la codificación napoleónica; además, de la Escuela de la Exégesis. Codificación que se expandió por todo el mundo, particularmente por lo que hace a América Latina, los países con mayor influencia fueron Brasil, Perú y México.¹³⁴

¹³²Tesis: P. /J. 145/2000, *op. cit.*, nota. 1.

¹³³Wieacker, Franz, *op. cit.* nota. 69, p. 450.

¹³⁴*Idem.*

Sobre el particular, si volteamos la mirada al viejo continente de aquella época, podemos advertir que en gran medida ya se habían consolidado los principios de la Revolución Francesa, pues baste citar el carácter individualista de la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano que permeó incesante en los constituyentes mexicanos, a tal grado de denominar al capítulo correspondiente a los derechos del hombre, el de garantías individuales.¹³⁵

Empero, más que en la propia Francia, esa doctrina fue operante en los Estados Unidos de América, ya que en buena parte sirvió de base para las políticas de la nueva nación y que paulatinamente se desarrollaban también en nuestro país. Para demostrar lo anterior, baste analizar la obra de Alexis de Tocqueville: *La Democracia en América*,¹³⁶ para constatar lo que Estados Unidos de América heredó de esas teorías llegadas de Francia.

Ahora, el juicio de amparo en México, como ya se adelantó, no sólo lo tiene influencia francesa, sino norteamericana, dado que la estructura constitucional de los Estados Unidos de América fueron incluidos en el constitucionalismo mexicano, como demostramos a continuación:

En efecto, en cuanto al constitucionalismo vale la pena analizar cuándo y cómo se contempló la posibilidad de sustituir la Constitución de 1836. Nos referimos al voto particular de don José F. Ramírez emitido en junio de 1840, el cual inclinó esencialmente hacia una auténtica división de poderes.¹³⁷ Dentro del proyecto de este ilustre personaje se pretendía que la Suprema Corte, para desempeñar mejor su cometido, estuviese dotada de absoluta autonomía e independencia frente al Ejecutivo y al Legislativo, habiéndose declarado enemigo

¹³⁵ Tena Ramírez, Felipe, *op. cit.* nota. 124, p. 447.

¹³⁶ Tocqueville, Alexis De, *La democracia en América*, biblioteca de política, economía y sociología t.IV, Barcelona, Orbis, 1985, pp. 7 a 16.

¹³⁷ Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación, *La jurisprudencia en México*, 2ª ed. México, Corunda, 2005, p.44

e impugnador de la existencia del Supremo Poder Conservador. Es con José Fernando Ramírez en quien podemos advertir la influencia del sistema de control constitucional imperante en la constitución americana, al apuntar en su 'voto' la conveniencia de que en México existiera un medio de mantener el régimen constitucional. Proponía, por ende, que fuese la Suprema Corte la que conociera de la constitucionalidad de las leyes o actos de las autoridades.¹³⁸

Otro antecedente es el que corresponde a la inserción del amparo en el proyecto de la Constitución de Yucatán del 23 de diciembre de 1840,¹³⁹ por los diputados Manuel Crescencio Rejón, Pedro C. Pérez y Darío Escalante, como a continuación se expone:

De entrada, conviene recordar que con la instrumentación del régimen centralista, Yucatán, al menos inicialmente, pasó a convertirse de Estado en departamento, y sus gobernantes fueron designados por el Presidente de la República. Así, Yucatán se encontró separado del sistema centralista prevaleciente, situación que justificó elaborar una Constitución, como si se tratase de un Estado adherido a una Federación que en realidad no existía para ese momento.¹⁴⁰ Entre las causas que dieron origen a este fenómeno, sobresale la estructura del sistema federal.¹⁴¹ Finalmente, con el triunfo de las fuerzas rebeldes Yucatecas en agosto de 1840 se instaló un Congreso Constituyente en dicha entidad y se integró una Comisión encargada de elaborar la Constitución. Dicha comisión estuvo compuesta por tres legisladores locales: Manuel Crescencio

¹³⁸Tena Ramírez Felipe, *op. cit.*, nota. 124, pp. 296 y 297

¹³⁹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Historia del amparo en México*, Tomo II, México, Coordinación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1999, pp. 197 a 221.

¹⁴⁰ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Historia del amparo en México*, Tomo I, México, Coordinación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 199, p. 100.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 101.

Rejón, Pedro C. Pérez y Darío Escalante,¹⁴² aunque la historia ha atribuido la paternidad del documento al primero. El proyecto fue aprobado con ligeros cambios por el Congreso del Estado de Yucatán el 31 de marzo de 1841. Establecía dos formas para declarar la inconstitucionalidad de las leyes: la primera, por medio del “*amparo*”, palabra utilizada por primera vez en la historia judicial, en el sentido de un juicio especial para proteger los derechos del hombre; la segunda, que se ha llamado *control difuso*, consistente en la facultad de todo juez para declarar nula o ineficaz una ley contraria a la norma suprema constitucional.¹⁴³

No obstante la gran genialidad de Manuel Crescencio Rejón, la historiografía nos demuestra la gran influencia que éste tenía de Alexis de Tocqueville, sobre todo de su obra: *La Democracia en América*,¹⁴⁴ lo que lógico resulta pensar la inspiración que tuvo Rejón en el Sistema Judicial Norteamericano. De manera particular, Tocqueville señaló las características distintivas del Poder Judicial en América y las sistematizó en tres, a saber: 1.- El Poder Judicial de los Estados Unidos es un poder que arbitra los intereses de las partes contendientes, es decir, que no entra al examen de las leyes en forma hipotética, sino sólo en ocasión de que surja una controversia concreta; 2.- El Poder Judicial se pronuncia sólo en casos específicos y no dicta principios generales. Su argumentación versa exclusivamente sobre el debate planteado por el caso sometido a su consideración; 3.- El Poder Judicial sólo actúa cuando se hace del conocimiento un caso, no puede actuar en consecuencia, oficiosamente, y sólo escruta el contenido de una ley hasta que una controversia se le hubiese sometido por las partes.¹⁴⁵

¹⁴² Suprema Corte de Justicia de la Nación, *op. cit.* nota. 139, p. 221.

¹⁴³ *Ibidem*, pp.223 -237.

¹⁴⁴ Tocqueville, Alexis De, *op.cit.*, nota. 136, pp. 66 -72.

¹⁴⁵ *Ibidem*.

Como se advierte del párrafo que antecede, las características señaladas por Tocqueville, constituyen antecedentes directos de los presupuestos procesales de la acción de amparo, pues respectivamente, para su procedencia, se requiere la existencia de un acto concreto de afectación que lesione los derechos del gobernado; esto es, se requiere de una trasgresión material y bajo los intereses de las partes; no se resuelve una situación fáctica o de *iure* de forma hipotética, sino clara, precisa y concreta, lo que ahora se entiende con el principio de agravio personal y directo. Asimismo, se advierte el principio de relatividad de las sentencias de amparo, pues al ser la acción de amparo un juicio, evidentemente deberá existir una acción, una pretensión, la formación de una *litis* y una sentencia relativa a esos presupuestos, sin que se dé lugar a que ese fallo resuelva un aspecto distinto a ellos. Finalmente, se advierte el ejercicio necesario de la acción. Un juicio nunca empezará de oficio, se requiere la instancia de parte agraviada.¹⁴⁶

Otro antecedente que influyó en la naturaleza jurídica del juicio de amparo, radica en la supremacía constitucional del sistema jurídico, lo que por primera vez se razonó en la sentencia más famosa de los Estados Unidos de América, nos referimos al caso *Marbury vs. Madison*,¹⁴⁷ y que nos permitimos relatar a continuación:

El presidente de los Estados Unidos de América John Adams, en el transcurso de la transición del gobierno al futuro presidente electo Jefferson, realizó dos nombramientos, si bien con la aprobación del Senado, fue a última hora; por un lado, designó a John Marshall como *Chief Justice* del máximo órgano jurisdiccional de los Estados Unidos, y por el otro, a Marbury para el cargo de juez Federal del Distrito de Columbia. No obstante, ya en el gobierno de Jefferson, si

¹⁴⁶ Góngora, Pimentel, Genaro, *Introducción al estudio del juicio de amparo*, 8ª, México, Porrúa, 2001, p.581.

¹⁴⁷ Eto Cruz Gerardo, "*John Marshall y la sentencia Marbury vs. Madison*", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 3ª, México, Porrúa, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2002, t. I, p. 21.

bien Marbury había sido nombrado por John Adams, no se le entregó su credencial que lo acreditaba con el citado cargo por parte de Madison secretario de Estado del nuevo gobierno. Ante tales circunstancias, Marbury entabla una acción ante el Tribunal Supremo, a través de una especie de mandamiento *writ of mandamus*,¹⁴⁸ a fin de que se le notificara a Madison para que cumpliera con entregar el decreto de su nombramiento, invocando una ley la *Judiciary Act* de 1789 que permitía, en casos semejantes, expedir tales nombramientos. La sentencia del Máximo Tribunal de los Estados Unidos de América, presidida por Marshall, reconoce el nombramiento de Marbury y el derecho que le asiste para que se le notifique dicha credencial; igualmente, reconoce que tal notificación no es un poder discrecional del Presidente y del Secretario de Estado.¹⁴⁹

No obstante, en la sentencia aludida también se razona que según la Constitución de los Estados Unidos el Tribunal Supremo es sólo una instancia de apelación, de modo tal que la *Judiciary Act* de 1789, al estudiar la posibilidad de acudir directamente al Tribunal Supremo para que librase órdenes a la administración, resultaba inconstitucional y el propio Tribunal Supremo debía declararla inaplicable por esta razón.¹⁵⁰

Con base en lo anterior, ese fallo sin precedentes conmocionó al sistema jurídico a través de la declaración de inconstitucionalidad en este caso, no sobre alguna ley específica, sino sobre la *Judiciary Act* de 1789. La sentencia, en sus razones de decisión entiende que la competencia contenida en la citada ley, contradecía la Constitución, de modo tal que el Tribunal Supremo rehusó pronunciarse.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p.23.

¹⁴⁹ Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional, tomo II*, México, Impresión comunicación gráfica, 2014, pp. 898 y 899.

¹⁵⁰ *Ibidem*, pp. 22 y 23.

De lo anterior, claramente se reconoce la supremacía constitucional; y sobre todo, la elaboración de la doctrina constitucional, a través de sentencias dictadas por órganos jurisdiccionales de carácter constitucional. En Marshall,¹⁵¹ se encuentra la idea del *judicial review*; esto es que el Tribunal Supremo es el que debe elaborar la doctrina constitucional. El fallo Marbury viene a ser, a todas luces, una pieza de razonamiento de que cuando exista un conflicto entre una ley ordinaria, fruto de un poder constituido, y una Constitución, fruto de un poder constituyente, el juzgador debe preferir a la Constitución y desaplicar a la ley que acusa una manifiesta incompatibilidad con el comando mayor de la norma, siempre en curso de un poder concreto (*case or controversy*).¹⁵²

Como se advierte, las revoluciones: francesa y americana, con sus grandes declaraciones de derechos, pueden considerarse como el hito histórico a partir del cual se inicia el largo período del derecho constitucional en la afirmación de la dignidad humana y los valores de libertad e igualdad; doctrinas que fueron desarrollándose en las sentencias de los tribunales del país en aquellas épocas.¹⁵³

2.4 Naturaleza jurídica de la jurisprudencia en el siglo XIX

La incorporación a nuestro país del principio *judicial review*; esto es, la elaboración de la doctrina constitucional a través de sentencias dictadas por órganos jurisdiccionales de carácter constitucional, fue la base para que se implementara otro principio vinculado a éste; a saber, el *stare decisis et quia non movere*, el cual significa estarse a lo decidido, y no perturbar lo ya establecido;¹⁵⁴ es decir, las

¹⁵¹ Marshall fue juzgado por diversos especialistas en derecho constitucional, como el máximo juez que ha tenido la nación norteamericana, por su liderazgo judicial, no como presidente del Tribunal que era, sino, por como llevaba a los colegas a sentenciar los grandes casos que se le presentaban, siendo posible que el tacto y tino político, como el don de persuasión y el dominio de las circunstancias que lo caracterizaban, lograba tales fallos.

¹⁵² Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, *op. cit.* nota. 149, p. 900.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 898

¹⁵⁴ Soberanes Díez, José María, *op. cit.*, nota: 106, p.7.

sentencias producidas por ese aparato judicial, resultarían obligatorias para los demás tribunales que juzguen un caso similar. Desde luego que lo anterior constituye un antecedente directo del sistema de tesis y tesis de jurisprudencia que rige en nuestro país, aunque con diferencias sustanciales, como se verá a continuación.

De entrada, para la aplicación del principio *stare decisis* en el sistema jurídico mexicano, se generó un problema respecto de la difusión de las sentencias dictadas por los órganos jurisdiccionales, pues éstas se pronunciaban de manera casuística y no sentaban precedente formal alguno; como ejemplo se puede citar la carencia de la ley reglamentaria de amparo en el período de 1847 a 1861, el cual, aunque ya se había establecido a nivel constitucional, la omisión legislativa de una ley que reglamentara el procedimiento y competencia en los niveles de justicia federal, no permitió que se resolvieran muchos casos, aunque en otros los jueces sí lograban resolverlos, pese a la ausencia de la ley.¹⁵⁵

Siguiendo a José María Soberanes Díez,¹⁵⁶ con la incorporación del principio *stare decisis* al sistema jurídico mexicano, surgió la problemática en cuanto a la dimensión vertical; esto es: *¿cómo puede saber el inferior el criterio del superior para seguirlo?* Las sentencias se redactaban, se cosían a los expedientes, se notificaban a las partes y se archivaban; pero un juez de distinta localidad no podía conocer el contenido de ese fallo que podría ser vinculante.

Manuel González Oropeza,¹⁵⁷ sostiene que esa heterogeneidad de la aplicación del amparo en nuestro país, provocó que las sentencias debieran publicarse para tratar de dar cierta uniformidad a la justicia federal, a través de la publicación de las resoluciones y con ello dar certeza al justiciable en sus

¹⁵⁵ González Oropeza, Manuel, *La jurisprudencia, su conocimiento y forma de reportarla*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2005, p.36.

¹⁵⁶ Soberanes Díez, José María, *op. cit.*, nota. 106, p. 7.

¹⁵⁷ González Oropeza, Manuel, *op. cit.*, nota. 155, p.36.

conflictos jurídicos. En gran medida, la Ley de Amparo de 1868 dio origen a las tesis de jurisprudencia, pues se otorgó a la Suprema Corte de Justicia de la Nación la facultad exclusiva de revisar, en última instancia, las sentencias de los jueces de Distrito, con miras a prevenir la diversificación de criterios en asuntos similares y otorgar así certeza, al evitar la contradicción en los fallos dictados por los jueces.¹⁵⁸ Se estipuló que las sentencias definitivas de la Suprema Corte y las resoluciones de los juzgados de Distrito, en los casos de los juicios de amparo, debían publicarse en los periódicos, pues no existía aún medio oficial alguno para ese efecto, pues debido a la dificultad para publicar los criterios novedosos se dio la necesidad de crear el Semanario Judicial de Federación.¹⁵⁹ Así, el entonces presidente constitucional de los Estados Unidos Mexicanos Benito Juárez García, el 8 de diciembre de 1870, ordenó promulgar un decreto que determinó la creación de un periódico denominado Semanario Judicial de la Federación que tenía por objeto que se publicasen todas las sentencias definitivas pronunciadas por los tribunales, desde el restablecimiento del orden legal en 1867.¹⁶⁰

Pero véase que lo que se publicaba eran las sentencias y no como tal la tesis o tesis jurisprudencial que ahora conocemos.

Bajo la premisa anterior, entramos a un campo más sustancial de lo que constituye una tesis o tesis de jurisprudencia, desde aquella época.

En efecto, una tesis o tesis de jurisprudencia, en su origen, o naturaleza jurídica, comprende la síntesis o extracto de las razones por las cuales el juzgador falla en una sentencia; esto es, el fragmento de la parte considerativa en la que se realizaba la interpretación o el razonamiento definitivo;¹⁶¹ aunque, no en todas las

¹⁵⁸ Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación, *op. cit.*, nota.137, p. 59.

¹⁵⁹ *Idem.*

¹⁶⁰ González Oropeza, Manuel, *op. cit.*, nota. 155, p.37.

¹⁶¹ *Ibidem*, p.10.

épocas del Semanario Judicial de la Federación se dio este fenómeno, como posteriormente aludiremos.

Desde luego que el nacimiento de las tesis, entendidas como el extracto del contenido de las sentencias, tiene antecedentes tanto del *commonlaw*, como del derecho continental, en cuanto a su parte sustancial y formal, respectivamente, como a continuación exponemos:

En cuanto a su parte material o sustancial, la tesis de jurisprudencia tiene antecedentes del *commonlaw*; en efecto, acorde con el principio *stare decisis*, las sentencias dictadas por los órganos jurisdiccionales respectivos, resultarán obligatorias para los demás tribunales inferiores que juzguen un caso similar.¹⁶² Sin embargo, no todo el contenido de esos fallos es obligatorio; es decir, no todo lo que dice el juez en el curso de su enjuiciamiento crea precedente, sino, solo su pronunciamiento de derecho en relación con hechos concretos ante él.¹⁶³ Lo anterior sugiere, respecto de esos fallos, distinguir en su contenido dos características: La *ratio decidendi* y los *obiter dicta*.

La *ratio decidendi* son las razones del juzgador que sirven de sustento para emitir la sentencia, es decir, las razones lógico jurídicas que al analizar los motivos (situaciones de hecho) y los fundamentos (situaciones de derecho) constituyen el sustento de las resoluciones y son susceptibles de abstraerse, de tal modo que puedan convertirse en supuestos y consecuencias de una norma jurídica general, lo que será obligatorio para el juzgador que resuelva un caso similar futuro.¹⁶⁴

En cambio, los *obiter dicta* son aquellas partes del propio fallo que no necesariamente son importantes para constituir un criterio de aplicación que bajo

¹⁶² *Ibidem*, p.7.

¹⁶³ James S. Philip, *op. cit.*, nota. 78, p.17.

¹⁶⁴ De Silva Nava, Carlos, *op. cit.*, nota. 83, p.163.

la premisa anterior, constituya una norma general abstracta que sirva de sustento para la emisión de un nuevo fallo, en términos del principio *staredecisis*. En efecto, particularmente pueden ser todos aquellos datos necesarios para la emisión del fallo sumamente concretos que se involucran en una sentencia; a saber: nombre de personas, cantidades, objetos, o situaciones de carácter eventual, particular o contingente que resultarán necesarios para su emisión, los cuales no son parte de la razón fundamental que produjo el criterio.¹⁶⁵

Desde mi punto de vista y en eventual lógica jurídica, lo anterior puede generar un conflicto de aplicación de los precedentes para los juzgadores del *commonlaw*, pues no se distingue entre la *ratio decidendi* y los *obiter dicta*, pues en ese sistema, el precedente obligatorio para la solución de un caso futuro es la propia sentencia o fallo emitida por el órgano jurisdiccional primigenio,¹⁶⁶ lo que a la postre puede involucrar una equivocación al sustentar un nuevo fallo, al no distinguirse entre estos dos últimos elementos.

En el caso de México, la diferencia con aquel sistema se puede observar en la parte formal a que no hemos referido con anterioridad y que heredamos del derecho continental.

En efecto, dada la influencia de la redacción de normas imperante en nuestro país venida de Francia, por lo que hace a la *ratio decidendi*; esto es, las razones del juzgador que sirven de sustento para emitir la sentencia; estas se comenzaron a redactar a través de una síntesis o extracto de la parte considerativa del fallo que con posterioridad constituiría la tesis o tesis de jurisprudencia. Desde luego que ello fue producto de la implementación en nuestro país de sistemas jurídicos distintos como el *staredecisis*; esto es, la fundamentación de los fallos futuros con base en un precedente, pues como se observó con anterioridad, con la implementación del Semanario Judicial de la

¹⁶⁵ *Idem*.

¹⁶⁶ James S. Philip, *op. cit.*, nota. 78, p.15.

Federación por el presidente Juárez, lo que se publicaba era la sentencia; sin embargo, la multiplicidad de citas dificultaba conocer de forma sistemática los criterios jurídicos que sustentaban las sentencias de la Corte, para aplicar la parte considerativa medular del fallo correspondiente.¹⁶⁷

De acuerdo con lo anterior, podemos concluir que la diferencia con el *commonlaw*, radica en que en ese sistema opera a través de precedentes que en su momento emitió el órgano jurisdiccional correspondiente, mientras que en nuestro país, opera a través de la tesis de jurisprudencia que se redactan de las propias consideraciones que sustentan el fallo correspondiente.

La obligatoriedad de la jurisprudencia en nuestro país, inició a partir del 4 de octubre de 1881, en donde se creó el proyecto para una nueva Ley de Amparo, que tenía la finalidad de puntualizar diversos aspectos de la anterior ley de 1869 y lograr una verdadera protección de las garantías individuales,¹⁶⁸ aunque ese gran avance fue producto del insigne Ignacio L. Vallarta, quien por encomienda de Ezequiel Montes, redactó un proyecto con todos los preceptos; entre otros, se incluía el procedimiento para crear jurisprudencia por reiteración de cinco ejecutorias en el mismo sentido, sin ninguna en contrario. Aunque, según la obra *Jurisprudencia en el Sistema Jurídico Mexicano*, editada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la Jurisprudencia por reiteración no fue creación exclusiva de Vallarta, su pensamiento jurídico fue influido por Ignacio Mariscal, quien en su opúsculo: *Algunas Reflexiones sobre el Juicio de Amparo (1878)* sentó las bases de la Jurisprudencia, al afirmar que toda sentencia de la Corte debía servir de precedente obligatorio para el propio órgano y los tribunales federales inferiores.¹⁶⁹ Mariscal sostenía que era necesario unificar los criterios resultantes de la interpretación constitucional, consideraba que la uniformidad de la interpretación

¹⁶⁷ Soberanes, Díez, José María, *op. cit.*, nota.106, p.10.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p.60.

¹⁶⁹ *Cfr.* Poder Judicial de la Federación Suprema Corte de Justicia de la Nación, *op. cit.* nota. 115, pp. 62 – 63.

constitucional debía provenir de ejecutorias de un solo tribunal, que al respetarse asimismo, no debía contradecirse ni variar su opinión, salvo en casos extremos. Mariscal afirmó también que las sentencias de la Corte debían ser obligatorias para el pueblo, los departamentos gubernamentales y los jueces y magistrados federales y del orden común. Finalmente, estimaba que las sentencias de amparo tenían dos fines: uno directo, consistente en resolver el caso que se presentara, y otro indirecto, relativo a interpretar la inteligencia del derecho público y del constitucional. Los efectos indirectos se traducen en la jurisprudencia constitucional. Según Vallarta, esos efectos se alcanzarían cuando se pronunciaran no una, sino cinco sentencias consecutivas en el mismo sentido.¹⁷⁰ Con todas las ideas anteriores se formalizaron en la Ley de Amparo de 1882, en donde finalmente se estableció la obligación de la Jurisprudencia.¹⁷¹

En congruencia con lo anterior, de la unificación de criterios resultantes de la interpretación constitucional planteada por Mariscal, nació lo que ahora conocemos como tesis de jurisprudencia, que como ya se ha establecido, comprende la síntesis o extracto de las razones por las cuales el juzgador falla en una sentencia, o el fragmento de la parte considerativa en la que se realizaba la interpretación o el razonamiento definitorio; esto es, la *ratio decidendi* (razones del juzgador para resolver el caso concreto a juzgar).

En México, como ya se adelantó, a diferencia del *commonlaw*, la *ratio decidendi* se extrae de la propia sentencia, y se redacta de una manera más general que el propio precedente o sentencia del que emana, lo que sugiere que el carácter vinculatorio con los demás casos se genera de lo general a lo particular, como opera en las normas de naturaleza material y formalmente legislativas; a diferencia del sistema de precedentes del *commonlaw* que opera de lo particular a lo general.

¹⁷⁰ *Idem.*

¹⁷¹ *Idem.*

Sobre el particular, resulta sumamente interesante lo que en la obra la Jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación plantea su autor, con relación a los sistemas de precedentes del *commonlaw* y el de tesis que opera en México y en otras partes del mundo.¹⁷² El autor señala que en el sistema de precedentes del derecho común opera de manera muy particular o concreta; en tanto que en el sistema de tesis, se hace de manera muy general y abstracta. De tal suerte que a la hora de resolver el caso sujeto a juzgar, en el sistema de precedentes, se hace a partir de la analogía; es decir, a partir de la comparación de los casos a dilucidar judicialmente; en tanto que, en el sistema de tesis, se realiza a través del silogismo jurídico. Esto es, mientras que en el sistema de precedentes, en su aplicación a casos futuros adquiere la generalidad, en el sistema de tesis nace con esa característica, sin necesidad de aplicación a los casos respectivos.¹⁷³

Desde luego que el sistema de precedentes puede tener una mayor efectividad, en aras de una efectiva administración e impartición de justicia, si se toma en consideración que, entre más particular o concreta sea la solución de un caso, tanto en la apoyatura de algún precedente vinculante, o en la creación de uno nuevo que se sustente, por ejemplo en un principio, mayor efectividad tendrá en su aplicación. Lo anterior se explica porque existe un sinnúmero de casos con particularidades y peculiaridades distintas que las que se contienen en la propia norma material y formalmente legislativa, o en su caso en la propia tesis de jurisprudencia que ahora conocemos, pues en muchos casos no se les otorga una solución del todo exactamente aplicable. La característica sustancial de una norma material y formalmente legislativa es de manera muy general y abstracta. Es necesario que existan soluciones más concretas para la efectividad de una resolución judicial. Empero, ello será materia de capítulos posteriores.

¹⁷² Soberanes Díez, José María, *op. cit.*, nota.106, p. 15.

¹⁷³ *Idem*.

2.5 Breve referencia a la integración constitucional y legal de la Jurisprudencia en México

2.5.1 Consideraciones previas

La jurisprudencia fue desarrollándose paulatinamente, tanto en las constituciones del Estado mexicano, como en las distintas leyes de amparo que se emitieron a partir del siglo XIX, pues se fueron incorporando las reglas de creación, obligatoriedad y difusión que en la actualidad nos rigen.

2.5.2 Bases orgánicas de 1843

En 1843, pese al conflicto de liberales frente a conservadores existente en buena medida desde el México independiente, trajo consigo el restablecimiento del federalismo y la urgente necesidad de emitir una nueva legislación para organizar a los tribunales en el marco de un esquema federal. Por lo que se refiere al máximo tribunal del país se le devolvió la denominación: “Suprema Corte de Justicia”; se estableció lo relativo a su integración y funcionamiento en pleno o salas, y particularmente con respecto a la integración de la Jurisprudencia, se estableció la fórmula en el artículo 118, fracción XIV, mediante el cual, entre las facultades de la Corte Suprema de Justicia, se establecía: “*oír las dudas de los tribunales sobre la inteligencia de alguna ley, y juzgándolas fundadas, iniciar la declaración correspondiente.*”¹⁷⁴

2.5.3 La Carta Magna de 1857

La Carta Magna de 1857 fue un documento sumamente evolucionado y desarrollado para su época, su espíritu fue *Iusnaturalista*, en la medida en que hablaba textualmente de los derechos naturales del hombre; distinguió con toda claridad los derechos políticos de los humanos, quizá ello se deba a lo que estaba ocurriendo tanto en Europa, como en los Estados Unidos de América. Así, el 5 de febrero de 1857 se juró solemnemente la Constitución Política de la República Mexicana, concretamente su artículo 1, establecía: “*Art 1.- El pueblo mexicano*

¹⁷⁴Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación, *op. cit.* nota.115, p. 46.

*reconoce que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales. En consecuencia declara que todas las leyes y todas las autoridades del país, deben respetar y sostener las garantías que otorga la presente Constitución”.*¹⁷⁵

Aunque en la Constitución de 1857 no se hizo mención expresa de la jurisprudencia, lo cierto es que se proporcionaron amplias facultades a la Suprema Corte de Justicia, respecto de la interpretación de normas, pues la colocó como intérprete final de la Constitución. Así, la Suprema Corte se constituyó como el intérprete legítimo y definitivo de aquélla; y pese a que no se hizo alusión a la jurisprudencia, las distintas leyes de amparo que aparecieron con posterioridad, fueron las que ya incluyeron formalmente a dicha institución jurídica.¹⁷⁶

2.5.4 Primera Ley de amparo de 1861

En la Ley de Amparo de 1861, se estableció que las sentencias de los tribunales deberían publicarse en los periódicos y que para fijar el derecho público federal, los tribunales debían ajustar sus actuaciones a lo dispuesto por la Constitución y las leyes emanadas de ella; sin embargo, en ese proyecto, no se señaló de forma expresa la existencia de la jurisprudencia.¹⁷⁷

2.5.5 Segunda Ley de Amparo de 1869

Con posterioridad, quedó incólume la aplicación de la Ley de Amparo de 1861, pues debe tenerse en cuenta que de 1862 a 1867, bajo la presidencia de Benito Juárez, ocurrió la intervención francesa y el gobierno de Maximiliano. No obstante, en 1868, restaurada la República, el entonces ministro de Justicia Ignacio Mariscal, para suplir las deficiencias que se habían observado durante la aplicación de la Ley de Amparo de 1861, determinó cuáles eran las causas por las

¹⁷⁵ Tena Ramírez Felipe, *op.cit.*, nota. 124, p. 607.

¹⁷⁶ *Ibidem*, pp. 622 y 623.

¹⁷⁷ Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano*, 15 a ed. t. A-CH, México, Porrúa, 2001, p.158.

que se podía promover el amparo ante los Tribunales de la Federación, con una redacción basada en el contenido del artículo 101 constitucional.

En cuanto a la jurisprudencia, se otorgó a la Suprema Corte de Justicia de la Nación la facultad exclusiva de revisar en última instancia las sentencias de los jueces de Distrito, con miras a prevenir la diversificación de criterios en asuntos generales y otorgar así certeza, al evitar las contradicciones de criterios. Se estipuló que las sentencias definitivas de la Suprema Corte y de las resoluciones de los jueces de Distrito, en los casos de los juicios de amparo, debían publicarse en los periódicos al no existir algún medio oficial para ello.¹⁷⁸

Durante la vigencia de esta Ley, el entonces presidente de la República Benito Juárez ordenó publicar el Semanario Judicial de la Federación que se ha dividido en dos periodos: antes y después de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.¹⁷⁹

¹⁷⁸ Poder Judicial de la Federación Suprema Corte de Justicia de la Nación, *op. cit.* nota.115, p. 59.

¹⁷⁹ A su vez, dichos periodos se han dividido en Épocas de diversa duración, de las cuales han concluido ocho, mientras que desde el cuatro de febrero de 1995 está en vigor la Novena. La integración de la Jurisprudencia publicada de la primera a la cuarta época se realizó con fundamento en la Constitución Federal de 1857, de ahí que sea inaplicable y se le llame *jurisprudencia histórica*". Por su parte, las épocas quinta a novena, integradas a partir de 1917, constituyen la *jurisprudencia aplicable o vigente*. En la actualidad existen otros instrumentos que refuerzan la tarea del Semanario Judicial de la Federación, tales como el Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, que tiene como objetivo dar a conocer la jurisprudencia más destacada; el CD-ROM del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, a través del cual se publica el órgano oficial de difusión de la Jurisprudencia en medio magnético, para facilitar su consulta; y demás obras de difusión jurisprudencial, como el Sistema de Jurisprudencia y Tesis Aisladas Ius. *Cfr:* Rojas Caballero, Ariel Alberto, *La Jurisprudencia del poder judicial de la federación, manual para su y aplicación*, 3ª ed., México, Porrúa, 2008, pp.115 a 117.

2.5.6 Tercera Ley de Amparo 1882

El 4 de octubre de 1881, se creó el proyecto para establecer la obligatoriedad de la Jurisprudencia, aunque se trató realmente de un proyecto para una nueva Ley de Amparo, que tenía la finalidad de puntualizar diversos aspectos de la anterior ley de 1869 y lograr una verdadera protección de las garantías individuales, dentro del mismo se contempló tácitamente la obligatoriedad de la Jurisprudencia.

Lo anterior dio origen a la Ley de Amparo de 1882, en donde formalmente se estableció la obligación de la Jurisprudencia; sin embargo, debe tenerse en consideración que si bien existieron notables avances en materia de Jurisprudencia, como se precisó en líneas que anteceden, en estos años influyó de manera categórica el orden jurídico francés, lo cual generó la desaparición de la regulación de la Jurisprudencia en nuestra legislación. La institución de la Jurisprudencia se suprimió cuando la ley en comento fue derogada por el artículo sexto transitorio del Código de Procedimientos Federales de 1897.¹⁸⁰

2.5.7 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 5 de febrero de 1917

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 5 de febrero de 1917, el Constituyente fue omiso respecto de la Jurisprudencia, debido a que no se contempló en los proyectos sometidos a discusión. Sin embargo, en la discusión y análisis del texto del artículo 107 constitucional, durante la sesión del 22 de enero de 1917, en la participación, mediante voto particular, del diputado José María Truchuelo, representante del Estado de Querétaro, en defensa del amparo señaló: *“No haré historia de la manera como se han venido estableciendo las garantías individuales, desde la Carta Magna, pero sí diré que todos los progresos alcanzados no sólo en la Constitución del 57, sino después con la propia Jurisprudencia, revelan que es una necesidad imperiosa el establecimiento del Juicio de Amparo que, lejos de atacar la soberanía de los Estados, viene haciendo*

¹⁸⁰ Poder Judicial de la Federación Suprema Corte de Justicia de la Nación, *op. cit.*, nota.115, p. 68.

*respetar los principios constitucionales y es el lazo de unión que los mantiene perfectamente ligados entre sí para hacer la República fuerte.*¹⁸¹

2.5.8 Ley de Amparo de 1936

La Ley de Amparo de 1936, llamada en un principio Ley Orgánica de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, aprobada el 30 de diciembre de 1935 y vigente a partir del 10 de enero de 1936, hasta el 12 de marzo de 2013, derogó a la ley reglamentaria de los artículos 103 y 104 de la Constitución Federal de 18 de octubre de 1919.¹⁸² En su conformación original, regulaba a la Jurisprudencia en los artículos 192 a 197, estableciendo que la establecida por la Corte en sus ejecutorias de amparo, sólo podría referirse a la Constitución y demás leyes federales; asimismo, el artículo 193 remitía a la Jurisprudencia de las Salas; esto es que, sus ejecutorias constituirían Jurisprudencia siempre que lo resuelto en ellas se sustentara en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, aprobadas por un mínimo de cuatro ministros, misma que se hacía extensiva a la del Pleno, con la salvedad de que las ejecutorias debían ser aprobadas, al menos por once ministros. El artículo 194, abordaba el tema de la obligatoriedad de la Jurisprudencia. En ese entonces, se disponía que la Jurisprudencia, emanada de la resolución de juicios de amparo o de controversias atinentes a la aplicación de leyes federales o tratados celebrados con potencias extranjeras sería obligatoria para los magistrados de Circuito, los jueces de Distrito, los tribunales de los estados, distrito y territorios federales y Juntas de Conciliación y Arbitraje.¹⁸³

El artículo 195 mencionaba la facultad de la Corte para contrariar su propia Jurisprudencia, cosa que ocurriría siempre que el Alto Tribunal tuviera razones para variarla, y que esas razones se refirieran a las que se tuvieron

¹⁸¹ Tena Ramírez Felipe, *op.cit.*, nota. 124, pp.804 a 880.

¹⁸² Agenda de Amparo, México, Isef, 2009.

¹⁸³ Cámara de Diputados, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lamp.htm>, fecha de consulta, 17 de octubre de 2017.

presentes para establecer la Jurisprudencia contrariada. En materia procedimental el artículo 196 ordenaba a las partes que, cuando invocaran la Jurisprudencia de la corte en juicios de amparo, lo hicieran por escrito, expresaran el sentido de la Jurisprudencia y designaran las ejecutorias en que se sustentaba.¹⁸⁴ En el artículo 197, se hacía referencia al medio de difusión de la Jurisprudencia emitida por la corte; esto es, las ejecutorias de amparo y los votos particulares de los ministros se publicarían en el Semanario Judicial de la Federación, siempre que fueran las necesarias para constituir Jurisprudencia o para contrariarla, así como las que el Pleno o las Salas de la Corte acordaran expresamente.

En 1951, el rezago en la resolución de asuntos que padecía la Suprema Corte de Justicia de la Nación, obligó a reformar diversos artículos constitucionales. Así, se reformó el artículo 94 de la Constitución Federal para crear los tribunales colegiados de Circuito en materia de amparo. Asimismo, en el artículo 107 se incluyó la institución de la Jurisprudencia y se establecieron las bases a que se sujetarían las controversias de que hablaba el artículo 103 de la propia ley fundamental en aquella época. En la década de los setenta, ante el rezago en el trabajo del Máximo Tribunal se reflexionó acerca de la necesidad y conveniencia de que la facultad para emitir Jurisprudencia por parte de los tribunales colegiados de Circuito, y es a partir de esa fecha en que se les permitió la interpretación por medio de la Jurisprudencia.¹⁸⁵

2.5.9 Ley de Amparo vigente del 2 de abril de 2013

Con motivo de las reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 6 y 10 de junio de 2011, mediante el cual se reformaron diversas disposiciones, entre otras, los artículos concernientes a la parte dogmática de la constitución, así como los relativos a las bases constitucionales de la acción de amparo, el 2 de abril de 2013 se publicó la nueva Ley de Amparo, a través de la

¹⁸⁴ *Ídem.*

¹⁸⁵ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *El semanario judicial de la federación y sus épocas, manual para su consulta*, 1ª ed., México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2008, p. 27.

cual se establecieron nuevos supuestos sobre su procedencia y principios correspondientes a la tutela judicial garantizada por ese mecanismo constitucional.¹⁸⁶

En lo que respecta a la jurisprudencia, existió un cambio radical en cuanto a la definición que la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación venía otorgándole en las diversas épocas del Semanario Judicial de la Federación, particularmente en la Novena,¹⁸⁷ cuyo aspecto determina su eficacia en cuanto a la aplicación de órganos jurisdiccionales en beneficio de las partes contendientes en un proceso, pues el artículo 217 de la nueva Ley de Amparo, establece concretamente que: *la jurisprudencia en ningún caso tendrá efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna*. Esta característica que le ha dado el legislador a la jurisprudencia, a reserva de analizarla en capítulos posteriores, viene a romper el paradigma que se tenía en épocas pasadas sobre su naturaleza jurídica, como se verá con posterioridad.¹⁸⁸

Otros cambios que la nueva Ley de Amparo otorgó a la Jurisprudencia, radica en que desaparece su modificación que consagraba la Ley de Amparo de 1936, para dar lugar a la sustitución. Asimismo, se establece que para la creación de la jurisprudencia, por reiteración de criterios, independientemente que reitera los cinco precedentes sin ninguno en contrario, impone su resolución en diferentes sesiones. En cuanto a la denuncia de contradicción de tesis, dentro de sus reglas para interponerla, el artículo 227 del citado cuerpo normativo, otorga legitimación a los jueces de Distrito para poder hacerlo. Crea los Plenos de Circuito, los cuales capacita para resolver las contradicciones de tesis emanadas de tribunales colegiados del mismo Circuito.

¹⁸⁶Agenda de Amparo, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, Isef, 2013.

¹⁸⁷Tesis. P. / J.145/2000, *op. cit.*, nota. 1.

¹⁸⁸Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Comparativo de ambas leyes de amparo*, www.sitios.scjn.gob.mx/leyamparo/, p. 460, fecha de consulta, 17 de octubre de 2017.

Finalmente, otra reforma sustancial que se analizará en capítulos posteriores se surte respecto de la declaratoria general de inconstitucionalidad, contenida en los artículos 231 a 235 de la Ley de Amparo vigente, cuya facultad corresponde a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en cuanto a la determinación de normas inconstitucionales con motivo de las sentencias que se dicten en los amparos indirectos en revisión y que por segunda ocasión y de manera consecutiva declaren su inconstitucionalidad, y además de que ello se determine mediante jurisprudencia por reiteración emitida por el Máximo Tribunal del país.¹⁸⁹

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 492

Capítulo 3.

La Jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación en la actualidad

SUMARIO: 3.1 Consideraciones previas. 3.2 La jurisprudencia a partir de la Décima Época del Semanario Judicial de la Federación. 3.3 La jurisprudencia en la nueva Ley de Amparo. 3.4 Órganos facultados para la creación jurisprudencial. 3.4.1 Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. 3.4.2. Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. 3.4.3. Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. 3.4.4. Sala Regional del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. 3.4.5 Plenos de Circuito. 3.4.6 Tribunales Colegiados de Circuito. 3.5 Procesos de creación e interrupción de la Jurisprudencia que establece la Ley de Amparo vigente. 3.5.1 Proceso de creación por reiteración. 3.5.2 Proceso de creación por unificación o contradicción de tesis. 3.5.3 Proceso de creación por sustitución de la jurisprudencia. 3.5.4 Proceso de interrupción de la jurisprudencia.

3.1 Consideraciones previas

A partir del presente siglo, el Sistema Jurídico Mexicano ha tenido un cambio radical de paradigma en sus instituciones jurídicas, tanto sustantivas, como procesales. Un cambio de paradigma que desde mi particular punto de vista inicia con los enjuiciamientos que realizó la Corte Interamericana de Derechos Humanos al Estado Mexicano, con motivo de la vulneración de tratados internacionales,¹⁹⁰ lo que dio lugar a la implementación de reformas Constitucionales de suma envergadura e importancia que no habían tenido lugar desde la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.¹⁹¹

¹⁹⁰ Me refiero a los casos González y otras (campo algodnero); Rosendo Radilla Pacheco, y Cabrera García y Montiel Flores, todos en contra del Estado mexicano, y que mediante sentencias de 16 y 23 de noviembre de 2009, y de 26 de noviembre de 2010, respectivamente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó a este último.

¹⁹¹ Soberanes Fernández, José Luis y Martínez Martínez, Faustino José, *Apuntes para la historia del juicio de amparo*, México, Porrúa, 2010, p. 367 y ss.

En principio, me refiero a las reformas Constitucionales del 6 y 10 de junio de 2011,¹⁹² que culminaron con la expedición de la nueva Ley de Amparo el 2 de abril de 2013;¹⁹³ y la diversa del 18 de junio de 2008, a través de la cual se implantó el nuevo Sistema de Justicia Penal de corte acusatorio y adversarial.¹⁹⁴ Reformas y cambios respecto de los cuales no fue ajena la jurisprudencia, pues no quedó incólume, sino por el contrario, aunque en parte, se modificó su naturaleza jurídica de manera acertada. Por tanto, resulta necesario ubicar a la jurisprudencia dentro del nuevo paradigma del derecho en nuestro país a partir de dichos cambios constitucionales.

3.2 La jurisprudencia a partir de la Décima Época del Semanario Judicial de la Federación.

De entrada, como se ha dejado sentado, en la sentencia del 23 de noviembre de 2009 dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Rosendo Radilla Pacheco,¹⁹⁵ se condenó al Estado Mexicano por graves

¹⁹² Diarios Oficiales de la Federación del 06 y 10 de Junio de 2011, a través de los cuales, se dieron a conocer las reformas a los artículos 1, 94, 103, 104, 107, 133 y 102, apartado b), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹⁹³ Diario Oficial de la Federación del 02 de abril de 2013.

¹⁹⁴ Diario Oficial de la Federación del 18 de Junio de 2008, a través del cual se dieron a conocer las reformas a los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22, entre otros, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹⁹⁵ El caso Radilla tiene su origen con motivo de la desaparición de Rosendo Radilla Pacheco ocurrida en el año de 1974, cuando él y su hijo Rosendo Radilla Martínez de 11 años, viajaban en un autobús de Atoyac de Álvarez, a Chilpancingo Guerrero. El autobús fue detenido en dos ocasiones, primero en un retén donde agentes militares hicieron descender a todos los pasajeros para inspeccionarlos, después abordaron y continuaron su viaje; más adelante fueron detenidos en un segundo retén ubicado en la entrada de la Colonia Cuauhtémoc, donde nuevamente los agentes militares solicitaron a los pasajeros descender para revisar el interior del camión, y seguidamente se les indicó que abordaran a excepción de Rosendo Radilla Pacheco, quien quedó detenido porque “componía corridos” a lo que él respondió que eso no constituía delito; sin embargo, un agente militar le respondió “mientras, ya te chingaste.”

Fuente: Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, sentencia de 23 de noviembre de 2009 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones

violaciones a derechos humanos, concretamente de la libertad, e integridad personal, reconocimiento a la personalidad y a la vida, consagradas en los artículos 7.1, 5.1, 5.2, 3 y 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en relación con la obligación de respetar y garantizar dichos derechos contenida en el artículo 1.1 de la misma convención y con los artículos I y XI de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.¹⁹⁶

La condena contenida en la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos se materializó, entre otros aspectos, en obligar al Estado mexicano a adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el artículo 215 A del Código Penal Federal, con los estándares internacionales en la materia y de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; asimismo, a implementar, con la respectiva disposición presupuestaria, programas o cursos permanentes relativos al análisis de la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, en relación con los límites de la jurisdicción penal militar, así como un programa de formación, sobre la debida investigación y juzgamiento de hechos constitutivos de desaparición forzada de personas, en los términos de los párrafos 345 a 348 de ese fallo.¹⁹⁷

Dicha sentencia interamericana fue acatada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 14 de julio de 2011, en el expediente varios 912/2010, cuya primera consecuencia fue el reconocimiento expreso a la obligatoriedad de las resoluciones emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos por el Estado Mexicano, pues se reconoció la sujeción a la

y costas, serie C No. 205, párrafos 124 a 126. Disponible en: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/serie_209_esp.pdf. Fecha de consulta 23 de enero de 2015.

¹⁹⁶ Sepúlveda Ricardo, Rochín, *et. al.*, *Reforma constitucional de derechos humanos: perspectivas y retos*, México, Ubijus, 2014, p. 35.

¹⁹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, sentencia de 23 de noviembre de 2009, *op. cit.*, nota. 190, pp. 104 y 105.

jurisdicción de ésta; además, se determinó que con base en ello, las sentencias emitidas por ese Tribunal constituyen cosa juzgada; y finalmente, se señaló que aunque la Suprema Corte de Justicia de la Nación tenga carácter de Tribunal Constitucional, no puede evaluar ese litigio, ni cuestionar la competencia de la Corte Interamericana, sino limitarse a su cumplimiento.¹⁹⁸

Además, en el expediente varios 912/2010, se identificaron diversas obligaciones concretas a cargo del Poder Judicial de la Federación, cuya particularidad en lo que interesa, se dirigió a que los jueces deberán llevar a cabo un control de convencionalidad *ex officio*, en un modelo de control difuso de la constitucionalidad, lo que dio lugar a que, a partir de las reformas del 6 y 10 de junio de 2011, la Suprema Corte de Justicia de la Nación incorporase el principio *pro persona*, y los parámetros de convencionalidad.¹⁹⁹

En efecto, derivado de la reforma constitucional de diez de junio de dos mil once, particularmente en el artículo primero, se concluyó que todos los jueces del País deberán llevar a cabo un control de convencionalidad *ex officio*, en un modelo de control difuso de constitucionalidad, entre las normas internas y la Convención Americana en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, aplicando en todo momento el principio *pro persona*, en cuanto a la interpretación de derechos humanos.

Así, el artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reformado, dispone: ". . . *En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como*

¹⁹⁸ Cossío Díaz, José Ramón, "Primeras implicaciones del caso radilla", Revista Mexicana de Derecho Constitucional, Cuestiones Constitucionales, México, Biblioteca Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2012, pp.32 - 34.

<http://www.biblio.juridicas.unam.mx./revista/pdf/cuestionesconstitucionales/26/ard/ard2.pdf>. Fecha de consulta 26 de enero de 2015.

¹⁹⁹ *Idem*.

*de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. . . . **Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales en la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.** Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar, los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad, y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos en los términos que establezca la ley (...).²⁰⁰*

Con base en la obligación decretada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del análisis del segundo párrafo del transcrito precepto constitucional, la Jurisprudencia mexicana, en este nuevo paradigma, juega un papel de suma importancia, en la medida en que al ser la institución jurídica por excelencia, en cuanto a interpretación de normas, será el principal instrumento normativo para cumplir con los presupuestos emanados, tanto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como por la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación; pues concretamente el citado precepto constitucional impone, como método de interpretación, los siguientes:

- 1.-Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales; y,
- 2.- Favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Desde luego que lo anterior fueron las primeras implicaciones del caso Radilla, pues con posterioridad la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en su

²⁰⁰ Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, última reforma Diario Oficial de la Federación del 10 de febrero de 2014.

Jurisprudencia, ha venido definiendo los alcances de la nueva doctrina constitucional y convencional de los derechos humanos.²⁰¹

Todo lo anterior, particularmente las reformas Constitucionales en materia de derechos humanos y de amparo del 6 y 10 de junio de 2011, dieron lugar a la apertura de la Décima Época del Semanario Judicial de la Federación, la cual tuvo lugar a partir del cuatro de octubre de dos mil once, con la futura publicación de la Jurisprudencia del Pleno y las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como de los Tribunales Colegiados de Circuito.²⁰²

3.3 La jurisprudencia en la nueva Ley de Amparo

Derivado de las reformas a la Constitución Federal y a la Ley de Amparo vigente, la Jurisprudencia también tuvo cambios de suma importancia, los cuales se vinculan a otorgar valores consustanciales en cuanto a su naturaleza jurídica como norma jurídica *per se*; aunque, con ciertas restricciones, o con defecto en su plena definición.

Me explico, en épocas anteriores,²⁰³ la Suprema Corte de Justicia de la Nación, particularmente respecto del ámbito de validez temporal de la Jurisprudencia, definió que ésta es obligatoria al momento de ser sentada y, no

²⁰¹ Como ejemplo se pueden citar las tesis jurisprudenciales: 1a./J. 18/2012 (10a.), de rubro: "CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y DE CONVENCIONALIDAD (REFORMA CONSTITUCIONAL DE 10 DE JUNIO DE 2011)", sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la Décima Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XV, Diciembre de 2012, Tomo 1, Página: 420; y, la diversa: 2a./J. 16/2014 (10a.) de rubro: "CONTROL DIFUSO. SU EJERCICIO EN EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO", publicada en la Décima Época del Semanario Judicial de la Federación, Libro 5, Abril de 2014, Tomo I, Página: 984.

²⁰² Acuerdo General 9/2011 del 29 de agosto de 2011, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

²⁰³ Sexta, Séptima, Octava y Novena Época del Semanario Judicial de la Federación.

podía ser objeto de la garantía de no retroactividad en perjuicio de persona alguna a que se refiere el artículo 14 constitucional para las leyes.

Esta conclusión tiene su fundamento en las propias tesis jurisprudenciales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver que a la Jurisprudencia respectivamente no le es aplicable el párrafo primero del artículo 14 constitucional, por la sencilla razón de que no es norma, sino únicamente la interpretación de ésta.²⁰⁴ Desde luego que el anterior aserto, en la práctica, representa diversos problemas en la medida en que comúnmente las normas suelen interpretarse de manera muy habitual. Incluso, en la secuela de un juicio, pueda existir más de una interpretación de una misma norma y esa interpretación puede cambiar sustancialmente su contenido. Por citar un ejemplo, puede existir una norma interpretada a través de la Jurisprudencia que en el momento del dictado de la sentencia de primera instancia sea benéfica para el actor en un juicio determinado y en segunda instancia, esa norma adquiere una interpretación distinta con motivo de una nueva tesis jurisprudencial. En este caso, la tesis jurisprudencial aplicable será la nueva, no obstante que cause un perjuicio al actor que al dictado de la primera sentencia, gozaba de una diversa en su beneficio.

La consecuencia de lo anterior se observa más cuando la propia tesis jurisprudencial interpreta una norma y cambia sustancialmente su contenido. En la práctica, suele suceder que un tribunal colegiado haya sustentado una tesis jurisprudencial en contravención a alguna de las partes en el litigio, lo que ocasionará que lo pierda y posteriormente puede esa mismo criterio, generar una contradicción de tesis con otra de distinto órgano jurisdiccional, que será resuelta por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de la solución al conflicto se pueda llegar a la conclusión de que el tribunal que resolvió la controversia judicial esté equivocado en su criterio interpretativo; y, mientras tanto, al justiciable se le aplicó el citado criterio. Lo anterior, es la consecuencia de no considerar a la Jurisprudencia como norma, no obstante que constituye una fuente del derecho.

²⁰⁴Tesis. P. / J.145/2000, *op. cit.*, nota 1.

Como puede apreciarse, la tesis jurisprudencial obliga no en el momento de realización de los hechos que originen la controversia, sino en el tiempo que se resuelve sobre tales hechos; es decir, al dictarse sentencia. Esto quiere decir que la jurisprudencia no es *autoaplicativa*, sino *heteroaplicativa*. A continuación veremos la interpretación que se le ha dado a este ámbito de validez de la Jurisprudencia en épocas pasadas.

“JURISPRUDENCIA OBLIGATORIA. *La jurisprudencia es obligatoria para los juzgadores al aplicar la ley, vale para todos los actos jurisdiccionales verificados durante su vigencia, es decir, rige al momento de sentenciar y no al de la comisión del delito.*”²⁰⁵

Dentro de estas mismas ideas, la extinta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, pronunció un precedente visible en la Séptima Época del Semanario Judicial de la Federación; mismo que indica:

“JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE. OBLIGATORIEDAD DE APLICAR LA ACTUAL. *En lo tocante a que las autoridades deben aplicar la jurisprudencia vigente en la época de la comisión de los delitos, cabe señalar que esta Suprema Corte tiene, dentro de sus altas funciones, la de interpretar la ley y dar a conocer dicha interpretación a fin de que sea observada por las autoridades judiciales; luego entonces, la jurisprudencia constituye un medio de desentrañar el sentido de la ley, para el efecto que de los juzgadores puedan aplicar esta última en forma debida y con criterio uniforme, precisamente cuando pronuncien el fallo correspondiente, lo cual quiere decir que no se encuentran en obligación de aplicar jurisprudencia en desuso, a pesar de que el hecho delictivo haya tenido lugar cuando aquéllas sí se aplicaban, pues la obligatoriedad de su observancia es tan determinante rectamente, que impele al órgano jurisdiccional a su acatamiento inmediato y exige su aplicación actual por*

²⁰⁵ Tesis aislada, Semanario Judicial de la Federación, Sexta Época, v. LIII, Segunda Parte, p. 39.

encima de consideraciones de tiempo en la ejecución del delito; sobre todo, si no ha sufrido modificación alguna el artículo que lo describe.”²⁰⁶

Conforme a los precedentes antes vistos, se concluye que desde décadas pasadas, la Jurisprudencia en el Sistema Jurídico Mexicano obligaba al momento de resolver y no en el tiempo de realización de los hechos productores de la controversia. Esto motivó a que la Corte estimase que su labor es interpretativa de la ley, la cual rige el acto, y por ello no puede vulnerarse la garantía de irretroactividad de las disposiciones legislativas en perjuicio del gobernado; así lo estableció la otrora Cuarta Sala, al sostener:

“JURISPRUDENCIA. CONCEPTO DE LA. SU APLICACIÓN NO ES RETROACTIVA. *Es inexacto que al aplicarse la jurisprudencia fijada por esta Cuarta Sala de conformidad a lo dispuesto por el artículo 192 de la Ley de Amparo, y formada con posterioridad a la fecha del acto reclamado en el juicio de garantías, y que interpreta la ley que rige a dicho acto, se viole en perjuicio del quejoso el principio contenido en el artículo 14 constitucional en el sentido de probar la aplicación retroactiva de la ley, ya que la jurisprudencia no constituye legislación nueva ni diferente a la que está en vigor, sino sólo es la interpretación de la voluntad del legislador. La jurisprudencia no crea una norma nueva, sino únicamente fija el contenido de una norma preexistente. En consecuencia, si la jurisprudencia sólo es la interpretación de la ley que la Suprema Corte de Justicia de la Nación efectúa en determinado sentido y que resulta obligatoria por ordenarlo así las disposiciones legales expresas, su aplicación no es sino la misma de la ley vigente en la época de realización de los hechos que motivaron el juicio laboral del que dimana el acto reclamado en el juicio de garantías.”²⁰⁷*

²⁰⁶ Tesis aislada, Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, v. 1, segunda parte, p. 47.

²⁰⁷ Tesis de Jurisprudencia, Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, v. 121-126, quinta parte, p. 129.

Del criterio transcrito, se observa que la Jurisprudencia en aquella época se desenvolvía en un plano de abstracción, generalidad e impersonalidad menor al de la ley y, por ende, siendo la manera reiterada de entender el derecho no implica aplicación retroactiva de precepto alguno, pues se trata en todo caso de la subsunción de la ley al caso concreto a través de la interpretación jurídica.

En la Novena Época del Semanario Judicial de la Federación, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, respecto del tópico en estudio, si bien ha variado su sentido al estimar que la Jurisprudencia no solamente interpreta la ley sino que, la integra por los aspectos que el legislador no precisó, mantiene el criterio de que la Jurisprudencia no es norma y, por ello, su aplicación, aún en perjuicio de alguna persona, no viola la garantía de irretroactividad de la ley. La tesis jurisprudencial es la siguiente:

“JURISPRUDENCIA. SU APLICACIÓN NO VIOLA LA GARANTÍA DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY. *La Suprema Corte de Justicia de la Nación y los Tribunales Colegiados de Circuito, al sentar jurisprudencia, no sólo interpretan la ley y estudian los aspectos que el legislador no precisó, sino que integran a la norma los alcances que, sin estar contemplados claramente en ella, se producen en una determinada situación; sin embargo, esta "conformación o integración judicial" no constituye una norma jurídica de carácter general, aunque en ocasiones llene las lagunas de ésta, fundándose para ello, no en el arbitrio del Juez, sino en el espíritu de otras disposiciones legales, que estructuran (como unidad) situaciones jurídicas, creando en casos excepcionales normas jurídicas individualizadas, de acuerdo a los principios generales del derecho, de conformidad con lo previsto en el último párrafo del artículo 14 constitucional; tal y como se reconoce en el artículo 94, párrafo sexto, de la Constitución Federal, así como en los numerales 192 y 197 de la Ley de Amparo, en los que se contempla a la interpretación de las normas como materia de la jurisprudencia. Ahora bien, tomando en consideración que la*

*jurisprudencia es la interpretación que los referidos tribunales hacen de la ley, y que aquélla no constituye una norma jurídica nueva equiparable a la ley, ya que no cumple con las características de generalidad, obligatoriedad y abstracción, es inconcuso que al aplicarse, no viola el principio de irretroactividad, consagrado en el artículo 14 constitucional.*²⁰⁸

Como se aprecia, la Corte ha dado a la Jurisprudencia un tratamiento distinto al de épocas pasadas; sin embargo, mantiene su postura en el sentido de que la Jurisprudencia no es norma, sino únicamente tiene como función integrar la ley.

En la actualidad, el legislador, en la expedición de la nueva Ley de Amparo el dos de abril de dos mil trece, respecto del ámbito de validez temporal de la jurisprudencia, dio un cambio radical, en la medida en que vino a romper los criterios que en épocas pasadas concebía la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el sentido de que a la Jurisprudencia no le es aplicable el principio de no retroactividad de normas, contenido en el artículo 14 constitucional; en efecto, la nueva disposición normativa de la jurisprudencia es la siguiente:

***“Artículo 217.** La jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia de la Nación, funcionando en pleno o en salas, es obligatoria para éstas tratándose de la que decrete el pleno, y además para los Plenos de Circuito, los tribunales colegiados y unitarios de circuito, los juzgados de distrito, tribunales militares y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales. La jurisprudencia que establezcan los Plenos de Circuito es obligatoria para los tribunales colegiados y unitarios de circuito, los juzgados de distrito, tribunales militares y judiciales del orden común de las entidades federativas y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales que se ubiquen dentro del circuito correspondiente. La*

²⁰⁸Tesis. P. / J.145/2000, *op. cit.*, nota 1.

*jurisprudencia que establezcan los tribunales colegiados de circuito es obligatoria para los órganos mencionados en el párrafo anterior, con excepción de los Plenos de Circuito y de los demás tribunales colegiados de circuito. **La jurisprudencia en ningún caso tendrá efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.***”

Como se observa, el artículo 217, de la Ley de Amparo vigente, categóricamente establece que **la jurisprudencia en ningún caso tendrá efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna;** lo que sin lugar a dudas otorga mayor seguridad jurídica a los justiciables a la hora de intentar las acciones correspondientes, pues como se analizó con anterioridad, en la secuela de un juicio pueda existir más de una interpretación de una misma norma y esa interpretación puede cambiar sustancialmente su contenido; esto es, puede existir una norma interpretada a través de la Jurisprudencia que en el momento de intentar la acción sea favorable al accionante; en tanto que a la hora de dictar sentencia, exista una nueva jurisprudencia que otorgue un nuevo significado a la norma previamente interpretada. Desde luego que, si esa interpretación contenida en la nueva jurisprudencia perjudica al accionante, en acatamiento a lo establecido en el citado artículo 217 de la Ley de Amparo vigente, no le será aplicable.

Desde luego que lo anterior, como se puso de manifiesto al inicio del desarrollo del presente tema, es un acierto del legislador en la medida en que se le está dando a la jurisprudencia el verdadero significado y alcance que tiene; aunque, en cierto modo, no se ha definido plena y categóricamente su naturaleza jurídica de norma jurídica *per se* y no dependiente de normas preexistentes. En efecto, si analizamos la exposición de motivos del citado artículo 217 de la Ley de Amparo vigente, no se hace alusión a la justificación de dicha reforma trascendental, pues, de manera general, se refiere a la jurisprudencia, dejando el

campo de interpretación a los tribunales facultados para sustentar las correspondientes tesis y tesis jurisprudenciales.²⁰⁹

“ . . . Jurisprudencia. En lo referente a lo jurisprudencia el primer punto analizado es el correspondiente con su fuerza obligatoria. Una vez analizadas las opciones susceptibles de ser seleccionadas, se optó por mantener la obligatoriedad como requisito de validez. Esta solución toma en cuenta la necesidad de que los tribunales acaten los criterios establecidos por ciertos órganos y la dificultad que, en muchas ocasiones, implica el conocimiento del sentido de la jurisprudencia. Por ello, y sin hacer de la obligatoriedad un supuesto de responsabilidad individual para los juzgadores, sí se garantiza la adecuada jerarquización que nuestro orden jurídico prevé a partir de los criterios de ciertos órganos. Otro tema sujeto a estudio es el relacionado con la generalidad e imprecisión de las tesis jurisprudenciales. Se comparte lo postulado por la Comisión en el sentido siguiente: “Debido a que la forma de construcción de las tesis es hoy en día, si puede decirse así, un extracto de los considerandos de una sentencia y esta última no se publica de manera íntegra ni en ella se alude a los hechos o elementos del caso, se propone que la tesis contenga el rubro que identifica el tema que se trata, el sub rubro que señale sintéticamente el criterio que se sustenta, las consideraciones interpretativas mediante las que se haya establecido el criterio, la

²⁰⁹ Exposición de motivos del Proyecto de Decreto por el que se expide la Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos y Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República; suscrita por los Senadores Jesús Murillo Karam, integrante del Grupo Parlamentario del Partido Revolucionario Institucional y Alejandro Zapata Perogordo, integrante del Grupo Parlamentario del Partido Acción Nacional de la LXI Legislatura del H. Congreso de la Unión.

identificación de la norma general interpretada, en su caso, y los datos de identificación del asunto. Con estas dos adiciones habrá de lograrse, primero, que los órganos competentes precisen las condiciones de interpretación y de aplicabilidad de los criterios que vayan estableciendo y, segundo, que los particulares o autoridades que actúan como partes encuentren formas más adecuadas para definir y formular sus defensas. La precisión de los criterios habrá de producir, entonces, una mayor certeza en la impartición de justicia”. Es también una modificación significativa la que consiste en reducir de cinco a tres el número de tesis que son necesarias para fijar jurisprudencia. Este cambio obedece a la búsqueda de un equilibrio entre el sistema de precedentes que se sigue en otros ordenamientos o en los procesos de controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad y el de reiteración de criterios que se prevé para la Ley de Amparo. Lo importante es, precisamente, lograr una solución intermedia entre ambos extremos. Esto se puede lograr con la disminución del número de asuntos a tres con el objetivo de que los órganos competentes puedan —con más facilidad— establecer la obligatoriedad de sus criterios para dotar de certeza a nuestro orden jurídico. . . ”

No obstante la citada exposición de motivos de la jurisprudencia, lo cierto es que la reforma en cita, viene a romper con la antigua regla de que a la jurisprudencia no le es aplicable el principio de no retroactividad en perjuicio de persona alguna; lo que invariablemente deja sin efecto los anteriores criterios jurisprudenciales en cuanto al citado tópico y deja abierta la puerta para considerar que la jurisprudencia efectivamente es una norma jurídica.

Desde luego que lo anterior no es un tema sencillo, sobre todo porque la aplicación de la jurisprudencia o su inaplicación por vulnerar el principio de no retroactividad consagrado en el artículo 14 constitucional se hace en un juicio, en donde comúnmente existe un litigio entre partes; de modo tal que esa inaplicación

puede ocasionar perjuicio a la contraparte del beneficiado; lo que a la fecha, constituye un tema inexplorado, tanto por la norma que la autoriza, como por la propia jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; o al menos en nuestro país. No obstante, este tema lo analizaremos en capítulos posteriores.

3.4 Órganos facultados para la creación jurisprudencial.

En términos del artículo 94 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,²¹⁰ el Poder Judicial de la Federación se compone por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, los tribunales colegiados y unitarios de Circuito, los juzgados de Distrito y el Consejo de la Judicatura Federal; todos estos órganos, a excepción de los tres últimos, tienen la facultad constitucional de emitir Jurisprudencia obligatoria, que lo será para todos los órganos jurisdiccionales de menor jerarquía respectivamente.

Además, con motivo de las reformas a la Constitución General los días 6 y 10 de junio de dos mil once, la Constitución dotó de facultades al Consejo de la Judicatura Federal, para que a través de acuerdos generales, establezca Plenos de Circuito, atendiendo al número y especialización de tribunales existentes en el circuito respectivo, quienes también están facultados para emitir jurisprudencia por unificación de criterios.²¹¹

3.4.1 Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, conforme al artículo 94 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, funciona en pleno y en salas; el artículo 217 de la Ley de Amparo vigente, dispone la obligatoriedad de la Jurisprudencia que pronuncie para todos los órganos jurisdiccionales locales o federales.²¹² De acuerdo con el artículo 4, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de

²¹⁰ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, última reforma Diario Oficial de la Federación del 10-02-2014.

²¹¹ Diarios Oficiales de la Federación del 06 y 10 de Junio de 2011, *op cit.*, nota. 192.

²¹² Diario Oficial de la Federación 02 de abril de 2013, *op. cit.*, nota. 193.

la Federación,²¹³ el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación puede funcionar con siete ministros, a excepción de los casos previstos en el artículo 105 Constitucional, fracción I, penúltimo párrafo, y fracción II, y 107, fracción II, párrafo tercero, en los que se requerirá la presencia de cuando menos ocho ministros. Con base en lo anterior, podemos establecer la importancia que tiene la relación existente entre el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación²¹⁴ y la Jurisprudencia; pues ésta prevalece sobre cualquier otra interpretación judicial en nuestro sistema legal. Esto se corrobora con lo prescrito por el artículo 217 de la Ley de Amparo que establece:

“Artículo 217. La jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia, funcionando en Pleno o en Salas, es obligatoria para éstas en tratándose de la que decreta el Pleno, y además para los Plenos de Circuito, los Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito, los Juzgados de Distrito, tribunales militares y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales.”

En materia de controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad, los razonamientos jurídicos formulados por el Máximo Tribunal en Pleno en sentencias aprobadas por un mínimo de ocho ministros, son obligatorios para los órganos jurisdiccionales de menor jerarquía, tanto del Poder Judicial de la Federación, como del orden común, pues así se desprende del artículo 43 de la Ley Reglamentaria de las fracciones II y III del artículo 105

²¹³Diario Oficial de la Federación del 02 de abril de 2013, mediante el cual se reforma el artículo 4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

²¹⁴La palabra “pleno” deriva del latín *plenus*, que significa “completo”, “lleno”, “entero”, “central” o “estupendo”; y esta misma definición, como locución adjetiva, significa a su vez la “reunión o junta general de una corporación”. Así que, cuando se utiliza la frase “en pleno”, como es el caso de los artículos citados, nos referimos a una junta o reunión, compuesta por todos los miembros de la colectividad que se expresa

Cfr. Real Academia Española, *op. cit.*, nota. 55, p.1786.

Constitucional.²¹⁵ Nótese que en materia de acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales la ley no habla sobre Jurisprudencia, sino de los razonamientos contenidos en las sentencias que resuelvan esa controversia. Con independencia de lo anterior, lo que ocurre normalmente es que para elaborar tesis de Jurisprudencia derivadas de estos juicios, se sigue el procedimiento de extractar el criterio sostenido y aprobar su texto en una sesión, tal como se hace respecto de la Jurisprudencia emanada en resoluciones de amparo.

Esto es, en México a diferencia del *commonlaw*, se distingue en la *ratio decidendi*²¹⁶ y los *obiter dicta*²¹⁷, aquí la *ratio decidendi* que consistente en el criterio esencial que fue materia de discusión, se extrae y se plasma para que el mismo sea obligatorio a todos los órganos jurisdiccionales; en tanto que en aquel país, no se distingue entre estos dos elementos, sino que únicamente el juzgador usa el precedente y resuelve el caso sujeto a su potestad; sin embargo, desde mi particular punto de vista, al no distinguirse se corre el riesgo de que exista una confusión; de ahí que, el sistema de creación jurisprudencial en México, represente una gran ventaja en cuanto al de aquél sistema normativo.

3.4.2 Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La Suprema Corte de Justicia funciona con dos salas de conformidad con el artículo 15 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, el Presidente de la Suprema Corte no integra alguna de las salas, según lo dispuesto por el artículo 3o. de la ley.²¹⁸ La Jurisprudencia que emitan las salas es obligatoria para

²¹⁵Diario Oficial de la Federación del 2 de abril de 2013, *op.cit.* nota. 193.

²¹⁶ *Ratio Decidendi*: La razón de decidir.

Cfr. Elías Azar Edgar, *op. cit.*, nota. 94,p. 345.

²¹⁷ *Obiter Dicta*: Dicho como de paso, *ibidem*. p.263.

²¹⁸El vocablo sala proviene etimológicamente del antiguo alto alemán *sal*, que significa “casa” o “morada”, “edificio de una sola pieza de recepción”, “pieza principal de la casa donde se reciben las visitas de cumplimiento”. Desde el punto de vista jurídico, se trata de la pieza donde se constituye un “tribunal de justicia para celebrar audiencia y despachar los asuntos sometidos a él”. En otro de

los plenos de circuito, tribunales colegiados y unitarios de Circuito, los juzgados de Distrito, los tribunales militares y judiciales del orden común de los Estados y de la Ciudad de México, y tribunales administrativos, del trabajo, locales o federales. Asimismo, se constituirá siempre y cuando las resoluciones se sustenten en cinco sentencias ejecutorias ininterrumpidas por otra en contrario, y que hayan sido aprobadas por cuatro ministros, por lo menos.

La distribución de los asuntos es la siguiente: La primera Sala conocerá de los asuntos penales y civiles; y la segunda, de los asuntos administrativos y del trabajo. Aunque ésta es la distribución originaria de los asuntos de las salas, mediante acuerdo general 4/2002 del tribunal pleno, se determinó que se hiciera el envío de diversos tipos de asuntos para que fueran radicados por las salas, independientemente de las materias que tuvieran signadas.²¹⁹

3.4.3 Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación

Respecto de la interpretación de las disposiciones jurídicas y la resolución de los conflictos en materia electoral, se encargó a partir de 1996, al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, dado que los procesos electorales eran revisados por órganos e instituciones políticas; y por tribunales como el Contencioso Electoral, y el Tribunal Federal Electoral. De ese modo, evolucionó el sistema de resolución de controversias en materia electoral hasta 1996, cuando se

sus significados, se trata del “conjunto de magistrados o jueces que tienen atribuida jurisdicción privativa sobre determinadas materias.

Cfr. Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 22 ed., Madrid, 2001, t. h/z, p. 2009.

²¹⁹De conformidad con el artículo 11, fracción IV, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y los Acuerdos Generales 1/1997, de 27 de mayo de 1997; 4/2000, de 9 de marzo de 2000; 9/2000, de 7 de septiembre de 2000; 2/2001, de 19 de febrero de 2001; y 5/2001, de 21 de junio de 2001, todos del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se determinó la competencia por materia de cada una de las salas y el envío de los asuntos de competencia originaria del pleno a dichas salas, en la última redistribución de los asuntos.

creó el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación como máxima instancia jurisdiccional en la materia, a la que se atribuyó la facultad para resolver, de manera definitiva e inatacable, las impugnaciones contra actos o resoluciones de naturaleza electoral, en los ámbitos tanto federal como local, con excepción de las acciones de inconstitucionalidad, cuyo conocimiento corresponde en exclusiva a la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

El artículo 99 de la Constitución Federal dispone que el Tribunal Electoral, con excepción de lo dispuesto por la fracción II del artículo 105 de la Máxima Ley, es el órgano especializado del Poder Judicial de la Federación en materia electoral; asimismo, de conformidad con el artículo 185 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación está integrado por una sala superior y cinco salas regionales.

La votación en la Sala Superior²²⁰ es trascendente para los efectos de la Jurisprudencia, ya que para estar en condición de fijarla deberá reunirse una votación calificada. La sala superior utiliza tres mecanismos de votación: por unanimidad, por mayoría simple, y mayoría calificada, lo cual depende del asunto y objeto de la votación. Además, en caso de empate, el Presidente de la Sala tiene voto de calidad. Sólo podrá abstenerse de votar el magistrado electoral cuando tenga impedimento legal o no haya estado presente en la discusión del asunto. Pero cuando disintiere del razonamiento de la mayoría o su proyecto fuere rechazado, podrá formular voto particular, el cual deberá administrarse al fallo final, siempre y cuando se presente el voto particular antes de que dicha sentencia aprobada sea firmada.

²²⁰La Sala Superior se compone de siete magistrados que sesionan en pleno, no obstante, puede integrarse válidamente con la asistencia de cuando menos cuatro magistrados. Empero, para hacer la declaración de validez de Presidente electo de los Estados Unidos Mexicanos, la Sala Superior deberá sesionar con la presencia de por lo menos seis de sus integrantes.

Es competencia de la Sala Superior, de conformidad con lo establecido en la fracción IV del artículo 189 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación: *“IV. Fijar la jurisprudencia obligatoria en los términos de los artículos 232 al 235 de esta ley;”* La Jurisprudencia del Tribunal Electoral, conforme al título decimoprimer, capítulo IX, sección V, denominado *“de la jurisprudencia”*, se establece, tanto por la Sala Superior, como por las salas regionales. En el caso de la Sala Superior, se fija Jurisprudencia mediante el sistema de reiteración, por tres sentencias no interrumpidas por otra en contrario, siempre que se sostenga el mismo criterio de aplicación o interpretación de la norma.

La Jurisprudencia del Tribunal Electoral será obligatoria para las salas del propio Tribunal, el Instituto Federal Electoral, y las autoridades electorales locales, cuando se trate de la interpretación en asuntos relativos a los derechos político-electorales de los ciudadanos o en aquellos asuntos en que se hayan impugnado actos o resoluciones de esas autoridades en los términos previstos por la Constitución Federal y las leyes respectivas. Asimismo, el artículo 235 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, dispone también que la Jurisprudencia del Pleno de la Suprema Corte de Justicia sea obligatoria para el Tribunal Electoral, cuando se refiera a la interpretación directa de un precepto de la Constitución y en los casos en que ésta resulte exactamente aplicable.

3.4.4 Salas Regionales del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación

Las salas del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación están encargadas de resolver las controversias ocurridas en los procesos electorales federales de cada una de las circunscripciones plurinominales en que ejerzan su jurisdicción territorial, con excepción de las previstas por la Ley General de Sistemas de Medios de Impugnación en Materia Electoral; pueden sustentar Jurisprudencia, a través de cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario; pero, para que sea declarada obligatoria, tanto el rubro, como el texto, deben ser aprobados por la Sala Superior. Para tal efecto, la sala regional debe

enviar la propuesta de tesis a la Sala Superior, con las cinco sentencias dictadas en el orden señalado, a fin de que esta última haga, si es el caso, la determinación legal para que ese criterio sea obligatorio.

La contradicción de tesis por dos o más salas regionales, puede ser planteada en cualquier momento por una sala, un magistrado electoral de cualquier sala, o por las partes del caso sobre el que recae la contradicción; así, la Sala Superior debe emitir la declaración respectiva sin que se modifiquen los efectos de las sentencias dictadas con antelación. Una vez que la Sala Superior hubiese dictado el criterio que se pretende que sea obligatorio, es necesario, como elemento formal de validez que haya una declaración formal, que debe notificarse de inmediato a las salas regionales, al Instituto Federal Electoral y, en su caso, a las autoridades locales, debiéndose publicar en el órgano de difusión del Tribunal Electoral.

3.4.5 Plenos de Circuito

Con motivo de las reformas a la Constitución General los días 6 y 10 de junio de dos mil once la Constitución dotó de facultades al Consejo de la Judicatura Federal para que, a través de acuerdos generales, establezca Plenos de Circuito, atendiendo al número y especialización de tribunales existentes en el circuito respectivo.

Dichos Plenos de Circuito vienen a aminorar la carga de trabajo que la Suprema Corte de Justicia de la Nación venía haciendo en la resolución de contradicción de tesis suscitadas entre tribunales colegiados de circuito, además de que convalida su carácter de Tribunal Constitucional, en la medida en que el tema de legalidad lo atribuye a los correspondientes Plenos de Circuito. Así, el artículo 107, fracción XIII de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dispone que cuando los tribunales colegiados de un mismo circuito sustenten tesis contradictorias en los juicios de amparo de su competencia, las

partes legitimadas podrán denunciar la contradicción de tesis ante el Pleno de Circuito correspondiente.

3.4.6 Tribunales Colegiados de Circuito

Desde el artículo 123 de la Constitución Federal de 1824 se establecieron los Tribunales de Circuito, al señalar: “El Poder Judicial de la Federación residirá en una Corte Suprema de Justicia, en los tribunales de Circuito, y en los juzgados de Distrito.”²²¹ No obstante, éstos, por su integración y funcionamiento, fueron constituidos en tribunales colegiados de Circuito en 1887, cuya función principal era, muy semejante a la de los Tribunales de Circuito de los Estados Unidos de América; esto es, llevar hasta aquellos lugares donde no había tribunales fijos la administración de justicia federal. Lo anterior obedece al federalismo. Incluso, cuando México se convirtió en un Estado centralista, los tribunales colegiados de Circuito desaparecieron.²²²

En la Constitución Federal de 1917 se consolidó el Poder Judicial de la Federación y el juicio de amparo, aunque en su texto original no existió la palabra “colegiados”;ese carácter lo adquirieron hasta la reforma constitucional de 1951.²²³

En efecto, no fue sino hasta 1951 cuando se hizo alusión concreta a que el ejercicio del Poder Judicial de la Federación se depositaría en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en los tribunales de Circuito, colegiados en materia de amparo y unitarios en materia de apelación.²²⁴La Jurisprudencia que fija un

²²¹ Tena Ramírez Felipe, *op. cit.*, nota.124, p.186.

²²² *Ibidem*, p.189.

²²³ López Martínez José, *La suplencia de la deficiencia de la queja en el juicio de amparo*, tesis para obtener el título de licenciado en derecho, México 1996, p.24.

²²⁴ Artículo 94. Se deposita el ejercicio del Poder Judicial de la Federación en una Suprema Corte de Justicia en Tribunales de Circuito, Colegiados en materia de amparo y unitarios en materia de apelación, y en Juzgados de Distrito. La Suprema Corte de Justicia de la Nación se compondrá de veintiún Ministros y funcionará en Tribunal Pleno o en Salas. Habrá, además, cinco Ministros Supernumerarios. Las audiencias del Tribunal Pleno o de las Salas serán públicas, excepción

tribunal colegiado de Circuito es obligatoria para los tribunales unitarios de circuito, juzgados de Distrito, tribunales militares y judiciales del fuero común de los Estados y del Distrito Federal, tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales.

Por último, en cuanto a la obligatoriedad de la Jurisprudencia, para los tribunales colegiados de Circuito, Carolina Pichardo Blake,²²⁵ al hablar sobre el tema, sostiene que ésta tiene efectos de ley, dado que es de observancia obligatoria en términos del artículo 192 de la Ley de Amparo anterior, pero a diferencia de la Ley, el acto jurídico por medio del cual se crea la Jurisprudencia, no señala el momento a partir del cual se exige su obligatoriedad, no obstante que ésta surte efectos, desde que se declara formada y, afirma que, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha interpretado de manera sistemática los artículos 192 y 195 de la ley en comento, y fijó criterio, en el sentido de que a los tribunales colegiados, sólo puede exigírseles la aplicación obligatoria de la Jurisprudencia a partir de que es publicada en el Semanario Judicial de la Federación, o antes si tuvieron conocimiento de ella por otros medios. La tesis es la siguiente:

“JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. NO PUEDE EXIGIRSE SU APLICACIÓN A LOS TRIBUNALES, SINO A PARTIR DE SU PUBLICACIÓN EN EL SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN Y SU GACETA, O ANTES, SI DE ELLA

hecha de los casos en que la moral o el interés público exijan que sean secretas. Los períodos de sesiones de la Suprema Corte, funcionamiento del Pleno y de las Salas, las atribuciones de los Ministros supernumerarios y el número y competencia de los Tribunales de Circuito y de los Jueces de Distrito se regirán por esta Constitución y lo que dispongan las leyes. En ningún caso los Ministros supernumerarios integrarán el Pleno. La remuneración que perciban por sus servicios los Ministros de la Suprema Corte, los Magistrados de Circuito y los Jueces de Distrito, no podrá ser disminuida durante su encargo.”

²²⁵ Pichardo Blake, Carolina, *“La jurisprudencia”*, Serie Grandes Temas de Amparo Laboral en el Nuevo Milenio, México, Iure Editores, 2005, t. II, p. 372.

TUVIERON CONOCIMIENTO POR OTRA DE LAS VÍAS PREVISTAS EN LA LEY DE AMPARO. De la interpretación adminiculada y armónica de los artículos 192 y 195 de la Ley de Amparo, se obtiene que la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, funcionando en Pleno o en Salas, es obligatoria para los tribunales y que aprobado el texto de la tesis jurisprudencial, se remitirá al Semanario Judicial de la Federación y a los tribunales de amparo, para su publicidad y difusión. Por tanto, aunque la jurisprudencia es obligatoria en cuanto se integra, sólo puede exigirse de los tribunales su aplicación a partir de su publicación en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, o antes si tuvieron conocimiento de ella por otros medios, entre ellos, los previstos por los artículos 195, fracciones III y IV, y 197-B, de la Ley de Amparo. Por lo tanto, si al momento de resolver una cuestión jurídica aún no se había dado a una jurisprudencia aplicable al caso concreto la debida difusión por los medios señalados, ni existen datos que demuestren su conocimiento previo por los tribunales de amparo, no puede, válidamente, imputárseles su inaplicación.²²⁶

Con relación a lo anterior, la Jurisprudencia será obligatoria para los órganos jurisdiccionales a partir de que tengan conocimiento de ella, pues en la actualidad los medios electrónicos han facilitado su conocimiento. Incluso, las sesiones del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que son transmitidas por el Canal Judicial de televisión son una herramienta eficaz e innovadora, tanto para litigantes, como propios juzgadores para advertir el momento en que es aprobada una Jurisprudencia.

²²⁶ Registro No. 191339, Localización: Novena Época, Instancia: Segunda Sala, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XII*, Agosto de 2000 Página: 364, Tesis: 2a. LXXXVII/2000, Tesis Aislada, Materia(s): Común.

Incluso, en el nuevo Semanario Judicial de la Federación, las tesis jurisprudenciales, tesis y ejecutorias, se publican de manera semanal, apareciendo dentro de sus datos de publicación la fecha y hora de ello.²²⁷

3.5 Procesos de creación e interrupción de la jurisprudencia que establece la Ley de Amparo vigente.

Conforme a la nueva Ley de Amparo, la jurisprudencia se establece por reiteración, por contradicción y sustitución.

3.5.1 Proceso de creación de la Jurisprudencia por reiteración.

La Jurisprudencia por reiteración,²²⁸ se forma con la emisión de cinco sentencias que resuelven casos distintos pero con la misma decisión judicial. Este sistema de formación jurisprudencial se creó después de la intervención francesa y la restauración de la República liberal en 1867. Para entonces, el público ya podía conocer los fallos de los tribunales, gracias a publicaciones como el Semanario Judicial de la Federación, creado mediante decreto emitido por Benito Juárez en 1870.²²⁹ La edición del Semanario pretendió fundamentalmente difundir las ejecutorias de los tribunales y unificar sus criterios, con lo que éstos gozarían de cierta autoridad. Con la Ley de Amparo de 1882, Ignacio L. Vallarta recomendó que los criterios se volvieran obligatorios tras su reiteración en cinco ocasiones. Aprobada aquella ley, la reiteración de criterios se convirtió en el sistema por excelencia de creación jurisprudencial. La segunda época del Semanario Judicial de la Federación, iniciada en enero de 1881 y concluida en diciembre de 1889, se

²²⁷ Portal de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Nuevo Semanario Judicial de la Federación, <http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSem/Paginas/SemanarioIndex.aspx>, fecha de consulta 17 de octubre de 2017.

²²⁸ La palabra reiteración proviene del latín *reiteratio*, *onis* y significa "acción y efecto de reiterar". A su vez, reiterar, del latín *reiterare*, alude a "volver a decir o hacer algo."

Cfr: Real Academia Española, *op. cit.*, nota. 218, p.1934.

²²⁹ Tena Ramírez Felipe, *op. cit.*, nota. 124, p.697.

conoce también como "Época Vallarta", al haberse integrado de acuerdo con el sistema ideado por aquel jurista.²³⁰

El artículo 94, párrafo décimo, de la Constitución Federal, dispone que la ley fijará los términos en que sea obligatoria la Jurisprudencia establecida por los tribunales del Poder Judicial de la Federación; y los Plenos de Circuito, sobre la interpretación de la Constitución y normas generales, así como los requisitos de interrupción y sustitución. Por su parte, el artículo 222 de la Ley de Amparo vigente, establece: "*La jurisprudencia por reiteración del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se establece cuando se sustente un mismo criterio en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, resueltas en diferentes sesiones, con una mayoría de cuando menos ocho votos.*"; en tanto que la de las salas del máximo Tribunal el artículo 223, establece una mayoría de cuatro votos.

Por otra parte, el artículo 224 de la Ley de Amparo especifica que las resoluciones de los tribunales colegiados de Circuito serán Jurisprudencia en los términos de la del Pleno y Salas; salvo la votación que deberá ser unánime.

Debe tenerse en consideración que la reiteración para conformar Jurisprudencia exclusivamente debe ser de ejecutorias, pues al analizar el Semanario Judicial de la Federación, de los anexos de los informes anuales de labores se infiere que ha sido la interpretación reiterada que consuetudinariamente se ha hecho, pues se han publicado como jurisprudencias criterios diversos que el Pleno y las salas han reiterado, en los términos de la ley, en asuntos donde las resoluciones no fueron ejecutorias, sino que derivaron de incidentes desuspensión, de inejecución de sentencias y de repetición del acto reclamado yaún de consultas a trámite. Similar situación se ha presentado en los criterios sustentados por los Tribunales Colegiados de Circuito.²³¹

²³⁰ Ignacio L. Vallarta, *op. cit.*, nota. 35, p.43.

²³¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *La jurisprudencia su integración*, 2ª ed., México, Imprenta Juventud, 2005, pp. 29 y 30.

De los artículos 223 y 224 de la Ley de Amparo vigente,²³² se desprende que la Jurisprudencia por reiteración se forma al cumplirse cuatro requisitos:

-Que se trate de resoluciones de la Suprema Corte de Justicia funcionando en Pleno o salas o de los tribunales colegiados de Circuito, en asuntos de su competencia exclusiva.

- Que el órgano emisor sea terminal.

- Que sustenten un criterio en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario obligatoria.

- Que tales sentencias alcancen una votación de ocho votos, si son del Pleno, cuatro si son de sala, y unanimidad de votos las provenientes de los tribunales colegiados de Circuito.

Es dable destacar que conforme al artículo séptimo transitorio de la nueva Ley de Amparo, se establece que para la integración de la jurisprudencia por reiteración de criterios, no se tomarán en cuenta las tesis aprobadas en los asuntos resueltos conforme a la ley anterior.

3.5.2 Proceso de creación de la Jurisprudencia por unificación o contradicción de tesis

El segundo sistema de integración jurisprudencial en México, es el conocido como "unificación de criterios", derivado de contradicciones de tesis.²³³ En materia

²³² Diario Oficial de la Federación del 02 de abril de 2013.

²³³ Según la Real Academia Española, la palabra unificación significa "acción y efecto de unificar". A su vez, unificar —del latín unus, uno, y facere, hacer— tiene las siguientes acepciones: "Hacer de muchas cosas una o un todo, uniéndolas, mezclándolas o reduciéndolas a una misma especie", y "Hacer que cosas diferentes o separadas formen una organización, produzcan un determinado efecto, tengan una misma finalidad, etcétera.

Cfr: Real Academia Española, *op. cit.*, nota. 218, p.2253.

jurisprudencial es muy común que por lo que hace a normas preexistentes éstas sean susceptibles de admitir más de una interpretación; de ahí que, en buena medida, puede generar incertidumbre jurídica en los justiciables, de tal forma que es conveniente la unificación de criterios o establecer el correcto con motivo de su contradicción. Este sistema pretende preservar la unidad de la interpretación del orden jurídico nacional, al decidir los criterios que deben prevalecer cuando existe oposición entre los sustentados por las salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación o los tribunales colegiados de Circuito, en torno a un mismo problema legal, sin que se afecten las situaciones jurídicas concretas derivadas de los juicios en los que se hubiesen emitido dichos criterios.

Con motivo de la entrada en vigor del decreto reformador de varios artículos constitucionales, publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 10 de agosto de 1987 y las posteriores reformas a la Ley de Amparo y de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación que, en general, se conoció como la reforma judicial de 1987, se otorgaron facultades a los Tribunales Colegiados de emitir jurisprudencia, pues el artículo 192 de la Ley de Amparo anterior, se le adicionó un tercer párrafo: *"También constituye jurisprudencia las resoluciones que diluciden las contradicciones de tesis de Salas y de tribunales colegiados."* Esto respondió al reforzamiento de la competencia de los tribunales colegiados; de ahí que fuera indispensable crear un mecanismo para resolver la unificación de criterios divergentes.²³⁴

Debe quedar de manifiesto que la denuncia de contradicción de tesis no es un recurso de aclaración de sentencia ni de revisión, sino un sistema de integración jurisprudencial, dado que no existen partes contendientes, ni mucho menos se establece una *litis*; por ende, la contradicción de tesis es un sistema de integración jurisprudencial cuya finalidad consiste en preservar la unidad de interpretación, decidiendo los criterios que deben prevalecer cuando existe oposición entre los que sustenten los mencionados órganos jurisdiccionales en

²³⁴Suprema Corte de Justicia de la Nación, *op. cit.*, nota. 231, p. 33.

torno a un mismo problema legal, sin que se afecten las situaciones jurídicas concretas derivadas de los juicios que hubieran originado dichos criterios; como pudiese ser la sentencia. A diferencia del procedimiento de unificación de criterios, la sentencia propiamente dicha es la resolución jurisdiccional por excelencia, pues es en ella que se manifiesta en toda su plenitud la función jurisdiccional.²³⁵

Cuando las salas de la Suprema Corte de Justicia sustenten tesis contradictorias, quien tiene legitimación para denunciar su contradicción, de conformidad con el artículo 227, fracción I, de la Ley de Amparo, son los ministros, los Plenos de Circuito, los tribunales colegiados de circuito y sus integrantes, los jueces de Distrito, el Procurador General de la República y las partes que intervinieron en los juicios donde tales tesis hubieran sido sustentadas; debiendo resolverla el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Asimismo, cuando se trate de dilucidar las contradicciones entre los Plenos de Circuito, entre los especializados de un mismo circuito, los de diversa especialidad; así como entre los tribunales colegiados de distinto circuito, conforme a la fracción II, quien tiene legitimación para denunciarlas, serán los ministros, los Plenos de Circuito, los Tribunales Colegiados de Circuito y sus integrantes que hayan sustentado las tesis discrepantes, los jueces de Distrito, el Procurador General de la República y las partes que intervinieron en los juicios donde las motivaron; debiendo resolverla el Pleno o las salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, según la materia.

Finalmente, cuando deban dilucidarse contradicción de tesis de tribunales colegiados del circuito correspondiente, quien puede denunciarla, serán los tribunales colegiados del correspondiente circuito y sus integrantes, los jueces de Distrito, el Procurador General de la República y las partes que intervinieron en los juicios donde tales tesis hubieran sido sustentadas.

²³⁵ De Silva Nava Carlos, "El acto jurisdiccional", Isonomía, *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* 21, México, Fontamara, 2004, p.157.

La denuncia de contradicción de tesis procede cuando existen criterios divergentes en cuanto a un mismo punto de derecho; pues no basta con que existan determinadas contradicciones si éstas sólo se dan en aspectos accidentales o secundarios dentro de los fallos que originan la denuncia, siendo estos los *obiter dicta*, sino que la oposición debe presentarse en la sustancia del problema jurídico debatido; esto es en la *ratio decidendi*. Será la naturaleza del problema, situación o negocio jurídico analizado, la que determine materialmente la contradicción de tesis.

La Primera Sala, en la novena época ha establecido que para que una denuncia de contradicción de tesis sea procedente, no se requiere que los criterios opuestos constituyan Jurisprudencia, pues los artículos 107, fracción XIII, primer párrafo, de la Constitución Federal, y 197-A de la Ley de Amparo anterior a la vigente, que establecen el procedimiento para resolverla, no imponen tal condición. En efecto, dispone la tesis:

“CONTRADICCIÓN DE TESIS. ES PROCEDENTE LA DENUNCIA RELATIVA CUANDO EXISTEN CRITERIOS OPUESTOS, SIN QUE SE REQUIERA QUE CONSTITUYAN JURISPRUDENCIA. Adicionalmente al criterio establecido por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis de jurisprudencia P./J. 26/2001, de rubro: “CONTRADICCIÓN DE TESIS DE TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO. REQUISITOS PARA SU EXISTENCIA.”, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XIII, abril de 2001, página 76, para que la denuncia de contradicción de tesis sea procedente, no se requiere que los criterios que se consideren opuestos constituyan jurisprudencia, toda vez que los artículos 107, fracción XIII, primer párrafo, de la Constitución Política de los Estados

*Unidos Mexicanos y 197-A de la Ley de Amparo, que establecen el procedimiento para resolverla, no imponen dicho requisito.*²³⁶

Respecto de lo anterior, ya desde la anterior conformación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de acuerdo a la obra de Gerardo Zertuche García: *“La Jurisprudencia en el Sistema Jurídico Mexicano”*²³⁷ la denuncia de contradicción de criterios podía presentarse entre dos precedentes de distintos tribunales, sin que se requiriese que ambas fuesen tesis jurisprudenciales, bajo la modalidad del método reiterativo.

La nueva Ley de Amparo, no hace distinción en cuanto a que para la existencia de contradicción de criterios, debe necesariamente ser con base en una tesis de jurisprudencia.

3.5.3 Proceso de creación de la Jurisprudencia por sustitución

Una innovación que trajo la nueva Ley de Amparo es la sustitución de la jurisprudencia; en cuanto a ésta conviene citar el artículo 230, el que en la parte que interesa, dispone:

“Artículo 230. La jurisprudencia que por reiteración o contradicción establezcan el pleno o las salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como los Plenos de Circuito, podrá ser sustituida conforme a las siguientes reglas:

*I. Cualquier tribunal colegiado de circuito, previa petición de alguno de sus magistrados, **con motivo de un caso concreto una vez resuelto**, podrán solicitar al Pleno de Circuito al que pertenezcan que sustituya la jurisprudencia que por contradicción haya establecido, para lo cual*

²³⁶ Tesis: 1ª./J.129/2004, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXI, enero de 2005, p. 93.

²³⁷ Zertuche García, Héctor Gerardo, *La jurisprudencia en el sistema jurídico mexicano*, 2ª ed., México, Porrúa, 1992, p.141.

expresarán las razones por las cuales se estima debe hacerse. Para que los Plenos de Circuito sustituyan la jurisprudencia se requerirá de las dos terceras partes de los magistrados que lo integran.

*II. Cualquiera de los Plenos de Circuito, previa petición de alguno de los magistrados de los tribunales colegiados de su circuito y **con motivo de un caso concreto una vez resuelto**, podrán solicitar al pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, o a la sala correspondiente, que sustituya la jurisprudencia que hayan establecido, para lo cual expresarán las razones por las cuales se estima debe hacerse. La solicitud que, en su caso, enviarían los Plenos de Circuito al pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, o a la sala correspondiente, debe ser aprobada por la mayoría de sus integrantes.*

*III. Cualquiera de las salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, previa petición de alguno de los ministros que las integran, **y sólo con motivo de un caso concreto una vez resuelto**, podrán solicitar al pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que sustituya la jurisprudencia que haya establecido, para lo cual expresarán las razones por las cuales se estima debe hacerse. La solicitud que, en su caso, enviaría la sala correspondiente al pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, deberá ser aprobada por la mayoría de sus integrantes.”*

Como se advierte, un requisito fundamental para que opera la sustitución, es que esta sea motivada por un caso concreto una vez que haya sido resuelto; además de que se deberán sustentar las razones jurídicas por las que se considere deba sustituirse. Asimismo, la sustitución de la jurisprudencia en ningún caso puede afectar los casos resueltos que motivaron la sustitución. Lo anterior obedece a que la materia de su sustitución está delimitada por las situaciones jurídicas que se analizaron en concreto, sin poder abordarse otros aspectos que impliquen adiciones al criterio original, o la solución de planteamientos jurídicos ajenos al tema de contradicción originalmente planteado, pues de hacerlo, se crearía Jurisprudencia en una forma no prevista por la ley.

Bajo las consideraciones anteriores y de conformidad con el penúltimo párrafo del artículo 230 del citado ordenamiento, la Jurisprudencia se podrá sustituir siempre que se pronuncie ejecutoria en contrario por ocho ministros —si se trata de la sustentada por el Pleno— o por cuatro —si es de una sala—, mientras no se produzca la resolución con los votos mayoritarios que sustituya una Jurisprudencia, ésta debe acatarse y aplicarse por los órganos judiciales correspondientes.

Finalmente, de acuerdo a los procedimientos establecidos en el artículo 230 de la Ley de Amparo vigente, y como se establecía en la modificación de la jurisprudencia a que se refería la Ley de Amparo abrogada, la variabilidad de la Jurisprudencia deriva de su propia naturaleza, en tanto que sólo es posible adaptarla a la realidad social cuando los integrantes de los respectivos órganos jurisdiccionales lo soliciten, sin que se haga extensiva a las partes que intervinieron en el caso concreto que la motivó. Lo contrario supondría que las partes pudieran solicitar la modificación de cualquier Jurisprudencia adversa a sus intereses, lo que produciría una situación caótica.

3.5.4 Proceso de interrupción de la Jurisprudencia

El artículo 228 de la Ley de Amparo vigente, dispone lo atinente respecto de la interrupción de la Jurisprudencia.²³⁸

“Artículo 228. La jurisprudencia se interrumpe y deja de tener carácter obligatorio cuando se pronuncie sentencia en contrario. En estos casos en la ejecutoria respectiva deberán expresarse las razones en que se apoye

²³⁸La palabra interrupción —del latín interruptio, -onis— se traduce en la "acción y efecto de interrumpir"; a su vez, este último término —derivado del latín interrumpere— implica "cortar la continuidad de algo en el lugar o en el tiempo"

Cfr. Real Academia Española, *op.cit.*, nota 218, p.1294.

la interrupción, las que se referirán a las consideraciones que se tuvieron para establecer la jurisprudencia relativa.”

De lo anterior se sigue que la interrupción de la Jurisprudencia implica dejar de tener carácter obligatorio y vigencia. Con base en el citado precepto, debe tenerse en consideración que la ejecutoria que interrumpe la Jurisprudencia debe expresar las razones en que se apoye la interrupción, y las que sirvieron de sustento para establecerla.

Desde luego que el órgano capacitado para interrumpir la jurisprudencia es quién la sustentó o un órgano superior, pues si proviene de un órgano inferior, por ejemplo, de un tribunal colegiado que pretenda sustituir una jurisprudencia de alguna Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ello implicará que primero resuelva el caso sujeto a su decisión con base en la antigua jurisprudencia y posteriormente exponga las consideraciones por las que estima debe interrumpirse el criterio correspondiente.

Capítulo 4.

Naturaleza jurídica de la Jurisprudencia

SUMARIO: 4.1 Consideraciones previas. 4.2 La jurisprudencia como norma jurídica 4.3 La jurisprudencia como fuente del derecho. 4.4 La jurisprudencia como integración de la ley. 4.5 La jurisprudencia como interpretación jurídica. 4.6 La jurisprudencia como interpretación judicial. 4.7. Ámbitos de validez de la jurisprudencia. 4.7.1 Personal. 4.7.2 Espacial. 4.7.3 Por materia. 4.7.4 Temporal. 4.7.5. La retroactividad de la jurisprudencia. 4.7.6 Requisito de la aplicación retroactiva de la jurisprudencia: El perjuicio en la persona.

4.1 Consideraciones previas.

Uno de los aspectos sustanciales que encierra la presente investigación consiste en la afirmación de que la jurisprudencia constituye una norma jurídica. Desde luego que ese aserto no es fácil de demostrar, principalmente si se toman en consideración, en primer lugar, las muy contadas obras que se han escrito al respecto, pues una de las cuestiones que han estado rezagadas en la cultura jurídica mexicana es analizar la verdadera naturaleza jurídica de la jurisprudencia; esto es, si es interpretación de la ley, si es únicamente integradora de ésta, o si en el caso es una verdadera norma jurídica; y por otra parte, la connotación que la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación le ha dado,²³⁹ pues como ya se ha puesto de manifiesto en párrafos que anteceden, tan sólo en la Novena Época del Semanario Judicial de la Federación, pese a que se estableció concretamente que la jurisprudencia subsana las lagunas o huecos que tiene la ley, no es considerada una norma.

Lo anterior, ha traído implicaciones prácticas en la función jurisdiccional, pues si no se considera una norma jurídica, vendrán consecuencias seriamente considerables que dejarán en estado de indefensión a las partes que se someten a un proceso jurisdiccional, sobre todo en el ámbito temporal de validez de la

²³⁹ Tesis P./J.145/2000, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XII, diciembre de 2000, p. 16.

jurisprudencia.²⁴⁰ Afortunadamente, con la nueva Ley de Amparo, se le ha dado una connotación distinta, en el sentido de que no se deberá aplicar de manera retroactiva en perjuicio de persona alguna; y ello ha dado lugar a discusiones en el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación,²⁴¹ sobre su proscripción retroactiva en perjuicio de alguna de las partes, empero, sin abordar su naturaleza de norma jurídica.

4.2 La jurisprudencia como norma jurídica

El tema en estudio no es fácil, pues existen diversos sectores que visualizan a la jurisprudencia no como una norma, sino únicamente como una herramienta de interpretación que tienen los jueces para poder unificar los criterios y entender la razones legislativas correspondientes para la solución de un caso sujeto a la decisión judicial.²⁴² De ahí que resulte de particular importancia analizar el concepto de norma jurídica. Claro está que emprender esta definición resultará un tanto cuanto difícil, en la medida en que no todos los autores son coincidentes con su conceptualización. No obstante, trataremos de llegar a una definición armónica del término norma jurídica, pues para emprender el estudio de la jurisprudencia como tal, evidentemente tenemos que definir a esta última.

²⁴⁰ Apenas en la Novena Época del Semanario Judicial de la Federación se determinó que respecto al ámbito de validez temporal de la Jurisprudencia, ésta es obligatoria al momento de ser sentada y no puede ser objeto de la garantía de no retroactividad en perjuicio de persona alguna a que se refiere el artículo 14 constitucional para las leyes. Esta conclusión tiene su fundamento en la propia Jurisprudencia P./J.145/2000 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver que a la Jurisprudencia respectivamente no le es aplicable el párrafo primero del artículo 14 constitucional, por la sencilla razón de que no es norma, sino únicamente la interpretación de ésta.

²⁴¹ Sesiones de 21 y 25 de mayo de 2015 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

²⁴² Baste citar la discusión que se ha venido dando en el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la contradicción de tesis 182/2014, sesiones de 21 y 25 de mayo de 2015, en donde no todos los Ministros fueron unánimes en considerar a la jurisprudencia como norma jurídica, por ejemplo, el ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena sostuvo que ésta constituye una determinación judicial que otorga contenido a un conjunto de normas jurídicas, empero que no constituye *per se* una norma jurídica.

Al respecto, Gerardo Dehesa Dávila, en su obra *Etimología Jurídica*, define el vocablo “Norma” como palabra culta (calco): Escuadra que usaban los artífices para ajustar maderos y piedras; de ahí la palabra regla que se debe seguir o la que se deben ajustar las conductas. También la define como precepto jurídico, haciendo notar que se está en presencia de un vocablo polisémico; esto es que, en ocasiones se habla de norma como equivalente a un documento jurídico, o a veces como a una disposición.²⁴³

Óscar Correas,²⁴⁴ nos dice que la palabra “Norma” utilizada por los juristas, significa un enunciado producido por un funcionario público, o bien por un particular pero esencialmente autorizado para producirlas (con lo cual tal particular puede, en realidad, ser visto como funcionario público, como es el caso de los padres que están autorizados para reprender moderadamente a sus hijos).

No obstante, dicho autor asume que a pesar de que el derecho puede definirse, y de hecho se hace como un conjunto de normas, de todos modos no existe unanimidad en la teoría del derecho sobre qué es, o como debe definirse: “Norma Jurídica”.

Rodolfo Vigo,²⁴⁵ sostiene que las normas jurídicas –naturales o positivas; escritas o no escritas; generales o particulares- tienen por objeto el determinar y mandar prudencialmente acerca de lo suyo a alguien. Tienen por misión el ser causa formal intrínseca o ejemplar del derecho, dado que se señalan y prescriben las deudas que deben satisfacer, o igualar las conductas a sus destinatarios, y además, al ser causa eficiente de lo jurídico atento a que instan –persuadiendo, amenazando o forzando- a que efectivamente esas conductas se cumplan. Al

²⁴³Suprema Corte de Justicia de la Nación, *op.cit.*, nota.9, p. 316.

²⁴⁴ Correas Óscar, “Norma jurídica”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, 15 ed., México, Porrúa, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, t. V, pp. 243 y 244.

²⁴⁵ Vigo, Rodolfo. L., *Interpretación jurídica*, Buenos Aires, Rubinza-Culzoni, 1999, pp. 92 – 94.

respecto, señala que lo jurídico lleva inscripto en su mismo modo de ser el concretarse, el lograr que aquí y ahora a un sujeto, a una parte de la sociedad política o a ésta misma se le reconozca, restituya o no se le saque lo que tiene atribuido naturalmente o por acuerdo de los hombres.

Asimismo, para entender en todo su contexto a la Norma Jurídica, vale la pena citar a Eduardo García Máynez, en su obra *Introducción al Estudio del Derecho*,²⁴⁶ quien realiza una clasificación de éstas, diferenciándolas de la siguiente manera:

- a)** Desde el punto de vista del sistema al que pertenecen: nacionales, extranjeras de derecho uniforme.
- b)** Desde el punto de vista de su fuente: legislativas, consuetudinarias y jurisprudenciales.
- c)** Desde el punto de vista de su ámbito espacial de validez: federales, locales y municipales.
- d)** Desde el punto de vista de su ámbito temporal de validez: vigencia determinada y vigencia indeterminada.
- e)** Desde el punto de vista de su ámbito material de validez: de derecho público: constitucionales, administrativas, penales, procesales, internacionales, industriales y agrarias. De derecho privado: civiles y mercantiles.
- f)** Desde el punto de vista de su ámbito personal de validez: genéricas e individualizadas.
- g)** Desde el punto de vista de su jerarquía: constitucionales, ordinarias, reglamentarias e individualizadas: privadas y públicas.
- h)** Desde el punto de vista de sus sanciones: leyes perfectas e imperfectas.

²⁴⁶ García Máynez Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 57ª, México, Porrúa, 2004, pp. 95 – 96.

- i) Desde el punto de vista de su cualidad: positivas o permisivas y prohibitivas o negativas.
- j) Desde el punto de vista de sus relaciones de complementación: primarias y secundarias.
- k) Desde el punto de vista de sus relaciones con la voluntad de los particulares: taxativas y dispositivas.

Como se observa, en García Máynez podemos encontrar una clara distinción y muy variada respecto de las normas jurídicas; incluso, el citado autor ya conceptuaba a la jurisprudencia desde su fuente como una norma jurídica.

Más allá, Robert Alexy,²⁴⁷ al hablar sobre las normas jurídicas, establece que hay que distinguir entre principios y reglas, pues aunque sostiene que ambas son normas porque establecen lo que es debido, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor manera posible; esto es, dentro de las posibilidades jurídicas reales existentes. Por tanto, afirma que los principios son mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado y su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales, sino jurídicas. En tanto que las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si la regla es válida entonces debe hacerse exactamente lo que ella dice y no hay más; de tal suerte que si existe una colisión entre ellas, cómo son de cumplimiento, una regla debe contener una excepción y en caso de no existir la excepción ésta será inválida. Por lo que se refiere a los principios, cuando existe una colisión, uno de los principios debe ceder ante otro. De modo tal que se hace necesario establecer qué principio tiene mayor peso, a la luz del interés en el caso; esto es, qué interés en el caso concreto tiene mayor peso. A diferencia de las reglas, una colisión de principios no se soluciona bajo la determinación de que es inválido y eliminándolo del sistema jurídico, como tampoco introduciendo una excepción.

²⁴⁷ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª, trad. Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios, Políticos y Constitucionales, 2008, pp. 65 – 67.

Ronald Dworkin²⁴⁸ señala que el Tribunal a partir de principios, crea una norma jurídica que antes no existía, por lo que en el campo de los positivistas, cuando no existe norma exactamente aplicable al caso resuelven a partir de la discrecionalidad; sin embargo, esa discrecionalidad no tiene como fundamento nada, como en el *iusnaturalismo* tiene el principio. De acuerdo con Isabel Lifante Vidal,²⁴⁹ uno de los rasgos fundamentales que se toman en cuenta para caracterizar y clasificar a las distintas teorías del Derecho es precisamente su postura respecto al problema de si existe o no discrecionalidad judicial. Al respecto se tendrían teorías radicales, como las de los realistas, para las que los jueces gozan de discrecionalidad en todos los casos (siendo ellos los verdaderos creadores del Derecho); posiciones moderadas, como las de Hart, según las cuales los jueces gozarían de discrecionalidad sólo en algunos casos: los “difíciles”; y posiciones absolutistas según las cuales los jueces no gozarían de discrecionalidad en ningún –o prácticamente ningún– caso, cuyo ejemplo más prototípico sería la teoría de Dworkin con su tesis de la única respuesta correcta.

Para la citada autora, resulta prácticamente unánime la idea de que la discrecionalidad es un cierto margen de libertad en la toma de decisiones. Sin embargo, y como no podía ser de otro modo, esta unanimidad empieza a desvanecerse a la hora de precisar algo más en qué consiste dicha libertad. Sobre el particular, Adrián Rentería,²⁵⁰ al hablar sobre los casos difíciles, pone de manifiesto que el juzgador al enfrentarlos se encuentra en un grado de discrecionalidad, por tanto debe tener un amplio grado de conocimiento para evitar esa discrecionalidad o al menos en un grado menor.

²⁴⁸ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 1984, p. 80.

²⁴⁹ Lifante, 13/10/2017, p. Vidal, Isabel, “Dos Conceptos de Discrecionalidad Jurídica”, <http://publicaciones.ua.es/filespubli/pdf/02148676RD35807720.pdf>, 415-417, fecha de consulta 17 de octubre de 2017.

²⁵⁰ Rentería, Adrián, *Discrecionalidad judicial y responsabilidad*, 2ª ed., México, Fontamara, 2002, pp. 52 y 53.

Dworkin señala que el derecho es una práctica humana cuyo significado ha de ser comprendido mediante captación de los principios morales que subyacen a dicha práctica que lo justifica. Esta concepción del derecho conduce a Dworkin a la tesis de que los jueces nunca tienen discrecionalidad en sentido fuerte; esto es, ausencia de criterios que guíen su decisión cuando deciden los casos; por el contrario, el positivismo jurídico excluyente, identifica al derecho independientemente de la argumentación moral, pues parte de la tesis de que el derecho es una institución que pretende tener autoridad y tal pretensión se fundamenta en la idea de guiar el comportamiento humano mediante pautas que precisamente pueden ser identificadas sin recurrir a la moralidad, lo que es compatible con que los jueces tengan discrecionalidad para decidir los casos.²⁵¹

Hart, al igual que Kelsen, considera que el derecho sólo es un sistema de normas en las que, en buena medida lo conceptúan únicamente como un sistema normativo. Dworkin,²⁵² sucede a Hart en su cátedra en la Universidad de Oxford, critica implacablemente a las escuelas positivistas, principalmente en la separación del derecho y la moral. Señala que aquella doctrina que desvincule a la moral del derecho y que no acuda a principios es una doctrina peligrosa, señala que el sistema positivista sólo es un sistema de reglas, es estrictamente normativo porque sólo puede identificar normas y deja fuera del análisis a las directrices y a los principios. Dworkin, sostiene que existe una única respuesta correcta para cada caso que se incluye en una teoría de los sistemas jurídicos y que se distingue fundamentalmente de teorías positivistas como las de Hart y Kelsen. El autor contrapone a este modelo de reglas del sistema jurídico un modelo de principios, el sistema jurídico está compuesto además por reglas, por principios jurídicos. Los principios jurídicos deben permitir que también exista una única respuesta correcta en los casos en que las reglas no determinen una única respuesta correcta.

²⁵¹Moreso, José Juan, "La Lectura Moral del Derecho", *Revista de Libros*, Barcelona, núm.142, octubre de 2008, p.12, fecha de consulta 17 de octubre de 2017.

²⁵²Dworkin, Ronald, *op.cit.*, nota. 248,p.8.

Señala Dworkin que la única respuesta correcta o verdadera sería la que mejor pueda justificarse a través de una teoría sustantiva que contenga aquellos principios y sus ponderaciones que mejor correspondan con la Constitución, las reglas del derecho y los precedentes. Dworkin, reconoce que con esto no se ha encontrado ningún procedimiento que demuestre necesariamente la única respuesta correcta; sin embargo, afirma que ello no constituye una objeción en contra de su existencia. Sin duda, Dworkin plantea teorías sumamente interesantes en la medida en que a diferencia de Kelsen y Hart, no conceptúa al derecho únicamente como un sistema normativo, sino que también como un conjunto de directrices y principios. Esto resulta en extremo explícito de suma importancia, porque partiendo de la conceptualización del derecho podemos llegar a soluciones más eficaces en la resolución de conflictos sujetos a la potestad judicial. El derecho, como lo establece Dworkin, no únicamente lo constituye ese sistema normativo o sistema de reglas; el derecho es más amplio y lo constituyen, también, los principios, directrices y valores. Con esta apreciación, puede existir una respuesta a los casos difíciles en los que en muchas veces la legislación no los resuelve.

Finalmente, Hart en su obra: *The Concept of Law*,²⁵³ distingue dos géneros de normas a las que denomina: primarias y secundarias. Las primeras son las que aseguran derechos e imponen obligaciones a los miembros de la comunidad; *verbigracia*: las normas del derecho penal que nos prohíben robar, asesinar o conducir a velocidad excesiva. Las secundarias son las que estipulan cómo y por obra de quiénes se pueden formar, reconocer, modificar o extinguir las normas primarias; ejemplo: las normas secundarias son las que establecen de qué manera se forma el Congreso y como efectúa su labor legislativa.

Bajo las anteriores conceptualizaciones, la norma jurídica desde el punto de vista formal, es un mandato por parte del Estado que regula una determinada actividad, acción o conducta que obliga a quien va dirigida, y crea una situación

²⁵³ Hart, H. L. A., *The concept of law*, 2a, trad. Genaro, R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961, pp. 89 – 96.

determinada, imponiendo a su destinatario un derecho o una obligación que regirá para el futuro, convirtiéndose en obligatoria en la medida en que es elaborada por un ente del Estado con facultades para ello. Asimismo, la norma jurídica puede ser general, individualizada, de naturaleza coercitiva, heterónoma y unilateral. Incluso, la norma jurídica, al determinar lo que debe prevalecer, podemos establecerla desde la propia sentenciadictada por los órganos jurisdiccionales, o bien con motivo de la celebración de un contrato privado entre particulares. En el primer caso, la sentencia impone la obligación a que quedan sometidas las partes dentro de un proceso judicial, en tanto que el contrato se imprimen los derechos y obligaciones a que se han sujetado los intervinientes en el mismo, lo que desde luego, en ambos casos, crea una situación jurídica que válidamente podemos considerar como norma jurídica. En tanto que desde su punto de vista sustancial, la norma jurídica *per se* establece prescripciones ya sea deliberadas y/o espontáneas que obedecen a regular hechos o conductas de una sociedad para su sana convivencia, las cuales nacen tanto de normas superiores, como de principios y valores emanadas del sistema jurídico, y que una vez racionalizados y justificados en la propia norma, adquieren su finalidad de resolver los conflictos que en el mundo jurídico pueden acontecer.

Quizá la reticencia que han tenido los que en modo alguno no consideran a la jurisprudencia como norma, es la comparación que al respecto hacen con la ley; esto es, consideran como sinónimos a la legislación y a la propia norma jurídica; sin embargo, conforme a las definiciones que han quedado de manifiesto en párrafos que anteceden, la legislación aunque constituye una norma jurídica, tiene sus propias particularidades, y no constituye la universalidad del concepto norma jurídica, sino que es una más de las tan variadas normas existentes en el mundo jurídico.

Al respecto, conviene precisar las características propias de la ley: Rodolfo Vigo²⁵⁴ afirma que dentro de las normas positivas, escritas y generales está la Ley;

²⁵⁴ Vigo, Rodolfo, *op. cit.*, nota. 245, pp. 92 – 94.

de tal suerte que para ser calificada como tal, debe reunir las siguientes características:

- a)** Norma jurídica general; refiere a lo justo, político o social – comprensivo de lo distributivo y en general de la terminología clásica -, en donde la sociedad aparece como acreedora o deudora de uno suyo;
- b)** Escrita: precisamente Cicerón y también San Isidro de Sevilla vinculan *lexa legando*, destacando que la ley a diferencia de la costumbre, se escribe para que el pueblo pueda leerla y conocerla;
- c)** Dictada por el órgano legislativo; en toda sociedad política, aun precariamente, existe un poder individual o colectivo, que tiene asignada la función de dictar las leyes
- d)** Según el procedimiento determinado; en este aspecto los modernos estados de derecho han precisado un trámite riguroso que debe seguirse para la sanción de la ley, distinguiéndose las siguientes etapas: iniciativa, discusión, sanción, promulgación, publicidad y comienzo de obligatoriedad.
- e)** Compatible con la norma jurídica superior: la ley requiere no contradecir a aquellos principios y normas conforme a los cuales se ha constituido esa sociedad política.
- f)** Sin violentar la ley natural jurídica: la ley natural incluye la totalidad de los deberes que la razón natural descubre y abstrae a partir de las inclinaciones de la naturaleza humana, su objeto es el bien en general, y el sector jurídico de esa ley es el referido a la justicia, o sea aquellos deberes sociales saldables y pasibles de ser exigidos coactivamente sin afectar su naturaleza.
- g)** Teniendo por fin el bien común político: es este bien logrado, conservando y usufructuando entre los miembros de esa particular e histórica sociedad política, el que indicará cuáles conductas se exigirán, pues la prudencia jurídica del legislador determinará qué débitos de justicia impondrá y cuáles no atendiendo a aquel bien del nosotros político.

Como se observa, la legislación tiene diversas peculiaridades que la hacen la especie y no el género.

Finalmente, existe una clara distinción entre las normas formalmente legislativas y aquellas que emanan de la función judicial, como en la especie la jurisprudencia, al respecto la ley es estática, para su modificación, derogación o reforma requiere de la institución democrática del proceso legislativo, mientras que la jurisprudencia es una institución de naturaleza dinámica, en la medida en que puede cambiar su dirección y sentido interpretativo respecto de una misma ley o situación fáctica, de manera tal que ello no requiere de un proceso democrático, sino de procesos introspectivos con referencia al órgano jurisdiccional.²⁵⁵

4.3 La jurisprudencia como fuente del derecho

Al respecto, como veremos a continuación, existen posturas, tanto eclécticas, como radicales, en el sentido de que la jurisprudencia constituye una fuente formal del derecho, en la medida en que existe gran dificultad para su aplicación, sobre todo, en los ámbitos de validez, precisamente porque no ha sido considerada norma jurídica *per sé*, sino únicamente la interpretación de ésta, pues aun cuando en determinados casos se ha dicho, por citar un ejemplo, que la Jurisprudencia obliga indirectamente a las autoridades, lo cierto es que no es un criterio rígido o incólume. Empero, en la medida de lo posible, desentrañaremos su naturaleza jurídica conforme a las consideraciones que se verterán a continuación.

Desde luego que la jurisprudencia constituye una fuente del derecho, si se tiene en cuenta que de acuerdo con el significado etimológico, la palabra “fuente” tiene su origen en el sánscrito *dhen*, que significa “correr”, “fluir”; de esta lengua pasó al latín como *fons-fonhis*, entendida como “fuente”, “origen”, “principio”, “causa”, y actualmente los diccionarios la definen como “manantial de agua que

²⁵⁵ Rosales Guerrero, Emmanuel Guadalupe, “*Estudio Sistemático de la Jurisprudencia*”, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2005, p.262.

brota de la tierra.”²⁵⁶La teoría de las fuentes del derecho es atribuida a Savigny,²⁵⁷ quien fue el primero en manifestar que las fuentes son meras formas de manifestación del derecho, expresión de las reglas que se producen en otro lugar, en el espíritu del pueblo.

Francisco Balaguer Callejón,²⁵⁸ se refiere a las fuentes del derecho como las categorías o tipos normativos por medio de los cuales se manifiesta el proceso de producción y aplicación del derecho; de esta forma, para este autor, las fuentes del derecho son a la vez derecho y su forma de producción.

Norberto Bobbio²⁵⁹ sostiene que el concepto de fuentes del derecho debe ser sustituido por el de “hechos normativos”, comprensivo de actos o de hechos en sentido estricto a los que el ordenamiento atribuye la capacidad de producir normas válidas.

De acuerdo con la concepción de Savigny, la doctrina propuso la clasificación tradicional de éstas en: formales, materiales o reales e históricas. Las fuentes formales tomaron dos acepciones, por un lado, como la manera en que la norma se presenta y, por otro, como los procesos de creación de una norma jurídica. Por su parte, las fuentes materiales o reales son las fuerzas sociales generadoras del derecho, mientras que las históricas se refieren al texto de una ley, o al conjunto de leyes que estuvieron vigentes en una época y lugar determinados. También, la doctrina, con apoyo en las ideas expuestas por Clemente de Diego,²⁶⁰ empezó a clasificar las fuentes del derecho en directas o

²⁵⁶ Real Academia Española, *op. cit.*, nota. 56, p.1095.

²⁵⁷ Savigny, Friedrich, Carl Von, *Sistema de derecho romano actual*, 4a. ed., trad. Jacinto Mecía y Manuel Poley, Madrid, F. Góngora y Compañía, Editores, 1878, p.186.

²⁵⁸ Balaguer Callejón, Francisco, *et al.*, *La justicia constitucional en el estado democrático*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2000, pp.101 y 102.

²⁵⁹ Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, México, Fontamara, 2007, p.20.

²⁶⁰ Clemente de Diego Felipe, *Fuentes del derecho civil español*, Madrid, Publicaciones de la Residencia de Estudiantes, 1922, p.80.

inmediatas e indirectas o mediatas. Las primeras son aquellas que tienen capacidad para producir reglas jurídicas, mientras que las fuentes indirectas o mediatas son aquellas que sin tener carácter autónomo para producir reglas de derecho se incorporan al ordenamiento jurídico, toda vez que coadyuvan a la producción y a la comprensión de las fuentes consideradas directas. Dentro del primer grupo figura la ley, mientras que la equidad, la Jurisprudencia y los principios generales del derecho pertenecen al segundo grupo de la clasificación.

Las fuentes de producción directas son aquellos actos o hechos a los que se atribuye la capacidad de producir normas en los distintos niveles del ordenamiento jurídico. Tanto la actividad legislativa como la judicial son fuentes directas del ordenamiento jurídico, mientras que las fuentes de producción indirectas son aquellos actos y hechos que influyen en la forma y contenido de la producción de normas; esto es, todos los elementos de la estructura material, cultural e ideológica y política de la sociedad. La doctrina es un claro ejemplo de fuente de producción indirecta.

De particular importancia resulta la obra de Josep Aguiló Regla, precisamente sobre las Fuentes del Derecho, pues las clasifica como fuentes acto y fuentes hechos, entendiéndose por las primeras: la legislación y las normas provenientes de las autoridades políticas; en tanto que por la segunda: aquellas que derivan de la costumbre jurídica y de ciertas prácticas sociales.²⁶¹

En cuanto al derecho judicial, el citado autor primeramente define que la sentencia es un acto jurídico, porque presupone una regla que confiere a ciertos sujetos (jueces) poder para producir los resultados institucionales que llamamos sentencias. El modelo del precedente, en la medida en que el juez que dicta sentencia tiene poder para introducir directamente normas generales, se aproxima bastante en este aspecto al modelo de las fuentes acto, de manera que el juez que dicta una sentencia genera una norma general; esto es, hay una conexión

²⁶¹ Aguiló Regla, Josep, *Teoría General de las fuentes del Derecho*, Barcelona, Ariel, 2000, p. 68

directa entre la realización del acto normativo de dictar sentencia y el resultado institucional-precedente-; sin embargo, sostiene el autor que por el contrario en el modelo de la jurisprudencia las cosas no parecen así, dado que la incorporación de las normas generales no se produce como consecuencia directa de la realización del acto jurídico de dictar sentencia, sino como consecuencia de la reiteración del uso de un determinado criterio en diferentes actos jurídicos (que son independientes entre sí y que, por tanto, no pueden constituir un procedimiento). De manera que mientras la producción del resultado institucional – sentencia- se halla bajo el control del juez, la creación de una doctrina jurisprudencial, no. Luego, el requisito de acumulación de sentencias parece aproximarse al modelo de la jurisprudencia al mundo de los hechos jurídicos más que al de los actos y, en consecuencia, al modelo fuentes-hechos que al de fuentes acto.²⁶²

Desde nuestro punto de vista, consideramos indiscutiblemente a la Jurisprudencia como fuente del derecho, en la medida que, aun cuando el vocablo sea el correcto o no, nos da a entender que es una forma de donde nace o emana. Así, por fuente del derecho debe entenderse aquellos hechos o actos jurídicos de los que deriva la creación, modificación o extinción del derecho. *Prima facie*, no resulta complicado entender el significado de fuente de derecho, lo difícil se da cuando se pone a discusión lo que se entiende por derecho; y es aquí donde resalta la eterna discusión entre el *iusnaturalismo* y el positivismo jurídico, esto es, si el derecho es una creación normativa del Estado, o, si al efecto, existen principios previos o anteriores que lo integran.

Claro está que lo anterior no resulta fácil, en la medida en que existen, en la actualidad diversas posiciones en torno a lo anterior, sobre todo, en la segunda mitad del siglo pasado, en donde diversos autores han cuestionado fuertemente la teoría positivista. Prueba de ello lo encontramos en las recopilaciones que ha hecho Rodolfo Vigo, por ejemplo, ofreciendo un panorama integral de las teorías

²⁶²ibídem, p. 116 y 117

de Michel Villey y John Finisss, quienes ponen de relieve el *iusnaturalismo* aristotélico-tomista surgido en las últimas décadas, tanto en el mundo continental como en el anglosajón.²⁶³

Para Kelsen,²⁶⁴ una decisión judicial es un acto a través del cual se aplica una norma general; pero al mismo tiempo, es norma individual que genera derechos y obligaciones para las partes de un conflicto. Luego, la función judicial, lo mismo que la legislativa es, al mismo tiempo, creación y aplicación del derecho. De Silva Nava,²⁶⁵ nos aclara que no tiene ninguna duda de que la Jurisprudencia es fuente formal del derecho, al explicar que ésta es un fenómeno de concreción normativa; esto es, el juez, al sentar Jurisprudencia, lo que está haciendo es que a partir de una norma general y abstracta, la concretiza a un caso en particular y, de ello resulta una norma jurídica distinta a la primigenia.

Por su parte, Hart²⁶⁶ le otorga un sitio importante a la creación judicial, al afirmar que la ley no es un proceso cerrado, completo, capaz de prever todos los casos; por el contrario, su concepción del derecho como una “textura abierta” identifica que hay áreas de conducta donde mucho debe dejarse para que sea desarrollado por los tribunales, los cuales, frente a las circunstancias, tienen que mediar en los intereses en conflicto, que necesariamente variarán en cada caso.

Por último, Eduardo García Máynez²⁶⁷ nos habla de la existencia de lagunas en la ley, pero no en el derecho y, de acuerdo con esto, afirma que el derecho no está en las leyes, sino en las sentencias de los jueces, puesto que a

²⁶³ Vigo Rodolfo, *op. cit.*, nota. 122, p.3.

²⁶⁴ Kelsen, Hans, *¿Qué es la teoría pura del derecho?*, México, Ediciones Coyoacán, 1991, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, p. 20.

²⁶⁵ Vázquez, Rodolfo, Cossío Díaz, José Ramón (coords.), *Interpretación Jurídica y Decisión Judicial, La jurisprudencia, interpretación y creación del derecho*, México, Fontamara, 1998, p. 137.

²⁶⁶ Hart, H. L. A., *op. cit.*, nota 253, p. 168.

²⁶⁷ García Máynez Eduardo, *Filosofía del derecho*, 15a. ed., México, Porrúa, 2005, p. 222.

ellos corresponde interpretar y poner en práctica lo que a su juicio el legislador quiso ordenar. Incluso, a falta de disposición expresa, el juez está obligado a preguntarse si la solución del caso se halla implícita en los textos, o bien, al no existir norma legal, debe acudir a otras fuentes.

Conforme a las anteriores disertaciones, no tenemos ninguna duda de que la Jurisprudencia es una fuente formal del derecho, puesto que al sentarse lo está creando. Debe tenerse en consideración que en la mayoría de las veces, la ley por su naturaleza general, abstracta e impersonal, no resuelve el problema sujeto al prudente arbitrio del juez, aun cuando exista una disposición normativa exactamente aplicable al hecho a juzgar, puesto que, en buena medida, la labor de juzgador hace que de una disposición normativa general se concrete al grado de generar una norma particular o más concreta. Más aún, cuando la propia disposición normativa no regula concretamente el caso a juzgar, el juez estará obligado a resolver el asunto de acuerdo con el artículo 14 constitucional, y con base en lo anterior, la labor interpretativa es aún mayor en la medida en que si una disposición normativa no resuelve el caso el juez debe descubrir el derecho, para posteriormente crearlo en la propia Jurisprudencia.

4.4 La Jurisprudencia como Integración de la ley

La Jurisprudencia invariablemente es integradora de la ley, aun con las distintas características que en relación a su naturaleza jurídica tiene y, que se desarrollan en este capítulo, pues debemos tener en consideración que si bien, éste es uno de los temas medulares de la presente investigación, no estamos en desacuerdo con que la Jurisprudencia sea integradora de la ley, pues de acuerdo a una de sus distintas finalidades, ésta nace en países como el nuestro, en los cuales se tomó como base para el desarrollo del derecho el románico germánico, que tenía como característica esencial el derecho escrito; esto es, la necesidad de legislarlo. Claro que lo anterior no es un principio único de la teleología de la Jurisprudencia, pues, como vimos en capítulos anteriores, en países como Inglaterra, la Jurisprudencia se desarrolló sin necesidad de la existencia de normas o legislaciones

preexistentes a través de la judicialización de la costumbre, a diferencia de Francia que para unificarla se requería de éstas.

De hecho, en México se le ha dado únicamente esta característica de integradora a la ley, en la medida en que para su formación, primeramente requiere de la existencia de normas y en segundo lugar, que éstas contengan lagunas que el legislador omitió. Tomando únicamente este criterio de interpretación de la ley o integradora de ésta, se afecta la eficacia de la Jurisprudencia, incluso restándole valor pues debemos tener en cuenta que es de suma importancia la interpretación que da el juzgador al momento de fallar un asunto, puesto que se enfrenta al caso en particular, con la experiencia viva; a diferencia de la justificación que se da en la creación de la legislación; lo cual ocurre de manera hipotética. El juez, al dictar una sentencia, de la mera abstracción de la ley la concretiza, y en las más de las veces, adquiere una justificación distinta.

Esto no debe tomarse a la ligera, puesto que, en mucho, representa diversos problemas, sobre todo en la validez de la Jurisprudencia. Desde nuestro punto de vista debe de considerarse como derecho jurisprudencial y no únicamente como integración a la Ley, puesto que, en la medida en que no sea designada como tal, su esencia no será obligatoria en ciertos ámbitos en que se requiera, lo cual genera incertidumbre jurídica para los justiciables.

4.5 La Jurisprudencia como interpretación jurídica

La palabra interpretación proviene del latín *interpretatio, -onis*, que significa “acción o efecto de interpretar, explicación; traducción”. A su vez, *interpretatio* deriva del verbo *interpretor, -aris*, “servir de intermediario, venir en ayuda de”, así como “explicar”.²⁶⁸ Además de las acepciones arriba indicadas, puede significar también “aclarar el sentido de” o “entender de cierta manera”; de la misma raíz, *interpre*, “negociador, intérprete, explicador, traductor o “mediador”.

²⁶⁸ Real Academia Española, *op.cit.*, nota.54, p. 1293.

Wróblewski,²⁶⁹ afirma que puede hablarse de un sentido amplio y de un sentido estricto de la actividad interpretativa. En el primero de ellos, interpretar consiste en asignar significado a expresiones del lenguaje jurídico; de esta forma, toca al intérprete establecer qué es lo que dice una expresión jurídica cualquiera, mientras que, en el segundo interpretar consiste en determinar el sentido de una expresión jurídica dudosa; por tanto, interpretar en sentido estricto consiste en aclarar lo que dice dicha expresión o escoger entre significados enfrentados.

De acuerdo con Ricardo Guastini,²⁷⁰ la interpretación de los hechos es una característica propia de la interpretación judicial, toda vez que la aplicación del derecho no se limita a determinar el sentido de un texto normativo en abstracto, tal como lo hace la interpretación científica o doctrinal, sino que requiere a la par de la interpretación de las fuentes y la calificación del supuesto de hecho.

De lo anterior podemos afirmar que la interpretación es una actividad siempre necesaria y previa para la aplicación del derecho por parte de los órganos jurisdiccionales, al igual que la argumentación jurídica.²⁷¹ La norma, para ser aplicada, requiere previamente ser interpretada; por tanto, puede decirse que la interpretación es un presupuesto necesario para la aplicación del derecho. De acuerdo a las anteriores consideraciones debemos llegar a la conclusión de que la interpretación, además de ser necesaria para la labor jurisdiccional, es una fuente constante de derecho, en la medida en que a través de ella se dan presupuestos distintos a la norma previa, con el objeto de resolver alguna cuestión sujeta a la decisión jurisdiccional, lo que no acontecía en épocas pasadas, por ejemplo, en Francia.²⁷²

²⁶⁹ Wróblewski, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, trad. Arantxa Azurza, Madrid, Cívitas, 1988, p.22.

²⁷⁰ Guastini, Ricardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 6a. ed. trad. Marina Gascón y Miguel Carbonell, México, Porrúa 2004, p. 8.

²⁷¹ Plantin Christian, *La argumentación*, 3a. ed. España, Ariel, 2002, p.13.

²⁷² Como analizamos en el capítulo primero, en Francia se restringió la labor interpretativa del juzgador, al llegar al extremo de que éste era un simple aplicador mecánico de la ley. Incluso, se

A mayor abundamiento, coincidimos con Guastini, sobre el concepto amplio de la interpretación; esto es, se emplea para referirse a cualquier atribución de significado a una formulación normativa, independientemente de dudas o controversias; es decir, cualquier texto, en cualquier situación, requiere de interpretación, de manera tal que no importa si el texto es claro u oscuro, constituye interpretación. Luego, se produce interpretación en cualquier caso, la interpretación es el presupuesto de la aplicación.²⁷³

No obstante, la idea de la plenitud del positivismo jurídico fue superada y se admitió la existencia de la actividad interpretativa por parte de los órganos encargados de aplicar el derecho. Bajo este contexto, los candidatos idóneos para servir de reglas o procedimientos en dicha actividad son los cánones o criterios de la interpretación. Es hasta Savigny,²⁷⁴ a quien se le atribuye haber realizado un estudio acerca de la interpretación y haber sintetizado sus elementos. Este autor distingue cuatro de éstos: gramatical, lógico, histórico y sistemático. La clasificación de Savigny, persiste hasta nuestros días. De ahí que, para la presente investigación, resulte de suma importancia analizarlos.

- Criterio gramatical: Tiene por objeto el estudio de las palabras utilizadas por el legislador para comunicar su pensamiento. Este criterio exige que la interpretación de las normas se realice en atención al sentido propio de las palabras. Esto quiere decir que el texto literal de la ley, ha de ponerse en claro mediante el empleo de las reglas gramaticales y el uso corriente del lenguaje.

estableció que la sentencia únicamente era un silogismo jurídico, lo cual quiere decir que conforme a la naturaleza de éste, la sentencia no crea nada, únicamente constata lo que dice la ley. Esta cuestión perduró en la promulgación del Código de Napoleón a principios del siglo XIX y hasta finales de éste, puesto que la Escuela de la Exégesis postulaba el principio de la plenitud del ordenamiento jurídico positivo y la consiguiente reducción de todo el derecho a la ley y, por ende, a la voluntad del Estado.

²⁷³ Guastini, Ricardo, *op.cit.*, nota 270, p. 5

²⁷⁴ Savigny, Friedrich Carl Von, *op. cit.*, nota. 257, p. 150.

- Criterio lógico: Cuando la ley es poco explícita, hay que investigar por otros medios cuál fue la voluntad que la inspiró; ante esta situación, el operador jurídico, puede llevar a cabo una interpretación lógica.

Creemos que el elemento lógico es de suma importancia pues llega a identificar, a través del razonamiento lógico, la razón del legislador y la importancia que merece cuando el derecho se interpreta de manera lógica y con sentido común. No obstante, el intérprete debe actuar bajo ese parámetro o al fin particular del precepto que se interpreta y de los hechos a los cuales se pretende aplicar dicho precepto, con el objeto de verificar si la norma se adapta a las exigencias de la situación planteada ante el órgano jurisdiccional. Lo anterior en el contexto de que el precepto que se interpreta no puede ser analizado en forma aislada, toda vez que pertenece a un conjunto de normas más amplio: el ordenamiento jurídico de un determinado país. Por este motivo, su interpretación debe, a su vez, guardar correspondencia lógica con el resto de las normas vigentes de dicho ordenamiento.

- Criterio histórico: El elemento histórico dentro del proceso interpretativo, según Savigny,²⁷⁵ cumple la función de conocer el estado del derecho existente sobre una determinada materia en la época en que la ley ha sido dada. Quizá este elemento histórico es pieza fundamental de la hermenéutica jurídica, ya que la condición histórica de la ley que se interpreta, permite comprenderla y contrastarla con el presente, lo que a su vez representa el vehículo para proyectar la ley hacia el futuro. En términos más sencillos: El texto histórico quedaría sin sentido si no existiera alguien que lo reviviera al momento presente; en consecuencia, comprender un texto es referirlo a un presente dado y recuperarlo para el momento histórico de su efectiva comprensión. La interpretación histórica tradicional, sostiene la Suprema Corte de Justicia de la Nación,²⁷⁶ consiste en un

²⁷⁵ *Idem.*

²⁷⁶ Poder Judicial de la Federación/Suprema Corte de Justicia de la Nación, *op.cit.*, nota. 115, p.111.

análisis de los antecedentes legislativos, los cuales reflejan con mayor claridad en qué términos se reguló anteriormente una situación análoga y cuál fue el objeto de tales disposiciones, debido a que regularmente existe una conexión entre la ley vigente y la anterior. El extinto Ignacio Burgoa entendía este criterio como el causal-teleológico, pues así se advierte de la obra colectiva Interpretación Constitucional, compilada por Eduardo Ferrer Mac-Gregor, en donde aquél considera que este sistema es idóneo para poder determinar el sentido, alcance y comprensión normativos de los preceptos constitucionales, que la denominación del citado método obedece a lo que los escolásticos llamaban la causa final de todo acto humano; esto es, el conjunto de motivos inspiradores o determinantes de la conducta del hombre y el cúmulo de objetivos a los que ésta propende.²⁷⁷

- Criterio sistemático: Este elemento fue omitido por completo en el derecho romano. De ello se tiene conocimiento gracias al estudio efectuado por el propio Savigny, quien a su vez, sostiene que para poder apreciar por completo el pensamiento del legislador no es suficiente contar con un conocimiento histórico de la legislación, sino que es necesario que nos expliquemos claramente la acción ejercida por la ley sobre el sistema general del derecho y el lugar que aquella ocupa en este sistema.²⁷⁸

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, reconoce seis criterios interpretativos: literal o gramatical, sistemático, causal-teleológico, histórico tradicional, histórico progresivo y lógico.²⁷⁹ Según la doctrina más calificada, una justa ponderación de estos elementos representa el modo más seguro para llegar a una interpretación que posea un valor de verdad y rectitud. Además de los anteriores, reconoce los siguientes:

²⁷⁷ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, t. I, *La interpretación constitucional*, México, Porrúa, 2005. p. 230.

²⁷⁸ Savigny, Friedrich Carl Von, *op. cit.*, nota 257, p. 150.

²⁷⁹ Poder Judicial de la Federación/Suprema Corte de Justicia de la Nación, *op. cit.*, nota 105, p.111.

- Criterio de conformidad con la Constitución: Tal como su nombre lo indica, este criterio exige que la interpretación se realice acorde con la Ley suprema, cuando el órgano jurisdiccional, al interpretar una norma secundaria, ésta sea oscura e imprecisa; por tanto, considere la norma fundamental.²⁸⁰

- Criterio de conservación de las normas y de la continuidad del ordenamiento: Este criterio contiene dos exigencias para el intérprete; a saber: la conservación de las normas, que tiene la función de exigir que la actividad interpretativa agote todas las interpretaciones posibles antes de invalidar una norma; y el de la continuidad del ordenamiento, que le obliga a intentar una interpretación del enunciado que no lo invalide.

- Criterio de la plenitud: Sirve al sistemático, pues exige que el significado que se pretenda atribuir a una norma parta de la base de que el ordenamiento contiene todos los elementos necesarios para ello, por ser un todo completo o pleno.

- Criterio de la no redundancia: Este criterio parte del presupuesto de que el ordenamiento jurídico es un conjunto de normas racionales, motivo por el cual no hay cabida a la existencia de normas que reiteren el mismo mandato.

- Criterio analógico: Este criterio lo explica Perelman²⁸¹ de la siguiente manera:

“Dada una proposición jurídica que afirma una obligación jurídica relativa a un sujeto o a una clase de sujetos, esta misma obligación existe respecto de cualquier otro sujeto o clase de sujetos que tenga con el primer sujeto o clase de sujetos una analogía bastante para que la razón que determinó la

²⁸⁰ *Ídem*

²⁸¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *op.cit.*, nota.115, p.193.

regla relativa al primer sujeto (o clase de sujetos) sea válida respecto del segundo sujeto (o clase de sujetos)”.

En efecto, la analogía se usa principalmente cuando el ordenamiento jurídico no prevé la norma exactamente aplicable al caso específico; de ahí que el juzgador puede traer al caso una institución jurídica establecida en ordenamientos jurídicos diversos.

-De unidad y coherencia: Este criterio propugna que todas las normas se interpreten de modo tal que se evite su contradicción con otras normas constitucionales.

- Criterios de la ordenación: Bajo esta denominación se contienen tres criterios de interpretación que operan sobre la base del criterio sistemático, para resolver antinomias o contradicciones; éstos son: el criterio jerárquico, el de especialidad y el cronológico. El primero se identifica con el principio de jerarquía, que consiste en otorgar a determinadas normas mayor fuerza imperativa, es decir, cuando se suscite incompatibilidad entre dos normas, prevalecerá la de mayor rango jerárquico.

- Criterio cronológico: Se da cuando existan dos normas incompatibles, deberá prevalecer aquella que ha entrado en vigor con posterioridad. El sistema jurídico mexicano reconoce el criterio cronológico a través del artículo 9o. del Código Civil Federal: *“La ley sólo queda abrogada o derogada por otra posterior que así lo declare expresamente, o que contenga disposiciones total o parcialmente incompatibles con la ley anterior.”*

- Criterio de reducción al absurdo: También denominado apagógico, se utiliza para justificar el rechazo a la atribución de significado de un enunciado jurídico, por las consecuencias absurdas que acarrearía. Si bien el operador jurídico debe aplicar la ley y obedecerla, también es cierto que, en la búsqueda del

derecho aplicable, éste debe elegir aquel grupo normativo más adecuado para que la norma produzca efecto y para que, desde el punto de vista teleológico, el fin perseguido por la norma se ajuste exactamente en su interpretación.

- Criterio de la naturaleza de las cosas: Criterio se considera una especificación del criterio teleológico; sugiere que la interpretación sistemática de un enunciado jurídico se realice en atención a la esencia de la norma o de la institución a la cual se refiere; es decir, el intérprete debe encontrar la naturaleza de lo que interpreta dentro del ordenamiento jurídico.

- Criterio de contrapeso: Permite que un enunciado normativo sea interpretado en atención a los valores y bienes constitucionales.

4.6 La jurisprudencia como Interpretación judicial

¿Cómo interpreta el juzgador al momento de fallar un asunto? Al igual que Dworkin,²⁸² pensamos que el juzgador no debe desestimar el sistema normativo, en tanto adquiera una solución para resolver el conflicto sujeto a su decisión. Claro está que éste es el criterio que menos dificultad presenta; no obstante, aun cuando *prima facie*, esta manera de interpretar podría traducirse en un silogismo jurídico, en donde la sentencia nada aporta, sino únicamente constata lo ya existente, lo cierto es que no es tan fácil llegar a esa conclusión, puesto que la interpretación judicial presupone la comprensión del contenido de la norma a concretizar. La concretización implica un vínculo indisoluble entre la precomprensión del intérprete y el problema concreto a resolver. En síntesis, concretar una norma puede entenderse como el resultado de la actividad interpretativa, trasladada al campo de los hechos concretos que se le presentan al juzgador como casos a resolver.

²⁸²Dworkin, Ronald, *op. cit.*, nota. 248, pp. 91 – 92.

Pero, después de ser interpretada, una norma no vuelve a ser la misma; a juicio de Carlos de Silva,²⁸³ se produce una nueva situación jurídica, diferente de la inicial, pues la sentencia no es idéntica a la norma en que se funda, pues la interpreta y en ocasiones la integra. Es decir, el sentido de la norma puede ser aclarado, restringido, ampliado o modificado; lo que justifica ocupar este espacio para hablar acerca de las formas de la interpretación judicial. De ahí que, aun cuando el sistema jurídico ofrezca una solución al conflicto planteado, la temática contenida en la propia sentencia nunca será igual a la contenida en la propia disposición; por ende, no debe tomarse una resolución incólume acerca del tema.

Ahora bien, el problema nace cuando al momento del dictado del fallo judicial, la ley no es exactamente aplicable al hecho a juzgar, aquí es donde el juez deberá interpretar la legislación para darle la solución correcta y es donde la interpretación jurídica general, de la que ya se habló, merece el calificativo de judicial. Claro está que, la existencia de los criterios de interpretación los tiene el juzgador como instrumentos para resolver el conflicto, pero lo cierto es que, si lo que se pretende es, atendiendo a la propia legislación, adecuar el caso no previsto, el juzgador debe interpretar a la teleología de la propia legislación. De ahí que, dentro del proceso interpretativo judicial, la insuficiencia de la legislación, por un lado, y la obligación del juez de resolver cada caso concreto, faculta a éste para establecer el derecho en cada caso específico, cuando no hubiere norma directamente aplicable. Claro que siempre en el dictado de la sentencia el juez está creando el derecho, aun cuando exista norma preexistente exactamente aplicable al caso, pues, como ya vimos, la norma jurídica planteada en la sentencia, invariablemente será distinta a la contenida en aquella, porque se concretiza una distinta disposición que resolverá el hecho a juzgar.

²⁸³ Vázquez, Rodolfo, y Cossío Díaz, José Ramón (coords.), *op. cit.*, nota 265, p.141.

Como lo sostuvo la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación,²⁸⁴ la función judicial es una actividad dinámica, puesto que la aplicación de las disposiciones normativas abstractas a los casos concretos de la realidad, forzosamente tiene que presuponer una labor interpretativa, indispensable para adecuar el mandato genérico a las modalidades específicas, infinitamente variables de la práctica, de ahí que jamás el aplicador del derecho debe desvincularse de la interpretación jurídica.²⁸⁵

Para resolver un problema, el juzgador deberá, primeramente, analizar todo el material jurídico que tiene a su alcance, con la obligación primordial de hacer una interpretación del mismo, pues, se insiste, pese a que dicho material resuelva el conflicto planteado, nunca será igual al contenido, por ejemplo, de la norma preexistente. Como lo sostiene Manuel Atienza,²⁸⁶ la toma de una decisión judicial, consistirá en aplicar la norma al caso, ya sea concreto, o abstracto, previamente a base de un proceso de argumentación con objeto de obtener la respuesta correcta. El juez, por citar un ejemplo, si acude al criterio literal o gramatical para determinar el significado de las palabras que se muestran imprecisas o que admiten diversos sentidos, recurrirá al texto mismo, al significado que los diccionarios otorgan a las palabras o al que la costumbre les ha asignado, para desentrañar el sentido de la norma.

Genaro Carrió,²⁸⁷ considera que la interpretación judicial adquiere una función creativa, a partir del análisis lingüístico de las normas, lo que pone de manifiesto la insuficiencia de normas generales para resolver todos los casos. De lo anterior se obtiene que las normas no determinan toda la conducta, de tal suerte que el intérprete tiene que decidir bajo su responsabilidad.

²⁸⁴ Consideraciones establecidas en la Contradicción de tesis 181/2005, SS. Segunda Sala. Ponente Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos. Sesión: 17 de febrero de 2006. Unanimidad de 4 votos.

²⁸⁵ Arellano Hobelsberger, Walter, *Metodología jurídica*, México, Porrúa, 2007, p.119.

²⁸⁶ Atienza Manuel, *Las razones del derecho*, México, UNAM, 2003, p.3.

²⁸⁷ Carrió. Genaro, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1973, p. 62.

Una manera muy eficaz para resolver el hecho a juzgar, es acudir a los principios generales del derecho, dado que a través de ellos pueden encontrarse los lineamientos del sistema jurídico; así como el sentido axiológico que encierra cada institución jurídica. Eduardo García Máynez,²⁸⁸ al definir lo que debe entenderse por principios generales de derecho, sostiene que es una de las cuestiones más controvertidas en la literatura jurídica. El analizar los principios generales del derecho, presupone realizar un método para descubrirlos, el cual consiste en ascender, por generalización creciente, de las disposiciones de la ley a reglas cada vez más amplias, hasta lograr que el caso dudoso quede comprendido dentro de alguna de ellas. Es decir, constituye una necesaria remisión a los principios fundamentales.²⁸⁹

La Constitución Federal reconoce expresamente a los principios generales del derecho, como auxiliares en el proceso de aplicación del derecho, cuando en su artículo 14, último párrafo, dispone que, en los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley y, a falta de ésta, se fundará en los principios generales del derecho.

Los principios generales del derecho establecen criterios que contemplan valores que sirven de inspiración, tanto al legislador, como al juzgador, de modo tal que tienen carácter obligatorio. Desde mi punto de vista, debe recurrirse cuando se cuestione violación a ellos en una controversia sujeta a la decisión judicial, o cuando por coexistir normas aplicables a un determinado caso se haga necesario aplicar una y esto será conforme al principio, claro que la problemática

²⁸⁸ García Máynez, Eduardo, *op. cit.*, nota. 246, p.383.

²⁸⁹ Eduardo García Máynez sostiene que para ciertos tratadistas, los principios generales del derecho son los del derecho romano; mientras que algunos otros afirman que se trata de los universalmente admitidos por la ciencia y, finalmente, para otros, son los del derecho justo natural. Estas posiciones doctrinales, de alguna manera, coinciden en el punto de que los principios generales del derecho constituyen el fundamento del orden jurídico, pues en ellos se inspira el legislador para crear dicho orden.

Idem.

se encierra cuando se interpreta el citado principio, pues darle una interpretación incorrecta podría ocasionar graves problemas.

En síntesis, la tarea interpretativa del juzgador primeramente consiste en tratar de conocer con precisión el significado de la norma; enseguida, saber con exactitud qué es lo que dispone; luego, deberá precisar si la norma preexistente es aplicable al caso; esto es de lo general y abstracto a lo concreto y, finalmente, de ser así, resolver el caso sujeto a su potestad con la norma respectiva.

Al margen de lo anterior, los órganos jurisdiccionales están obligados a decir el derecho aplicable a los casos sometidos a su decisión, aunque no exista norma expresa dentro del ordenamiento que resulte exactamente aplicable; ello implica recurrir a la interpretación, cuando no exista aquella norma que se refiera a la situación planteada. En este supuesto, la fase sustancial de la interpretación resalta la labor creadora del juzgador, ya que, ante la falta de disposición exactamente aplicable al caso concreto, éste se encuentra obligado a establecer la norma mediante la cual debe resolver el caso concreto sometido a su decisión. La existencia de una laguna en la ley supone su integración, tarea que llevará a cabo el juzgador.

4.7 Ámbitos de validez de la Jurisprudencia

Este tema es de gran importancia, pues si se considera que la jurisprudencia, como se ha venido demostrando en temas anteriores es una norma, entonces necesariamente tenemos que analizar sus ámbitos de validez, pues una consideración contraria supondría que la jurisprudencia no los tiene, sino que estos serán los de la propia norma interpretada. Lo cual evidentemente no es posible. En efecto, si se considerara que la jurisprudencia no es norma, no obstante la existencia de una ley o norma interpretadas por ella, lo obligatorio serían éstas; sin embargo, no resulta difícil poner de manifiesto que los ámbitos de validez no necesariamente son los mismos.

Por citar un ejemplo, en el ámbito personal de validez una ley federal de naturaleza administrativa es obligatoria, tanto para los particulares en su relación con el Estado, como para todas las autoridades del país, o al menos para quienes vaya dirigida, la jurisprudencia que llegase a interpretarla será obligatoria, en términos del artículo 94 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, únicamente para órganos jurisdiccionales, lo que claramente se desprende que no estamos en presencia de ámbitos de validez uniformes, sino distintos. De ahí que, la jurisprudencia, al ser una norma jurídica, necesariamente tiene ámbitos de validez.

Lo anterior obedece a la obligatoriedad que le otorga la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y que la reglamenta el diverso artículo 217 de la Ley de Amparo; los cuales disponen:

“Art. 94. . .La ley fijará los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los Tribunales del Poder Judicial de la Federación sobre interpretación de la Constitución, leyes y reglamentos federales o locales y tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano, así como los requisitos para su interrupción y modificación. . .”

“Artículo 217. La jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia de la Nación, funcionando en pleno o en salas, es obligatoria para éstas tratándose de la que decreta el pleno, y además para los Plenos de Circuito, los tribunales colegiados y unitarios de circuito, los juzgados de distrito, tribunales militares y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales. La jurisprudencia que establezcan los Plenos de Circuito es obligatoria para los tribunales colegiados y unitarios de circuito, los juzgados de distrito, tribunales militares y judiciales del orden común de las entidades federativas y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales que se ubiquen dentro del circuito correspondiente. La

jurisprudencia que establezcan los tribunales colegiados de circuito es obligatoria para los órganos mencionados en el párrafo anterior, con excepción de los Plenos de Circuito y de los demás tribunales colegiados de circuito. La jurisprudencia en ningún caso tendrá efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.”

Como se observa, la Constitución establece que la ley fijará los casos en que la Jurisprudencia será obligatoria; así, la Ley de Amparo vigente señala que lo será la sustentada por el Pleno y Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los Plenos de Circuito y los Tribunales Colegiados de Circuito.

Sin perjuicio de que en el capítulo siguiente, se analicen los ámbitos de validez de la jurisprudencia con relación al orden internacional, a continuación veremos los que sugiere el derecho nacional.

4.7.1 Personal

De acuerdo con el artículo 217 de la Ley de Amparo vigente, la Jurisprudencia dictada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación será obligatoria para sus salas, los tribunales unitarios y colegiados de Circuito, los juzgados de Distrito, los tribunales militares y judiciales del orden común de los estados y del Distrito Federal, y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales.

La de las salas, lo será para los mismos órganos jurisdiccionales, con excepción del Pleno del Alto Tribunal, y la otrora sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Asimismo, las de los Plenos de Circuito lo será para todos los órganos jurisdiccionales del país con excepción de la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Respecto de los tribunales colegiados de Circuito, la obligatoriedad de su Jurisprudencia, conforme al artículo 217 de la ley de la materia, será para los tribunales unitarios, los juzgados de Distrito, los tribunales militares y judiciales del fuero común de los Estados, de la Ciudad de México y los tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales.

Como se observa, la Jurisprudencia dictada, tanto por el Pleno y Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como de los tribunales colegiados de Circuito, legalmente no es obligatoria para todos los órganos del país, como en la especie lo es una ley federal, sino que se limita, esencialmente, a los jurisdiccionales. No obstante, el hecho de que no lo sea para las restantes autoridades u órganos administrativos del país, no quiere decir que no deje de ser aplicable y, por ende, obligatoria de manera indirecta en ciertos casos, puesto que debe tenerse en consideración que dichos órganos o autoridades pueden ser sujetos de un procedimiento jurisdiccional que normalmente concluye con el dictado de una sentencia; de tal suerte que si ésta se apoya en una Jurisprudencia, su obligatoriedad será de manera indirecta.

4.7.2 Espacial

En cuanto al ámbito de validez territorial o espacial de la Jurisprudencia, debe quedar de manifiesto que la Jurisprudencia de las Salas y Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, lo es en todo el territorio nacional.

Asimismo, la obligatoriedad de la jurisprudencia sentada por los Plenos de Circuito lo es para los Tribunales Colegiados, y todos los órganos jurisdiccionales que se encuentren en el Circuito correspondiente, desde luego con excepción de los citados en el párrafo que antecede; esto es, será obligatoria para el Circuito en que radique el respectivo tribunal que la sentó, a menos que sea temática, es decir, que se refiera a un tópico de la Ley de Amparo o a una disposición general, normalmente constitucional o convencional. Fuera del caso anterior, será obligatoria la Jurisprudencia para todos los órganos jurisdiccionales referidos.

Asimismo, en los términos citados, la jurisprudencia que emitan los tribunales colegiados de circuito, a excepción de los Plenos de Circuito, lo será para los órganos jurisdiccionales inferiores.

Las anteriores consideraciones, tienen un fundamento sólido en el texto del artículo 217 de la Ley de Amparo vigente, en el sentido de que su Jurisprudencia será obligatoria para los órganos jurisdiccionales anotados anteriormente, que se encuentran dentro del circuito correspondiente donde se encuentre el tribunal emisor: “. . . *La jurisprudencia que establezcan los Plenos de Circuito es obligatoria para los tribunales colegiados y unitarios de circuito, los juzgados de distrito, tribunales militares y judiciales del orden común de las entidades federativas y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales que se ubiquen dentro del circuito correspondiente...*”

Con base en lo anterior, se concluye que conforme al texto de la Ley de Amparo, la Jurisprudencia sentada por los Plenos de circuito y tribunales colegiados, su obligatoriedad se limita exclusivamente a su circunscripción territorial.

4.7.3 Por materia

Respecto de la obligatoriedad de la Jurisprudencia con respecto a la materia, debemos tener en consideración que existen órganos especializados del Poder Judicial de la Federación en diversos circuitos que conocen y resuelven de materias del derecho en particular, cuyas sentencias pueden ser materia de una Jurisprudencia. Máxime, las sustentadas por las salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación cuyo conocimiento, es de explorado derecho, que la Primera Sala conoce de las materias penal y civil; mientras que la Segunda Sala de la laboral y administrativa; o, particularmente, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que, en buena medida, resuelve asuntos en materia constitucional, la que normalmente abarca a todas las materias.

En la especie, la jurisprudencia sentada en una materia particular será obligatorio aplicarla para controversias afines a la misma materia. Claro está que, en la mayoría de las veces, para resolver algún juicio a través de una sentencia en determinada materia; verbigracia la laboral, el juzgador puede, válidamente, traer alguna institución jurídica de la materia civil y apoyarla con una Jurisprudencia en esa materia; lo cual resulta acertado, en la medida en que el citado criterio sustenta la institución jurídica. Pero lo cierto es que, el criterio más acertado indica que la Jurisprudencia especializada por materia será obligatoria para ésta.

Como señalamos en párrafos anteriores, existe la Jurisprudencia temática, la cual no se refiere a una materia en particular, sino a una cuestión general, como podría ser alguna disposición general de la Ley de Amparo, o de la Constitución General; la cual, por ende, sirve para todas las materias, y puede válidamente ser obligatoria en cualquier materia.

4.7.4 Temporal

El presente tema es de suma importancia; no obstante, es el menos explorado en México, y, en mucho tiene que ver con la parte sustancial de la presente investigación.

El ámbito temporal de validez de la Jurisprudencia indica a partir de qué momento y hasta cuándo resultará obligatoria la norma jurisprudencial.

En cuanto al inicio de la obligatoriedad de la jurisprudencia, a diferencia de las normas formalmente legislativas, en las que concretamente se puede advertir cuándo inician su vigencia, pues se publican en el Diario Oficial de la Federación, en la norma jurisprudencial, en épocas anteriores, no podíamos saber el momento real de su obligatoriedad, pues pese a que el medio de difusión mediante el cual se presentan al público y a órganos jurisdiccionales, al menos del Poder Judicial de la Federación es el Semanario Judicial de la Federación, resultaba difícil acceder a él.

No obstante, dada esa dificultad y atendiendo a que los medios digitales han ocupado un lugar central, prácticamente en todos los ámbitos de la actividad humana, a partir del 6 de diciembre de 2013, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó publicar la gaceta del Semanario Judicial de la Federación, de manera electrónica, en la página *web* de la Suprema Corte de Justicia de la Nación;²⁹⁰ empero, lo trascendente es que las tesis de jurisprudencia contienen, tanto la fecha, como la hora de su publicidad; asimismo, se señala que se publicarán todos los días viernes, y su obligatoriedad comenzará los días lunes siguiente, en la inteligencia que si el citado día es inhábil, conforme al 19 de la Ley de Amparo vigente, y 163 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, su obligatoriedad comenzará el siguiente día hábil; lo que desde luego constituye un avance, en aras de dar cumplimiento a la garantía de seguridad jurídica.

Ahora bien, el segundo aspecto consiste en determinar, hasta qué momento pierde obligatoriedad la jurisprudencia. Para ello, se tienen dos posibilidades:

El primer supuesto es la modificación o el abandono de criterio; esto es la variación total (abandono) o relativa (modificación) de un determinado criterio; al respecto la Ley de Amparo vigente, legitima a los órganos que emiten jurisprudencia para cambiar su criterio, siempre y cuando expresen las razones para ello.²⁹¹ De modo tal que al hacerlo la jurisprudencia deja de tener carácter obligatorio.

Asimismo, otro supuesto opera en el llamado procedimiento de unificación de criterios o la resolución de contradicción de tesis; esto es, cuando dos órganos del mismo nivel se contradicen, para lo cual, la Suprema Corte de Justicia de la

²⁹⁰ Acuerdo General número 19/2013 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el que se regula la difusión del Semanario Judicial de la Federación vía electrónica, a través de la página de Internet del ese Alto Tribunal, fecha de consulta 17 de octubre de 2017.

²⁹¹ Soberanes Diez, José María, *op. cit.*, nota. 106, pp. 55 - 56.

Nación o los Plenos de Circuito, decidirán qué criterio debe prevalecer; de tal suerte que el criterio que participó en la contradicción dejará de tener vigencia.

Finalmente, otra posibilidad radica en la existencia de un cambio (abrogación, reforma, derogación o adición) en la norma integrada o interpretada por la jurisprudencia; esto es, si la norma interpretada deja de existir, evidentemente la jurisprudencia que la interpretó o integró también estará en el mismo supuesto.

Soberanes Díez²⁹² sostiene que no necesariamente debiera perder vigencia la jurisprudencia que interprete una norma. En un primer plano, aduce que si aquella fijaba su correcta interpretación, al ser la norma derogada perderá su validez; empero, si la jurisprudencia contiene razonamientos respecto de la vulneración a un principio constitucional y explica su contenido, pese a que la norma impugnada sea derogada, la doctrina judicial que define el principio seguirá vigente. Lo anterior se explica porque las normas constitucionales, por la jerarquía que tienen frente a las normas secundarias, debe prevalecer su interpretación. Incluso, el artículo sexto transitorio de la Ley de Amparo vigente lo autoriza, al establecer concretamente que la jurisprudencia integrada con la ley anterior, continuará en vigor cuando no se oponga a la nueva legislación de la materia.

4.7.5 La retroactividad de la jurisprudencia

Atendido el ámbito temporal de validez de la jurisprudencia; esto es, a partir de qué momento y hasta cuándo resultará obligatoria, el presente tema resulta de suma importancia, pues al constituir la jurisprudencia una norma; y por ende, tener ámbitos de validez, existe la posibilidad de que se aplique de manera retroactiva en perjuicio de alguna de las partes sujetas a la determinación judicial. Sin embargo, en varias épocas del Semanario Judicial de la Federación se ha venido considerando que la jurisprudencia no es norma; incluso, a la fecha no se ha determinado por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación tanto su

²⁹²*Ibidem*, p. 57

naturaleza normativa, como la proscripción plena de su aplicación retroactiva en perjuicio de alguna de las partes en el juicio.

En efecto, la interpretación que se le ha dado, es la siguiente:

“JURISPRUDENCIA OBLIGATORIA. *La jurisprudencia es obligatoria para los juzgadores al aplicar la ley, vale para todos los actos jurisdiccionales verificados durante su vigencia, es decir, rige al momento de sentenciar y no al de la comisión del delito.*”²⁹³

Dentro de estas ideas, la extinta Primera Sala Penal de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, pronunció un precedente visible en la Séptima Época del Semanario Judicial de la Federación; mismo que indica:

“JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE. OBLIGATORIEDAD DE APLICAR LA ACTUAL. *En lo tocante a que las autoridades deben aplicar la jurisprudencia vigente en la época de la comisión de los delitos, cabe señalar que esta Suprema Corte tiene, dentro de sus altas funciones, la de interpretar la ley y dar a conocer dicha interpretación a fin de que sea observada por las autoridades judiciales; luego entonces, la jurisprudencia constituye un medio de desentrañar el sentido de la ley, para el efecto que de los juzgadores pueda aplicar esta última en forma debida y con criterio uniforme, precisamente cuando pronuncien el fallo correspondiente, lo cual quiere decir que no se encuentran en obligación de aplicar jurisprudencia en desuso, a pesar de que el hecho delictivo haya tenido lugar cuando aquéllas sí se aplicaban, pues la obligatoriedad de su observancia es tan determinante rectamente, que impele al órgano jurisdiccional a su acatamiento inmediato y exige su aplicación actual por*

²⁹³ Tesis sin número, Semanario Judicial de la Federación, y su Gaceta, Sexta Época, Volumen LII, segunda parte, p.39.

*encima de consideraciones de tiempo en la ejecución del delito; sobre todo, si no ha sufrido modificación alguna el artículo que lo describe.*²⁹⁴

Continuando con este criterio, el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, en donde de una manera muy preceptiva, se sostiene claramente cuál es el momento en que obliga la Jurisprudencia a los juzgados inferiores. Dicho criterio establece:

“JURISPRUDENCIA, NO EXISTE RETROACTIVIDAD TRATÁNDOSE DE LA APLICACIÓN DE LA. De conformidad con el artículo 193 de la Ley de Amparo en relación con el 95 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, el Pleno del Tribunal Fiscal debe aplicar la jurisprudencia que en el momento de dictar su resolución esté en vigor, y que se haya constituido cuando la Sala Fiscal dictó la sentencia reclamada ante el Pleno.”²⁹⁵

Conforme a los precedentes antes vistos, se concluye que desde décadas pasadas la jurisprudencia en el Sistema Jurídico Mexicano obliga al momento de resolver y no en el tiempo de realización de los hechos productores de la controversia. Esto motivó que la Corte estimase que su labor es interpretativa de la ley, y por ello no puede vulnerarse la garantía de irretroactividad de las disposiciones legislativas en perjuicio del gobernado; así lo estableció la otrora Cuarta Sala, al sostener:

“JURISPRUDENCIA. CONCEPTO DE LA. SU APLICACIÓN NO ES RETROACTIVA. Es inexacto que al aplicarse la jurisprudencia fijada por esta Cuarta Sala de conformidad a lo dispuesto por el artículo 192 de la

²⁹⁴ Tesis sin número, Semanario Judicial de la Federación, y su Gaceta, Séptima Época, Volumen 1, segunda parte, p. 47.

²⁹⁵ Tesis sin número, Semanario Judicial de la Federación, y su Gaceta, Séptima Época, v. 40, sexta parte, p. 37.

*Ley de Amparo, y formada con posterioridad a la fecha del acto reclamado en el juicio de garantías, y que interpreta la ley que rige a dicho acto, se viole en perjuicio del quejoso el principio contenido en el artículo 14 constitucional en el sentido de probar la aplicación retroactiva de la ley, ya que la jurisprudencia no constituye legislación nueva ni diferente a la que está en vigor, sino sólo es la interpretación de la voluntad del legislador. La jurisprudencia no crea una norma nueva, sino únicamente fija el contenido de una norma preexistente. En consecuencia, si la jurisprudencia sólo es la interpretación de la ley que la Suprema Corte de Justicia de la Nación efectúa en determinado sentido y que resulta obligatoria por ordenarlo así las disposiciones legales expresas, su aplicación no es sino la misma de la ley vigente en la época de realización de los hechos que motivaron el juicio laboral del que dimana el acto reclamado en el juicio de garantías.*²⁹⁶

Del criterio transcrito, se observa que la Jurisprudencia en aquella época se desenvolvía en un plano de abstracción, generalidad e impersonalidad menor al de la ley y, por ende, siendo la manera reiterada de entender el derecho no implicaba la aplicación retroactiva de precepto legal alguno, pues se trata en todo caso de la subsunción de la ley al caso concreto, a través de la interpretación jurídica.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la Novena Época del Semanario Judicial de la Federación, respecto del tópico en estudio, si bien ha variado su sentido al estimar que la Jurisprudencia no solamente interpreta la ley, sino que integra los aspectos que el legislador no precisó, mantuvo el criterio de que la Jurisprudencia no es norma y, por ello, su aplicación, aún en perjuicio de alguna persona, no viola la garantía de irretroactividad de la ley.

²⁹⁶ Tesis sin número, Semanario Judicial de la Federación, y su Gaceta, Octava Época, t. XI, marzo de 1993. p. 303.

La tesis jurisprudencial es la siguiente:

“JURISPRUDENCIA. SU APLICACIÓN NO VIOLA LA GARANTÍA DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY. *La Suprema Corte de Justicia de la Nación y los Tribunales Colegiados de Circuito, al sentar jurisprudencia, no sólo interpretan la ley y estudian los aspectos que el legislador no precisó, sino que integran a la norma los alcances que, sin estar contemplados claramente en ella, se producen en una determinada situación; sin embargo, esta "conformación o integración judicial" no constituye una norma jurídica de carácter general, aunque en ocasiones llene las lagunas de ésta, fundándose para ello, no en el arbitrio del Juez, sino en el espíritu de otras disposiciones legales, que estructuran (como unidad) situaciones jurídicas, creando en casos excepcionales normas jurídicas individualizadas, de acuerdo a los principios generales del derecho, de conformidad con lo previsto en el último párrafo del artículo 14 constitucional; tal y como se reconoce en el artículo 94, párrafo sexto, de la Constitución Federal, así como en los numerales 192 y 197 de la Ley de Amparo, en los que se contempla a la interpretación de las normas como materia de la jurisprudencia. Ahora bien, tomando en consideración que la jurisprudencia es la interpretación que los referidos tribunales hacen de la ley, y que aquélla no constituye una norma jurídica nueva equiparable a la ley, ya que no cumple con las características de generalidad, obligatoriedad y abstracción, es inconcuso que al aplicarse, no viola el principio de irretroactividad, consagrado en el artículo 14 constitucional.*²⁹⁷

De la citada tesis de Jurisprudencia, podemos obtener cuatro conclusiones:

²⁹⁷Tesis. P. / J.145/2000, *op. cit.*, nota 1.

1.- La Suprema Corte de Justicia de la Nación y los Tribunales Colegiados de Circuito, al sentar Jurisprudencia, no sólo interpretan la ley y estudian los aspectos que el legislador no precisó, sino que integran a la norma.

2.- Sin embargo, esta "conformación o integración judicial" no constituye una norma jurídica de carácter general; aunque en ocasiones llene las lagunas de ésta.

3.- La Jurisprudencia es la interpretación que los referidos tribunales hacen de la ley, y que aquélla no constituye una norma jurídica nueva equiparable a la ley.

4.- La Jurisprudencia no viola el principio de irretroactividad, consagrado en el artículo 14 constitucional.

De acuerdo con lo anterior, desde nuestro punto de vista, coincidimos en que cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los tribunales colegiados de Circuito establecen Jurisprudencia, no sólo interpretan a la ley y estudian los aspectos que el legislador no precisó, sino que integran a la norma; sin embargo, con lo que no estamos de acuerdo es que tal conformación o integración judicial, no constituya una norma jurídica.

No obstante, en la nueva Ley de Amparo, ya se establece concretamente que: “. . .*La jurisprudencia en ningún caso tendrá efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna. . .*”

Esta determinación, viene a romper el paradigma de que la jurisprudencia no es norma.

En efecto, pues como se advierte de la porción normativa que antecede, al prohibir la aplicación retroactiva de la jurisprudencia en perjuicio de persona

alguna, se le está otorgando ámbitos de validez a la jurisprudencia, particularmente en el temporal; pues pese a que tal aspecto lo dispone la Ley de Amparo, lo cierto es que ésta legislación es reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que reglamenta tanto al juicio de amparo, como la actuación del Poder Judicial de la Federación, en cuyo campo se encierra la jurisprudencia, lo que demuestra particularmente su carácter normativo; por ello debe atenderse a la totalidad de sus ámbitos de validez.

Incluso, si bien a partir de la Décima Época del Semanario Judicial de la Federación, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el juicio de amparo directo en revisión 5157/2014,²⁹⁸ mediante ejecutoria de veinticuatro de junio de dos mil quince definió el carácter normativo de la jurisprudencia, en tanto que constituye una fuente relevante para el Derecho que permite tanto a gobernantes como a gobernados conocer la forma en que opera el sistema jurídico a través del entendimiento, no sólo de las reglas relevantes, sino de los principios implicados y perseguidos por el derecho, lo cierto es que el Pleno del alto Tribunal, no la ha definido con ese carácter.

En efecto, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, concretamente en las sesiones de 21 y 25 de mayo de 2015,²⁹⁹ pese a que analizó la prohibición retroactiva de la jurisprudencia, a partir de su constitucionalidad en el artículo 217 de la Ley de Amparo, la decisión de sus integrantes fue dividida en cuanto al carácter normativo de la jurisprudencia, pues por mayoría de votos, se desechó el proyecto que consideraba que la jurisprudencia no tiene el carácter de norma jurídica.

²⁹⁸ Amparo directo en revisión, 5157/2014, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

²⁹⁹ Sesiones de 21 y 25 de mayo de 2015 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Incluso, recientemente en las sesiones de 9, 10, 16 y 17 de octubre de 2017, se continuó con esa discusión con un nuevo proyecto bajo la ponencia del ministro Eduardo Medina Mora, en cuyas sesiones se determinó que se resolvería el tema de la irretroactividad de la jurisprudencia, pero prescindiendo del análisis de la naturaleza jurídica de ésta como norma jurídica, de manera tal que se determinó la prohibición de aplicar retroactivamente una jurisprudencia, siempre y cuando exista una diversa que haya definido algún aspecto relevante en el proceso. Esto es, no se ha considerado la prohibición plena de retroactividad de la jurisprudencia, como tampoco que ésta constituye una norma jurídica autónoma

300

La anterior determinación fue coincidente con la tesis jurisprudencial de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a través de la cual, si bien se pronunció sobre la proscripción retroactiva de la jurisprudencia en perjuicio de persona alguna, lo cierto es que no lo hizo en toda su amplitud, sino que estableció límites; verbigracia, la necesaria existencia de una jurisprudencia anterior que haya definido algún aspecto toral, para alguna de las partes en el curso del procedimiento. La Jurisprudencia es la siguiente:

“JURISPRUDENCIA. ALCANCE DEL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE AQUÉLLA TUTELADO EN EL ARTÍCULO 217, PÁRRAFO ÚLTIMO, DE LA LEY DE AMPARO. *De acuerdo al citado principio, la jurisprudencia puede aplicarse a los actos o hechos jurídicos ocurridos con anterioridad a que cobre vigencia, siempre y cuando ello no conlleve un efecto retroactivo en perjuicio de las personas, como acontece cuando: (I) al inicio de un juicio o procedimiento existe una jurisprudencia aplicable directamente a alguna de las cuestiones jurídicas relevantes para la interposición, tramitación, desarrollo y resolución del asunto jurisdiccional; (II) antes de emitir la resolución jurisdiccional respectiva, se emite una jurisprudencia que supera, modifica o abandona ese*

³⁰⁰Sesiones del 9, 10, 16 y 17 de octubre de 2017 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

entendimiento del sistema jurídico; y (III) la aplicación del nuevo criterio jurisprudencial impacta de manera directa la seguridad jurídica de los justiciables. De ahí que si el gobernado orientó su proceder jurídico o estrategia legal conforme a una jurisprudencia anterior, siguiendo los lineamientos expresamente establecidos en ésta -ya sea para acceder a una instancia jurisdiccional, para plantear y acreditar sus pretensiones, excepciones o defensas o, en general, para llevar a cabo alguna actuación jurídica-, no es dable que la sustitución o modificación de ese criterio jurisprudencial afecte situaciones legales definidas, pues ello conllevaría corromper la seguridad jurídica del justiciable, así como la igualdad en el tratamiento jurisdiccional de las mismas situaciones y casos, con lo cual, se transgrediría el principio de irretroactividad tutelado en el artículo 217, párrafo último, de la Ley de Amparo.³⁰¹

Esto es, esa jurisprudencia limita su aplicación retroactiva, si al inicio de un juicio o procedimiento existe una jurisprudencia aplicable directamente a alguna de las cuestiones jurídicas relevantes para la interposición, tramitación, desarrollo y resolución del asunto jurisdiccional, de manera tal que si antes de emitir la resolución jurisdiccional respectiva, se emite una nueva jurisprudencia que supere, modifique o abandone ese entendimiento del sistema jurídico, inexorablemente la aplicación del nuevo criterio jurisprudencial, impactará de manera directa la seguridad jurídica de los justiciables, actualizándose el perjuicio para el justiciable.

Lo cual quiere decir que debe existir una jurisprudencia previa que establezca una situación determinada hacia una de las partes, de manera que si la nueva jurisprudencia varía o cambia esa situación existirá retroactividad; sin embargo, en más de las veces y como se tratará más adelante, una jurisprudencia puede cambiar el contenido, no sólo de una jurisprudencia anterior, sino de una norma material y formalmente legislativa, lo que a la postre la tesis citada será

³⁰¹Tesis P./J. 199/2016, Semanario Judicial de la Federación, y su Gaceta, Décima Época, Tomo I, Libro 38, p. 464.

insuficiente para enmendar un perjuicio ocasionado por la jurisprudencia, no obstante que la norma legislativa establezca una condición relevante para la interposición, tramitación, desarrollo y resolución del asunto jurisdiccional.

La prohibición de no aplicar de manera retroactiva una norma jurisprudencial en perjuicio de persona alguna, en la práctica, representa diversos problemas, en la medida en que como ya se ha mencionado, comúnmente las normas suelen interpretarse de manera muy habitual. Incluso, en la secuela de un juicio, pueda existir más de una interpretación, lo que válidamente puede cambiar sustancialmente el contenido de la norma interpretada o integrada. Por citar un ejemplo, puede existir una norma interpretada a través de la Jurisprudencia que al momento del dictado de la sentencia de primera instancia sea benéfica para el actor en un juicio determinado y en segunda instancia, esa norma, adquiere una interpretación distinta con motivo de una nueva Jurisprudencia. En este caso, la norma válida será la nueva, no obstante que cause un perjuicio a alguna de las partes, que, al dictado de la primera sentencia, gozaba de una norma interpretada en su beneficio.

La consecuencia de lo anterior, se observa más cuando la propia Jurisprudencia interpreta una norma legislativa y cambia sustancialmente su contenido. En la práctica suele suceder que un tribunal colegiado haya sustentado una Jurisprudencia en contravención a alguna de las partes en el litigio, lo que ocasionará que lo pierda y posteriormente puede esa misma Jurisprudencia, generar una contradicción de tesis con otra de distinto órgano jurisdiccional, que será resuelta por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de la solución al conflicto se pueda llegar a la conclusión de que el tribunal que resolvió la controversia judicial esté equivocado en su criterio interpretativo; y, mientras tanto, al justiciable se le aplicó el citado criterio. Este criterio es la consecuencia de no considerar a la Jurisprudencia norma, no obstante que constituye una fuente del derecho.

Como puede apreciarse, la Jurisprudencia obliga no en el momento de realización de los hechos que originan la controversia, sino en el tiempo de resolverlos; es decir, al dictarse sentencia. Esto quiere decir que la Jurisprudencia no es *autoaplicativa*, sino *heteroaplicativa*. En otras palabras, con independencia de la existencia de un criterio jurisprudencial, se requerirá la intervención del juzgador y la emisión de un fallo para que se aplique la jurisprudencia vigente en ese momento.

Con base en lo que hasta ahora hemos visto, podemos llegar a la conclusión de que la Jurisprudencia, cuando interpreta una norma preexistente, está integrando a la ley. Para explicar este fenómeno debemos partir de aceptar la existencia de normas imperfectas o normas vacías de contenido. La norma por esencia es de carácter general y abstracta; en tanto que la Jurisprudencia que la interpreta es más concreta.

En efecto, la conformación o integración judicial de que habla el Alto Tribunal,³⁰² evidentemente constituye una nueva norma jurídica, puesto que en principio, nunca será igual una norma general jurídica preexistente que la Jurisprudencia que la interpreta, siempre serán distintas, como lo justificamos en capítulos precedentes atinentes a la creación escalonada o derivativa del derecho.

Iturralde Sesma, habla sobre las lagunas en la ley, haciendo referencia a tres casos; a saber: a) cuando un enunciado remite a otro la regulación de una materia y esta no existe; b) cuando el ordenamiento regula una materia pero lo hace de manera incompleta por omitir algunos aspectos de la misma; y, c) cuándo el ordenamiento nada establece respecto de una determinada materia jurídicamente relevante; por ejemplo, el matrimonio entre personas del mismo sexo el régimen jurídico general.³⁰³

³⁰² Tesis P./J.145/2000, *op. cit.*, nota. 1.

³⁰³ Iturralde Sesma, Victoria, *Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2003, pp. 196 - 197.

En conclusión, si se juzga a la Jurisprudencia por considerar que no goza de las características de la ley, como la abstracción, la generalidad, y su órgano emisor, pues principalmente esa justificación se basa en que la Jurisprudencia no es una norma jurídica general, la generalidad no tiene nada que ver con los ámbitos de validez de las normas, un reglamento, por esencia es general, pero está destinado para órganos administrativos y no jurisdiccionales. Lo anterior en términos de la fracción I del artículo 89 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Su finalidad será para proveer en la esfera administrativa a su exacta observancia, de ahí que la generalidad de una norma no tiene nada que ver con sus ámbitos de validez.

Incluso, si bien una de las características de la ley es la generalidad, es decir, que ésta no está dirigida a alguien en particular, también la jurisprudencia, cuando queda conformada, no se dirige a alguien en particular, de tal suerte que también se encuentra conformada por esa característica.³⁰⁴

Por tanto, la Jurisprudencia válidamente puede ser una norma general con ámbitos de validez distintos que las normas jurídicas preexistentes; incluso de la propia norma que interpreta. Pues, si se aceptase que la Jurisprudencia no es norma, por ende, como ya se dijo, no tendría ámbitos de validez, lo cual no acontece.

Como ejemplo de lo anterior, podemos citar la integración hecha por la Jurisprudencia, al artículo 114, fracción IV de la Ley de Amparo, al establecer la procedencia del juicio de garantías respecto de los actos de ejecución irreparable dictados dentro de juicio. Al respecto, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la contradicción de tesis: 81/2002,³⁰⁵ que tuvo por

³⁰⁴ Lara Guadarrama, Mauricio, *Análisis crítico de la Jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2007, p. 252.

³⁰⁵ Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Decisiones relevantes de la suprema corte de justicia de la nación 5*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2005, p.39.

objeto dilucidar si es procedente el juicio de amparo indirecto en contra del desahogo de la prueba pericial en genética que se ofrece durante el juicio para determinar si existe vínculo de parentesco por consanguinidad y en un momento, demostrar la paternidad hacia el menor, en ella se realizó un análisis sobre el derecho a la intimidad, a la libertad e integridad física del ser humano, para en un momento dado estimar si su desahogo causa un daño de ejecución de imposible reparación; cuestiones éstas que la ley no contempla, sino el análisis integral hecho en la jurisprudencia.³⁰⁶

4.7.6 Requisito de la aplicación retroactiva de la jurisprudencia:

El perjuicio en la persona

No resulta sencillo establecer con toda claridad en qué condiciones puede estimarse que una norma ha sido aplicada retroactivamente en perjuicio de persona alguna. Particularmente respecto de la ley, ésta se aplica retroactivamente cuando implica que opere sobre el pasado, es decir, afectando hechos o situaciones que se produjeron o tuvieron su origen con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la propia ley.

Respecto de la jurisprudencia, Paul Roubiere³⁰⁷ sostiene que no puede ser retroactiva, porque ésta en sí tiene esa característica. Afirma que los cambios de costumbre o de Jurisprudencia se producen diariamente, de forma lenta e imperceptible y, de igual forma afectan los litigios en curso.

³⁰⁶ Con motivo de lo anterior, la Jurisprudencia fue capaz de integrar una disposición normativa que no resolvía el caso a juzgar; por ejemplo, en el caso que nos ocupa, la Ley de Amparo en su artículo 114 fracción IV únicamente establece que el Juicio de Amparo, ante el juez de Distrito, es procedente contra actos en el juicio que tengan una ejecución de imposible reparación. La Jurisprudencia determinó que en contra del desahogo de la prueba pericial en genética que se ofrece durante el juicio para determinar si existe vínculo de parentesco por consanguinidad, procede el juicio de amparo indirecto.

³⁰⁷Roubier, Paul, *Le Droit Transitoire (Conflits des Lois dans le Temps)*, 2ª ed., Paris, Editions Dalloz et Sirey, 1960, p. 4.

Desde luego que la Jurisprudencia es en sí misma retroactiva, pues si se tiene en cuenta que ésta surge de sentencias, todo fallo siempre será retroactivo; esto es, la decisión del juzgador siempre va a juzgar sobre hechos pasados, a nadie se le juzga por si acaso va a cometer un delito, o que en el futuro incumplirá algún contrato, se le juzga cuando lo ha cometido o lo ha incumplido en los casos antes precisados. Si la sentencia de la cual emana la Jurisprudencia es retroactiva, por ende, esta última también lo es.

Sin embargo, existe la posibilidad de que no se aplique una jurisprudencia con efectos retroactivos, cuando ello supone una afectación a alguna de las partes en el juicio. En efecto, la aplicación de una jurisprudencia es al momento de la emisión de la sentencia o resolución judicial que resuelva un determinado caso, independientemente de que las sentencias que le dieron origen hayan resuelto casos pasados; incluso, distintos, por lo que válidamente no se deberá aplicar si vulnera o causa perjuicio al justiciable, cuando al momento de cometer los hechos existía una jurisprudencia distinta o, al menos no existía la que se le está aplicando en su perjuicio.

La prohibición de aplicar de manera retroactiva una jurisprudencia en perjuicio de persona alguna no es fácil de resolver, pues en principio debemos considerar a partir de qué momento estamos ante ese perjuicio o menoscabo, para juzgar lo concerniente a la no aplicación de una jurisprudencia en el pasado. Al respecto Rubiere,³⁰⁸ al hablar sobre la retroactividad de normas, afirma que en el ciclo de desarrollo de una situación jurídica es posible distinguir tres momentos:

- a) el momento de su constitución,
- b) el de sus efectos y
- c) el de su extinción.

³⁰⁸*Ididem*, pp. 183 - 184.

Según el propio autor, el primero y el tercer momento representan la dinámica, y el segundo, la estática de la situación jurídica. El periodo de constitución de una situación jurídica puede tener una variación, en tanto que puede producirse en un único momento (el del daño causado por un accidente de tránsito imputable conductor de vehículo, en caso que la situación jurídica nace en el momento mismo del accidente) o, por el contrario, supone cierto periodo, ya sea porque la constitución de la situación requiere de un determinado estado de hecho continuado (la prescripción adquisitiva), o porque la situación jurídica supone para su constitución de la presencia de elementos sucesivos (una sucesión testamentaria, que requiere para su constitución, primero, del acto de testar y segundo, de la muerte del testador). Lo mismo se afirma del periodo de extinción, que puede darse en un solo momento (la prescripción extintiva) o la presencia de elementos sucesivos (procedimiento de liquidación de una sucesión).

De lo anterior se desprende que las situaciones en curso, pueden darse en cualquiera de los tres momentos indicados el de la constitución, el de la producción de efectos y el de la extinción.

Ahora, para juzgar lo concerniente al perjuicio de la persona, necesariamente debemos atender a conceptos tales como: derechos adquiridos, situación jurídica abstracta y concreta, facultades y expectativas de derecho, para resolver límites de la aplicación retroactiva. La tesis aislada que a continuación transcribimos los define; a saber:

“RETROACTIVIDAD, TEORIAS DE LA. *Sobre la materia de irretroactividad, existen diversidad de teorías, siendo las más frecuentes, la de los derechos adquiridos y de las expectativas de derecho y la de las situaciones generales de derecho y situaciones concretas o situaciones abstractas y situaciones concretas, siendo la primera, el mandamiento de la ley, sin aplicación concreta de la misma. El derecho adquirido es definible, cuando el acto realizado introduce un bien, una facultad o un*

provecho al patrimonio de una persona, y el hecho efectuado no puede afectarse ni por la voluntad de quienes intervinieron en el acto, ni por disposición legal en contrario; y la expectativa de derecho es una esperanza o una pretensión de que se realice una situación jurídica concreta, de acuerdo con la legislación vigente en un momento dado. En el primer caso, se realiza el derecho y entra al patrimonio; en el segundo, el derecho esta en potencia, sin realizar una situación jurídica concreta, no formando parte integrante del patrimonio; estos conceptos han sido acogidos por la Suprema Corte, como puede verse en las páginas 226 y 227 del Apéndice al Tomo L del Semanario Judicial de la Federación, al establecer: "Que para que una ley sea retroactiva, se requiere que obre sobre el pasado y que lesione derechos adquiridos bajo el amparo de leyes anteriores, y esta última circunstancia es esencial". "La ley es retroactiva cuando vuelve al pasado, para cambiar, modificar o suprimir los derechos individuales adquiridos". "Al celebrarse un contrato, se crea una situación jurídica concreta, que no puede destruirse por la nueva ley, si no es incurriendo en el vicio de retroactividad. Si una obligación ha nacido bajo el imperio de la ley antigua, subsistir con los caracteres y las consecuencias que la misma ley le atribuye."³⁰⁹

Con base en lo anterior, los derechos adquiridos son considerados como límites de la aplicación retroactiva de la ley. Las leyes son retroactivas cuando destruyen o restringen derechos adquiridos bajo el imperio de una norma anterior. Para la teoría clásica, un derecho adquirido es aquel que ha entrado en nuestro patrimonio y que forma parte de él. Esto se explica a partir de la distinción hecha entre éstos, las facultades y las expectativas. La facultad es la aptitud que, en tanto no utilizamos, permanece como tal. Sólo se adquiere un derecho cuando se ha utilizado la aptitud que teníamos, cuando se ha manifestado, de hecho, por medio del acto necesario para su aprovechamiento. Las facultades pueden ser

³⁰⁹ Tesis sin número, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Sexta Época, v. CXXXVI, diciembre de 2000, p. 80.

revocadas, en tanto no hayan sido ejercidas; las expectativas son meras esperanzas que se tienen de un hecho pasado o de un estado actual de cosas, de gozar de un derecho cuando se realice.³¹⁰

Los postulantes de la teoría clásica han reiterado que contra el derecho adquirido la ley nueva no puede nada: “. . . *su fuerza expira allí donde encuentra un derecho verdadero, consagrado por la antigua ley bajo cuyo imperio ha nacido...*” Consideran a toda ley nueva como un progreso sobre la legislación anterior y que el interés social exige que ésta se aplique al mayor número posible de casos. Pero, al afectar el derecho adquirido, la ley nueva ya no es una causa de progreso social, sino de desorden: “. . .*pues se exterminaría toda seguridad de las transacciones y la ley llegaría a ser obligatoria aún antes de existir, lo cual sería injusto y contrario tanto al buen sentido, como a la idea misma de la publicación. . .*”³¹¹

La Jurisprudencia ha considerado en repetidas ocasiones que para que una ley se considere retroactiva, se requiere que obre sobre el pasado y que lesione derechos adquiridos bajo el amparo de leyes anteriores.

Como se observa, debe existir un derecho adquirido; esto es, cuando el acto realizado introduce un bien, una facultad o un provecho al patrimonio de una persona; de modo tal que el hecho efectuado no puede afectarse ni por la voluntad de quienes intervinieron en el acto, ni por disposición normativa en contrario; contrariamente a la expectativa de derecho, la cual constituye una esperanza o una pretensión de que se realice una situación jurídica concreta, de acuerdo con la legislación vigente en un momento dado.

³¹⁰Bonnetcase, Julien, *Tratado elemental de derecho civil*, Colección de Clásicos del Derecho, t. I, trad. Enrique Figueroa Alfonzo, Harla, México 1993, p. 78.

³¹¹*Ibidem*, p. 79.

En cuanto a la teoría de los derechos adquiridos Bonnecase la considera insuficiente porque, al analizar el objeto de una ley, considera que su objeto no es exclusivamente crear o reconocer facultades en provecho de los particulares. Aduce que su objeto es crear situaciones jurídicas. A partir de la distinción entre situaciones jurídicas abstractas y concretas, aplica el criterio de la no retroactividad de las leyes, respecto de las situaciones jurídicas concretas. Bonnecase³¹² define a estas últimas como aquella situación jurídica que corresponde a la manera de ser de cada uno frente a una regla de derecho o de una institución jurídica determinada. Las situaciones jurídicas abstractas, por el contrario, son aquellas que corresponden a la manera de ser eventual o teórica de cada uno, respecto de una ley determinada.

En conclusión, debe existir una situación jurídica concreta que perjudique al justiciable, con motivo de un derecho adquirido, de modo tal que al aplicársele una nueva norma jurisprudencial determinada, cree una situación jurídica concreta que lesione, vulnere o restrinja el derecho adquirido, lo que constituye la condición para no aplicarla de manera retroactiva.

Respecto de las normas procesales, la tendencia de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sido en el sentido de considerarlas como de efecto inmediato; es decir, lo que debe acontecer con cada ley nueva; la nueva ley se aplica desde que se promulga sin importar el tiempo en que los hechos ocurrieron. En principio, la ley debe aplicarse inmediatamente a partir del día fijado para su entrada en vigor. Ahora, como su aplicación inmediata sucede, algunas veces, en circunstancias donde hay situaciones jurídicas en curso, el efecto inmediato de la ley se confunde con el efecto retroactivo. Como es sabido, los procedimientos están constituidos por actos sucesivos y se rigen por las disposiciones vigentes cuando se verifican; ahora, ¿Qué pasa si el derecho nace del procedimiento? ¿Existe retroactividad? ¿Qué pasa si al modificarse la situación adjetiva se afecta la sustantiva? ¿Hay retroactividad?

³¹²*Ibidem*, p. 54.

Tal parece que sí existe cuando se modifica una situación adjetiva y se afecte la relación sustantiva. De cualquier manera, a primera vista, la ley procesal tiene efectos inmediatos y, así, rige las etapas procesales.

La siguiente Jurisprudencia establece que para que una ley sea retroactiva necesita dos cosas: que obre sobre el pasado y que lesione derechos adquiridos, lo que no acontece con las leyes procesales:

“RETROACTIVIDAD DE LAS NORMAS PROCESALES. *Para que una ley se considere retroactiva se requiere que obre sobre el pasado y que lesione derechos adquiridos bajo el amparo de leyes anteriores, lo que no sucede con las normas procesales. En efecto, se entienden como normas procesales aquellas que instrumentan el procedimiento; son las que establecen las atribuciones, términos y los medios de defensa con que cuentan las partes para que con la intervención del Juez competente, obtengan la sanción judicial de sus propios derechos, esos derechos nacen del procedimiento mismo, se agotan en cada etapa procesal en que se van originando y se rigen por la norma vigente que los regula; por lo tanto, si antes de que se actualice una etapa del procedimiento, el legislador modifica la tramitación de ésta, suprime un recurso, amplía un término o modifica lo relativo a la valoración de las pruebas, no puede hablarse de aplicación retroactiva de la ley, pues no se priva, con la nueva ley, de alguna facultad con la que ya se contaba, por lo que debe aplicarse esta última.*³¹³

Como se advierte, existe una tendencia a considerar que las normas procesales, no dan lugar a conflictos de leyes en el tiempo, por la circunstancia de que la ley nueva se apodera de las situaciones procesales pendientes desde el

³¹³ Tesis I.8o. C. J/1, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. V, abril de 1997, p. 178.

momento mismo que entra en vigor. Es decir, la aplicación de leyes de procedimiento, no puede producir efectos retroactivos.

Desde luego que lo anterior es una entelequia pues debe tenerse en consideración que como se vio desde capítulos primigenios, la jurisprudencia principalmente desarrolló e integró al juicio de amparo. Ahora, lo anterior se dice, porque la naturaleza de la Ley de Amparo es adjetiva; esto es, constituye un código de procedimientos que, por su integración en la jurisprudencia puede causar perjuicios a las partes, cuando ésta varíe el contenido de una norma y que, por su naturaleza, es procesal.

Independientemente de lo anterior, respecto del tópico en estudio; esto es, el conflicto de leyes en el tiempo entre normas procesales, no resulta absoluto, pues en ciertas condiciones sí puede producirse ese problema; por citar un ejemplo, cuando la aplicación de la norma más reciente trae como consecuencia la afectación de situaciones jurídicas que han causado estado y, por ello, su firmeza no puede o no debe ser desconocida, o bien cuando la nueva ley priva de alguna facultad con la que ya se contaba.

Los conflictos de leyes en el tiempo, pueden ser reguladas por preceptos transitorios que de manera expresa determinen los supuestos en que la ley anterior deba seguirse aplicando, aunque en dichos transitorios no siempre es posible prever todas las situaciones que eventualmente pueden presentarse.³¹⁴

Por ello, y como una mera aproximación al tema, conviene precisar algunos ejemplos de leyes que pueden suponer efectos retroactivos perjudiciales.

³¹⁴ Como ejemplo puede citarse a la nueva Ley de Amparo, a través de la cual se establecieron preceptos transitorios que contundentemente ordenaron la aplicación retroactiva de vieja ley a aspectos como el sobreseimiento por inactividad procesal, la caducidad de la instancia, así como el cumplimiento y ejecución de las sentencias de amparo, y respecto de las cuales, no obstante la nueva ley de amparo, en los temas de dichas instituciones procesales se continuó aplicando la ley derogada.

Respecto de la materia penal, en caso de conflicto de aplicación de leyes en el tiempo, la garantía consiste en obligar a la aplicación de la norma más benéfica, sea la anterior o la posterior; esto es, existe retroactividad o prospectividad, entendida esta última como la que opera para el futuro. Lo anterior, pese a que el artículo 14 constitucional en ningún momento establece como garantía la ley más benéfica, sino simplemente prohíbe la aplicación retroactiva cuando ésta resulta perjudicial a alguna persona. De modo tal que, no se vulnerará la garantía si se aplica una ley posterior favorable, pero ello no significa que se tenga derecho a esa aplicación por el citado precepto que obviamente no prevé ese supuesto.³¹⁵ No debe perderse de vista que, eventualmente, la aplicación de la ley más favorable a alguien puede acarrear la violación de la garantía a quien o quienes ostentan un interés jurídico contrario u opuesto en una situación jurídica particular. En la materia penal, en caso de conflicto temporal de leyes, se ha sostenido que debe aplicarse al inculpado o al sentenciado la que resulte más favorable.³¹⁶

Por lo que hace a normas constitucionales, De Silva Nava afirma que en el cuerpo normativo correspondiente, se constituye la totalidad del orden jurídico de un Estado, de tal suerte que las nuevas normas de esa naturaleza, deben prevalecer sobre las anteriores, por lo que la constitución debe aplicarse retroactivamente, tanto más si se considera que al ubicarse la nueva norma dentro de la Constitución, establece, *per se*, un caso de excepción a la prevención del artículo 14, pues no puede admitirse, en lógica jurídica, que la Constitución contenga preceptos contradictorios entre sí. Sin embargo, tal afirmación no debe entenderse de manera absoluta, pues existen casos que la Constitución debe aplicarse a situaciones anteriores y otros en que no; verbigracia: si por razones

³¹⁵ De Silva Nava, Carlos, *op. cit.*, nota.83, p.398.

³¹⁶ *Ibidem*, p.399.

políticas, sociales o de interés general, supone el alcance retroactivo como excepción a la regla general de 14 constitucional.³¹⁷

³¹⁷ Existen en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos vigentes preceptos con una clara intención retroactiva, lo que los hace prevalecer sobre situaciones reconocidas por la Constitución de 1857. Baste citar como ejemplo la fracción VII del artículo 27, que declara nulos diversos actos producidos a partir de 1856 que hubieran afectado tierras o aguas de los núcleos de población. En este caso, el precepto en vigor a partir de 1917 se remonta de manera expresa a situaciones anteriores a su vigencia, de manera que su única aplicación posible se encuentra referida a acontecimientos anteriores a ella. No cabe, pues, duda de que, en casos como el del ejemplo, el constituyente de manera expresa consideró y estableció la necesidad de la aplicación retroactiva, que se justifica precisamente por el principio de supremacía constitucional y por la necesidad política y social de modificar sistemas anteriores de propiedad de la tierra que en el momento de emitir la nueva Constitución estimó inadecuados. Pero no puede sostenerse lo mismo, por ejemplo, la reforma al propio artículo 27 producida en el año 1992 que creó tribunales agrarios, pues no resulta lógico interpretar la reforma en el sentido de que todos los conflictos agrarios que hayan quedado definitivamente resueltos por aplicación de lo anterior precepto y su legislación reglamentaria, deban renacer y someterse a la jurisdicción de dichos tribunales; es decir, no se encuentran en la Constitución indicio alguno que haga suponer que el Constituyente permanente, por motivos políticos, sociales o de cualquier otra índole, hubiera pretendido el desconocimiento de las situaciones jurídicas que había quedado plenamente consumadas durante la vigencia anterior precepto. Salvo que aparezca como indudable que el Constituyente Originario o permanente ha pretendido la afectación de situaciones consumadas o en las que ha operado la firmeza procesal o la cosa juzgada sí puede darse el fenómeno de la indebida aplicación retroactiva. En otros términos, sólo se justifica la aplicación retroactiva de un precepto constitucional cuando la norma es en sí misma retroactiva y no cuando solamente lo es su simple aplicación.

Cfr. De Silva Nava, Carlos, *op. cit.*, nota.82, pp. 392 - 393.

Capítulo 5.

La jurisprudencia mexicana y su relación con la jurisprudencia interamericana

SUMARIO: 5.1 Consideraciones previas. 5.2 La obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 5.3 Forma de creación de la jurisprudencia en el sistema interamericano. 5.4 Relación entre la jurisprudencia nacional y la jurisprudencia interamericana. 5.5 La jurisprudencia mexicana como objeto de análisis de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

5.1 Consideraciones previas.

Como se ha hecho alusión en capítulos precedentes, a partir del presente siglo el sistema jurídico mexicano ha tenido un cambio radical de paradigma en sus instituciones jurídicas, tanto sustantivas, como procesales, ello derivado de los enjuiciamientos que realizó la Corte Interamericana de Derechos Humanos al Estado Mexicano, con motivo de la vulneración a tratados internacionales;³¹⁸ lo que dio lugar a la implementación de reformas Constitucionales de suma importancia.³¹⁹ Desde luego que la jurisprudencia juega un papel preponderante, al ser, por excelencia, la institución jurídica con la que cuenta el Poder Judicial de la Federación para la función creativa del derecho; sin embargo, dado ese cambio de paradigma no debe analizarse de forma aislada, sino que debe atenderse a la luz de su relación con el derecho interamericano, particularmente con los instrumentos internacionales que México ha firmado y con la jurisprudencia de la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos que los ha interpretado. Por ejemplo: ¿qué decisión tomará el juzgador cuando al fallar un asunto exista

³¹⁸ Casos González y otras (campo algodonerero); Rosendo Radilla Pacheco, y Cabrera García y Montiel Flores, todos en contra del Estado mexicano, y que mediante sentencias de 16 y 23 de noviembre de 2009, y de 26 de noviembre de 2010, respectivamente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó a éste último.

³¹⁹ Reformas Constitucionales del 6 y 10 de junio de 2011, que culminaron con la expedición de la nueva Ley de Amparo el 2 de abril de 2013; y la diversa del 18 de junio de 2008, a través de la cual se implantó el nuevo Sistema de Justicia Penal de corte acusatorio y adversarial.

jurisprudencia, tanto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como de la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación? ¿Existirá una relación jerárquica entre ambas normas jurisprudenciales? o bien, respecto del principio de convencionalidad, los jueces nacionales pueden desaplicar la norma jurisprudencial, en acatamiento al artículo 1º constitucional.

Desde luego que lo anterior son temas poco explorados, pues si se considera que la jurisprudencia no es norma, lo que implica que carece de ámbitos de validez, pues entonces no hay mucho que estudiar o investigar; sin embargo, los conflictos prácticos se generan a diario. Máxime con el nuevo paradigma de derechos humanos, tantas veces citado.

5.2 La obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

De acuerdo a la declaratoria de 1 de diciembre de 1998, México reconoció la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos;³²⁰ lo que dio lugar que a partir de ese reconocimiento, haya sido condenado a reparaciones por violaciones a derechos humanos. Sentencias que han sido contundentes en recordar la obligación que tienen todos los jueces mexicanos, en el ámbito de sus respectivas competencias, de efectuar un control de la convencionalidad del derecho interno, en otras palabras, de aplicar los instrumentos internacionales.³²¹ De modo que existe la obligación del Estado Mexicano de acatar las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Aunado a lo anterior, con la implementación de las reformas del 6 y 10 de junio de 2011, todos los jueces deberán ejercer un control de convencionalidad *ex officio*, en un modelo de control difuso de la constitucionalidad, incorporándose el

³²⁰ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 8 de diciembre de 1998.

³²¹ Silva García, Fernando, *Jurisprudencia interamericana de derechos humanos, criterios esenciales*, México, Editorial Tirant Lo Blanch, 2012, p.42.

principio *propersona*, y los parámetros de convencionalidad.³²² Esto es, a diferencia del control concentrado, en donde todos los aspectos de constitucionalidad están reservados para el Poder Judicial de la Federación, en el control difuso, los órganos jurisdiccionales de todo el país pueden hacer un análisis de constitucionalidad y convencionalidad. Es decir, acorde con los artículos 1o. y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para hacer respetar los derechos humanos establecidos en la propia Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, pueden inaplicar leyes secundarias, lo que constituye un control difuso de constitucionalidad y convencionalidad. En tanto que para el Poder Judicial de la Federación subsiste el control concentrado de constitucionalidad y convencionalidad de leyes, cuya competencia corresponde en exclusiva al Poder Judicial de la Federación, a través del juicio de amparo, las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad.³²³ En otras palabras,

³²² *Ídem.*

³²³ Tesis 2a./J.16/2014, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. I, abril de 2014, p. 984, Que dice:

“CONTROL DIFUSO. SU EJERCICIO EN EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Si bien es cierto que, acorde con los artículos 1o. y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, las autoridades jurisdiccionales ordinarias, para hacer respetar los derechos humanos establecidos en la propia Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, pueden inaplicar leyes secundarias, lo que constituye un control difuso de su constitucionalidad y convencionalidad, también lo es que subsiste el control concentrado de constitucionalidad y convencionalidad de leyes, cuya competencia corresponde en exclusiva al Poder Judicial de la Federación, a través del juicio de amparo, las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad. La diferencia entre ambos medios de control (concentrado y difuso), estriba en que, en el primero, la competencia específica de los órganos del Poder Judicial de la Federación encargados de su ejercicio es precisamente el análisis de constitucionalidad y convencionalidad de leyes, por tanto, la controversia consiste en determinar si la disposición de carácter general impugnada expresamente es o no contraria a la Constitución y a los tratados internacionales, existiendo la obligación de analizar los argumentos que al respecto se aduzcan por las partes; en cambio, en el segundo (control difuso) el tema de inconstitucionalidad o inconventionalidad no integra la litis, pues ésta se limita a la materia de legalidad y, por ello, el juzgador por razón de su función, prescindiendo de todo argumento de las partes, puede

subsiste la competencia exclusiva del Poder Judicial de la Federación para juzgar leyes y normas generales que puedan contravenir a la Constitución o a un tratado internacional del que México sea parte.

Ahora, en relación con la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido, a través de su jurisprudencia, que los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana, con independencia de que el Estado Mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, resultan vinculantes para los jueces nacionales, al constituir una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que en dichos criterios se determina el

desaplicar la norma. Ahora bien, en el juicio contencioso administrativo, la competencia específica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa es en materia de legalidad y, por razón de su función jurisdiccional, este tribunal puede ejercer control difuso; sin embargo, si el actor formula conceptos de nulidad expresos, solicitando al tribunal administrativo el ejercicio del control difuso respecto de determinada norma, de existir coincidencia entre lo expresado en el concepto de nulidad y el criterio del tribunal, éste puede inaplicar la disposición respectiva, expresando las razones jurídicas de su decisión, pero si considera que la norma no tiene méritos para ser inaplicada, bastará con que mencione que no advirtió violación alguna de derechos humanos, para que se estime que realizó el control difuso y respetó el principio de exhaustividad que rige el dictado de sus sentencias, sin que sea necesario que desarrolle una justificación jurídica exhaustiva en ese sentido, dando respuesta a los argumentos del actor, pues además de que el control difuso no forma parte de su litis natural, obligarlo a realizar el estudio respectivo convierte este control en concentrado o directo, y transforma la competencia genérica del tribunal administrativo en competencia específica. Así, si en el juicio de amparo se aduce la omisión de estudio del concepto de nulidad relativo al ejercicio de control difuso del tribunal ordinario, el juzgador debe declarar ineficaces los conceptos de violación respectivos, pues aun cuando sea cierto que la Sala responsable fue omisa, tal proceder no amerita que se conceda el amparo para que se dicte un nuevo fallo en el que se ocupe de dar respuesta a ese tema, debido a que el Poder Judicial de la Federación tiene competencia primigenia respecto del control de constitucionalidad de normas generales y, por ello, puede abordar su estudio al dictar sentencia. Si, además, en la demanda de amparo se aduce como concepto de violación la inconstitucionalidad o inconveniencia de la ley, el juzgador sopesará declarar inoperantes los conceptos de violación relacionados con el control difuso y analizar los conceptos de violación enderezados a combatir la constitucionalidad y conveniencia del precepto en el sistema concentrado.”

contenido de los derechos humanos establecidos en ese tratado, pues esa fuerza vinculante de la jurisprudencia interamericana, se desprende del propio mandato establecido en el artículo 1o. constitucional.³²⁴

Por cuanto hace a las opiniones consultivas, estas también serán obligatorias para el Estado Mexicano.

En efecto, dentro de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos contenida en el capítulo VIII de la Convención Americana de Derechos Humanos, y conforme al artículo 2 de su Estatuto,³²⁵ tiene el ejercicio de una función de carácter jurisdiccional o contenciosa, establecida por los artículos 61 y 62 de la misma convención;³²⁶ y otra de naturaleza consultiva; esto es, la

³²⁴ Tesis: P./J. 21/2014, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, libro 5, abril de 2014, t. I, p. 204.

³²⁵ Artículo 2.- Competencia y Funciones: La Corte ejerce función jurisdiccional y consultiva: 1. Su función jurisdiccional se rige por las disposiciones de los artículos 61, 62 y 63 de la Convención. 2. Su función consultiva se rige por las disposiciones del artículo 64 de la Convención.

³²⁶ Artículo 61.- 1. Sólo los Estados Partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte. 2. Para que la Corte pueda conocer de cualquier caso, es necesario que sean agotados los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50.

Artículo 62.-1. Todo Estado Parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención. 2. La declaración puede ser hecha incondicionalmente, o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos. Deberá ser presentada al Secretario General de la Organización, quien transmitirá copias de la misma a los otros Estados Miembros de la Organización y al Secretario de la Corte. 3. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.

adopción de opiniones consultivas, definidas por el artículo 42 de la Convención Americana.³²⁷

En cuanto a la competencia contenciosa, la Corte ejerce la función jurisdiccional, cuando algún Estado parte o la Comisión Interamericana deciden someterle un caso sobre violación a un derecho o libertad protegidos en la Convención. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la aplicación e interpretación de las disposiciones del Pacto de San José que le sea sometido, siempre que los Estados partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ya sea por declaración especialo bien por convención especial (artículos 61.1 y 62.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos). Además de que para que la Corte pueda conocer un caso es necesario que se haya seguido el procedimiento ante la Comisión Interamericanay que se hayan agotado e interpuesto todos los recursos de la jurisdicción interna.

La función jurisdiccional de la Corte se desarrolla a través de un proceso que se compone de un procedimiento escrito, en donde se determina el contenido del litigio o se fija la *litis*, escrito de solicitudes, contestación del Estado, pruebas y alegatos; y otro oral, que se integra por la audiencia en que se practican o desahogan las pruebas. Finalmente, el fallo de la Corte, que debe ser motivado, definitivo e inapelable, previéndose que en caso de desacuerdo sobre su sentido o alcance, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes dentro de los 90 días siguientes a su notificación, debiendo cumplirlo los Estados partes.³²⁸

La competencia consultiva de la Corte Interamericana comprendel *rationae materia*, consultas relativas a la Convención Americana, y a

³²⁷O'Donnell, Daniel, *Derecho internacional de los derechos humanos, normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Bogotá, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2004, pp. 44 y 45.

³²⁸Fix-Zamudio, Héctor, *La corte interamericana de derechos humanos*, en Ovalle Favela, José (coord), *Administración de Justicia en Iberoamérica y sistemas judiciales comparados*, México, UNAM, 2006, pp. 489-499.

otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos (art.64.1). En su opinión consultiva OC1/82, la Corte Interamericana determinó que esta última cláusula no se limita a los tratados internacionales en la materia, sino a todo tratado vigente en uno o varios Estados americanos, y que tampoco se limita a tratados dedicados al tema de los derechos humanos, sino que incluye cualquier tratado, en que esté directamente implicada la protección de los derechos humanos.³²⁹

La competencia consultiva de la Corte Interamericana, se extiende a dos tipos de consultas: aquellas que solicitan interpretación de una disposición o disposiciones de la Convención Americana o de otro tratado sobre derechos humanos o eventualmente una cuestión más general sobre la interpretación de la Convención y las que solicitan la opinión de la Corte sobre la compatibilidad de una ley con la Convención.

5.3 Forma de creación de la jurisprudencia en el sistema interamericano.

Previamente a analizar este tópico, debemos tener en consideración que en México, como lo explica Soberanes Díez,³³⁰ la jurisprudencia si bien ha sido una institución importante en el ámbito del derecho constitucional desde el siglo XIX, ha tenido reglas distintas respecto de su uso que en el resto de las naciones. A diferencia de otros países la jurisprudencia en México no se reconoce en sentencias, sino en extractos llamados tesis. Además de que no todo precedente tiene el mismo valor normativo; esto es, dependiendo de las condiciones de creación, puede o no ser obligatorio.

Lo anterior se explica, *grossomodo*, porque como ha quedado sentado en capítulos precedentes, desde el siglo XIX se adoptó en nuestro país el *stare decisis*

³²⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, (Corte Interamericana). Opinión Consultiva OC-1/82, párr.48, fecha de consulta 17 de octubre de 2017.

³³⁰ Soberanes Díez, José María, *op. cit.*, nota.106, p. 6.

et quieta non movere; sin embargo, al operar ese sistema de manera vertical; esto es, la exigencia de que los tribunales inferiores resuelvan de acuerdo al criterio sentado por los tribunales superiores,³³¹ se generó en México la problemática de que no todos los órganos jurisdiccionales tenían conocimiento de lo que resolvía su superior, lo que a la postre llevó a implementar el Semanario Judicial de la Federación y redactar en síntesis o la *ratio decidendi* de las sentencias respectivas.

Vale la pena mencionar que el término jurisprudencia, como se acostumbra en México, no es uniforme en otros países, pues puede referirse a otras instituciones de derecho; por ejemplo, en la tradición jurídica del *commonlaw*, el significado que se le otorga a la palabra *jurisprudence*, es el de ciencia o teoría del derecho; en tanto que en los países de tradición romano-germánica, también se utiliza con mayor frecuencia para designar a los criterios de interpretación de la ley sostenidos por los tribunales en sus sentencias.³³²

De forma tal que para los efectos de esta investigación, partimos del supuesto de que la jurisprudencia es lo dicho por los jueces, ya sea en extractos llamados tesis, o en las propias consideraciones contenidas en los fallos que dictan, como en el caso de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, o en los propios países del *commonlaw*, a través del precedente, o el *ius (posición)*, como lo sostiene Daniel H. Castañeda y G,³³³ en su obra: *Filosofía de la*

³³¹ *Ibidem*, p.7.

³³² Ovalle Favela, José, "Influencia de jurisprudencia de la corte en latinoamericana," *Boletín de Derecho Comparado*, México, núm. 134, 2012, <http://www.juridicasunam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/134/art/art5.pdf>, fecha de consulta 17 de octubre de 2017.

³³³ Castañeda y G, Daniel H, *Filosofía de la jurisprudencia*, México, Editorial Porrúa, 2007, p. 7.

Sostiene el autor que lo jurídico es todo lo que el hombre es capaz de "poner", lo que el hombre es capaz de decidir para que opere. Afirma que esas decisiones de los jueces no serán sobre todas las cosas; sino sólo sobre aquellas que impliquen un conflicto o desorden en las relaciones sociales, el cual haya necesidad de ordenar, que impliquen servicios personales socialmente exigibles. Asimismo, el citado autor reflexiona en el sentido de que la mayoría de los conflictos

Jurisprudencia, al sostener la idea de que es efectivamente: "lo que aprueban los jueces":

En el caso de la formación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a diferencia del Estado Mexicano, en donde se requiere satisfacer una serie de requisitos formales para ser reconocida como tal; incluso, ser vinculante; *verbigracia*: reiteración o votación, aquella es más flexible y dinámica, ya que cada caso va abandonando criterios a la práctica y se convierte en una pauta a seguir que, con la suma de una reiteración, va reafirmando su autoridad. Es decir, no existen exigencias formales en cuanto al número, la votación, o el sentido de la decisión para que la misma sea considerada como un precedente internacional susceptible de invocarse.³³⁴ En el sistema interamericano, los criterios son por lo regular encontrados en la parte considerativa o de justificación de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (sobre excepciones, de fondo, de reparaciones o de interpretación de la sentencia de fondo); esto es, no necesariamente los criterios se hallan en las decisiones favorable a los peticionarios, sino también en las que no lo fueron.³³⁵

nunca serán sometidos al juicio del prudente; sin embargo, todos los conflictos son susceptibles de resolverse por ellos. Incluso, los conflictos que pudieran parecer más interiores del hombre pueden ser sometidos al prudente. Y concluye que, todas las acciones del hombre tienen alguna o algunas consecuencias que rebasan esa propia interioridad y, si produjeran algún conflicto o desorden del cosmos, podrían ser llevadas al prudente. Incluso, como la experiencia lo ha demostrado, muchas veces los conflictos jurídicos, es decir, los que son sometidos al juicio del prudente, se producen o tienen su origen en acontecimientos de la naturaleza, que producen un desorden en el mundo social, mismo que es sometido al prudente para su resolución.

³³⁴ Carmona Tinoco, Ulises, "La Recepción de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Ámbito Interno. El caso de México", Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, p.262, <http://www.corteidh.or/tablas/r28104.pdf>, fecha de consulta 17 de octubre de 2017.

³³⁵ *Ibidem*. p.263.

Como se observa, la formación de la jurisprudencia en el Sistema Interamericano, es más parecido al sistema de precedentes del *commonlaw* que al del caso mexicano. Incluso, en los criterios emitidos por los órganos de decisión existen puntos centrales y cuestiones periféricas o accesorias; esto es, la *ratio decidendi* y los *obiter dicta*.

Eduardo Ferrer Mac-Gregor vincula la obligatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con la autoridad de cosa juzgada de las sentencias internacionales; esto es, en el ámbito interamericano implica que una vez que la sentencia es notificada a las partes, produce una eficacia vinculante y directa hacia las mismas.³³⁶ Señala que la sentencia interamericana, en tanto adquiere la autoridad de cosa juzgada internacional, despliega los contenidos y efectos de la sentencia en dos dimensiones:

a) de manera subjetiva y directa a las partes en la controversia internacional; y

b) de manera objetiva e indirecta hacia todos los Estados partes en la Convención Americana.³³⁷

Esto es, en el primer supuesto se produce una eficacia *inter partes*, que consiste en la obligación del Estado de cumplir con todo lo establecido en la sentencia interamericana de manera pronta, íntegra y efectiva. Existe una vinculación total y absoluta de los contenidos y efectos del fallo, que se derivan como obligación de los artículos 67 y 68.1, de la Convención Americana de Derechos Humanos.

³³⁶ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "Hacia la Formación Jurisprudencial Interamericana de un *Ius Constitutionale Commune Americanum*", Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p.329, <http://www.biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3655/17.pdf>, fecha de consulta 17 de octubre de 2017.

³³⁷ *Ibidem*, p. 345.

En el segundo supuesto, se produce una eficacia *erga omnes* para todos los Estados parte de la Convención, en la medida en que todas las autoridades nacionales quedan vinculadas a la efectividad convencional, y consecuentemente al criterio interpretativo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en tanto estándar mínimo de efectividad de la norma convencional, derivada de la obligación de los Estados de respeto, garantía y adecuación (normativa e interpretativa) que establecen los artículos 1º y 2º de la Convención Americana;³³⁸ incluso, la sentencia no sólo se notifica a las partes en el caso, sino también a los Estados parte en la Convención en términos del artículo 69 del pacto de San José.³³⁹

Desde luego que la sistematización de la jurisprudencia de derechos humanos y por ende su identificación, es de suma utilidad en el ámbito interamericano, pues se convierte en un referente necesario para calificar con mayor precisión la conformidad de los Estados a los estándares a que se han comprometido; además de que facilita su invocación a las partes contendientes y además a los estados partes.

De ahí podemos concluir la diferencia de la formación de la jurisprudencia interamericana de la mexicana, en la medida en que aquella no está sujeta a requisitos formales, como la necesidad de sustentarla en cinco ejecutorias en un mismo sentido, y sin ninguna que la contradiga. Además de que la obligatoriedad no lo constituye una tesis propiamente dicha, sino la decisión comprendida en la propia sentencia.

³³⁸ *Ídem.*

³³⁹ Artículo 69.- El fallo de la Corte será notificado a las partes en el caso y transmitido a los Estados Partes en la Convención.

Desde luego que la propia Convención Americana, al establecer la obligación de la Corte de motivar su fallo (artículo 66),³⁴⁰ es donde se encuentran los fundamentos de la sentencia; es decir, el conjunto de motivos, razones o argumentos de hecho y especialmente de derecho en que se apoya la decisión judicial. De esta manera como lo sostiene Ferrer Mac-Gregor, en la motivación se encuentra el *thema decidendum* que se refleja en los dispositivos o resolutivos de la sentencia; y por lo tanto, constituye la decisión un acto complejo del acto decisorio del tribunal.³⁴¹

5.4 Relación entre la jurisprudencia nacional y la jurisprudencia interamericana.

Corresponde analizar la relación existente entre la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Nacional. Desde luego que este tema se desarrolla a la luz de los conflictos jurisdiccionales de derecho nacional, o ventilados ante jueces del país, considerando desde luego los nuevos paradigmas en materia de derechos humanos.

Conforme a la reforma constitucional de 10 de junio de 2011, particularmente en el artículo 1º, se concluyó que todos los jueces del País deberán llevar a cabo un control de convencionalidad *ex officio*, en un modelo de control difuso de constitucionalidad, entre las normas internas y la Convención Americana en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, aplicando en todo momento el principio *pro persona*, en cuanto a la interpretación y aplicación de los derechos humanos.

³⁴⁰ Artículo 66.- 1. El fallo de la Corte será motivado. . . . 2. Si el fallo no expresare en todo o en parte la opinión unánime de los jueces, cualquiera de éstos tendrá derecho a que se agregue al fallo su opinión disidente o individual.

³⁴¹ *Ibidem*, p.346.

Asimismo, conforme al artículo 217 de la Ley de Amparo,³⁴² la jurisprudencia, emitida por órganos del Poder Judicial de la Federación, en sus respectivas competencias, es obligatoria para todos los órganos jurisdiccionales del País; en tanto que, como ya quedó asentado en temas que preceden, nuestro alto Tribunal ha sostenido que los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana, con independencia de que el Estado Mexicano haya sido parte o no en el litigio, resultan vinculantes para los Jueces nacionales, al constituir una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Luego, qué decisión tomará el juzgador cuando al fallar un asunto exista jurisprudencia tanto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como de la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación; existirá una jerarquía de una frente a la otra; o será posible jurídicamente que los jueces nacionales realicen el control de constitucionalidad o inconvencionalidad *ex officio* de la jurisprudencia nacional, en acatamiento al propio artículo primero constitucional, partiendo del supuesto que estamos frente a una norma que aunque formalmente legislativa no lo es, pero materialmente, sí tiene esa característica.

En cuanto a la existencia de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como de la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación, Edgar Corzo Sosa, atinadamente sostiene que no se trata de un problema de

³⁴² Artículo 217.- La jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia de la Nación, funcionando en pleno o en salas, es obligatoria para éstas tratándose de la que decrete el pleno, y además para los Plenos de Circuito, los tribunales colegiados y unitarios de circuito, los juzgados de distrito, tribunales militares y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales. La jurisprudencia que establezcan los Plenos de Circuito es obligatoria para los tribunales colegiados y unitarios de circuito, los juzgados de distrito, tribunales militares y judiciales del orden común de las entidades federativas y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales que se ubiquen dentro del circuito correspondiente. La jurisprudencia que establezcan los tribunales colegiados de circuito es obligatoria para los órganos mencionados en el párrafo anterior, con excepción de los Plenos de Circuito y de los demás tribunales colegiados de circuito. La jurisprudencia en ningún caso tendrá efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

jerarquización,³⁴³ sino que debe existir una armonización, entre la jurisprudencia interamericana, como de la nacional; de tal suerte que acorde como lo ordena el tercer párrafo del artículo 1º constitucional, debe aplicarse la que más favorezca a la persona humana y asu dignidad.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en jurisprudencia reciente, ha sido afín al citado criterio doctrinal, pues sostuvo que los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, deben armonizarse con los emitidos por los de ella; además, resolvió que de no ser coincidentes, debe elegirse el que más favorezca al individuo. De tal modo que en cumplimiento al mandato constitucional, los operadores jurídicos deben atender a lo siguiente:

(I) cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado Mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento.

Analizando esta determinación, se asemeja más a la operatividad del precedente en el *commonlaw* que a la de la jurisprudencia nacional. Esto es, como lo sostiene Soberanes Díez,³⁴⁴ a la hora de resolver el caso sujeto a juzgar, en el sistema de precedentes, se hace a partir de la analogía; es decir, a partir de la comparación del caso a dilucidar judicialmente, y de su precedente.

(II) en todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana, con la nacional; y

(III) de ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos.

³⁴³ Corzo, Sosa, Edgar, *Control constitucional, instrumentos internacionales y bloque de constitucionalidad*, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo et al. (coord.), t. IV, p.761.

³⁴⁴ Soberanes Díez, José María, *op. cit.* nota. 106, p. 15.

Esta última premisa, es acorde con el principio *pro hommine*, consagrado en el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La jurisprudencia citada es la siguiente:

“JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA.

*Los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con independencia de que el Estado Mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, resultan vinculantes para los Jueces nacionales al constituir una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que en dichos criterios se determina el contenido de los derechos humanos establecidos en ese tratado. La fuerza vinculante de la jurisprudencia interamericana se desprende del propio mandato establecido en el artículo 1o. constitucional, pues el principio *pro persona* obliga a los Jueces nacionales a resolver cada caso atendiendo a la interpretación más favorable a la persona. En cumplimiento de este mandato constitucional, los operadores jurídicos deben atender a lo siguiente: (i) cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado Mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento; (ii) en todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional; y (iii) de ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos.”³⁴⁵*

³⁴⁵Tesis: P./J.21/2014, Semanario Judicial de la Federación, y su Gaceta, Décima Época, t. I, abril de 2014, Tomo I, p. 204.

No pasa desapercibido que existe una causa de excepción en cuanto al tópico en estudio, ya que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la propia jurisprudencia, ha establecido algunos casos de restricción, prohibición o excepción constitucional, respecto de los cuales es imposible armonizar la jurisprudencia nacional con la interamericana, pues cuando ello acontece, debe estarse a la luz de lo que establece la norma fundamental, al ser inaplicables las normas convencionales. En efecto, la jurisprudencia es como sigue:

“TRABAJADORES DE CONFIANZA AL SERVICIO DEL ESTADO. SU FALTA DE ESTABILIDAD EN EL EMPLEO CONSTITUYE UNA RESTRICCIÓN CONSTITUCIONAL, POR LO QUE LES RESULTAN INAPLICABLES NORMAS CONVENCIONALES. *La actual integración de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reiterado la interpretación de la fracción XIV, en relación con la diversa IX, del apartado B del artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el sentido de que los trabajadores de confianza sólo disfrutarán de las medidas de protección del salario y gozarán de los beneficios de la seguridad social, sobre la base de que no fue intención del Constituyente Permanente otorgarles derecho de inamovilidad en el empleo y que, por ello, representa una restricción de rango constitucional. En tal virtud, si bien el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), en su artículo 7, apartado d, establece el derecho de las personas a una indemnización o a la readmisión en el empleo, o a cualquier otra prestación prevista en la legislación nacional, en caso de despido injustificado, lo cierto es que esta norma de rango convencional no puede aplicarse en el régimen interno en relación con los trabajadores de confianza al servicio del Estado, porque su falta de estabilidad en el empleo constituye una restricción constitucional.*³⁴⁶

³⁴⁶ Tesis: 2a./J. 23/2014, Semanario Judicial de la Federación, y su Gaceta, Décima Época, t.I, marzo de 2014, p.874.

Finalmente, en la Contradicción de tesis 299/2013,³⁴⁷ el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió si la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, puede ser sujeta a análisis de constitucionalidad o convencionalidad *ex officio*, por parte de los jueces nacionales.

Un primer punto de análisis a favor del tópico en estudio, fue el que esbozó el ministro Cossío Díaz, al sostener que si se parte del supuesto de que la jurisprudencia constituye una norma, al tener esa característica, los jueces nacionales sí pueden ejercer un control de convencionalidad *ex officio*. De tal suerte que si todos los órganos jurisdiccionales pueden inaplicar normas inconstitucionales o inconventionales, al ser la jurisprudencia una norma, válidamente pueden hacerlo.

La ministra Margarita Beatriz Luna Ramos, en contra de la anterior postura, expuso que la jurisprudencia nacional, no puede ser objeto de análisis del control de convencionalidad; pues de existir inconstitucionalidad o inconventionalidad, existen medios y procedimientos establecidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o en la propia Ley de Amparo, como podría ser la sustitución de la jurisprudencia, por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Sostuvo que lo anterior se justifica porque cuando se interpretan normas, a través de la jurisprudencia, adquieren obligatoriedad y el carácter de norma general. De modo tal que deben respetarse los principios de supremacía constitucional o convencional.

Además de que hay que distinguir tres tipos de jurisprudencia, cuando:

³⁴⁷ Sesiones de 13 y 14 de octubre de 2014 del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

1. Interpreta un artículo constitucional o de un tratado internacional: quien la tiene es la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
2. Interpreta la constitucionalidad o convencionalidad de una ley de carácter general. El órgano legitimado es la misma Suprema Corte de Justicia de la Nación.
3. Integra cualquier legislación secundaria o jurisprudencia de legalidad.

Finalmente, el ministro Lelo de Larrea, al apoyar la postura de la ministra Luna Ramos, plantea que debe diferenciarse entre inaplicar una norma y establecer que una jurisprudencia no es aplicable. Sostuvo que inaplicar parte del supuesto que es aplicable, pero por el hecho de ser inconstitucionalidad o inconveniencia no se aplica. Sin embargo, el hecho de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación sustente una jurisprudencia quiere decir que ya superó o reflexionó respecto de la constitucionalidad; esto es, le imprimió un tinte de esas características.

Desde mi particular punto de vista, pese a que la jurisprudencia constituye una norma que a primera vista goza de la misma prerrogativa que una norma formal y materialmente legislativa como es la ley, lo cierto es que no se está en presencia de la misma relación jerárquica entre ambas. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, constitucionalmente es el último interprete de las disposiciones generales; entre estas, de la legislación. Al interpretar una norma, a través de la jurisprudencia, está definiendo su contenido, a la luz de la propia norma suprema, incluso de la normativa internacional; esto quiere decir que a la norma interpretada, a través de la jurisprudencia, se le está imprimiendo un tinte de constitucionalidad y convencionalidad, de modo tal que al existir una jurisprudencia particularmente que interprete una norma, quiere decir que esta última ya ha sido juzgada constitucional y convencionalmente, lo que hace innecesario juzgar el contenido de la propia jurisprudencia, o al menos hacer la

comparación a la luz del principio de constitucionalidad o convencionalidad. Por tanto, no es dable que los jueces nacionales puedan inaplicar una norma jurisprudencial.

Finalmente, de esa discusión emanó la siguiente jurisprudencia:

“JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. NO ES SUSCEPTIBLE DE SOMETERSE A CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y/O CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO POR ÓRGANOS JURISDICCIONALES DE MENOR JERARQUÍA. *La obligación de las autoridades jurisdiccionales contenida en los artículos 1o. y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de realizar un control de constitucionalidad y/o convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos y dar preferencia a los contenidos en la propia Ley Suprema y en los tratados internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario contenidas en cualquier norma inferior, no contempla a la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, porque el artículo 94 constitucional establece que será obligatoria para todos los órganos jurisdiccionales de conformidad con lo que disponga la ley y, en este caso, la Ley de Amparo así lo indica tanto en la abrogada como en el artículo 217 de la vigente; de ahí que no privan las mismas razones que se toman en cuenta para inaplicar una disposición emitida por el legislador cuando viola derechos humanos de fuente constitucional o convencional. Cabe precisar que en los casos en los que se pudiera advertir que una jurisprudencia del Alto Tribunal desatiende o contradice un derecho humano, cualquiera que sea su origen, existen los medios legales para que se subsane ese aspecto. En conclusión, aun partiendo del nuevo modelo de interpretación constitucional, no es posible determinar que la jurisprudencia del Máximo Tribunal del país pueda ser objeto de la decisión de un órgano de menor grado que tienda a inaplicarla, como resultado del ejercicio de control de*

*convencionalidad ex officio, porque permitirlo daría como resultado que perdiera su carácter de obligatoria, ocasionando falta de certeza y seguridad jurídica.*³⁴⁸

5.5 La jurisprudencia mexicana como objeto de análisis de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Dado el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de acuerdo a la declaratoria de 1 de diciembre de 1998,³⁴⁹ México está sujeto a que esa Corte lo juzgue en caso de un conflicto de violación de derechos humanos; esto es, en el aspecto contencioso; incluso, en una opinión consultiva, en los términos antes vistos.

Con base en lo anterior, no escapa la posibilidad de que en un momento determinado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, juzgue la propia jurisprudencia de los órganos del Poder Judicial de la Federación facultados para emitirla; incluso, aunque indirectamente, ello ya aconteció, pues prueba de ello, se puede constatar en los casos Castañeda Gutman y Rosendo Radilla vs. Estados Unidos Mexicanos, en donde se juzgaron criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En efecto, en el caso Castañeda Gutman vs Estados Unidos Mexicanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó que el señor Castañeda Gutman no gozó de un recurso efectivo, a la luz del artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, cuando le fue negado el registro de la candidatura independiente para las elecciones a presidente de los Estados Unidos Mexicanos, pues tal derecho político corresponde en exclusiva a los partidos políticos nacionales. De tal suerte que contra dicho pronunciamiento del Instituto Federal Electoral, la víctima presentó una demanda de amparo ante el Juzgado

³⁴⁸ Tesis: P./J.64/2014, Semanario Judicial de la Federación, y su Gaceta, Décima Época, t. I diciembre de 2014, p.8.

³⁴⁹ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 8 de diciembre de 1998.

Séptimo de Distrito en Materia Administrativa en la Ciudad de México; sin embargo, dicho juzgado resolvió desecharlo. Asimismo, Castañeda Gutman interpuso un recurso de revisión contra la decisión del Juzgado Séptimo, pero eserecurso fue sobreseído por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. De tal manera, el señor Castañeda Gutman no pudo acudir a las elecciones presidenciales.³⁵⁰

En tales circunstancias, la Corte Interamericana de Derechos Humanos analizó si existía un recurso para impugnar la constitucionalidad de las leyes electorales, lo que dio lugar a que se analizara la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sobre la incompetencia del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación para inaplicar leyes electorales que se consideraran inconstitucionales. Lo que dio lugar a concluir que el juicio de amparo, al ser improcedente contra determinaciones en materia electoral, tampoco lo era el juicio para la protección de los derechos políticos del ciudadano, y que la acción de inconstitucionalidad era inaccesible para los particulares; de tal suerte que no existía un recurso efectivo y por ello, se violaba la convención.

La determinación es la siguiente:

“ . . . 124. No obstante lo anterior, en mayo de 2002, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió una contradicción de criterios entre la Sala Superior del TRIFE y la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En esa oportunidad, la Suprema Corte interpretó con carácter de jurisprudencia obligatoria para el Tribunal Electoral, conforme a los artículos 235 y 236 de la Ley del Poder Judicial Federal, que la Constitución no permitía que el Tribunal Electoral ejerciera un control de constitucionalidad de leyes electorales con motivo de los actos y resoluciones en las que se hubieren aplicado, ya que el único control de

³⁵⁰ Ficha Técnica, Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

constitucionalidad de leyes permitido por la Constitución era el control con efectos generales de competencia exclusiva de la Suprema Corte de Justicia a través de la acción de inconstitucionalidad. Así lo señaló la Suprema Corte: LEYES ELECTORALES. LA ÚNICA VÍA PARA IMPUGNARLAS ES LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. En el artículo 105, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y en su ley reglamentaria, se establece [...] el sistema de [...] impugnación [de las leyes electorales federales y locales], conforme al cual la única vía para plantear la no conformidad de dichas leyes con la Constitución es la acción de inconstitucionalidad, [...] y que la única autoridad competente para conocer y resolver dichas acciones es la Suprema Corte de Justicia de la Nación[.] Por tanto, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación no puede, en ningún caso, pronunciarse acerca de la constitucionalidad de leyes electorales, por no ser impugnables ante él con motivo de los actos y resoluciones en los que se hubieran aplicado, porque por un lado, en atención a su naturaleza, en cuanto a que están destinadas a regir el proceso electoral, es imprescindible partir de su firmeza, ya que de otra forma se vulneraría el equilibrio del La única vía para plantear la no conformidad de las leyes electorales a la Constitución es la prevista en este artículo. Las leyes electorales federal y locales deberán promulgarse y publicarse por lo menos noventa días antes de que inicie el proceso electoral en que vayan a aplicarse, y durante el mismo no podrá haber modificaciones legales fundamentales. Las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia sólo podrán declarar la invalidez de las normas impugnadas, siempre que fueren aprobadas por una mayoría de cuando menos ocho votos.

125. Este criterio de 2002 fue reiterado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en agosto de 2005 al resolver la revisión del amparo contra leyes promovido por el señor Castañeda Gutman: por consiguiente, de lo expuesto se concluye que la facultad de resolver sobre la contradicción de

normas electorales a la Constitución Federal, está plenamente limitada por mandato constitucional al Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, mientras que el Tribunal Electoral conocerá respecto de algún acto o resolución o sobre la interpretación de un precepto constitucional, siempre que esta interpretación no sea para verificar la conformidad de una ley electoral con la Constitución.” (énfasis agregado).³⁵¹

Por cuanto, a lo que se refiere a Rosendo Radilla vs. Estados Unidos Mexicanos, la Corte interamericana de derechos humanos fue contundente al señalar que las interpretaciones constitucionales referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México, se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia interamericana. En efecto, en esa determinación concretamente se dijo:

“ . . .340. De tal manera, es necesario que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México, se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal, los cuales han sido reiterados en el presente caso (supra párrs. 272 a 277).. . .”³⁵²

De ahí que, frente al entendimiento tradicional de que la jurisprudencia es lo resuelto por el Poder Judicial de la Federación, lo cierto es que a partir de la incorporación del Estado mexicano a la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de derechos humanos, se abren nuevos panoramas, pues los operadores jurídicos no pueden limitarse a conocer el contenido de la

³⁵¹ Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos, sentencia del 6 de agosto de 2008, párr. 124 y 125.

³⁵² Caso Radilla Pacheco vs. México, sentencia del 23 de noviembre de 2009, párr. 340.

jurisprudencia nacional, sino que requiere conocer la de la Corte Interamericana.³⁵³

Desde luego que tal aspecto constituye la última instancia, pues como ya se ha observado, bajo el principio *pro persona*, de existir un conflicto, a efecto de la aplicación de normas jurisprudenciales, pueden armonizarse, tanto las de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como las de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; lo que en un sano Estado de derecho es lo que se busca.

³⁵³ Soberanes Diez, José María, *op.cit.* nota. 106, p.161.

Capítulo 6

Justificación de la jurisprudencia como norma jurídica

SUMARIO: 6.1 Consideraciones previas. 6.2 Tránsito del concepto de derecho como ley, al concepto de derecho como jurisprudencia. 6.3 Justificación de la jurisprudencia como norma jurídica en su ámbito formal. 6.3.1 Justificación de la jurisprudencia desde el punto de vista de su obligatoriedad personal. 6.3.2 Justificación del principio de relatividad, o la llamada fórmula Otero en la jurisprudencia. 6.3.3 La jurisprudencia y su relación con la declaratoria general de inconstitucionalidad. 6.4 Justificación de la jurisprudencia como norma jurídica en su ámbito sustancial.

6.1 Consideraciones previas

En capítulos precedentes se ha hecho alusión a la verdadera naturaleza de la jurisprudencia como norma jurídica, se estableció que la jurisprudencia, al integrar la ley o la norma, incluso, a partir de la inexistencia de una actividad reguladora o normativa es creadora del derecho; sin embargo, ¿cómo explicar que la Jurisprudencia como norma jurídica plena, tenga limitaciones en sus ámbitos de validez? Por ejemplo en el personal, que no sea obligatoria para las autoridades o para los particulares, o que no tenga efectos generales o *erga omnes*, pues ésta únicamente es obligatoria para órganos jurisdiccionales; o, cuál es su relación con la nueva institución jurídica de la declaratoria general de inconstitucional, ¿son figuras unánimes o existirán diferencias? Finalmente, cuál es la evolución que ha tenido la jurisprudencia a partir de la época decimonónica, hasta mediados del siglo pasado. Todos estos temas, desde luego que hay que plantearlos e investigarlos, pero atendiendo a su naturaleza de norma jurídica, puesto que si se le niega esa calidad, entonces no hay mucho que estudiar; sin embargo, dadas las razones que se han expuesto, nos conduce a concluir que la jurisprudencia es creadora del derecho, y por tanto, es necesario abordar estos temas.

6.2 Tránsito del concepto de derecho como ley, al concepto de derecho como jurisprudencia

La visión decimonónica del derecho, particularmente al considerar la respuesta de todo conflicto jurídico en la norma legislativa y en los códigos correspondientes, dio un giro al menos de manera considerable a partir de la segunda guerra mundial; se recordará que durante ese conflicto, particularmente en el año de 1945, representantes de 50 países se reunieron en San Francisco en la conferencia de las Naciones Unidas, lo que dio lugar a que ese organismo empezara a funcionar el 24 de octubre de 1945.³⁵⁴ Asimismo, esa congregación sirvió de sustento para el nacimiento de la Declaración Universal de Derechos Humanos el 10 de diciembre de 1948, elaborada por representantes de todas las regiones del mundo, con diferentes antecedentes jurídicos y culturales. Declaración que por primera vez establece los derechos humanos que deben protegerse en el mundo entero.³⁵⁵ Pese a que ese documento nunca se elevó a tratado internacional, sí fue el parte aguas por el que vendrían diversos pactos internacionales, sobre todo para la protección de los derechos fundamentales.

En efecto, en Europa nació el Convenio Europeo de Derechos Humanos que inició su vigencia en 1953, principalmente con la finalidad de la protección y desarrollo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales auspiciados por la propia Declaración Universal de los Derechos Humanos;³⁵⁶ así como el establecimiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos o de Estrasburgo en 1959, en el que los Estados parte, establecieron una serie de protocolos de la Convención Europea de Derechos Humanos, para mejorar y fortalecer el mecanismo de control de esos derechos.³⁵⁷

³⁵⁴ www.un.org/es/sections/history-united-nations/index.html, fecha de consulta 17 de octubre de 2017.

³⁵⁵ www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/, fecha de consulta 17 de octubre de 2017.

³⁵⁶ www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf, fecha de consulta 17 de octubre de 2017.

³⁵⁷ www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=fra#n13740489754493224534507_pointer, fecha de consulta 17 de octubre de 2017.

Por su parte, en América se dio lugar, entre otros documentos, a la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, suscrita en la conferencia especializada sobre derechos humanos el veintidós de noviembre de 1969, misma que entró en vigor el el 18 de julio de 1978.³⁵⁸ Así como al nacimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya ceremonia de instalación se realizó en San José de Costa Rica el 3 de septiembre de 1979.³⁵⁹

La implementación de convenios internacionales como los anteriormente apuntados, recogieron considerablemente derechos fundamentales de la persona que dio lugar a establecer nuevas doctrinas acerca de su interpretación. Aspecto que se responsabilizó a los Tribunales, en la medida en que el contenido de los derechos se redactó en forma muy general y abstracta, pero particularmente al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pues a partir de que enjuició a los Estados partes, éstos fueron recogiendo dentro de su derecho interno, las peculiaridades de las condenas emanadas de aquel tribunal. Esa tendencia se agudizó a partir de los años 70 del siglo XX y que dio lugar a constituciones que no se limitan en establecer competencias o separar a los poderes públicos, sino que se contienen altos niveles de normas materiales o sustantivas que condicionan la actuación del Estado.³⁶⁰ Con base en lo anterior, *prima facie* se advertirá la función que irá adquiriendo la jurisprudencia, al interpretar los nuevos paradigmas sobre derechos humanos.

³⁵⁸ www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm, fecha de consulta 17 de octubre de 2017.

³⁵⁹ www.corteidh.or.cr/index.php/es/acerca-de/historia-de-la-corteidh, fecha de consulta 17 de octubre de 2017.

³⁶⁰ Ejemplos representativos de este tipo de constituciones lo son la española de 1978, la brasileña de 1988, la colombiana de 1991 y la ecuatoriana de 2008. Véase: Carbonell Miguel, *Argumentación Jurídica, proporcionalidad y ponderación*, México, Centro de Estudios Carbonell, 2014, p. XII.

Todo lo anterior y según coinciden varios autores que a continuación citaremos, dio lugar al reconocimiento de derechos en diversos países dentro de sus Constituciones con un alto grado de contenido valorativo, pasando de la característica formal, a la materialmente sustantiva, en la medida en que consagraron diversos derechos fundamentales, dando lugar a nuevos contenidos constitucionales y sobre todo a la creación de Tribunales Constitucionales en diversas partes del mundo.

A juicio de autores como Juan Manuel Acuña, lo anterior representa el constitucionalismo actual, dando paso a las tesis de un nuevo derecho denominado garantismo postulado por Ferrajoli, cuya finalidad última consiste en abatir la divergencia entre la normatividad de un modelo normativo establecido a nivel constitucional y su ausencia de efectividad en los niveles inferiores.³⁶¹

Gustavo Zagrebelsky, al hablar sobre los jueces constitucionales, define a la norma suprema como una constitución viviente, al sostener que una característica no accidental de ésta, es su naturaleza de principio; alude que los principios son normas naturalmente abiertas a los desarrollos del futuro, de modo tal que los principios contienen conceptos como humanidad, dignidad, igualdad, libertad etcétera, los cuales son cambiantes en el tiempo. Concluye que la Constitución viviente; es decir la que da apertura a la evolución de la cultura jurídica, es justamente los que encontramos en la intención de los padres constituyentes, cuando se expresan por medio de normas de principio.³⁶²

³⁶¹ Acuña, Juan Manuel, *Justicia constitucional y políticas públicas sociales*, México, Porrúa, 2012, p.98.

³⁶² Zagrebelsky, Gustavo, *Jueces constitucionales*, en Carbonell, Sánchez, Miguel (comp.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Madrid, Trotta, 2007, p.98.

Luigi Ferrajoli³⁶³ sostiene que la garantía jurídica de efectividad de sistemas como el constitucionalismo, reside en la rigidez de sus constituciones, pues gracias a ello la legalidad ha cambiado su naturaleza; de modo que el garantismo es la otra cara del constitucionalismo, correspondiéndole el máximo grado de efectividad del derecho; pero sobre todo, por el control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes. Alude que el resultado de un nuevo modelo de derecho y de democracia es el Estado constitucional de derecho.³⁶⁴

Partiendo de las anteriores posiciones, la jurisdicción ya no es la simple sujeción del juez a la ley, sino también es necesario que sus contenidos sustanciales respeten los principios y los derechos fundamentales establecidos en la Constitución, lo que significa un gran reto para el intérprete, particularmente para el juzgador constitucional, pues se exige que a partir de los casos sujetos a la decisión judicial, esos derechos fundamentales, principios y valores, se concreten, y es precisamente una de las funciones de la jurisprudencia, pues de lo general, lo hace más concreto o particular. Según sostiene Carlos Bernal Pulido, en la práctica ningún poder constituyente o constituido dispone del tiempo, la información y los acuerdos necesarios para prever y regular todos los conflictos que de modo hipotético puedan surgir en la aplicación de los principios.³⁶⁵

Con base en lo anterior, existe un cambio significativo de la función que correspondía a la jurisprudencia con anterioridad a las épocas aquí narradas, pues en el mundo se ha dado este tratamiento de derecho en las propias

³⁶³Ferrajoli Luigi, *Derechos y garantías, La ley del más débil*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez, 5ª ed. Madrid, Trotta, 2006, pp. 65 – 66.

³⁶⁴ Sostiene Ferrajoli que en un ordenamiento dotado de Constitución rígida, para que una norma sea válida además de vigente no basta que haya sido emanada con las formas predispuestas para su producción, sino que es también necesario que sus contenidos sustanciales respeten los principios y los derechos fundamentales establecidos en la Constitución.

³⁶⁵ Bernal Pulido, Carlos, *La racionalidad de la ponderación*, en Carbonell Sánchez Miguel (comp.), *Argumentación jurídica, proporcionalidad y ponderación*, México, Centro de Estudios Carbonell, 2014, p. 50.

constituciones, o como lo sostiene Zagrebelsky: la Carta Magna no se cambia como una ley cualquiera, ni prescribe en una determinada fecha, la Constitución no se debe cambiar continuamente, a los sucesores les corresponderá mejorarla, siendo el instrumento la jurisprudencia y la reforma un instrumento excepcional.³⁶⁶

Luis Prieto Sanchís, al hablar sobre el constitucionalismo de los derechos, sostiene que esta doctrina trabaja con la idea de las constituciones materiales y garantizadas, siendo material cuando posee un denso contenido sustantivo, formado con normas de diferente denominación: valores, principios, derechos y directrices. Aduce que cuando la Constitución se encuentra garantizada, significa que su efectividad corresponde a los jueces.³⁶⁷

Desde luego que en México el cambio de paradigma visto con anterioridad no fue la excepción, pues como se ha visto en capítulos precedentes, las condenas que México recibió de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con motivo de la vulneración de tratados internacionales, por ejemplo en los casos Radilla Pacheco, o Castañeda Gutman, dio lugar a las reformas del 6 y 10 de junio de 2011 a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, mediante las cuales se incorporó el capítulo de derechos humanos, además de los principios de convencionalidad y *pro persona*, que obligan a los operadores del derecho, a tomar en consideración los tratados internacionales que sobre derechos humanos ha sido parte el Estado mexicano; esto es, la Constitución Mexicana se perfila para ser considerada como una norma suprema con contenido de validez material o sustancial. Esto, sin lugar a dudas constituye un cambio de paradigma que da lugar a un constitucionalismo progresivo que se alimenta de validez sustantiva o material a las constituciones y que podemos denominar constitucionalismo actual.³⁶⁸

³⁶⁶ Zagrebelsky, Gustavo, *Jueces constitucionales*, *op. cit.*, nota. 362, p.99.

³⁶⁷ Prieto Sanchís, *op. cit.*, nota. 3, pp. 214 - 216.

³⁶⁸ Acuña, Juan Manuel, *op. cit.*, nota. 361, p.77.

La incorporación de derechos humanos a la norma fundamental, implica la idea de que subsiste la supremacía de la Constitución pero revalorizara, pues ahora no se agota en la propia norma constitucional, sino que a partir de la vinculación a disposiciones internacionales, se justifica su revalorización; es decir, lo anterior supone que su supremacía no se agota en ser fuente formal de las demás normas inferiores como podría pensarse desde el punto de vista kelseniano.³⁶⁹ En palabras de Ferrajoli, se está en presencia de una constitución garantista en donde la jurisdicción ya no es la simple sujeción del juez a la ley, sino también el análisis crítico de su significado como medio de controlar su legitimidad constitucional.³⁷⁰

Esta presencia masiva de principios en las constituciones contemporáneas, encuentra partidarios en el ámbito de la filosofía del derecho como Alexy, Ferrajoli, Dworkin y Zagrebelsky. A esa corriente de pensamiento la han llamado Neo constitucionalismo, fundándose, *grosso modo*, en que el ordenamiento jurídico no se compone sólo de normas, sino de además de principios; el método interpretativo de los principios, no se limita a la subsunción o silogismo jurídico tradicional de las normas legislativas, sino que requerirá del método de la ponderación o balanceo; la Constitución en cuanto a su materialización o sustantividad, no tiene por objeto únicamente la distribución y organización de los poderes, sino que presente un contenido sustancial que condiciona la validez de las normas sub constitucionales; y finalmente, los jueces tienen la facultad creativa de la jurisprudencia, prescindiendo cada vez de la subsunción; de modo que si el juez con anterioridad interpretaba o aplicaba el derecho independientemente de la valoración del caso concreto, ahora debe de interpretarlo a la luz de las exigencias de la justicia vinculadas por el caso. Por lo

³⁶⁹ *Ibidem*, p.77.

³⁷⁰ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota. 363, p.68.

que el juzgador tiende a configurarse como un fundamental elemento racionalizador del sistema jurídico.³⁷¹

Como se observa, lo anterior requerirá de mayores pautas argumentativas, basadas no solamente en el silogismo jurídico o la subsunción,³⁷² sino en la técnica de la argumentación, de la ponderación y del juicio de proporcionalidad. Lo anterior se vuelve relevante si se acepta que no existen derechos absolutos, sino que cada derecho se enfrenta a la posibilidad de ser limitado.³⁷³

Tomando en consideración estas doctrinas, la jurisprudencia toma un papel sumamente importante, en la medida en que al menos tradicionalmente, su función era desentrañar el derecho a partir de la legislación, en tanto que a partir de los cambios antes referidos, será el instrumento para interpretar los derechos y principios establecidos en las propias constituciones, pues ese contenido, como lo han sostenido los autores citados, debe estar en las constituciones de una manera rígida, o en su caso, si se permite el término indisponible; entre menos especificidad tenga el concepto, mejor será su efectividad.

6.3 Justificación de la jurisprudencia como norma jurídica en su ámbito formal

Como se ha observado en el capítulo que precede, el derecho sustantivo en el ámbito constitucional ha tenido un cambio notablemente significativo que otorga al intérprete una responsabilidad sumamente considerable, y es precisamente la jurisprudencia el instrumento o herramienta mediante la cual se dotará de

³⁷¹Pozzolo, Susana, *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional*, Alicante, Doxa 21, 1998, pp. 339 y 340.

³⁷² Desde luego si se acepta la idea de que respecto de la interpretación de normas formal y materialmente legislativas invariablemente se ocupa este método.

³⁷³ Carbonell, Miguel, *Argumentación jurídica*, en Carbonell Sánchez Miguel (comp.), *Argumentación Jurídica, proporcionalidad y ponderación*, México, Centro de Estudios Jurídicos Carbonell, 2014, p. XIII.

significado a las normas de contenido material o sustancial, a la luz de los casos fácticos que se le vayan presentando al juzgador, de forma tal que una vez constituida como tal, pasará de ser de un mera herramienta procedimental, interpretativa y argumentativa, a ser considerada una norma jurídica plena y autónoma con ámbitos de validez propios. Esto conlleva a concluir que si se considera a la jurisprudencia como una norma jurídica plena y autónoma con ámbitos de validez; éstos deben definirse abiertamente, de manera tal que queden perfectamente determinados. Lo que por lo menos en México no ha acontecido, pues a la jurisprudencia se le ha venido considerando únicamente como una herramienta de interpretación, sin ámbitos de validez propios, pues lógicamente si no es considerada una norma, *per se*, no tiene ámbitos de validez; pues sus ámbitos serán los de la propia norma que interpreta; sin embargo, como ya quedó definido en el subtema 4.7 del presente trabajo, no son coincidentes los ámbitos de validez de la jurisprudencia, con los de la norma que interpreta.

Lo anterior resulta de suma importancia, pues como ha quedado de manifiesto, de acuerdo al tránsito que ha tenido el derecho constitucional, a partir de la segunda mitad del siglo pasado, y particularmente en la segunda postguerra, los jueces constitucionales han tenido una responsabilidad sumamente importante en la medida en que están construyendo el derecho a partir de sus sentencias, y por ende, en la propia jurisprudencia. Esta manera de entender el derecho se traduce en responsabilizar a los jueces constitucionales de definir el derecho sustantivo o material en sus sentencias, otorgando una menor importancia a las reformas legales provenientes del Poder Legislativo.³⁷⁴ Sobre el particular, Ferrajoli, al definir esa función, la justifica utilizando la expresión “esfera de lo indecible”; esto es: el conjunto de principios que en una democracia están sustraídas a la voluntad de las mayorías, como lo explica Garzón Valdez, al establecer su frase: “coto vedado”. Es decir, el límite impuesto a las decisiones políticas, aunque sean de la mayoría, en tutela de los derechos de la libertad. La esfera de lo indecible, dice Ferrajoli, está diseñada para las constituciones

³⁷⁴Zagrebel'sky, Gustavo, *op. cit.*, nota. 362, p.99.

rígidas, las cuales sustraen, justamente a las decisiones de la mayoría la violación a los principios que las componen.³⁷⁵

Esa justificación de dotar a los jueces constitucionales de la definición y aplicación de los temas sustantivos y materiales emanadas de la Constitución, particularmente en su jurisprudencia, da lugar a definir plenamente el ámbito personal de validez de la jurisprudencia, y desde luego definir sus alcances, pues no es absoluta de acuerdo a su naturaleza, principalmente por emanar de órganos jurisdiccionales; por ejemplo, los artículos 94 de la Constitución Federal y 217 de la Ley de Amparo, prescriben que sólo resultará obligatoria para órganos jurisdiccionales.³⁷⁶

6.3.1 Justificación de la jurisprudencia desde el punto de vista de su obligatoriedad personal

La interrogante que se plantea es por qué la Jurisprudencia, como norma jurídica plena tiene limitaciones en sus ámbitos de validez; por ejemplo en el personal; esto es, que no sea obligatoria para las autoridades o para los particulares. Para emprender este tema necesariamente tenemos que desentrañar la función jurisprudencial; esto es, dentro de las distintas atribuciones o competencias de los órganos del Estado en dónde se encuentra la jurisprudencia. Acorde a la teoría de división de poderes o facultades de Montesquieu, en un Estado existen tres funciones primordiales: La ejecutiva, la legislativa y la judicial. Montesquieu, en su obra *el espíritu de las leyes*,³⁷⁷ al hablar sobre la Constitución de Inglaterra explicó que en todos los Estados existen tres especies de poder: El legislativo; el de

³⁷⁵Ferrajoli, Luigi, *Derechos fundamentales y democracia*, trad. Miguel Carbonell, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, pp. 87 y 88.

³⁷⁶ Desde luego que esos artículos concretizan cuándo es obligatoria una jurisprudencia para las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los Plenos de Circuito, y así respectivamente, lo cual ya fue materia del capítulo tercero de esta investigación.

³⁷⁷Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, tomo I, trad. Siro García del Mazo, Madrid, Biblioteca de Derecho y Ciencias Sociales, 1906, p. 227.

ejecutar aquello que depende del derecho de gentes y el de ejecutar lo que depende del derecho civil.³⁷⁸

Ahora, si la jurisprudencia, a partir de la unificación de criterios divergentes, de la interpretación de una norma jurídica preexistente, ante la absoluta inexistencia de estas, o la definición y aplicación de un principio da como resultado el establecimiento o la creación de nuevas normas *prima facie*, y sin el ánimo de evadir o ser sutil con su definición a la luz de las funciones del Estado, lógicamente corresponderá a la función legislativa o por lo menos materialmente tiene esa característica, pues formalmente es evidente que no la tiene.

No obstante, para dar explicación a este fenómeno de atribuciones, resulta necesario tomar en consideración que cada uno de los tres poderes tiene encomendadas tareas y desarrolla procedimientos que no siempre coinciden con el nombre que identifica al respectivo poder. Ello se justifica porque la atribución primigenia o primordial requiere de múltiples tareas que hace necesario atribuciones orgánicas distintas, para mejor proveer la citada función.³⁷⁹ En otras palabras, para que los tres órganos de gobierno puedan asumir su función primigenia de una manera eficaz, deben gozar de dos facultades: Una primordial y otra accesoria.

Así, la facultad primordial del Poder Legislativo y para lo cual constitucionalmente está creado es para legislar, la del Ejecutivo para administrar, mientras que la del Judicial para juzgar. Sin embargo, estos tres órganos, para

³⁷⁸Decía en ese entonces Montesquieu que por el primero, el príncipe o el magistrado hace leyes, por algún tiempo o para siempre, y corrige y abroga las que existen. Por el segundo, hacer la paz o la guerra, envía o recibe embajadas, vela por la seguridad, previene las invasiones; y, finalmente, en el tercero, castiga los crímenes o juzga los pleitos de los particulares. Aduce que este último debe llamarse poder judicial y el otro simplemente poder ejecutivo.

³⁷⁹ Martínez Morales, Rafael, I, *Derecho administrativo*, 2ª ed., México, Harla, 1994, pp. 200 - 201.

desempeñar mejor su función primordial necesariamente deben gozar de una facultad accesoria.³⁸⁰

Una facultad accesoria del Poder Legislativo es la administrativa, pues para desempeñar su función primordial requiere contratar oficinas, pagar empleados, administrar su presupuesto, etcétera, facultad administrativa; así, el Poder Ejecutivo, para ejercer su función primordial, requiere proveer en la exacta esfera administrativa a través del reglamento, facultad legislativa, pues éste contiene normas materialmente legislativas, desde luego para manejar adecuadamente el elemento cambiante y detallista del orden jurídico.³⁸¹

Mientras que el Poder Judicial, para cumplir con su función primordial de juzgar, requiere contratar oficinas, pagar empleados, administrar su presupuesto, facultad administrativa; también requiere expedir acuerdos generales; por ejemplo, el artículo 94 constitucional, en sus párrafos quinto, sexto y séptimo faculta, tanto a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como al Consejo de la Judicatura Federal para expedirlos, ello, entre otras cosas con la finalidad de distribuir correctamente los negocios jurídicos, etcétera, y cuya facultad materialmente es legislativa.³⁸²

³⁸⁰De Silva Nava, Carlos, *op. cit.*, nota.83, p.16.

³⁸¹*Ibidem*, p. 280.

³⁸²El Consejo de la Judicatura Federal determinará el número, división en circuitos, competencia territorial y especialización por materias, entre las que se incluirá la de radiodifusión, telecomunicaciones y competencia económica, de los Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito y de los Juzgados de Distrito.

Asimismo, mediante acuerdos generales establecerá Plenos de Circuito, atendiendo al número y especialización de los Tribunales Colegiados que pertenezcan a cada Circuito. Las leyes determinarán su integración y funcionamiento.

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia estará facultado para expedir acuerdos generales, a fin de lograr una adecuada distribución entre las Salas de los asuntos que compete conocer a la Corte, así como remitir a los Tribunales Colegiados de Circuito, para mayor prontitud en el despacho de los asuntos, aquéllos en los que hubiera establecido jurisprudencia o los que,

Como se observa, la función jurisprudencial es al judicial, lo que la función reglamentaria es al ejecutivo. Debemos asumir que la facultad jurisprudencial de que goza el Poder Judicial de la Federación, aunque materialmente es legislativa, es una función accesoria para el mejor desempeño de su actividad primordial que es juzgar.

Tradicionalmente quien tiene la función de crear normas es el Poder Legislativo; lo anterior se explica, porque a la Jurisprudencia debe justificársele como una función del Estado, concretamente del Poder Judicial de la Federación para ser más eficaz su labor primordial de aplicación de normas o principios para la disolución de controversias entre partes. De tal forma que ello explica por qué, en cuanto sus ámbitos de validez, únicamente obliga a órganos jurisdiccionales pues una consideración contraria a la anterior, implicaría que otros órganos tuvieran injerencia en la manera de desempeñar acertadamente su función primordial. Lo que en la especie, si pudiera existir una invasión de facultades, en contravención a lo establecido en el artículo 49 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Quizá lo anterior pueda dar lugar a pensar que ha existido una invasión por parte del juez constitucional a ámbitos reservados al legislador; pues desde una visión decimonónica, es a éste último al que le incumbe corregir o enmendar las normas; sin embargo, esta situación, como se explicó en temas que preceden, particularmente el correspondiente al tránsito del concepto de derecho como jurisprudencia, cambia radicalmente en el constitucionalismo de la segunda postguerra, al introducir conceptos nuevos tales como el valor normativo de la constitución y la vinculación de la jurisdicción a los derechos fundamentales.³⁸³Lo

conforme a los referidos acuerdos, la propia Corte determine para una mejor impartición de justicia. Dichos acuerdos surtirán efectos después de publicados.

³⁸³ Estrada Alexei Julio, *Los tribunales constitucionales y la eficacia entre particulares*, en Carbonell Sánchez, Miguel (comp.) *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp.147 - 148.

cual pareciera una intromisión; sin embargo, más allá, existen funciones que deberían estar asignadas a otros poderes.

En esa dinámica, autores como Ferrajoli, al tocar el tema de la división de poderes, sostienen que el uso clásico del Modelo de Montesquieu se ha elaborado desde hace más de tres siglos, que si bien ha servido de freno y límite frente al otro, existen aspectos positivos, como el hecho de que ha permitido garantizar la primacía del parlamento y la independencia del judicial; pero también aspectos negativos, en cuanto a que todas las funciones administrativas de garantías propias del estado moderno social: la educación, la asistencia, la seguridad social, al no ser consideradas funciones legislativas o judiciales, han sido catalogadas como administrativas. Finalmente, concluye que esa teoría hoy en día es inadecuada para dar cuenta de la complejidad de la esfera pública de las democracias contemporáneas; y es inadecuada en el plano axiológico, dado que la enorme cantidad de funciones asignadas a la esfera pública no está enteramente clasificada dentro de la tripartición Montesquiana, principalmente porque gran parte de las funciones administrativas que se desarrollan con la construcción del estado social, no son de hecho funciones de gobierno, sino funciones de garantía cuyo ejercicio, al igual que sucede con la función judicial, consiste en la aplicación de sus presupuestos legales y que requiere no dependencia y control, sino por el contrario independencia de las funciones de gobierno.³⁸⁴

6.3.2 Justificación del principio de relatividad, o la llamada fórmula Otero en la jurisprudencia

La jurisprudencia invariablemente tiene vinculación directa con la sentencia emitida por el órgano jurisdiccional, pues como ha quedado de manifiesto, para que exista jurisprudencia necesariamente requiere la existencia de una sentencia. Pero obsérvese, la propia sentencia dictada por el órgano jurisdiccional respectivo, aun cuando se apoye en la legislación, y obligatoriamente así sea, dada la

³⁸⁴Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota. 363, pp. 91 – 93.

garantía de fundamentación y motivación, consagrada en el artículo 16 constitucional no va ser la misma que la contenida en la propia norma jurídica; necesariamente será distinta en la medida en que el citado fallo, va a resolver la *litis* entre a y b; y ello da como resultado que la sentencia se concretiza a tal grado que únicamente será obligatoria para a y b, pues el conflicto únicamente se resolverá entre ellos. Lo que a la postre generará una nueva norma individualizada, basada en una norma superior o más general como lo sostiene Kelsen, cuando concluye que el origen de nuevas normas particularizadas o individualizadas provienen de los órganos que emplean el derecho, específicamente de los Tribunales.³⁸⁵

Al sostener lo anterior, necesariamente tenemos que llegar a la conclusión de que la sentencia que dicte cualquier órgano jurisdiccional del país, sin excepción es relativa a la acción, excepción e, interés jurídico de las partes y éste precisamente es el principio de relatividad de las sentencias de amparo o la llamada fórmula Otero.

Lo anterior obedece a que para la existencia de un juicio, necesariamente se requiere del ejercicio de una acción; y ésta, a su vez se compone de un interés jurídico, y de una pretensión; de forma tal que cuando el demandado, al contestar su demanda, opone una excepción, se genera lo que comúnmente se ha denominado *Litis*. Ahora, la sentencia que el órgano jurisdiccional dicte necesariamente deberá ser relativa a esos presupuestos. En efecto, pues la relatividad tiene que ver con la relación existente entre la acción, y la excepción de las partes que se someten a un juicio. De modo tal que el juzgador no puede ir más allá de esos presupuestos, pues una consideración contraria, implicaría desnaturalizar el propio juicio; el cual a diferencia de los procedimientos administrativos, nunca inicia de oficio.

³⁸⁵ Kelsen, Hans, *Teoría general de la normas*, trad. DeloryJacobs, Hugo Carlos, México, Trillas, 1994, p. 252.

Al respecto, el juzgador de amparo se enfrenta cotidianamente a resolver problemas como éstos; por ejemplo: la procedencia del juicio de amparo, ante la obligatoria necesidad de que exista instancia de parte; esto es, que el agraviado inste al órgano jurisdiccional a echar andar la maquinaria judicial; aquí el principio lo será “la instancia o iniciativa de parte agraviada”, empero, este principio no es una característica propia del juicio de amparo, sino de todos los juicios en general. Ningún juicio inicia de oficio, se requiere de la instancia de parte, y sólo podrá ejercer una acción, quien tenga un interés jurídico o legítimo respecto de un derecho, ya sea patrimonial o personal. Incluso, al analizar las figuras procedimentales del juicio de amparo, por ejemplo: la cosa juzgada, la litispendencia, la conexidad en la causa, etcétera, advertiremos que al tratarse de un juicio, los principios que lo sustentan, emanan de la propia Teoría General del Proceso, y son afines a diversos procesos como el civil, mercantil, familiar, penal, etcétera; ello por la sencilla razón de que estamos ante un juicio y no ante algún otro mecanismo que implique la vía jurisdiccional, como la función administrativa por citar un ejemplo.

Debemos tener en consideración que en nuestro país, la protección constitucional, al menos la de los gobernados, se tutela a través del juicio de amparo y, éste es un proceso, es un juicio; de tal suerte que debe coincidir con los principios de éstos.

Tal aserto cobra importancia, porque en la actualidad, o al menos en años pasados, estuvo en boga una corriente acerca de que la jurisprudencia, en ciertos casos, debiera tener efectos generales. Incluso, en la comisión encargada de analizar la nueva Ley de Amparo, respecto del presente tópico Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, ahora ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, quién integró esa comisión en el tema hacia una nueva Ley de Amparo, recopilado en la obra *Derecho Procesal Constitucional del Colegio de Secretarios de la Suprema*

Corte de Justicia de la Nación,³⁸⁶ al hablar sobre el tema, expuso la necesidad de modernizar al juicio de amparo, dado que bajo su consideración, en la actualidad ya no tiene la misma eficacia de cuando nació y concretamente en el tema que nos ocupa, expone el establecimiento de una declaratoria general de inconstitucionalidad y **asume que en la actualidad no tiene justificación la llamada fórmula Otero, o el principio de relatividad de las sentencias, tratándose de normas generales.**

Lo anterior, porque bajo la consideración de Zaldívar Lelo de Larrea, Mariano Otero previó un mecanismo de control político, combinado con el control constitucional; además, porque viola la supremacía constitucional, vulnera el principio de igualdad ante la ley, afecta la regularidad del orden jurídico y genera múltiples injusticias. También Héctor Fix Zamudio,³⁸⁷ desde épocas pasadas, expuso que el Juicio de Amparo se ha visto rezagado, en cuanto no acepta la declaratoria de inconstitucionalidad. Empero, ello lo justificó considerando que la fórmula Otero o el principio de relatividad de las sentencias de amparo es contrario al principio de igualdad de todos los gobernados frente a la ley; además de que no resulta adecuado como un sistema único y absoluto en la complejidad de la vida jurídica contemporánea.

Desde mi punto de vista y con independencia de la opinión que se expondrá respecto de la declaratoria general de inconstitucionalidad, me parece que estimar la ineficacia de la fórmula Otero, no es acertado, por las consideraciones siguientes: Como ya se analizó la jurisprudencia surge de la sentencia dictada por órganos jurisdiccionales, no puede haber jurisprudencia sin sentencia. Esto quiere decir, que la jurisprudencia surge de un proceso jurisdiccional; la sentencia, como se observó, necesariamente es relativa a la

³⁸⁶ Zaldívar, Lelo de Larrea, Arturo, *Hacia una nueva ley de amparo*, en Ferrer, Mac-Gregor. (coord.), *op. cit.*, nota. 147, p. 441.

³⁸⁷ Fix Zamudio, Héctor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 2ª ed., México, Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, 1999, pp. 231 - 232.

acción o interés jurídico; quizá no tenga la eficacia y la virtud de tener efectos generales, pero es el sistema de control constitucional que impera en nuestro país; esto es, a través de la vía jurisdiccional. En efecto, no estamos en desacuerdo de que exista un medio de control constitucional que tenga como finalidad derogar normas generales, lo que se sostiene es que en nuestro país, esa defensa o medio de control, es a través de un juicio; y mientras se tutele a través del juicio de amparo, como ya se ha dicho es un proceso y como tal debe cumplir los principios que lo sustentan. Sostener que la Jurisprudencia deba tener efectos generales implicaría desnaturalizar el propio juicio.

Por ello es que debe continuar rigiendo el principio de relatividad de las sentencias, al ser un principio que caracteriza a todos los procesos jurisdiccionales; pues como se analizará en el tema que prosigue, la declaratoria general de inconstitucionalidad, pese a que es dependiente de la propia jurisprudencia, adquiere otros matices y requisitos para su vigencia, que no necesariamente coinciden con la citada fórmula Otero. Incluso, en épocas más recientes Héctor Fix Zamudio ha propuesto la modificación de la fórmula Otero no de manera total, sino de forma parcial, prudente y moderada y casi calificada como censurada.³⁸⁸

Finalmente, conforme a la nueva Ley de Amparo, quedó incólume el principio de relatividad de las sentencias del juicio de amparo, como se desprende a continuación:

“Artículo 76.- *Las sentencias que se pronuncien en los juicios de amparo sólo se ocuparán de los individuos particulares o de las personas morales, privadas u oficiales que lo hubiesen solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere, en el caso especial sobre el que*

³⁸⁸Fix Zamudio/Ferrer Mac-Gregor, *El derecho de amparo en México, en Curso de derecho procesal constitucional*, (cords.) Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Juan Manuel Acuña, México, Porrúa y Universidad Panamericana, 2011, p. 335.

verse la demanda, sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare.”

Lo que a consideración del suscrito fue un acierto, pues se está en presencia de un juicio y como tal debe cumplir los principios de éste, como en la especie que no puede existir sentencia sin acción.

6.3.3 La jurisprudencia y su relación con la declaratoria general de inconstitucionalidad

Conforme al tema anterior, pareciera que la jurisprudencia al encontrarse limitada dentro de su ámbito de validez personal, encontrara un obstáculo para dar cabal cumplimiento al nuevo paradigma constitucional a que hemos referido con antelación; esto es, al dotar a los jueces Constitucionales de la enorme responsabilidad de ser garantes del cumplimiento de los derechos humanos, desde luego, a partir de omisiones legislativas; lo que en la especie no sucede pues afortunadamente con motivo de la nueva Ley de Amparo, en sus artículos 231 y 232, se creó la institución jurídica de la declaratoria general de inconstitucional, la cual se regula de la siguiente forma:

1. Cuando las Salas o el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en los juicios de amparo indirecto en revisión, resuelvan la inconstitucionalidad por segunda ocasión consecutiva, en una o en distintas sesiones, el presidente de la sala respectiva o del propio pleno del máximo tribunal, lo informarán a la autoridad emisora de la norma.

2. Asimismo, cuando el Pleno o las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en los juicios de amparo indirecto en revisión, establezcan jurisprudencia por reiteración, en la que se determine la inconstitucionalidad de la misma norma general se notificará, en términos del artículo 107, fracción II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a efecto de que el órgano emisor de la norma supere el problema de inconstitucionalidad.

3. Si trascurren 90 días naturales, durante el ejercicio de los períodos ordinarios de sesiones de los órganos legislativos federal o local, de acuerdo a su propia Constitución, sin que se modifique o derogue la norma declarada inconstitucional, la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitirá la declaratoria general de inconstitucionalidad, siempre y cuando se autorice con ocho votos.

Con base en lo anterior, la Suprema Corte de Justicia de la Nación tendrá la facultad de emitir una declaratoria general de inconstitucionalidad, a efecto de que la norma inconstitucional o inconvencional desaparezca del mundo normativo y fáctico; esto es, que esa declaratoria tendrá efectos *erga omnes* o generales; empero, desde mi punto de vista, pese a que existe una estrecha relación con la jurisprudencia,³⁸⁹ esto no pugna con lo que se ha expuesto en el tema que precede, puesto que esa declaratoria es ajena a lo resuelto en los juicios de amparo. Esto significa que la declaratoria general de inconstitucionalidad, aunque tenga efectos generales, es una facultad del máximo órgano jurisdiccional del país, que su emisión puede o no ejercer.

La declaratoria general de inconstitucionalidad es una facultad exclusiva de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que puede o no hacer, pues la reforma correspondiente, estableció enfáticamente que: “*la Suprema Corte de Justicia de la Nación, **tendrá la facultad** de emitir una declaratoria general de inconstitucionalidad.*” Lo anterior pone de manifiesto que de emitir esa facultad, necesariamente deberá expresar las razones para su emisión, lo que lógico supone pensar que esas consideraciones serán ajenas a la decisión contenida en la propia Jurisprudencia; ello debido a que tendrá una distinta fundamentación y motivación, aunque ésta en la justificación sustancial, sirva de sustento para emitir la citada declaratoria de inconstitucionalidad.

³⁸⁹ Sosa Ortiz, Alejandro, *La jurisprudencia en la nueva ley de amparo*, México, Porrúa, 2015, p. 26.

Incluso, la propia Ley de Amparo, en su artículo 234 dispone que la declaratoria general de inconstitucionalidad en ningún caso podrá modificar el criterio de la jurisprudencia que le da origen,³⁹⁰ aspecto que el propio Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, expuso, desde la iniciativa de la Ley de Amparo, lo cual se transcribe textualmente:

*“... Para que la inconstitucionalidad de una norma general tenga efectos generales, se propone lo siguiente: primero, que haya jurisprudencia por reiteración, es decir, tres sentencias dictadas en tres sesiones distintas, y por una mayoría calificada de ocho ministros; una vez teniendo esta jurisprudencia, se pasa a un procedimiento específico que se llama de declaratoria general de inconstitucionalidad o de interpretación conforme, en la cual la Corte, **sin variar un ápice el sentido de la jurisprudencia**, establecerá los alcances, las condiciones especiales de esta declaratoria; una declaratoria general de inconstitucionalidad es algo de la mayor gravedad, no es nada más decir ‘mañana no hay Ley del Impuesto sobre la Renta’,. . . la Corte tendrá en ocasiones que fijar la entrada en vigor de la medida, e incluso una serie de normas provisionales para tratar de no causar efectos desastrosos en la sociedad y en el orden jurídico, y por eso se establece esta declaratoria especial...”³⁹¹*

De forma tal que debe diferenciarse entre la existencia del principio de relatividad de las sentencias y la declaratoria general de inconstitucionalidad. De forma tal que ello no es justificación para exponer la ineficacia o el error del

³⁹⁰ **Artículo 234.** La declaratoria en ningún caso podrá modificar el sentido de la jurisprudencia que le da origen, será obligatoria, tendrá efectos generales y establecerá: I. La fecha a partir de la cual surtirá sus efectos; y II. Los alcances y las condiciones de la declaratoria de inconstitucionalidad. Los efectos de estas declaratorias no serán retroactivos salvo en materia penal, en términos del párrafo primero del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

³⁹¹ Zaldívar, Lelo de Larrea, Arturo, en Ferrer, Mac-Gregor, Eduardo, (coord.) *op. cit.*, nota.386,p. 441.

principio de relatividad de las sentencias en el Juicio de Amparo. Pues este no es propio del Juicio de Amparo, sino de los procesos en general.

Lo que pone de manifiesto que no debe confundirse tanto el principio de relatividad, como la declaratoria general de inconstitucionalidad, pues aquella es afín a la jurisprudencia. La sentencia dictada en un proceso, como lo sostiene el procesalista Devis Echandía³⁹² es el acto por el cual el juez cumple la obligación jurisdiccional derivada de la acción y del derecho de contradicción, de resolver las pretensiones del demandante y las excepciones de mérito o fondo del demandado. Toda sentencia es una decisión y el resultado de un razonamiento derivado de la acción. No puede haber sentencia sin acción, pues, además, conforme al principio universalmente aceptado consistente en que el proceso no puede ser iniciado de manera oficiosa por el juzgador, sino que resulta indispensable para ello, de la promoción de parte interesada o, en otras palabras, el ejercicio del derecho de la acción.³⁹³

Finalmente concluyo que la declaratoria general de inconstitucionalidad es el máximo ejemplo de que los jueces constitucionales y en particular el Tribunal Constitucional cumplen funciones de control negativo-positivo, pues deben declarar la inconstitucionalidad o inconveniencia de la norma que lo sea, con la finalidad de que se enmiende; incluso, el procedimiento antes citado prevé que esa superación del problema de constitucionalidad puede darse con anterioridad y de forma voluntaria por parte de del órgano emisor de la norma; es decir, bajo el nuevo constitucionalismo imperante, el Tribunal constitucional cumple su función de analizar si una norma satisface con los paradigmas tantas veces citados; quizá lo anterior tiene como trasfondo político la creciente desconfianza frente al legislador, y su derrota, a manos del Estado jurisdiccional, siendo los jueces

³⁹²EchandíaDevis, *Teoría general del proceso*, 3ª ed., Argentina, Editorial Universidad, 2002, pp. 420 y 421.

³⁹³ De Silva Nava Carlos, “Pérdida o extinción de los derechos o facultades procesales”, *Revista Mexicana de Derecho Público* 1, México, ITAM, Departamento de derecho, febrero 2001, p.173.

quienes tienen la última palabra sobre todos los asuntos, como lo sostiene Prieto Sanchís;³⁹⁴ pero lo cierto es que el cambio en la vida social del individuo, y su evolución paradigmática ha motivado a que se le salga de control al Poder Legislativo, su función primordial de creación de normas.

6.4 Justificación de la Jurisprudencia como norma jurídica en su ámbito sustancial

La inclusión de derechos humanos en la carta fundamental mexicana, ha ampliado la posibilidad de ser tutelados derechos que antes y bajo la estructura jurídica constitucional no se encontraban garantizados o positivizados. Desde luego que esta nueva visión como se ha tratado con anterioridad, representa para el juzgador constitucional una responsabilidad mayor, tomando en cuenta que a partir de los casos sujetos a su decisión, además de resolverlos, fijará posturas en torno a los nuevos paradigmas sobre derechos humanos; lo que sin lugar a dudas se reflejarán en las tesis jurisprudenciales que al efecto se emitan. Lo anterior porque la función judicial es una actividad sumamente dinámica, en la medida en que a partir de la aplicación de disposiciones normativas abstractas e impersonales, a casos concretos y específicos, forzosamente requiere de la labor interpretativa y argumentativa indispensable para adecuar el mandato genérico a modalidades específicas.

Esa inclusión de derechos fundamentales en la Constitución requerirá de una interpretación y argumentación distinta respecto de lo que tradicionalmente se realizaba con las normas formal y materialmente legislativas, de modo tal que la jurisprudencia, como herramienta de interpretación y justificación a través de la argumentación, juega un papel sumamente considerable, en la medida en que la aplicación de reglas y principios se verán contenidos en la propia jurisprudencia que los interprete y aplique, para finalmente constituirse como una norma jurídica plena y autónoma.

³⁹⁴Prieto Sanchís, Luis, *op.cit.*, nota.3, p.217.

En una primera aproximación, Robert Alexy sostiene que las constituciones democráticas modernas contienen dos clases o categorías de normas: a la primer categoría pertenecen las que constituyen y organizan el poder legislativo, ejecutivo y a la administración de justicia; en tanto que **a la segunda pertenecen aquellas normas que limitan o encauzan al poder estatal, y es en esta última en donde deben ser mencionados los derechos fundamentales.**³⁹⁵ Alexy señala que respecto de esta categoría de normas, existen dos construcciones que son esenciales para los derechos humanos: la primera denominada estrecha y estricta en donde podrían tener cabida la “construcción de reglas”; y la otra lata y amplia referente a “construcción de principios.” La característica de categoría de normas de principios es muy abstracta y pese a que es una norma aplicable igual que otra, su peculiaridad radica únicamente en que protegen determinadas posiciones expresadas de modo abstracto del ciudadano frente al Estado. Normas que no se agotan en la tutela de determinadas posiciones expresadas de modo abstracto, pues debido a la vaguedad en su normación, poco es lo que se gana tan sólo en el conocimiento legislado, de forma tal que cuando un juez constitucional respalda su decisión en un derecho fundamental, no puede renunciar al conocimiento de la jurisprudencia.³⁹⁶

Siguiendo la postura Alexiana, pese a que las normas de derecho fundamental, son aquellas que son expresadas exclusivamente en el texto de la Carta Magna, no todas las disposiciones contenidas en ella son derechos fundamentales; el carácter de una norma de derecho fundamental depende de la argumentación *ius* fundamental que pueda ser posible; esto es, una fundamentación más profunda.³⁹⁷

³⁹⁵ Alexy, Robert, *Derechos fundamentales ponderación y racionalidad*, en Carbonell Sánchez, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (comps.), *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trota, 2010, pp.106 y 107.

³⁹⁶ *Idem*

³⁹⁷ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota. 246, pp. 67 – 69.

La base de la fundamentación *ius fundamental* dice Alexy, es la diferencia entre reglas y principios.

Hasta aquí, obsérvese la gran importancia de la jurisprudencia, en la medida en que a partir del problema sujeto a la decisión del juez constitucional, deberá emprender su solución, analizando de entrada si se resuelve con base en una regla o norma, o más aún, a través de un principio.

Ahora, el problema radica en que es distinta la interpretación de una regla o norma y la requerida para un principio; y es aquí en donde más importancia adquiere la jurisprudencia, con este nuevo paradigma de constituciones materializadas o revalorizadas,³⁹⁸ pues será el juzgador constitucional quien irá construyendo ese derecho, a partir de la materialización o concreción de las normas *ius* fundamentales, si se atiende a que el conflicto es a la luz de ese derecho; lo que desde luego será en la jurisprudencia en donde se definan los argumentos correspondientes, para después constituirse como una norma jurídica plena.

Bajo la postura de Alexy existen dos métodos de interpretación: la **subsunción** que se emplea para las normas o reglas; y, la **ponderación** para los principios.³⁹⁹

De forma general, podemos establecer que el problema nace cuando al momento del dictado del fallo judicial, la ley no es exactamente aplicable al hecho a juzgar, no existe norma, o en su caso, deba resolverse con base en un principio emanado de la propia Constitución o de un tratado internacional; y más aun existiendo principios, haya necesidad de ponderarlos; y es aquí en donde el

³⁹⁸Prieto, Sanchís, *op.cit.* nota: 3, p.213.

³⁹⁹Alexy, Robert, *La fórmula del peso*, en Carbonell Sánchez Miguel (comp.), *Argumentación Jurídica, proporcionalidad y ponderación*, México, Centro de Estudios Jurídicos Carbonell, 2014, p. 1.

juzgador deberá interpretar la legislación para darle la solución correcta si es que el caso lo permite, o resolverlo a la luz de un principio o un derecho fundamental; lo que como ya hemos analizado constituye una interpretación y argumentación judicial que constituirá una nueva norma.⁴⁰⁰

Como lo sostiene Alexy, y atendiendo a los distintos casos que a diario llegan a los Tribunales, los juzgadores encuentran distintas problemáticas que deberán dilucidar, en la medida en que algunos se resuelven con normas o reglas; pero otros con principios. En esa tesitura, existen conflictos que su solución encuentra justificación con base en normas, o de manera más particular en enunciados normativos; en un primer momento puede darse el caso que la norma resulte exactamente aplicable al caso sujeto a la decisión judicial, por lo que no existirá problema; sin embargo, puede existir necesidad de interpretar o definir previamente el significado de la norma general, y aplicarla a un caso particular, lo que a la postre, en ambos casos, generará una nueva disposición normativa.

Por otra parte, ante la inexistencia de una norma aplicable al caso sujeto a la decisión judicial, el juzgador puede resolver con base en un principio o en un

⁴⁰⁰Margarita Beatriz Luna Ramos, ministra de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostiene que el juez no puede materialmente limitarse a interpretar y aplicar el derecho a través de un silogismo simple, cuya premisa mayor está constituida por la norma abstracta en su apreciación textual, la premisa menor por los supuestos de hecho y la conclusión por la aplicación del mandato legal al caso particular. Afirma que, aceptar lo contrario llevaría a confundir lo abstracto con lo concreto y desconocer el movimiento dialéctico que opera por el fenómeno de la concreción de las normas: Si la tesis (norma abstracta) produjera una antítesis (norma concreta) y, la síntesis no fuera otra cosa que el regreso a la tesis original, carecería de significación jurídica calificar a la jurisdicción como una de las funciones materiales del Estado, en tanto que, nada estaría aportando, ni en lo abstracto, ni en lo concreto: al pasar de la antítesis a la síntesis se produce una nueva situación jurídica, diferente de la inicial; de modo que la sentencia no es idéntica a la norma en que se funda, al interpretarla y, en ocasiones, integrarla.

Véase el prólogo a la obra de: Arellano Hobelsberger, Walter, *Interpretación y jurisprudencia en el juicio de amparo*, México, Porrúa, 2009, p. XVI.

derecho fundamental; sin embargo, al fallar el conflicto con base en principios; estos pueden resultar divergentes entre sí, por lo que existirá un método distinto como el de la ponderación o proporcionalidad a que se refiere Alexy.⁴⁰¹

De manera más específica respecto del tema que se está abordando, siguiendo a Alexy, un primer acercamiento es el correspondiente al de la aplicación de normas formalmente legislativas o reglamentarias, las cuales suelen interpretarse de manera muy habitual, y en ellas pudiera estar comprendido el método de interpretación a través de la subsunción, en la medida en que la interpretación será de reglas o normas formalmente legislativas como lo señala Robert Alexy; desde luego que pueden existir casos que puedan resolverse a través de este método de interpretación; sin embargo, no todos los conflictos que diariamente llegan a los Tribunales, aunque la base para resolverlos es a través de una norma legislativa o regla, no siempre se ocupa el silogismo o la subsunción, puesto que como se analizó en el capítulo 4.6 de esta investigación, cuando el juzgador, al resolver el conflicto interpreta la norma, si bien podría traducirse en un silogismo jurídico, en donde la sentencia nada aporta, sino que únicamente constata lo ya existente, no hay que perder de vista la interpretación judicial que respecto de la norma se haga, pues esa constatación, parte del análisis de lo general a lo particular, lo que pone de manifiesto que pese a que existe una relación entre ello, esa manera de resolver el conflicto presupone una concreción, lo que Kelsen ha denominado la producción escalonada del derecho, pues obsérvese que nunca será igual la norma particularizada a través de la sentencia, que la norma general en que se haya apoyado. Cada grado del orden jurídico constituye a la vez una producción de derecho frente al grado inferior. Esta dinámica constructiva es aportación de Kelsen; esto es, en el sentido de la jurisdicción, la aplicación del derecho, es el final de la cadena normativa en que descansa, porque la norma inferior aplica desde una norma superior.⁴⁰²

⁴⁰¹Alexy, Robert, *op. cit.*, nota. 246, pp. 67 – 69.

⁴⁰²Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, 11^a ed., México, Porrúa, 2000, p. 240.

La decisión del juez es la norma individual que está justificada por argumentos y es derivada de normas superiores. Esto es, el que la vigencia de una norma se base de una u otra manera en la vigencia de otra, constituye la relación entre una norma superior y otra inferior.⁴⁰³

Así, Kelsen nos establece que lo más general y abstracto es la Constitución, la cual se encuentra en la cúspide de la pirámide, posteriormente podemos encontrar normas de mayor concreción o menor grado de abstracción; así por ejemplo, las leyes federales, de ellas válidamente podemos afirmar que surge del reglamento, de éste el acto administrativo, el cual sin duda, todavía es más concreto que aquél, en la medida en que su naturaleza jurídica se encuentra relacionada con la administración pública federal y un particular; incluso, las normas que emanan o nacen entre los particulares, apoyados o no en una norma, por ejemplo los contratos, los testamentos etcétera.⁴⁰⁴

Podemos llegar a otras conclusiones para demostrar la creación derivativa del derecho, por ejemplo: de la ley surge la sentencia, si bien se apoya fundamentalmente en aquella; pero obsérvese, la propia sentencia dictada por el órgano jurisdiccional respectivo, aun cuando se apoye en la legislación, y obligatoriamente así sea, dada la garantía de fundamentación y motivación consagrada en el artículo 16, constitucional, no va a ser la misma que la contenida en la propia norma jurídica; necesariamente será distinta en la medida en que el citado fallo va a resolver la *litis* entre a y b; esto es, la sentencia se concretiza a tal grado, que únicamente será obligatoria para a y b además de particularizarse o resolver el conflicto únicamente entre ellos; de forma tal que una norma individual, que expone la resolución judicial de un caso concreto, no será sólo empleo del derecho, sino a la vez originación del derecho.⁴⁰⁵

⁴⁰³Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota. 372, p. 253.

⁴⁰⁴Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota.119, p.146.

⁴⁰⁵Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota.372, p. 224.

Con todo lo anterior concluimos que la decisión judicial, aunque se fundamente con una norma formal y materialmente legislativa, o regla, no puede ser producto de un silogismo, entendido éste como un instrumento de la lógica para demostrar que algo es valedero, pues una consideración contraria a la anterior llevaría al absurdo lógico de confundir lo abstracto, con lo concreto, y al desconocimiento o negación del movimiento dialéctico que opera por el fenómeno de la concreción de normas jurídicas generales. Si la tesis (norma abstracta), produjera una antítesis (norma concreta), y la síntesis no fuera otra cosa que el regreso a la tesis original, carecería de sentido el calificar a la jurisdicción como una de las funciones materiales del Estado, en tanto que nada se estaría aportando en lo abstracto, ni en lo concreto.⁴⁰⁶

Lo que en realidad ocurre, es que al definir la tesis, y pasar de la antítesis, a la síntesis, se produce una nueva situación jurídica diferente de la inicial, pues la sentencia no es idéntica a la norma en que se funda, pues la interpreta y ello conlleva a su integración o definición.

Lo anterior nos lleva a concluir que si la sentencia es creadora del derecho, más lo debe ser la Jurisprudencia, aunque con mayor grado de generalidad, pues su diferencia es que si bien la sentencia es obligatoria para las partes que intervinieron en el proceso jurisdiccional, la Jurisprudencia lo será para los futuros casos que llegaran a presentarse ante la potestad judicial. De aquí la gran importancia de la jurisprudencia, en la medida en que genera la existencia de una nueva norma, pues si ello, únicamente fuera producto de un silogismo, en donde únicamente se constata la premisa mayor, resultaría innecesaria la jurisprudencia, si sólo consistiera en la reiteración de una norma jurídica preexistente.

Lo anterior válidamente se demuestra cuando una norma, concretamente un enunciado normativo, a partir de la jurisprudencia que la interpreta, cambia

⁴⁰⁶De Silva Nava, *Estudios jurídicos*, México, Porrúa, 2007, p. 45.

radicalmente su contenido, lo que a la postre puede significar una afectación a los justiciables. Esa problemática se agudiza cuando en la secuela de un juicio existe más de una interpretación respecto de una misma norma o enunciado normativo, actividad hermenéutica que normalmente cambia sustancialmente el contenido de la norma interpretada o integrada. La conformación o integración judicial evidentemente constituirá una nueva norma jurídica, puesto que en principio nunca será igual una norma general jurídica preexistente que la Jurisprudencia que la interpreta, siempre serán distintas, como lo justifica Kelsen en la creación escalonada o derivativa del derecho.⁴⁰⁷

Para demostrar a cabalidad lo anterior, podemos citar como ejemplo un conflicto que aconteció respecto del registro de sindicatos federales, de acuerdo al cual la jurisprudencia sustituyó sustancialmente el contenido de la norma formal y materialmente legislativa, sin que esta se modificara un ápice.

El ejemplo es el siguiente:

El registro de sindicatos federales, previsto en los artículos 365, 366 y 368 de la Ley Federal del Trabajo, es competencia de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, a través de la Dirección General de Registro de Asociaciones, de modo tal que es un acto formalmente administrativo; asimismo, el artículo 83 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo dispone que los afectados por los actos y resoluciones de las autoridades administrativas - *Secretaría del Trabajo y Previsión Social a través de la Dirección General de Registro de Asociaciones*- que pongan fin al procedimiento administrativo, a una instancia, o resuelvan un expediente, podrán interponer el recurso de revisión o, cuando proceda, intentar la vía jurisdiccional que corresponde.

Como se observa en el ejemplo, de una simple interpretación, establece que los afectados con motivo de los actos y resoluciones de las autoridades

⁴⁰⁷ Hans, Kelsen, *op. cit.*, nota. 389, p. 240.

administrativas podrán interponer recurso de revisión, o cuando proceda, intentar la vía jurisdiccional correspondiente.

No obstante, esa norma jurídica preexistente fue motivo de contradicción de criterios; de acuerdo a lo siguiente:

A) El Noveno Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito, al resolver el amparo en revisión RT. 299/2004, interpuesto por la Dirección General de Registro de Asociaciones de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, sostuvo que, ante la negativa que recaiga a la solicitud de registro de un sindicato por parte de la Dirección General del Registro de Asociaciones de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, es improcedente el juicio de garantías, si previamente no se agotó el recurso de revisión previsto en el artículo 83 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, pues de no ser así, se actualiza la causal de improcedencia prevista en la entonces fracción XV, del artículo 73 de la Ley de Amparo,⁴⁰⁸ en que se contempla el principio de definitividad del acto reclamado.⁴⁰⁹

Lo anterior se consideró, porque el artículo 83 de la ley mencionada, en primer término establece que en contra de los actos y resoluciones de las autoridades administrativas que ponen fin a un procedimiento, a una instancia, o resuelvan un expediente, los interesados podrán promover el recurso de revisión o, cuando proceda, la vía jurisdiccional que corresponda, siendo que esto último no significa que pueda promoverse el juicio de amparo indirecto, pues la

⁴⁰⁸ Actualmente: fracción XX del artículo 61 de la Ley de Amparo vigente, en términos del artículo sexto transitorio de esa legislación.

⁴⁰⁹ También en la nueva disposición contenida en la fracción XX del artículo 61 de la Ley de Amparo vigente, se establece el principio de definitividad del acto reclamado, proveniente de autoridades distintas a órganos jurisdiccionales, el cual, antes de promover el juicio de garantías, debe agotarse, cuando la norma que lo regula, establezca un recurso o medio de impugnación que pueda modificar, anular o confirmar el mismo,

procedencia y principios del mismo los determina la Constitución y la Ley de Amparo; siendo uno de esos principios el de definitividad del acto reclamado.⁴¹⁰

B) El Décimo Primer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito, al resolver el amparo en revisión RT.-1231/2002 interpuesto por el Sindicato Nacional de Trabajadores de Pronósticos para la Asistencia Pública, en suplencia de queja, revocó el auto desechatorio de la demanda de garantías basado en la falta de definitividad del acto reclamado, atento a que consideró que del requisito formal de registrar a los sindicatos se advierte que las facultades de éstos y su régimen estatutario son regulados por disposiciones sustantivas de la Ley Federal del Trabajo, por lo que la autoridad que conoce de una solicitud de registro, así como de la resolución que declara la negativa del mismo, por considerarse incompetente, resultan ser actos de naturaleza esencialmente laboral, por lo que aun cuando el artículo 1o. de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo establece que la misma no se aplicará a la "justicia laboral", este término no contempla únicamente el conflicto propiamente entendido, pues con independencia de que los actos que se llevan a cabo para registrar a un sindicato no constituyen en sí mismos un conflicto laboral, la autoridad responsable (Dirección General de Registro de Asociaciones de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social) debe sujetarse a las normas que sobre el particular establece la Ley Federal del Trabajo; siendo ésta la ley que rige el acto y en la que no existe norma alguna que obligue a los sindicatos que pretendan registrarse a que, en

⁴¹⁰Para arribar a esa conclusión el Tribunal Colegiado no pasó inadvertido que el artículo 1o., tercer párrafo, de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo establece que la misma no se aplicará a la materia de justicia laboral, pues advirtió que esa salvedad se refiere a las actuaciones de la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, siendo que el acto de la autoridad (Dirección General de Registro de Asociaciones de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social) aun cuando trata de la materia laboral, resulta ser administrativo, ya que es dictado por una autoridad administrativa que pertenece a la administración pública federal centralizada, en términos de los artículos 1o., 2o., y 40, fracción IX, de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, que debe regir su actuación con base en aquella ley, de modo que el particular afectado debe agotar los medios ordinarios de defensa que ésta prevé.

caso de inconformidad con la resolución relativa, deban agotar, previamente al juicio de amparo, el recurso previsto en la ley del procedimiento administrativo; siendo que la misma excluye de su aplicación a la materia laboral, lo cual se corrobora con la exposición de motivos de diecinueve de abril de dos mil, que reformó el artículo 1o. de la referida ley, con la circunstancia de que la Suprema Corte, al dirimir conflictos competenciales entre Tribunales Colegiados administrativos y laborales donde se reclame lo concerniente al registro de un sindicato, ha considerado que el conocimiento corresponde al citado en último término, lo cual evidencia la procedencia del juicio sin tener que agotar dicho recurso ordinario. Aclaró que no obstaba el que la responsable al emitir la resolución reclamada, hubiera señalado al quejoso que en su contra procedía el recurso de revisión previsto en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, pues esa manifestación no tiene apoyo legal alguno.

Del criterio anterior, derivó la tesis que a continuación se transcribe:

"REGISTRO SINDICAL. LA RESOLUCIÓN QUE LO NIEGA ES UN ACTO DE NATURALEZA LABORAL IMPUGNABLE EN AMPARO INDIRECTO SIN NECESIDAD DE AGOTAR PREVIAMENTE RECURSO ALGUNO. *Cuando una agrupación sindical promueve juicio de amparo en contra de la resolución emitida por la directora general de Registro de Asociaciones de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, a través de la cual se declaró incompetente para conocer y resolver la solicitud de su registro al considerarse ese acto de naturaleza laboral, emitido por una autoridad laboral con funciones materialmente administrativas, no se está en el supuesto del párrafo tercero del artículo 1o. de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, porque la exposición de motivos de la reforma al citado artículo de dicha ley de diecinueve de abril de dos mil, estableció que quedaba excluida de la misma, entre otras, la materia laboral. Por ello, no es procedente desechar la demanda de garantías de que se trata, por estimar que se actualiza la causal de improcedencia*

prevista en la fracción XV del artículo 73 de la Ley de Amparo, bajo el argumento de que, previamente a la interposición de dicho juicio, el sindicato quejoso debió agotar el recurso ordinario previsto en el artículo 83 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, ya que según lo razonado dicho acto es impugnabile sin necesidad de agotar previamente recurso alguno." ⁴¹¹

C) El Décimo Quinto Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito, al resolver el amparo en revisión RT. 1495/2002, interpuesto por el Sindicato de Trabajadores de la Empresa Fábricas de Papel Tuxtepec, Sociedad Anónima de Capital Variable de Tuxtepec, Oaxaca, determinó que, si bien el artículo 1o. de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo establece que no se aplicará dicho ordenamiento a las materias de justicia laboral, las cuestiones referentes al registro de un sindicato son de naturaleza laboral y no administrativa, pues el término "justicia laboral" no abarca sólo los conflictos obrero-patronales; sino que comprende también a aquellos en los que un órgano del Estado aplica normas de naturaleza laboral en un procedimiento, sea este contencioso o no, imponiendo una determinación sobre una pretensión o solicitud, siendo la negativa del registro de un sindicato un acto de naturaleza laboral realizado por una autoridad administrativa, pues su contenido es material y esencialmente laboral, luego entonces, el carácter administrativo de la autoridad que emite el acto no es suficiente para considerar que la ley que le aplica es la mencionada anteriormente y, por tanto, no puede exigirse al agraviado que agote el recurso que dicha ley prevé, concluyendo que dicha resolución es impugnabile mediante el juicio de amparo indirecto, como lo establecía el artículo 114, fracción II, de la anterior Ley de Amparo.

Del criterio anterior, derivó la siguiente tesis:

⁴¹¹ Tesis I.110.T.9 L, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época 2003, T. XVIII, p. 1819

"SINDICATOS, REGISTRO DE. CONTRA SU NEGATIVA PROCEDE EL AMPARO INDIRECTO, SIN NECESIDAD DE AGOTAR EL RECURSO DE REVISIÓN PREVISTO EN EL ARTÍCULO 83 DE LA LEY FEDERAL DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. El artículo 1o. de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo dispone que ese propio ordenamiento no será aplicable, entre otras, a la materia de justicia laboral. Ahora bien, la expresión 'materia de justicia laboral' utilizada en el invocado artículo 1o., no se restringe al caso en que la resolución es emitida por una Junta de Conciliación y Arbitraje en un conflicto contencioso, individual o colectivo, sino que comprende todos aquellos en que alguna de las autoridades, jurisdiccional o no, encargadas de aplicar las normas laborales, impone una determinación al interesado al resolver sobre una pretensión o solicitud, pues lo que constituye la materia de la justicia laboral no es únicamente lo que se conoce como administración o impartición de justicia, encomendada a los tribunales del trabajo, sino todo lo concerniente a la aplicación de las normas de esa índole. Conforme a lo expuesto, la resolución dictada por la Dirección General de Registro de Asociaciones de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, en la que niega el registro de un sindicato, es un acto de naturaleza laboral realizado por una autoridad administrativa, ya que su contenido es material y esencialmente laboral, en virtud de que al emitirlo se aplican las normas establecidas en la Ley Federal del Trabajo para el evento aludido. De esta manera, si la naturaleza del acto es laboral, el solo carácter administrativo de la autoridad emisora del acto no podría considerarse suficiente para exigir que, antes de acudir al amparo, el agraviado agote un recurso que conforme a la propia denominación del ordenamiento que lo prevé, Ley Federal de Procedimiento.⁴¹²

⁴¹²Tesis I.15o.T.1 L, Semanario Judicial de la Federación, y su Gaceta, Novena Época, T. XVII, febrero de 2003, p.1157.

Ahora, dados los puntos de contradicción, sustancialmente, un criterio apuntaba que contra la negativa del registro de sindicatos debía interponerse recurso de revisión, mientras que el otro criterio, sostenía lo contrario; esto es que procedía el amparo indirecto sin necesidad de agotar recursos.

Téngase en consideración que ambos criterios son válidos; esto es, el juzgador que en un momento tenga la potestad de resolver un juicio de garantías en contra de la negativa de registrar un sindicato, puede optar, válidamente por cualquiera de los criterios.

La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en jurisprudencia, resolvió lo siguiente:

“REGISTRO DE SINDICATOS FEDERALES. CONTRA SU NEGATIVA PROCEDE EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO SIN QUE DEBA AGOTARSE, PREVIAMENTE, EL RECURSO DE REVISIÓN PREVISTO EN EL ARTÍCULO 83 DE LA LEY FEDERAL DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO, EN VIRTUD DE QUE ES UN ACTO PREPONDERANTEMENTE LABORAL. *El registro de sindicatos federales, previsto en los artículos 365, 366 y 368 de la Ley Federal del Trabajo, es competencia de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social a través de la Dirección General de Registro de Asociaciones, por lo que si bien es un acto formalmente administrativo por su génesis, desde el punto de vista material constituye un acto de naturaleza preponderantemente laboral, mediante el cual se justifica ante cualquier autoridad la personalidad y capacidad de las organizaciones sindicales, con la particularidad de que cuando no se satisfacen los requisitos establecidos en los numerales citados, la Secretaría del Trabajo y Previsión Social está facultada para negar dicho registro, pero en contra de esa negativa no procede el recurso de revisión previsto en el artículo 83 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, atento a que en su artículo 1o.*

*expresamente se excluye de su aplicación a la materia laboral, de cuya naturaleza material participa el referido registro sindical, de tal manera que contra dicha negativa los entes sindicales no tienen la carga de agotar ese medio ordinario de defensa, sino que pueden acudir desde luego al juicio de garantías ante Juez de Distrito, conforme al artículo 114, fracción II, de la Ley de Amparo.*⁴¹³

Nótese que la Jurisprudencia varió sustancialmente el contenido de la norma jurídica preexistente; pues a ésta no se le cambió ni un punto, ni una coma; esta sigue siendo la misma.

Pero esto no es lo peor, imagínese que un quejoso adopte el primer criterio; esto es, que antes de acudir al juicio de garantías, decida agotar el recurso administrativo apoyado en la tesis que así lo estima; asimismo, también piénsese que el juzgador a quien le tocará conocer del juicio de amparo indirecto, contra la resolución recaída al recurso, tenga el mismo criterio. El juzgador de amparo resolverá ya sea concediendo o negando el amparo, dado que al compartir el citado criterio, se ha superado la procedencia del juicio, concretamente el principio de definitividad del acto reclamado.

Sin embargo, en segunda instancia, se cambia el criterio en que se apoyaron tanto el quejoso, como el juzgador, por el nuevo de la Segunda Sala, en el sentido de que, en contra de la negativa de la toma de nota de un sindicato federal no procede ningún recurso, sino el juicio de amparo indirecto.

El tribunal colegiado respectivo que conoce del recurso de revisión en contra de la sentencia del juicio de amparo, necesariamente, deberá sobreseer ante la inoportuna promoción del juicio de amparo, pues en la hipótesis del

⁴¹³ Tesis jurisprudencial 2aJ.101/2004, Semanario Judicial de la Federación, y su Gaceta, Novena Época, T. XX, agosto de 2004, p. 417..

ejemplo, el quejoso, en lugar de promover el juicio de amparo, interpuso el recurso de revisión administrativa, apoyándose en el criterio que así lo autorizaba.

En este sentido, ¿qué defensa tendrá el quejoso?, afortunadamente operaría la prohibición contenida en el artículo 217 último párrafo de la Ley de Amparo, en el sentido de que la jurisprudencia no podría aplicarse de manera retroactiva, si es en perjuicio del quejoso; esto es, bajo esa prohibición, no tendría aplicación la jurisprudencia vigente, pues de aplicarse violaría el citado artículo 217. Lo anterior pone de manifiesto que la aplicación de normas o leyes formalmente legislativas acarrea complicaciones, pues todos los casos que diariamente se resuelven en los Tribunales, tienen peculiaridades que la norma, en más de las veces no los resuelve y ello supone el cambio del sentido normativo que el juzgador hace en sus sentencias, de forma tal que la jurisprudencia, tratándose de la creación de normas, a partir de su integración o cambio de contenido normativo crea nuevas normas y ante ello se justifica su existencia como tal.

Someramente otro ejemplo que se plantea y que demuestra la importancia de la jurisprudencia, es aquél en el que en materia de cheques sin fondos establecía la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, pues disponía que el hecho de que el librador los expidiera, no constituía como tipo penal el engaño o fraude, de manera que no existía responsabilidad penal; sin embargo, en la interpretación que hizo la jurisprudencia respecto de ese tópico, estableció que independientemente de que tal hecho haya tenido el propósito de engaño o de obtener un lucro indebido, bastará que el librador expidiese el cheque sin fondos para que incurriera en las sanciones establecidas en el Código Penal para el entonces Distrito Federal, por actualizarse el delito de fraude. Artículo de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que no se modificó, sino que la jurisprudencia que lo interpretó le dio un alcance normativo distinto.⁴¹⁴

⁴¹⁴Magallón Ibarra, Jorge Mario, *Los Sonidos y el Silencio de la Jurisprudencia Mexicana*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2004, p.428.

En otro aspecto, el juzgador siempre va enfrentarse a casos difíciles, respecto de los cuales invariablemente debe resolverlos; pero ¿cuáles son los casos difíciles? Carlos Bernal Pulido sostiene que los casos difíciles son aquellos en donde no hay nada manifiesto, sino donde aparecen los problemas interpretativos.⁴¹⁵ Ronald Dworkin,⁴¹⁶ en su obra *Los Derechos en Serio*, nos dice que en el positivismo jurídico se encuentra una teoría acerca de los casos difíciles, cuando en un determinado litigio no se puede subsumir claramente en una norma jurídica establecida previamente por alguna institución, el juez, en este caso, tiene discreción para resolver el asunto en uno u otro sentido.

Dworkin, sostiene que existe una única respuesta correcta para cada caso que se incluye en una teoría de los sistemas jurídicos y que se distingue fundamentalmente de teorías positivistas como las de Hart y Kelsen. El autor contrapone a este modelo de reglas del sistema jurídico un modelo de principios, el sistema jurídico está compuesto además de reglas, por principios jurídicos. Los principios jurídicos deben permitir que también exista una única respuesta correcta en los casos en que las reglas no determinen una única respuesta correcta. Señala que la única respuesta correcta o verdadera sería, así, la que mejor pueda justificarse a través de una teoría sustantiva que contenga aquellos principios y ponderaciones de principios que mejor correspondan con la constitución, las reglas del derecho y los precedentes.⁴¹⁷

⁴¹⁵ Bernal Pulido, Carlos, *Refutación y defensa del neoconstitucionalismo*, en Sánchez Carbonell Miguel (comp.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Madrid, Trotta, 2007, p. 308.

⁴¹⁶ Dworkin, Ronald, *op. cit.*, nota. 247, p.146.

⁴¹⁷ Respecto de este aserto han existido posiciones encontradas o discrepantes de otros autores; por ejemplo, Manuel Atienza coincide con Aarnio, en el sentido de que no puede existir una respuesta correcta, pues en todo sistema siempre debe existir una respuesta final que no necesariamente debe ser la única, ni mucho menos la respuesta correcta.

Respecto del juez Hércules dice que este no es un ser autómatas racional, sino también es un ser creativo que efectúa razonamientos no meramente deductivos.

Véase: Atienza Manuel, *Sobre la única respuesta correcta*, Revista Jurídicas, ISSN-e 1794-2918, vol.6, núm.2, Universidad de la Rioja, Logroño, España, 2009, pp.13-26.

Respecto de lo anterior, Adrián Rentería,⁴¹⁸ al hablar sobre los casos difíciles, pone de manifiesto que el juzgador al enfrentarlos se encuentra en un grado de discrecionalidad, por tanto debe tener un amplio grado de conocimiento para evitar esa discrecionalidad o al menos en un grado menor.⁴¹⁹

De acuerdo a lo anterior y, conforme a los tratadistas antes mencionados, consideramos que un caso difícil es aquél en que no existe una norma jurídica preexistente que resuelva el hecho a juzgar, pues a diferencia de la interpretación que en la Jurisprudencia se realiza respecto de la laguna en la ley, en el caso difícil no existe ni ésta, no obstante el juzgador debe resolver el caso concreto.

Si se tiene en cuenta que el fin último del derecho, es normar la conducta de ser humano, del hombre como tal, debemos atender a que ésta nos es incólume o estática, cambia paulatinamente, en la medida en que pasa el tiempo. Por su parte, las normas formalmente legislativas, se escriben en un tiempo determinado, el proceso normativo no es fácil, requiere de etapas. No obstante lo anterior el juzgador que se enfrenta al caso debe resolverlo de manera inmediata, no debe esperar a que el legislador haga lo que le corresponde.

Ejemplo de lo anterior, lo podemos advertir en estos últimos años en donde, en el mundo, como en México ha evolucionado de manera significativa la forma de pensar, a tal grado que en la actualidad se cuestiona la convivencia social entre personas del mismo sexo, la adopción de menores por estos últimos, la legalización del aborto como una exigencia de las consecuencias prácticas que

⁴¹⁸ Rentería Adrián, *Discrecionalidad judicial y responsabilidad*, 2ª ed., México, Fontamara, 2002, pp. 52 - 53.

⁴¹⁹ Al respecto, Dworkin, en su obra *Los derechos en serio*, al hablar sobre los casos difíciles, se cuestiona la manera en que un juez filósofo podría elaborar teorías sobre qué es lo que exigen la ley y los principios jurídicos y, para ese propósito, inventa un abogado dotado de habilidad, erudición, paciencia y perspicacia sobrehumanas, a quien denominó Hércules, mismo que supuso que era un juez en alguna jurisdicción importante de los Estados Unidos de Norteamérica.

Véase. Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, op. cit., nota. 247, p. 177.

se dan, la clonación de seres humanos, la eutanasia o muerte asistida; o el uso lúdico de la marihuana, cuestiones éstas que, en gran medida, pudiesen generar una crisis del Estado de derecho, porque las normas preexistentes son insuficientes para resolver la contingencia respectiva.

Estos son los casos difíciles que el juzgador al enfrentarlos, no los puede postergar, bajo la justificación de que no existe legislación exactamente aplicable para resolverlos, el juez debe dar la solución a cada conflicto de esta naturaleza, y es precisamente en la Jurisprudencia donde se puede dar esa solución, para que a su vez las distintas controversias que se vayan presentando, sean resueltas de manera eficaz y rápida, independientemente de que las decisiones de los jueces no serán sobre todas las cosas, sino sólo sobre aquellas que impliquen un conflicto o desorden en las relaciones sociales, el cual haya necesidad de ordenar, que impliquen servicios personales socialmente exigibles.⁴²⁰ Conflictos que son los que se le presentan al juzgador y, respecto de los cuales debe tener una respuesta correcta. Sin duda, es difícil encontrar la solución en la legislación, no obstante el juez debe enfrentarse al caso.

Lo anterior pone de manifiesto que en la legislación no se encuentra solución de todos los casos posibles, pues ello sería como considerar que la conducta del ser humano es estática o incólume; sin embargo no es así, por esencia se modifica y ello da como resultado que en ciertos casos la legislación no resuelva el problema. Coincidimos con Dworkin, en el sentido de que el juez en buena medida es el operador del derecho, que cuenta con las anteriores herramientas para resolver el conflicto de conductas humanas cuando la legislación es insuficiente para resolverlas.

Empero, desde nuestro punto de vista esto no quiere decir que se deje a un lado a la legislación y se emplee el principio, porque si bien, en las teorías antes abordadas se sostiene la aplicación de los principios con objeto de encontrar

⁴²⁰ Castañeda y G, Daniel H, *Filosofía de la jurisprudencia*, op. cit., nota. 320, p. 7.

la respuesta correcta, no debemos dejar de considerar que precisamente en la legislación o en el sistema normativo se establece la solución de los casos prácticos o concretos como lo sostiene Atienza.⁴²¹ La aplicación de los principios y directrices debe hacerse cuando la legislación o el propio sistema normativo no solucione el caso práctico o, en su caso, se cuestione la propia norma legislativa en virtud de su trasgresión a un principio.

De modo que la jurisprudencia como tal, juega un papel sumamente importante ante la ausencia en muchas veces de contenido normativo, o en su caso como unificadora de criterios divergentes, dada la cantidad de hipótesis fácticas que a diario se presentan ante los órganos jurisdiccionales; de ahí que no debe existir reproche alguno, al considerarla plenamente como norma jurídica por parte de los operadores del derecho

Siguiendo el planteamiento diferenciado que Alexy realiza respecto de reglas y principios, en donde la diferencia radica en la base *ius* fundamental, o la fundamentalidad de la decisión judicial; esto es conforme a las argumentaciones posibles que puedan darse,⁴²² corresponde analizar cuándo se está en presencia de derechos fundamentales, principios o valores, para, desde luego, establecer la correcta interpretación que de ellos se pueda hacer, a la luz de la solución del conflicto individual. Lo que a la postre no es tarea sencilla, pues como se analizó en párrafos que preceden, los derechos fundamentales se encuentran redactados de una manera muy abstracta; sin embargo, corresponderá al intérprete definirlos y aplicarlos a cada caso concreto, en la inteligencia que atendiendo a ese paradigma de constituciones materializadas, quienes tienen esa tarea son los jueces constitucionales; empero, cuáles son estos derechos fundamentales.

⁴²¹Atienza, Manuel, *Las razones del derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p.3.

⁴²²Alexy, Robert, *op. cit.*, nota.247, p.67.

En una definición puramente formal, Ferrajoli aduce que los derechos fundamentales son todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos, en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos, o personas con capacidad de obrar.⁴²³

De manera más concreta John Finnis, en su obra "*Ley Natural y Derechos Naturales*"⁴²⁴ realiza un análisis respecto de lo que considera derecho; expresa que el hombre al reflexionar sobre qué hacer, recurre al margen del acierto o error en sus conclusiones; esto es, a una serie de principios básicos que muestran las formas básicas de realización humana plena como bienes que se han de perseguir y realizar. Esos principios que son también llamados principios más generales de la ley natural, al expresar las formas básicas del bien humano, constituyen el sustrato valorativo de todos los juicios morales.

El autor afirma que todo hombre, por esencia, con uso de razón y experiencia suficiente, conoce por evidencia esos bienes básicos comprendiéndolos como fines deseables y realizables. Por tanto, considera que si el derecho pretende servir al hombre y contar con validez jurídica en sentido pleno, debe promover a esos bienes y no perjudicarlos. Según Finnis, los siete bienes básicos a que nos hemos venido refiriendo, son los siguientes:

1.- Vida. Incluye la salud corporal, la ausencia de dolor y la transmisión de la vida.

2.- Conocimiento, formulación de preguntas y respuestas, búsqueda de la verdad.

3.- Juego, actividad u ocupaciones que se disfrutan, en sí mismas, al margen de que sean solitarias o sociales, intelectuales o físicas, extenuantes o relajantes, estructuradas o informales.

⁴²³Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota. 363, p.37.

⁴²⁴ Finnis, John, *Ley natural y derechos naturales*, 7ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, p. 38.

4.- Experiencia estética, búsqueda y valoración de las formas bellas fuera de uno y la experiencia interna de apreciarla, la belleza encontrada o producida.

5.- Sociabilidad (amistad) desde las formas elementales de la sociabilidad, hasta la amistad plena que obra por el bienestar del amigo.

6.- Razonabilidad práctica, el orden inteligente de acciones, hábitos y actitudes prácticas, tanto en su aspecto interno de las acciones y disposiciones, como es su aspecto externo, correspondencia auténtica entre preferencias, valoraciones y autodeterminaciones.

7.- Religión: la relación entre el orden que se origina en la autodeterminación humana y el orden perdurable del cosmos.

Siguiendo el planteamiento de Finnis, Rodolfo Luis Vigo señala que de acuerdo con los anteriores bienes humanos básicos, éstos son los propósitos básicos de la vida humana y que a fin de cuentas cualquier otro propósito que pudiera surgir invariablemente emanará de los anteriores. Afirma que los valores básicos son igualmente fundamentales e inconmensurables, de tal suerte que no existe jerarquía entre ellos; puede razonablemente ser considerado como el más importante y así cada uno de nosotros podrá elegir, uno o varios de los valores como de mayor importancia en su vida. Sostiene que cada plan de vida puede tener un orden personal de prioridades entre dichos valores básicos, pero ese orden de jerarquía tiene que ver con razones igualmente personales como el temperamento, la educación, capacidades y oportunidades.⁴²⁵

También, Carlos Ignacio Massini, en su obra: *Los derechos humanos*,⁴²⁶ se pregunta sobre la existencia de derechos que pertenecen al hombre sin excepción sin que puedan hacerse prevalecer en su contra consideraciones de utilidad general. Concluye que, bajo los conceptos de Finnis, la respuesta es afirmativa y

⁴²⁵Vigo, Rodolfo Luis, *El ius naturalismo actual –De M. Villey a J. Finnis–*, México, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, Fontamara, 2003, p. 116.

⁴²⁶Massini Correas, Carlos Ignacio, *Los derechos humanos*, 2ª ed., Buenos Aires, 1994, p.155.

se vinculan precisamente con los requerimientos básicos de razonabilidad práctica, vinculados a los valores humanos básicos que hemos visto, los cuales son el fundamento de aquellos derechos y respecto de los cuales –concluye- que son derechos humanos absolutos.

John Rawls⁴²⁷ apela a una serie de valores de razón pública, amparados en la concepción política de la justicia; entre esos valores están la igualdad de la mujer, la de los hijos como futuros ciudadanos, la de la familia como institución que asegurará la producción y reproducción ordenadas de la sociedad y de su cultura, de una generación a la siguiente y, por último, el cultivo y la estimulación de actitudes y virtudes que sostienen dichas instituciones.

A juicio de Manuel Atienza,⁴²⁸ los principios permiten explicar lo que es el derecho en general, un ordenamiento jurídico en particular o un sector del mismo. Podría pensarse que significa tanto como situar el problema en el contexto de la ciencia del derecho –con sus diversos niveles de abstracción- y concluye que, los principios se verían como piezas o instrumentos que permiten dar cuenta de una determinada realidad; esto es, el derecho visto desde diferentes ángulos o niveles de abstracción.

Asimismo, no debemos dejar de considerar que el juzgador constitucional para resolver un conflicto sujeto a su potestad a través de una sentencia, se vale de otros mecanismos para poder solucionarlo, tal es el caso de los principios generales del derecho, pues recordemos que el propio artículo 14, Constitucional, aunque en materia civil, impone al juzgador, ante la ausencia de normas, que el fallo respectivo se funde en ellos.

Rodolfo Luis Vigo,⁴²⁹ sostiene que el tema de los llamados “principios generales del derecho” resulta sumamente polémico y esa disputa abarca las

⁴²⁷ *La Justicia como Equidad*, España, Gráficas, 2001, p. 223.

⁴²⁸ Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del derecho*, 2ª ed., España, Ariel, 2004, p. 43.

⁴²⁹ Vigo, Rodolfo Luis, *op. cit.*, nota. 245, pp.111 y 112.

distintas cuestiones que normalmente van implicadas en su tratamiento. Afirma que el problema de los principios generales del derecho está inevitablemente vinculado al *iusnaturalismo*, pero al mismo tiempo se debe reconocer que el cientificismo jurídico, positivista, dogmático y sistematisista del siglo XIX, al encontrarlos incluidos en los códigos o en el derecho positivo, dio de dichos principios, las versiones positivistas que llegaron a imponerse en gran parte de los juristas y que fueron en desmedro de la trascendencia de aquellos.

Según el citado autor, asume una posición ecléctica, en cuanto acepta que existen principios jurídicos positivos sectoriales; principios jurídicos positivos sistemáticos o fundacionales; y, finalmente, principios *iusnaturalistas*.⁴³⁰

Por lo que hace a los principios jurídicos positivos sistemáticos o funcionales, Rodolfo Luis Vigo,⁴³¹ aduce que estos llamados principios son los que constituyen los pilares que sirven de sustento y fundamento *iuspositivo* a todo el ordenamiento jurídico. Están contemplados en la base misma del ordenamiento, desde su inicio y por eso se presentan a lo largo y ancho del mismo. Aduce que esos principios están consagrados normalmente en la Constitución del Estado, aparecen ya dados en toda su extensión, y, por consiguiente, el método

⁴³⁰ Por lo que hace a los **principios jurídicos positivos sectoriales**, Rodolfo Vigo, nos dice que cada norma, conjunto de normas, institución jurídica o rama del derecho positivo está animada por uno o varios principios reguladores que aquellas pretenden traducir con la mayor fidelidad a partir de la particular estructura formal normativa; aduce que una norma jurídica implica una ordenación prudente de conductas asignando lo suyo a los sujetos a los que se dirige, y la razón y voluntad generadora de aquella ha fijado ese orden o esa asignación de conformidad con algún principio que quede impreso en la norma: el fin de la norma equivale al principio de la misma, ella tratará de ser fiel al principio que busca explicitar determinando y mandando ciertas conductas. Sostiene que los define como sectoriales porque su presencia no abarca a todo el ordenamiento jurídico sino a un sector del mismo. Para ejemplificar a dichos principios aduce que es posible analizar los distintos artículos del Código Civil referidos al contrato de compraventa y así extraer diferentes principios que regulan esa institución los que constituyen su parte medular y que es necesario para obtener una correcta inteligibilidad de aquellos artículos.

⁴³¹ *Idem*.

aconsejable para tratarlos es el deductivo, **no para descubrirlos de modo ascendente como los sectoriales, sino para extraer de ellos las normas o principios menos generales.** La diferencia con los sectoriales es también de naturaleza cuantitativa, pues mientras estos son numerosos, los principios sistemáticos son inevitablemente escasos. Una característica de estos últimos lo constituye su desbordante contenido valorativo, mientras que los sectoriales resultan ser más técnicos y consecuentemente aquellos cuentan con una superior capacidad jurídica o generadora del derecho. Finalmente, respecto de los citados principios sostiene que en virtud de la jerarquía principalísima que le asiste a los principios sistemáticos en el campo del derecho positivo, su vigencia trasciende al ámbito jurisprudencial, que es el específico de los principios sectoriales, para regir todos y cada uno de los niveles del ordenamiento jurídico, incluido y de un modo directo el campo legislativo.

Al respecto, el juzgador cotidianamente hace uso de los principios **jurídicos positivos sistemáticos o funcionales**, a que se refiere Rodolfo Luis Vigo, recordemos que la Constitución es la norma más general dentro de toda estructura o sistema jurídico de un país, tan general que en tan sólo un pequeño cuerpo normativo caben todo el conjunto de bases, disposiciones, reglas, preceptos y principios de un país. Esto, invariablemente llevará al juzgador a realizar una interpretación del contenido valorativo que existe en la propia Constitución. Dada la generalidad que caracteriza a toda Constitución, evidentemente no existirá solución concreta a todos los problemas o casos en particular, será necesario que a través de una interpretación el juzgador extraiga el contenido valorativo que ha plasmado el Constituyente, tanto primigenio como el permanente, y de ahí resuelva el caso concreto sujeto a la decisión judicial. Creo que esto debe ser lo más adecuado para un país, incluso desde mi particular punto de vista, cualquier Constitución únicamente debe contener los principios rectores que lo deben regir, al juzgador le tocará, en caso de conflicto jurisdiccional, resolver el caso concreto a juzgar en la propia sentencia, de acuerdo al principio o valor contenido en la propia Constitución; como lo sugieren

autores ya vistos, en cuanto a las constituciones valorizadas o llenas de contenido sustantivo, lo que a la postre ha ido evolucionando en la doctrina del neo constitucionalismo.⁴³²

Finalmente, respecto de los **principios *iusnaturales***, Vigo sostiene que existen exigencias o suyos que los hombres acuerdan y que establecen como obligatorios jurídicamente, pero hay otros derechos y deudas que el hombre infiere a partir de la misma naturaleza humana;⁴³³ sostiene que en este caso se está en presencia del llamado derecho o justo natural. Aduce que al mismo tiempo, corresponde advertir que junto a una juridicidad natural primaria u originaria, fácilmente captada por la razón práctica, a partir de fines o inclinaciones básicas fundamentales en el hombre, hay también otro ámbito de lo justo natural que el hombre de manera más difícil y discursiva descubre, poniendo en relación lo justo primario con situaciones correctas del hombre; esto es, cuando se habla de principios *iusnaturalistas* se quiere aludir a esos ámbitos de la justicia natural que determinan y exigen ciertas acciones u omisiones sociales, ellos constituyen el núcleo mismo de lo jurídico inscripto en la naturaleza humana pero, a su vez, requieren de las normas y principios que integran el derecho positivo para adaptarse a las circunstancias históricas, para determinar el medio escogido entre los diferentes posibles, para ganar en claridad y para asegurar una mayor eficiencia social; esto es que, el derecho natural tiene límites, oscuridades e ineficiencias que exigen esas nuevas determinaciones establecidas por los hombres.⁴³⁴

⁴³²Pozzolo, Susana, *op. cit.*, nota. 371, p.339.

⁴³³*Ibidem*, pp.117 y 118.

⁴³⁴Rodolfo Vigo señala que el derecho positivo confirma, aclara, garantiza y completa lo suyo natural, pero en la medida en que contradice lo justo natural pierde juridicidad intrínseca con el riesgo de quedar reducido a una juridicidad meramente intrínseca o aparente; principios que pueden ser explícitamente reconstruidos en el ordenamiento jurídico, pero su respaldo es propiamente ontológico, desde el momento que sustentan en el ser del derecho, es por eso que valen a pesar de que se les ignore o violen por el derecho positivo, aunque resulte inconcebible

Coincidimos con Rodolfo Luis Vigo respecto de sus posturas en torno a la convivencia entre principios *positivizados* y principios *iusnaturales*. El juzgador al resolver el caso concreto no debe perder de vista el principio *iusnaturalista*, claro está que existen diversos principios que han sido reconocidos por el derecho positivo, empero en la medida en que éstos contradigan el justo natural, no tendrán eficacia plena, por la razón de que se está juzgando aspectos del hombre como tal, y necesariamente deberá acudirse al aspecto ontológico, indiscutiblemente deberá vincularse el punto de partida desde que una cosa es, se hace o se conoce, ello con objeto de entender en toda su amplitud el conflicto a resolver. Esto sin lugar a dudas no es tarea fácil, puesto que se requiere del campo filosófico, el juez comúnmente no es filósofo como tal, empero en la medida en que se vincule con el ámbito del ser en su aspecto natural, la respuesta dada por el juzgador será más eficaz y conveniente.

Una vez establecido el uso, pero sobretodo la necesidad de aplicar principios para resolver los conflictos que diariamente llegan a los tribunales en los supuestos antes citados, y que desde luego se reflejarán en las tesis de jurisprudencia que al respecto se formulen, pues será en ellas en donde se realicen las consideraciones argumentativas e interpretativas, a partir de los casos sujetos a la decisión judicial, no se debe perder de vista que el uso de principios puede enfrentarlos con otros.

Lo anterior se materializa si se parte de la idea de que al hablar sobre derechos fundamentales o principios, como quedó de manifiesto en párrafos que anteceden, éstos no son absolutos, sino que por el contrario se enfrentan a la posibilidad de ser limitados; y es aquí en donde encontramos otra problemática que en la jurisprudencia necesariamente encontrará su solución y que como se analiza, es la aplicación de principios, cuando éstos se encuentran en juego o son aplicables en una controversia sujeta a la decisión judicial.

plantear una sociedad en donde rijan normas jurídicas que total y sistemáticamente se opongan al derecho natural.

En efecto, siguiendo a Alexy, éste sostiene que a diferencia de un principio, una regla debe ser cumplida inexorablemente, en tanto que aquél, puede ser flexible con la aplicación de otro. Las reglas que ordenan algo definitivamente son mandatos definitivos y, en su mayoría, ordenan algo para el caso de que se satisfagan determinadas condiciones. Por ello, son normas condicionadas; sin embargo, las reglas pueden revestir una forma categórica; un ejemplo podría ser una prohibición absoluta de la tortura, a juicio de Alexy lo decisivo es que si una regla tiene validez y es aplicable, es un mandato definitivo y debe hacerse exactamente lo que ella exige, si esto se hace, entonces la regla se cumple; y si no se incumple. En consecuencia, las reglas son normas que siempre pueden cumplirse o incumplirse.

Por el contrario, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo a las posibilidades fácticas y jurídicas, por ello los principios son mandatos de optimización, los que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diferentes grados, y porque la medida de cumplimiento ordenada depende no sólo de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. Las posibilidades jurídicas se determinan mediante reglas y sobre todo, mediante principios que juegan en sentido contrario.⁴³⁵

Robert Alexy,⁴³⁶ señala que en la contradicción de normas, al menos una debe considerarse inválida y, por ende, debe salir de la vida jurídica; en cambio, cuando se cuestionan dos principios debe prevalecer el que tenga mayor peso

⁴³⁵ Alexy, Robert, *Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*, en Carbonell Sánchez, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (comps.), *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta, 2010, p.111

⁴³⁶ Alexy, Robert, *Derecho y razón práctica*, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, México, Fontamara, 1993, pp. 11 y 13.

para resolver el caso concreto, pero al principio que juega en el sentido contrario se le hace retroceder, pero no se declara inválido.⁴³⁷

En ese orden de ideas, a diferencia de las normas, no podemos sostener que un principio esté mal, pues como lo sostiene Rodolfo Vigo, éstos son verdades indisponibles, no se puede disponer del principio. Esto es, el principio debe continuar rigiendo, porque precisamente es incuestionable, pero desde mi particular punto de vista, existen principios o valores con mayor peso: no podemos cuestionar la importancia de la vida, con el juego, claro que cuando exista un conflicto entre la aplicación de esos principios, deberá prevalecer el de mayor jerarquía, como en este caso el de la vida; empero ello no quiere decir que el del juego sea inválido o deje de tener eficacia, simplemente, para resolver el conflicto, de acuerdo a las posibilidades jurídicas y fácticas, se ocupó el de mayor grado.

Sobre el particular, Robert Alexy,⁴³⁸ expone toda una metodología para solucionar esta aparente contingencia, dice que uno de los principales temas en el debate actual sobre la interpretación de derechos fundamentales es el papel de la ponderación o el balanceo; afirma que la ponderación juega un papel central en la práctica de muchos tribunales constitucionales; sostiene que en el derecho constitucional alemán, la ponderación forma parte de un principio más amplio: **El principio de proporcionalidad**, que a su vez se conforma por otros tres sub-principios: el de **idoneidad, necesidad y proporcionalidad en el sentido estricto**, y concluye que esos principios expresan la idea de optimización, así, la ponderación no es más que la optimización relativa a principios contrapuestos:

De acuerdo a Alexy, el **principio de proporcionalidad**: se compone por tres sub principios:

⁴³⁷Lo anterior se explica porque, en el caso de las normas contradictorias, en aras del principio de seguridad jurídica, cuando se determina la unificación de criterios, nos hace suponer que al menos una está equivocada y, por tanto, debe suprimirse en aras del citado principio; en cambio, cuando existe un conflicto en la aplicación de principios debe ponderarse cuál de ellos pesa más.

⁴³⁸Alexy, Robert, *Teoría del discurso y derechos constitucionales*, Cátedra Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 2004, pp. 89 y 90.

I.- Idoneidad: (También conocido como el sub principio de adecuación), según el cual toda la intervención legislativa o judicial sobre un derecho fundamental debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo (la finalidad debe tener anclaje constitucional);

II.- Necesidad: Toda medida de intervención sobre un derecho fundamental, debe ser la más benigna de entre todas aquellas que revistan por lo menos la misma idoneidad para alcanzar el objetivo previsto

III.- Proporcionalidad en sentido estricto: Según el cual la importancia de la intervención sobre un derecho fundamental se justifica solamente en virtud de la importancia del fin que persigue la medida (las ventajas de la medida deben de ser suficientes como para compensar el sacrificio del derecho, que nunca podrá llegar hasta la afectación de su contenido esencial).⁴³⁹

Asimismo, aduce que la **ponderación**, es objeto del tercer sub principio; es decir, del principio de **proporcionalidad en sentido estricto**.⁴⁴⁰

Ahora, como se tocó en temas que preceden, Alexy expone el procedimiento de aplicación de los principios a través del método de la ponderación; por ese motivo, la ponderación se ha convertido en un criterio metodológico básico para la aplicación jurídica, en especial para la aplicación jurídica de los derechos fundamentales, por tal razón, se retomará de manera muy general ese método, pues su aplicación, justifica la existencia de la jurisprudencia

⁴³⁹ Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2ª ed., Madrid, CEPC, 2005, p. 687.

⁴⁴⁰ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota. 247, p. 112.

como instrumento de aplicación, y como base normativa para futuras controversias.⁴⁴¹

En la teoría de los derechos fundamentales, Alexy expone una concepción sobre la **estructura de la ponderación**, aduce que está compuesta por tres elementos:⁴⁴²

1. **La ley de la ponderación**
2. **La fórmula del peso, y**
3. **La carga de la argumentación,**

1.-La ley de la ponderación: Cuando mayor sea el grado de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.

Para emprender lo anterior, puede dividirse en tres pasos:

Primero. Definir el grado de afectación de uno de los principios

Segundo. Definir la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario.

Respecto de estos primeros pasos Alexy aduce que son análogos, de forma tal que puede alcanzarse su conmensurabilidad mediante la referencia a una escala triádica en intensidades: “leve”, “moderada” y “grave”⁴⁴³

⁴⁴¹ Carlos Bernal Pulido, sostiene que el concepto de la ponderación es objeto de varias discusiones teóricas y prácticas, uno de los problemas más emblemáticos es si la ponderación es un procedimiento racional para la aplicación de normas jurídicas o un mero subterfugio retórico útil para justificar toda laya de decisiones judiciales.

Cfr: Bernal Pulido, Carlos, *La racionalidad de la ponderación*, en Carbonell Sánchez Miguel (comp.), *Argumentación Jurídica, proporcionalidad y ponderación*, México, Centro de Estudios Jurídicos Carbonell, 2014, p. 44.

⁴⁴²Alexy, Robert, *op. cit.*, nota.247, p. 87 y s.

⁴⁴³*Idem.*

De forma tal que calificándolos se especifica el grado de importancia de los principios en colisión.

No obstante, Alexy, sostiene que la importancia de los principios en colisión no es la única variable en la ponderación, pues la **segunda** es el peso abstracto de los principios, de forma tal que éste puede variar con la jerarquía de fuente del derecho en que estén establecidos; ese peso, puede establecerse a valores sociales positivos; al respecto, puede establecerse en un determinado país que el principio de la vida, tiene un mayor peso que el de la personalidad, por ejemplo.

Tercero. Definir si la importancia de la satisfacción del principio contrario, justifica la afectación del otro.⁴⁴⁴

Finalmente, aduce Alexy que respecto de lo anterior, debe sumarse una tercera variable que se refiere a la seguridad o certeza de las apreciaciones empíricas concernientes al grado en que la medida implica fácticamente la falta de satisfacción del primer principio y la satisfacción del segundo en las circunstancias del caso.

Esto es la variable S, como la identifica Alexy, se basa en el reconocimiento de que las apreciaciones empíricas relativas a la importancia del principio en colisión, pueden tener un grado diverso de certeza y esto puede afectar el peso relativo que se atribuye a cada principio en la ponderación.

2.- La fórmula del peso: Según Alexy, para articular las anteriores premisas; esto es, para identificar concretamente la importancia del principio, a la luz de su peso abstracto, y la seguridad de las apreciaciones empíricas relativas a la importancia de los principio, se hace necesario una fórmula con aplicación de

⁴⁴⁴Alexy, Robert, *op. cit.*, nota. 247, p. 92.

los citados valores, a efecto de determinar el peso concreto de un principio; y, finalmente,

3.- La carga de la Argumentación: Este paso opera únicamente cuando el resultado de la aplicación de la fórmula del peso es un empate; esto es, cuando el peso concreto de los principios en colisión es idéntico.

Siguiendo este método que de manera muy breve se expone, pues de exponerlo en toda su amplitud, como lo hace Alexy, rebasaría la finalidad del presente trabajo, da como resultado que los conflictos que en muchas ocasiones llegan a los Tribunales del país, sobre todo al Tribunal constitucional, ponen de manifiesto la importancia de la jurisprudencia como norma jurídica *per se*, pues es en ella, en la que se observarán las decisiones finales acerca de la aplicación de principios, incluso, cuando se encuentren en colisión.

Desde luego que el método que expone Alexy, no debe contenerse en la propia sentencia, sino que únicamente debe observarse como un instrumento para llegar a una decisión final; esto es, como la herramienta que tiene el juez para resolver una problemática jurídica; como pudiera ser aquél médico que ocupa un microscopio o un termómetro para establecer un diagnóstico; esto es, la metodología de la ponderación constituye un mero instrumento que posee el juzgador para dilucidar algún aspecto sumamente abstracto como es la aplicación de los principios.

Incluso, recientemente la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha ocupado este método, cuando resolvió el **juicio de amparo en revisión 237/2014**,⁴⁴⁵ en el que cuatro quejosos cuestionaron la decisión de un juez de Distrito, mediante la cual les negó el amparo respecto del uso lúdico de la

⁴⁴⁵ Engrose en versión pública de la sentencia Amparo en Revisión 237/2014, de 4 de noviembre de 2015, emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, obtenida de la página www.scjn.gob.mx, fecha de consulta 17 de octubre de 2017.

Marihuana, lo que conllevó a revocar su sentencia y concederles el amparo y protección de la justicia federal.⁴⁴⁶

Sobre el particular, en lo que interesa la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para justificar su decisión y dar respuesta a los argumentos planteados por los recurrentes, lo realizó con base en los siguientes puntos:

(I) La explicación del marco regulatorio de los estupefacientes y psicotrópicos previsto en la Ley General de Salud;

(II) El establecimiento de la incidencia de la medida legislativa impugnada en el contenido *prima facie* del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad; y,

(III) La determinación de si la medida impugnada supera las cuatro gradas del test de proporcionalidad:

1.- constitucionalidad de los fines perseguidos con la medida;

2.- idoneidad;

⁴⁴⁶ Lo anterior inició cuando cuatro personas, entre otra, solicitaron a la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios (COFEPRIS), la autorización administrativa, a efecto de que se les permitiera el consumo personal y regular con fines meramente lúdicos y recreativos del estupefaciente cannabis sativa, índica y americana. Lo que dio lugar a que el 13 de junio de 2013, el Director Ejecutivo de Regulación de Estupefaciente, Psicotrópicos y Sustancias Químicas de ese organismo, negara la solicitud respectiva, fundándose en los artículos 235 y 237, de la Ley General de Salud, respecto del psicotrópico cannabis, al considerar que está prohibido en todo el territorio nacional la realización de cualquier acto relacionado con la sustancia aludida. Lo que motivó a que los citados gobernados promovieran juicio de amparo indirecto en contra de esa determinación. Por lo que al no obtener sentencia favorable ante el juez de Distrito correspondiente, interpusieron recurso de revisión del que correspondió conocer a la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con motivo de que el Tribunal Colegiado a quien originalmente conoció de ese recurso, se declaró legalmente incompetente, al tratarse de un asunto en el que subsistía un problema de constitucionalidad, respecto del cual no existía jurisprudencia.

- 3.-necesidad; y,
- 4.-proporcionalidad en sentido estricto.

Al respecto, analizaremos los puntos II y III, pues es lo que interesa demostrar en la premisa formulada.

En cuanto al punto II, consistente en: **Establecimiento de la incidencia de la medida legislativa impugnada en el contenido *prima facie* del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad**, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a partir del análisis de los precedentes jurisprudenciales, en los que esa Suprema Corte se ha pronunciado sobre el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, concluyó que las decisiones y acciones de los recurrentes se encuentran protegidas *prima facie* por el derecho en cuestión, pues la elección de alguna actividad recreativa o lúdica, es una decisión que pertenece a la esfera de autonomía personal que debe estar protegida por la Constitución, de forma tal que esa elección puede incluir, la ingesta o el consumo de sustancias que produzcan experiencias que en algún sentido “afecten” los pensamientos, las emociones y/o las sensaciones de la persona; además de que la decisión de fumar marihuana puede tener distintas finalidades, entre las que incluyen el alivio de la tensión, la intensificación de las percepciones o el deseo de nuevas experiencias personales y espirituales. De manera que al tratarse de “experiencias mentales”, éstas se encuentran entre las más personales e íntimas que alguien pueda experimentar, luego la decisión de un individuo mayor de edad de “afectar” su personalidad de esta manera, con fines recreativos o lúdicos, se encuentra tutelada *prima facie* por el derecho al libre desarrollo de la personalidad.⁴⁴⁷

⁴⁴⁷ Con lo anterior, la Primera Sala del Máximo Tribunal del país concluyó que los artículos de dicho ordenamiento identificados por el Juez de Distrito como actos reclamados, efectivamente inciden en el contenido *prima facie* del derecho fundamental, toda vez que constituyen un obstáculo jurídico que impide a los quejosos ejercer el derecho a decidir qué tipo de actividades recreativas o lúdicas desean realizar, además de que impide llevar a cabo lícitamente todas las acciones o actividades

No obstante, la citada Sala reparó que con todo lo anterior, el libre desarrollo de la personalidad **no es un derecho absoluto**, de manera tal que puede ser limitado con la finalidad de perseguir algún objetivo constitucionalmente válido: de modo que consideró importante identificar los límites a ese derecho y que han sido reconocidos por ese Alto Tribunal.⁴⁴⁸ Para arribar a lo anterior, se precisó que la Corte ha atendido a la doctrina especializada la que ha señalado que los derechos fundamentales y sus respectivos límites externos operan como principios, de tal manera que las relaciones entre el derecho y sus límites encierran una colisión que debe resolverse con ayuda del test de proporcionalidad, de modo que, para que sean constitucionales las intervenciones que se realizan al amparo de un límite al libre desarrollo de la personalidad, éstas deben cumplir con ciertas características; a saber: la medida legislativa debe ser idónea para proteger los derechos de terceros y/o el orden público; y no debe limitar de manera innecesaria y desproporcionada este derecho fundamental. Dicho de otra manera, la medida analizada tiene que superar un examen de proporcionalidad en sentido amplio.

De modo que por el hecho de que esa Suprema Corte haya establecido que el libre desarrollo de la personalidad da cobertura *prima facie* a un derecho más específico a decidir y poner en práctica la actividad recreativa o lúdica que se desee realizar, lo que puede incluir el consumo de ciertas sustancias, con fines de ocio o esparcimiento, no significa que ese derecho tenga carácter definitivo. En este sentido, el derecho fundamental adopta una doble fisonomía: antes de practicar el test de proporcionalidad, presenta un carácter *prima facie* y sólo

necesarias para poder materializar esa elección a través del autoconsumo de la marihuana: siembra, cultivo, cosecha, preparación, acondicionamiento, posesión, transporte, etc.

⁴⁴⁸ Así, abundó que respecto del presente tema, en el **amparo directo 6/2008**, el Pleno de esta Suprema Corte explicó que ese derecho “no es absoluto, pues encuentra sus límites en los derechos de los demás y en el orden público”; apreciando que se trata de límites externos al derecho que funcionan como cláusulas que autorizan al legislador a intervenir en el libre desarrollo de la personalidad para perseguir esos fines.

después de que se ha realizado el escrutinio, adquiere un carácter definitivo, de tal suerte que si la medida legislativa limitadora no supera el test de proporcionalidad, el contenido definitivo del derecho será coincidente con el atribuido *prima facie*; en cambio, si la ley se encuentra justificada a la luz del test de proporcionalidad, el contenido del derecho será más reducido que el aparente o *prima facie*.

Por lo que hace al punto **III: Análisis de la determinación de si la medida impugnada supera los cuatro grados del test de proporcional y/o Análisis de la proporcionalidad en sentido amplio de la medida legislativa impugnada**, la Primera Sala consideró determinar si la norma que interviene en el ámbito inicialmente protegido por el derecho fundamental es constitucional; esto es, si en el caso concreto existe una justificación, desde el punto de vista constitucional para que la medida legislativa limite el contenido *prima facie* del derecho, para que de manera más particular se establezca si la intervención legislativa persigue una finalidad constitucionalmente válida y, en caso de que se supere esa grada del escrutinio, se analice si la medida supera sucesivamente un análisis de **idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido**.

1.-Constitucionalidad de los fines perseguidos con la medida: Respecto de si la intervención legislativa persigue una finalidad constitucionalmente válida, la sala respectiva estimó la constitucionalidad de los fines perseguidos con la medida, para ello consideró necesario identificar los fines que se persiguen: valores, intereses, bienes o principios que el Estado legítimamente puede perseguir. No obstante, aclaró que las intervenciones basadas en fines perfeccionistas no encuentran protección constitucional, pues el Estado no puede exigir a las personas que se conduzcan de acuerdo a un determinado modelo de virtud. Al respecto, concluyó que el legislador consideró necesario prohibir la autorización administrativa para la realización de toda

actividad relacionada con la marihuana en atención a los efectos nocivos asociados a dicho producto en la “salud” y el “orden público”.⁴⁴⁹

De modo que la Primera Sala entendió que ambas finalidades son constitucionalmente válidas; incluso, asumió que la protección de la salud pública se encuentra en íntima relación con la protección al orden público, estimando que si bien es complicado definir en qué consiste este principio constitucional, se trata de un concepto que hace referencia al bienestar de la sociedad en general. En cambio, la prohibición del consumo de marihuana por la mera autodegradación moral que implica, no persigue un propósito legítimo. Razonó que la Constitución no impone un ideal de excelencia humana, pues permite que cada individuo elija su propio plan de vida y adopte el modelo de virtud personal que considere válido, en tanto no afecte a los demás.⁴⁵⁰

Continuando con el análisis de la Primera Sala, en el que concluyó que el marco regulatorio para el control de estupefacientes y sustancias psicotrópicas previsto en la Ley General de Salud tiene una finalidad constitucionalmente válida analizó si la prohibición de consumir marihuana para fines lúdicos y, en consecuencia, la prohibición también de todas las acciones necesarias para poder estar en posibilidad de llevar a cabo el autoconsumo (siembra, cultivo, cosecha,

⁴⁴⁹ Esto es, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación consideró que la expedición de la Ley General de Salud tuvo como propósito reglamentar el derecho a la protección de la salud, y para ello señaló “la promoción del bienestar físico y mental del hombre, para contribuir al ejercicio pleno de sus capacidades” (fracción I del artículo 2o.). De modo que con el objeto de alcanzar dicho nivel de bienestar, el legislador consideró necesario implementar un adecuado “control sanitario” de los psicotrópicos y narcóticos, bajo la premisa de que su uso constituye un problema para la salud pública, en tanto genera dependencia para el consumidor.

⁴⁵⁰ Así, las afectaciones al desempeño social que ocasiona la marihuana —por ejemplo, disminución de productividad laboral del consumidor y el denominado “síndrome amotivacional”— no pueden considerarse como razones válidas para intervenir el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Además, ni de la ley que ahora se analiza, ni de los procesos legislativos que la han reformado, se desprende la intención del legislador de promover un determinado modelo de virtud personal. Como se ha explicado, la ley pretende proteger la salud y el orden público.

preparación, acondicionamiento, posesión, transporte, etc.), constituye una medida idónea para proteger la salud y el orden público.

2.- Idoneidad de la medida: En esta etapa del escrutinio la sala correspondiente analizó si la medida impugnada es un medio adecuado para alcanzar los fines perseguidos por el legislador; asumiendo que el examen de idoneidad presupone la existencia de una relación empírica entre la intervención al derecho y el fin que persigue dicha afectación, siendo suficiente que la medida contribuya en algún modo y en algún grado a lograr el propósito que busca el legislador. Así, la idoneidad de una medida legislativa debe mostrarse a partir de conocimientos científicos o convicciones sociales generalmente aceptadas.

De acuerdo con lo anterior, la sala analizó si existe evidencia empírica que justifique la creencia de que el consumo de marihuana causa los daños o afectaciones antes identificados. Para corroborar la existencia de dicha relación, se apoyó en la literatura científica que ha abordado esta cuestión, así como en varios estudios empíricos disponibles sobre el tema. Así, razonó que la evidencia disponible muestra que efectivamente el consumo de marihuana genera daños o afectaciones de distinto tipo. No obstante, determinó que con todo lo anterior, algunas de esas afectaciones han sido corroboradas de manera concluyente, mientras que otras, son poco probables o se tratan de meras especulaciones; finalmente concluyó respecto de ese análisis de idoneidad, que existe evidencia para considerar que el consumo de marihuana efectivamente causa diversas afectaciones en la salud de las personas; pues pese a que los daños son de escasa entidad, ello no es obstáculo para concluir que en el caso concreto el “sistema de prohibiciones administrativas” conformado por los artículos impugnados efectivamente es una **medida idónea** para proteger la salud de las personas.

3.- Necesidad de la medida: Superado el examen de idoneidad, analizó si el “sistema de prohibiciones administrativas” impugnado, es una medida

legislativa necesaria para proteger la salud y el orden público o si, por el contrario, existen medidas alternativas igualmente idóneas que afecten en menor grado el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Al respecto, en primer lugar corroboró, si existen otros medios con un grado de idoneidad igual o superior para lograr los fines que se persiguen y, en segundo lugar, determinó si estas alternativas intervienen con menor intensidad el derecho fundamental afectado.

Al respecto, ponderó una serie de elementos que podrían constituir una medida alternativa a la prohibición absoluta del consumo lúdico y recreativo de marihuana tal como está configurada por el “sistema de prohibiciones administrativas” impugnado por los quejosos; a saber: **(I)** limitaciones a los lugares de consumo; **(II)** prohibición de conducir vehículos o manejar aparatos o sustancias peligrosas bajo los efectos de la sustancia; **(III)** prohibiciones a la publicitación del producto; y **(IV)** restricciones a la edad de quienes la pueden consumir.

Asimiló que se trata de medidas que vistas en su conjunto no prohíben el consumo de forma absoluta y, en contraste sólo limitan la realización de las actividades relacionadas al autoconsumo de marihuana en supuestos muy acotados. De forma tal que concluyó que sí existe una medida alternativa al “sistema de prohibiciones administrativas” configurado por los artículos impugnados, los cuales impiden a los quejosos consumir marihuana con fines lúdicos y recreativos.

Superado ese tema, emprendió el examen para concluir si la medida alternativa es idónea para alcanzar los fines perseguidos por la medida legislativa impugnada, lo que implica evaluar si es causalmente adecuada para prevenir o combatir los daños asociados al consumo de marihuana.⁴⁵¹ Consideró que la

⁴⁵¹ Daños a la salud de la persona, desarrollo de dependencia a la sustancia, inducción al consumo de otras drogas más dañinas y contagio de su consumo, así como accidentes vehiculares cometidos bajo el influjo de la sustancia.

medida alternativa también es idónea para prevenir los daños a la salud y la dependencia que origina el consumo de marihuana. De hecho, determinó que resulta más eficaz una política que busca impedir directamente que ocurran esas afectaciones a la salud o atacar los factores sociales que causan el consumo de marihuana, que una medida que combate dicha problemática indirectamente a través de la prohibición total de su consumo.⁴⁵²

Finalmente, emprendió, el segundo aspecto del test de necesidad, consistente en determinar si las medidas alternativas intervienen con menor intensidad el derecho al libre desarrollo de la personalidad que el “sistema de prohibiciones administrativas” configurado por los artículos impugnados; concluyendo que la medida alternativa examinada no sólo es idónea para evitar que se produzcan los daños o afectaciones a la salud y al orden público señalados anteriormente, sino que además es una medida menos restrictiva del libre desarrollo de la personalidad. Es decir, el “sistema de prohibiciones administrativas” configurado por los artículos impugnados, es altamente *suprainclusivo*.⁴⁵³ En premisa conclusiva, la primera sala estableció que las regulaciones que permiten el consumo de marihuana, acotando la edad para consumir y/o el lugar donde se puede realizar dicho consumo, son medidas que identifican de mejor manera los supuestos en los que efectivamente se producen daños a la salud y el orden público; incluso, determinó que esas regulaciones sólo limitan el consumo en estos supuestos, por lo que suponen una menor intervención al libre desarrollo de la personalidad.⁴⁵⁴ Así, esa Primera Sala

⁴⁵² Así, concretamente estableció que las campañas de información y las estrategias públicas que conciben a la farmacodependencia como un problema de salud pública, han probado ser medidas más efectivas que las políticas prohibicionistas, pues la prohibición del consumo de marihuana no ha reducido el número de consumidores y, en consecuencia, tampoco ha disminuido los daños a la salud asociados al consumo.

⁴⁵³ Como se sabe, una norma es *suprainclusiva* cuando comprende o regula circunstancias que no encuentran fundamento en la justificación de dicha norma.

⁴⁵⁴ En consecuencia, las regulaciones alternativas resultan más benignas para el derecho al libre desarrollo de la personalidad, pues el “sistema de prohibiciones administrativas” configurado por

considera que la prohibición del consumo personal de marihuana con fines lúdicos es inconstitucional al no superar esta grada del test de proporcionalidad.

4.- Proporcionalidad en sentido estricto de la medida:La primera sala, después de concluir que la medida analizada es idónea para proteger la salud y el orden público, y considerar que existen medidas alternativas igualmente idóneas que intervienen el derecho afectado en un menor grado, en esta sección realizó el examen de proporcionalidad en sentido estricto, para evidenciar el desequilibrio entre la intensa afectación al derecho al libre desarrollo de la personalidad, frente al grado mínimo en que se satisfacen los fines legislativos a través de la prohibición al consumo de marihuana.

Esto es, emprendió ese estudio conforme a la ley de ponderación a que se refiere Robert Alexy, y que ha quedado plenamente identificado en párrafos precedentes; a saber: ***Cuando mayor sea el grado de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.***⁴⁵⁵

En efecto, de entrada, estableció que el examen de proporcionalidad, en sentido estricto, consiste en realizar un balance o ponderación entre dos principios que compiten en un caso concreto. Estimando que ese análisis requiere comparar el grado de intervención en el derecho fundamental que supone la medida legislativa examinada frente al grado de realización del fin perseguido por ésta. Dicho de otra manera, según la primera sala en esa fase del escrutinio, se requiere realizar una ponderación entre los beneficios que cabe esperar de una limitación desde la perspectiva de los fines que se persiguen con los costos que necesariamente se producirán desde la perspectiva de los derechos

los artículos impugnados constituye una medida innecesaria, toda vez que existen medidas alternativas igualmente idóneas para proteger la salud y el orden público que intervienen el derecho fundamental en un *grado menor*.

⁴⁵⁵ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota. 247, p. 92.

fundamentales afectados. Así consideró que en el caso debe contrastarse la eficacia con la que el “sistema de prohibiciones administrativas” sobre el consumo de marihuana impugnado por los quejosos satisface la protección de la salud de las personas y el orden público con el nivel de afectación que esa misma medida comporta en el contenido *prima facie* del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Para tal efecto, partió de la premisa que si bien, en el apartado donde se examinó la idoneidad de la medida, resultó suficiente que se mostrara que ésta contribuye positivamente a la realización del fin que persigue, con independencia de su eficacia, también se expusieron argumentos sobre el grado en que el “sistema de prohibiciones administrativas” contribuye a la protección a la salud y orden público. Estableció que en esa parte del estudio se mostró que la marihuana no supone un riesgo importante para la salud de las personas mayores de edad, toda vez que sus consecuencias permanentes son poco probables, mínimas o reversibles si su consumo no se inicia a edades tempranas. Así, señaló que el consumo de marihuana genera un índice de dependencia menor a otras sustancias, el cual se ubica alrededor del 9% de las personas que la consumen. En la misma línea, se sostuvo que el consumo de marihuana tiene un nivel de incidencia muy bajo o incluso discutible en el consumo de otras drogas más riesgosas. Por otro lado, destacó que existen resultados similares respecto de la propensión del usuario de marihuana a inducir a terceros al consumo. De la misma manera reconoció que conducir vehículos y manejar instrumentos y sustancias peligrosas bajo los efectos de la marihuana sí supone un riesgo para el orden público. Por último, se expuso que existe incertidumbre sobre la afirmación de que el consumo de marihuana incentiva la comisión de otros delitos.

Finalmente, contrastó que las escasas afectaciones en la salud y el orden público que protege el “sistema de prohibiciones administrativas” sobre el consumo de marihuana regulado en la Ley General de Salud, se ubica la intensa afectación al derecho al libre desarrollo de la personalidad que supone dicha

medida legislativa. De modo que como se señaló, al analizar los alcances de los artículos impugnados, éstos imponen un obstáculo jurídico que impide a los quejosos consumir marihuana y llevar a cabo lícitamente todas las acciones o actividades correlativas al autoconsumo (siembra, cultivo, cosecha, preparación, acondicionamiento, posesión, transporte, etc.).

En este orden de ideas, la medida analizada supone una afectación muy importante al derecho al libre desarrollo de la personalidad, toda vez que impide a los quejosos decidir qué actividades recreativas o lúdicas desean realizar.

De modo que, resulta evidente que una intervención en un derecho fundamental que prohíba totalmente la realización de una conducta amparada por ese derecho será más intensa que una intervención que se concrete a prohibir o a regular en ciertas condiciones el ejercicio de ese derecho. Desde este punto de vista, la afectación al libre desarrollo de la personalidad que comporta el “sistema de prohibiciones administrativas” regulado en la Ley General de Salud puede calificarse como muy intensa, pues consiste en una prohibición prácticamente absoluta para consumir la marihuana y realizar las actividades relacionadas con el autoconsumo de ésta,⁴⁵⁶ de tal manera que suprime todas las posiciones jurídicas en las que podría ejercerse el derecho. En este sentido, la medida analizada no se circunscribe a regular la forma y lugar en que pueden realizarse dichas actividades ateniendo a las finalidades constitucionalmente válidas que efectivamente tienen

⁴⁵⁶ Como se explicó al exponer el marco regulatorio sobre el control de estupefacientes y psicotrópicos en la Ley General de Salud, la posibilidad de poseer hasta cinco gramos de marihuana, en términos de lo dispuesto en los artículos 478 y 479 de la Ley General de Salud, no constituye una autorización o un derecho al consumo personal, sino un excluyente de responsabilidad que únicamente cobra sentido en el marco del “sistema punitivo” previsto en la Ley General de Salud y en el Código Penal Federal, pero que resulta irrelevante en relación con el “sistema de prohibiciones administrativas” impugnado por los quejosos. Por lo demás, dichos artículos se limitan a *despenalizar* el consumo en una cantidad muy pequeña y no permiten de ningún modo la realización de las otras actividades correlativas al autoconsumo, como siembra, cultivo, cosecha, preparación, transporte, etc.

esos artículos, como podría haberlo hecho el legislador, sino que directamente prohíbe todas esas conductas.

Así, desde un análisis de proporcionalidad en estricto sentido, se asumió que sólo estaría justificado que se limitara severamente el contenido *prima facie* del derecho al libre desarrollo de la personalidad, si también fueran muy graves los daños asociados al consumo de marihuana que se intentan evitar con el “sistema de prohibiciones administrativas” sobre el consumo de marihuana. Por el contrario, si la medida legislativa sólo logra evitar o prevenir daños menores, entonces resulta desproporcionado que el legislador recurra a una prohibición absoluta que afecta severamente el libre desarrollo de la personalidad.

De forma tal que analizados los beneficios y los costos de la medida, esa Primera Sala consideró que el “sistema de prohibiciones administrativas”, conformado por los artículos de la Ley General de Salud impugnados por los quejosos, ocasionan una afectación muy intensa al derecho al libre desarrollo de la personalidad en comparación con el grado mínimo de protección a la salud y al orden público que se alcanza con dicha medida. Así se concluyó que pese a que no se minimizan los daños que puede ocasionar la marihuana en el consumidor mayor de edad, esa decisión sobre su uso sólo le corresponde tomarla a cada individuo. De modo que pertenece al estricto ámbito de la autonomía individual protegido por el derecho al libre desarrollo de la personalidad, la posibilidad de decidir responsablemente si desea experimentar los efectos de esa sustancia a pesar de los daños que esta actividad puede generarle a una persona.

Desde luego que en la sentencia anterior, se estableció una disposición normativa que a la postre constituirá jurisprudencia obligatoria para todos los Tribunales del país, con las excepciones ya analizadas, lo que pone de manifiesto que si esa sentencia propiamente constituye una norma, más lo será la propia jurisprudencia que al efecto se emita.

Sin duda, las anteriores consideraciones sirven de sustento para concluir que el derecho no está únicamente conformado por un sistema normativo, sino que, en buena medida, lo conforman los principios y valores, pues estos, sin duda, serán los que deban resolver los conflictos cuando el propio sistema normativo no los resuelva. De ahí la gran importancia de la Jurisprudencia, puesto que es en ella, en donde pueden resolverse los grandes conflictos que han surgido y surgirán a lo largo de los lustros y las décadas. Sirva este capítulo para dejar sentado la distinción entre las normas jurídicas preexistentes y los principios y valores.

Finalmente, otro de los casos en los cuales la Jurisprudencia tiene la virtud de crear derecho autónomamente; esto es, sin integrar a la ley, o interpretándola, le cambie sustancialmente su contenido, fue la determinación del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver las acciones de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007,⁴⁵⁷ promovidas respectivamente por la Procuraduría General de la República y la Comisión Nacional de Derechos Humanos, en donde se analizó el tema sobre la despenalización del delito de aborto antes de las 12 semanas de gestación, que con motivo de las reformas al Código Penal y de la Ley General de Salud, ambas de la Ciudad de México, realizó la Asamblea de Representantes de esa Ciudad.

Así, el 25 de agosto de 2008 se inició la discusión de las acciones de inconstitucionalidad, que desde mi particular punto de vista y con independencia de lo resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ésta se enfrentó con dos valores esenciales; por una lado, la libertad de la mujer en el ejercicio de la maternidad y por el otro, la vida del *nasciturus* antes de las 12 semanas de gestación. Al respecto, resulta interesante la opinión que sobre el tema tuvo a lo largo de las sesiones el entonces Ministro Mariano Azuela Güitrón, cuyos razonamientos tuvieron como finalidad apoyar el sentido del proyecto que

⁴⁵⁷Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Crónicas del Pleno y de las Salas, Despenalización del Aborto antes de las 12 semanas de gestación*, en video, México, abril de 2009.

presentó el entonces ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano, en el sentido de declarar inconstitucionales las normas en cuestión.

Al abordar el tema sustancial, el ministro en retiro Mariano Azuela consideró que el contexto de su regulación está íntimamente vinculado a protección de principios de libertad y de responsabilidad; así como en proporcionar los elementos idóneos para que no haya abortos. Asimismo, observó que dentro de los argumentos expuestos en la discusión, no se aludía a la maternidad como un elemento valioso y, por el contrario, dicho reconocimiento se da en la Constitución Federal, al proteger a la familia, que junto al matrimonio, se consideran un valor de suma importancia.

Así, Mariano Azuela Güitrón, en torno al pensamiento anterior, resaltó que dentro del contexto de las actuaciones de los seres humanos, la libertad se ejercita en razón de ideales y de valores que encuentran coherencia con el texto constitucional, situación que debe aprovecharse por parte del Estado para cumplir con sus fines de instrucción y educación que se señala como responsabilidad gubernamental; con esto, reconoció la existencia, por parte del propio órgano legislativo, de que se trata de bienes constitucionalmente protegidos; asimismo, en ese sentido, recalcó que dentro del mismo documento se manifiesta que ambos derechos, tanto el de la mujer, como el del producto en etapa de gestación, no contienen un carácter absoluto, ya que la primacía incondicionada de los derechos fundamentales cuya titularidad corresponde a las mujeres, podría implicar el desconocimiento de la protección de la vida en gestación que deriva de la Constitución Federal; mientras que la protección incondicionada de la vida en gestación podría traducirse en la anulación de los derechos fundamentales de las mujeres y en su caracterización como meros instrumentos reproductivos.

Asimismo, reflexionó sobre el rechazo absoluto de la protección del producto de la concepción y de los derechos fundamentales de las mujeres. Concluyó que para encontrar la fórmula idónea en que se salvaguarden ambos

bienes jurídicos, el mismo texto de estudio del órgano reformador establece que se deben determinar los supuestos en los que uno de ellos ceda sin anularse y, así, garantizar la protección del restante bien constitucional. En ese orden de razonamiento, agregó que la ponderación en comento no se agota en el ámbito del derecho penal y que, por definición, tanto la penalización absoluta como la despenalización absoluta del aborto podrían entrar en conflicto con la norma fundamental, al determinar la prevalencia irrestricta de uno de los bienes constitucionales.

Por último, convino que si bien en la Constitución Federal no se establece de manera expresa el derecho a la protección de la vida del ser en gestación, ello no implica su inexistencia, pues del análisis integral de dicho cuerpo normativo fundamental, así como de la Ley General de Salud, se obtiene la existencia de tal protección. En consecuencia, con base en las consideraciones expuestas, estimó que la Constitución Federal protege la vida desde el momento de la concepción y, en ese contexto, se encontraba a favor de la propuesta de declarar la invalidez de las normas impugnadas.

Al respecto, con independencia de las razones dadas por el ministro en retiro Azuela Güitrón creo que, en cuanto al punto medular; esto es: La tutela constitucional del derecho a la protección de la vida del ser en gestación, partió de la inexistencia de normas constitucionales, aunque, según la conclusión dada, se llegó a su existencia, conforme a una interpretación integral de la norma fundamental y sistemática en otros cuerpos normativos. Empero, antes de ello, expresamente, esa tutela no existía.

En otro aspecto, véase cómo se conforma el derecho en los criterios de la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación.

“REASIGNACIÓN SEXUAL. LA SENTENCIA QUE NIEGA LA EXPEDICIÓN DE UNA NUEVA ACTA DE NACIMIENTO EN LA QUE SE

RECTIFIQUEN LOS DATOS RELATIVOS AL NOMBRE Y SEXO DE UNA PERSONA TRANSEXUAL, ES INCONSTITUCIONAL (LEGISLACIÓN CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL, VIGENTE ANTES DE LA REFORMA PUBLICADA EN LA GACETA OFICIAL DEL DISTRITO FEDERAL EL 10 DE OCTUBRE DE 2008). Aun cuando el Código Civil para el Distrito Federal -antes de la reforma efectuada en 2008, a partir de la cual ya contempla en sus artículos 35, 98 y 135 Bis la expedición de una nueva acta de nacimiento tratándose de la reasignación de concordancia sexo-genérica, así como al Código de Procedimientos Civiles para esa entidad, a fin de regular el procedimiento respectivo-, sólo preveía en su artículo 138 la anotación marginal de la sentencia que niegue o autorice la rectificación de algún dato del acta de nacimiento, con la finalidad de adecuarla a la realidad, tal objetivo no se cumple tratándose del caso de una persona transexual si la sentencia que autorice la rectificación del nombre y sexo en el acta se limita a ordenar dicha anotación, negándole la expedición de una nueva acta. Lo anterior, porque, ante una laguna legal que dé respuesta a las exigencias constitucionales que deben satisfacerse en ese caso particular, el Juez, en una labor de integración, debe buscar colmarla con algún principio general de derecho que permita resolver la pretensión del accionante, conforme a los artículos 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 19 del Código Civil para el Distrito Federal. Por consiguiente, si el quejoso, al haber sido diagnosticado, por una parte, con un estado intersexual (pseudo hermafroditismo femenino) y, además, como persona transexual, se sometió a tratamientos de reasignación sexual de índole hormonal, psicológico e incluso quirúrgicos y, por esa razón, solicitó ante el Juez de lo Familiar la expedición de una nueva acta de nacimiento, con la rectificación de su nombre y sexo, para lograr la adecuación legal a su realidad social, ante dicha situación, al no haber buscado el juzgador la solución que permita a esa persona el pleno ejercicio de sus derechos

fundamentales y, por tanto, el respeto a su dignidad humana, dicha sentencia resulta inconstitucional.”⁴⁵⁸

Como se observa éstos son los casos difíciles a través de los cuales el juzgador deberá crear el derecho, pues al menos en mi postura no advierto que la legislación los resuelva. Estos casos necesariamente deberán resolverse a base de valores y principios; de tal suerte que la resolución que se dicte y llegue a constituir Jurisprudencia se encontrará creando derecho.

Con todo lo anterior se pone de manifiesto que la jurisprudencia es una verdadera norma jurídica capaz de crear el derecho; incluso, a partir de la inexistencia de normas previas; por ello es que desde mi particular punto de vista debe otorgársele plenamente esa característica sustancial y no estar sujeta o ser dependiente de una norma formal y materialmente legislativa como se le considera en la actualidad, pues considero que continúa esa reticencia, no obstante los nuevos paradigmas sobre derechos humanos, y la materialización o sustantividad de las Constituciones contemporáneas. Incluso, pese a que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en las sesiones de 21 y 25 de mayo de 2015;⁴⁵⁹ y, 9, 10, 16 y 17 de octubre de 2017⁴⁶⁰ tocó el tema respecto de la constitucionalidad del artículo 217 de la Ley de Amparo, no se definió plenamente su carácter de norma jurídica; finalmente, autores que recientemente han investigado sobre el tema, tampoco consideran su carácter normativo, pues la estiman como la interpretación de la Ley; por ejemplo, Alejandro Sosa Ortiz, en su obra *“La jurisprudencia en la nueva Ley de Amparo”*, al tratar el tema sobre la retroactividad de la jurisprudencia textualmente considera: “. . . Consideramos que el primer escenario, no hay duda

⁴⁵⁸ Tesis: P. LXIV/2009, Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXX, Diciembre de 2009, p. 18.

⁴⁵⁹ Sesiones del 21 y 25 de mayo de 2015, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En la última sesión el Pleno de la Corte desechó el proyecto que consideraba que la jurisprudencia no tiene carácter de norma jurídica.

⁴⁶⁰ Sesiones del 9, 10, 16 y 17 de octubre de 2017, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

*que la aplicación de la jurisprudencia por el organismo resolutor resulta del todo válida, por la citada razón de que la jurisprudencia no es ley sino interpretación de la ley. . . .*⁴⁶¹

Más abiertamente, Miguel de Jesús Alvarado Esquivel, quien también ha escrito sobre el tema, particularmente sobre los efectos retroactivos de la jurisprudencia, textualmente ha manifestado que ésta no constituye una norma, sino únicamente la interpretación de una norma jurídica preexistente: “. . . .
.Conclusiones: 1a) La jurisprudencia no es una norma que se equipare a la ley, es sólo la interpretación de ésta, pues su función fundamental es la de determinar el sentido, contenido y alcances de las normas jurídicas preexistentes. . . .

⁴⁶²

Luego, considero que de acuerdo a los temas tratados a lo largo de la presente investigación, se logra el objetivo de demostrar que la jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación es plenamente una norma jurídica, capaz de integrar y crear el derecho.

⁴⁶¹Sosa Ortiz, Alejandro, *op. cit.*, nota. 389, p. 195.

⁴⁶²Alvarado Esquivel, Miguel de Jesús, “Se acabaron los efectos retroactivos de la jurisprudencia” *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, núm. 34, año 2012, p.39.

CONCLUSIONES:

En la actualidad, la jurisprudencia en México no es considerada una norma jurídica autónoma, sino que únicamente es entendida como la interpretación de la ley. Lo anterior obedece a que no se ha identificado plenamente su naturaleza jurídica, desde sus orígenes en el derecho romano; y por otro lado tiene que ver con la herencia que recibimos del derecho francés, pues ahí la jurisprudencia surgió a partir de la interpretación de normas jurídicas preexistentes, lo que dio lugar a que se le diera una importancia mayor a la ley, que a la propia jurisprudencia que la interpreta; a diferencia de otras regiones como en Inglaterra, en donde el derecho se fue construyendo, a partir de la inexistencia de normas, y con base en los precedentes de los jueces.

Si la jurisprudencia no es una norma jurídica autónoma, significa que no tiene, *per se*, ámbitos de validez, pues éstos serían los de la propia norma formal y materialmente legislativa que interpreta si ese es el caso, lo cual resulta imposible, pues no resulta difícil la constatación de que resultan distintos los ámbitos de validez de ambas normas.

De modo tal que la jurisprudencia es una norma jurídica plena, en la medida en que con independencia de que ésta nazca con base en una interpretación a una norma preexistente, o en su caso se forme ante la inexistencia de ésta, conforme a su naturaleza jurídica constituye una nueva disposición normativa creadora del derecho.

La estimación de considerar a la jurisprudencia como una norma jurídica plena y autónoma se fortalece con posterioridad a la segunda postguerra, pues existe un cambio de paradigma en todo el mundo, lo que tuvo como consecuencia la incorporación de derechos fundamentales sumamente abstractos a las constituciones, exigiendo a los Tribunales Constitucionales su definición, a la luz de los casos sujetos a su decisión que se les fueran presentando.

De forma tal que la jurisprudencia adquiere una importancia de gran envergadura, al ser por excelencia el instrumento normativo para la interpretación de normas jurídicas de cualquier naturaleza, de tal modo que una vez establecida, debe considerarse una norma jurídica plena y autónoma creadora del derecho.

CAPÍTULO. 1 LA JURISPRUDENCIA, CONCEPTO, ORIGEN Y EVOLUCIÓN

A. Concepto de la jurisprudencia

Para desentrañar la naturaleza jurídica de la jurisprudencia, resulta necesario e indispensable conocer su acepción desde sus orígenes en la antigüedad, pues atendiendo a ello nos permitirá explicarla técnica y científicamente. Sobre el particular, la palabra jurisprudencia está compuesta a su vez por dos conceptos: prudencia y derecho.

El significado de estos vocablos los encontramos, con toda su amplitud, desde la doctrina Aristotélica-Tomista.

Aristóteles y Santo Tomás de Aquino, son unánimes en considerar lo siguiente:

1.- La justicia es la virtud perfecta, porque quién la posee puede practicarla en relación con otro, y no sólo para sí mismo. De forma tal que quien debe tener esa cualidad es el gobernante, porque la justicia debe emplearla para un tercero: el gobernado o el súbdito.

2. La prudencia pertenece a la potencia cognoscitiva y no a la sensitiva, debido a que con esta última, conocemos sólo las cosas que están cerca y que se ofrecen sólo en los sentidos; en cambio, quien tiene razón cognoscitiva observa de lejos, es perspicaz y puede prever las cosas inciertas.

3. La prudencia no es natural, está en la razón práctica pues se adquiere por el descubrimiento, a través de la experiencia. La prudencia no encaja en el olvido, sino que sólo se puede corromper por las pasiones.

B. Origen

1. Los primeros orígenes de la Jurisprudencia datan en Roma, particularmente a partir de la creación de las XII tablas en el año 454 a. C., pues comenzó a tener vida con la interpretación de éstas por la escuela de los pontífices. Ello debido a que los primeros antecedentes del derecho en Roma, estaban fuertemente ligados a la religión, pues baste analizar la frase sacramental de Ulpiano: “*la jurisprudencia es el conocimiento de las cosas divinas y humanas y ciencia de lo justo y de lo injusto*”

2. En el imperio, la jurisprudencia adquiere un tinte de secularización, en la medida en que la interpretación de las normas pasan a manos de los jurisconsultos.

3. La jurisprudencia en Roma, se obtiene a partir de interpretación a normas preexistentes, como lo fueron la *Ley de las XII Tablas*, primero por la Escuela de los pontífices y posteriormente por la de los jurisconsultos, pues tuvo como finalidad integrarlas, en la medida en que su contenido era muy general y abstracto; baste dejar sentado que en ellas se reguló, tanto el derecho público, como el privado, de tal suerte que eran susceptibles de interpretación e integración.

C. Evolución

1. **Inglaterra.** A diferencia de Roma, en Inglaterra la jurisprudencia surge a partir de la inexistencia de normas, pues el juzgador inglés no requirió de normas jurídicas preexistentes para generar la jurisprudencia, pues actuó de forma directa,

armonizando y unificando las costumbres, usos y prácticas que se tenían en aquellos pueblos, lo que a partir de sus determinaciones, generó el derecho.

Desde un principio al monarca inglés le fueron restringidas sus facultades por el Parlamento, lo que propició que aquél no interviniera en la labor de los juzgadores, y ello constituyó una respetabilidad hacia éstos, lo que contribuyó a que desarrollaran en toda su amplitud la ciencia del derecho, a través de sus precedentes.

2. Francia. A diferencia de Inglaterra, en Francia los juzgadores no lograron unificar la costumbre, lo que dio lugar a que ésta tuviera que ser legislada a través de estatutos, de ahí que se generó una notable diferencia entre la norma preexistente y la Jurisprudencia que la interpreta. Esto es la jurisprudencia necesariamente actúa con base en una norma preexistente, y no de manera directa como ocurre en este último país.

Los monarcas franceses, desde un inicio, fueron adquiriendo cada vez más poder, lo que trajo como consecuencia que quisieran abarcar todas las funciones del Estado. Con motivo de ese absolutismo, se les restringieron a los juzgadores las facultades de interpretar la Ley, lo cual dio motivo a considerarlos únicamente como aplicadores mecánicos de ésta. La teoría de la aplicación mecánica de la ley, la Codificación Napoleónica y la Escuela de la Exégesis, restringieron la función creativa jurisdiccional.

Desafortunadamente, estas teorías, por así llamarlas, se incorporaron a nuestro país.

CAPÍTULO 2.LA JURISPRUDENCIA EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO, NATURALEZA JURÍDICA Y EVOLUCIÓN

1. La Jurisprudencia en México, surge muy vinculada al nacimiento del Juicio de Amparo, pues éste se desarrolla en épocas muy difíciles en la historia de México.

2.Manuel Crescencio Rejón y Mariano Otero crearon el Juicio de Amparo, mas no lo desarrollaron; el amparo fue desarrollándose paulatinamente, sobre todo, a través de la Jurisprudencia mexicana. Baste citar la aportación de Ignacio L. Vallarta.

3. Con el nacimiento del Juicio de Amparo, surgió la necesidad de interpretarlo, en la medida en que no se creó en toda su amplitud, y no se conocía su teleología, ésta fue desarrollándose paso a paso, principalmente por el contenido de las sentencias que emitían los órganos federales, las cuales eran muy buscadas, tanto por académicos, litigantes y propios juzgadores. Sentencias que más tarde constituyeron la Jurisprudencia.

4. Las distintas leyes de amparo no son más que el reflejo de la interpretación que los juzgadores hacían en sus sentencias acerca de la teleología del Juicio de Amparo. Pues existieron diversas legislaciones en la materia que paulatinamente, fueron incorporando figuras procesales al citado proceso. Así, las primeras leyes no le dieron respuesta a toda la amplitud que ahora conforma el Juicio de Amparo; ello fue resultado, primeramente, de la interpretación que los juzgadores hacían de las mismas y, posteriormente, de la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

5. Aun cuando en México, la jurisprudencia, en buena medida, empezó a desarrollarse partiendo de la inexistencia de una normatividad, ya que no existían las distintas leyes de amparo, desafortunadamente se generó el mismo fenómeno que en Francia; esto es, la Jurisprudencia fue desarrollándose con la finalidad

exclusiva de interpretación de normas preexistentes; por ejemplo: de las primigenias legislaciones en esa materia, lo que trajo como resultado que se le otorgara a la legislación una importancia mayor, respecto de la propia Jurisprudencia y, por ende, que a ésta se le pusiera en un plano inferior. Esto es, la Jurisprudencia, desde aquella época, nunca se ganó su autonomía e independencia; por el contrario, dependía de la existencia de normas preexistentes.

CAPÍTULO 3.LA JURISPRUDENCIA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN EN LA ACTUALIDAD

1. Los enjuiciamientos que realizó la Corte Interamericana de Derechos Humanos al Estado Mexicano, por la vulneración de tratados internacionales, particularmente en la sentencia del 23 de noviembre de 2009, en el caso Rosendo Radilla Pacheco, dieron lugar a la implementación de las reformas Constitucionales del 6 y 10 de junio de 2011, que culminaron con la expedición de la nueva Ley de Amparo el 2 de abril de 2013, de modo que la jurisprudencia mexicana, en este nuevo paradigma, juega un papel de suma importancia, en la medida en que al ser la institución jurídica por excelencia en cuanto a interpretación de normas, será el principal instrumento normativo para cumplir con los presupuestos emanados, tanto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como por la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación; pues concretamente el artículo primero constitucional impone el principio *pro persona*, en cuanto a los derechos humanos, pues sus normas se interpretarán de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales en la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia, además de que impone la obligación de que todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad, y progresividad.

2. Con motivo de la expedición de la nueva Ley de Amparo el 2 de abril de 2013, la Jurisprudencia no fue ajena a ese cambio, pues en su artículo 217 se estableció concretamente que no se debe aplicar de manera retroactiva en perjuicio de persona alguna, lo que modificó su naturaleza jurídica de manera acertada; sin embargo, no se ha definido plenamente su carácter de norma jurídica, pues se le sigue otorgando una importancia mayor a la norma preexistente, que a la propia jurisprudencia que la interpreta, no obstante los nuevos parámetros de convencionalidad y constitucionalidad.

CAPÍTULO 4. NATURALEZA JURÍDICA DE LA JURISPRUDENCIA

1. En la cultura jurídica mexicana está rezagado el análisis de la naturaleza jurídica de la jurisprudencia; esto es, si es interpretación de la ley, si es únicamente integradora de ésta, o si en el caso es una verdadera norma jurídica.

Lo anterior obedece a lo siguiente:

- a) las muy contadas obras que se han escrito sobre la jurisprudencia;
- b) la importancia que se le ha otorgado a la norma formal y materialmente legislativa, frente a la jurisprudencia que la interpreta, desde el nacimiento del juicio de amparo. De forma tal que esta última ha perdido su autonomía.
- c) la connotación que la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación le ha dado a la jurisprudencia, pues baste citar la Novena Época del Semanario Judicial de la Federación, en donde pese a que se estableció concretamente que la jurisprudencia subsana las lagunas o huecos que tiene la ley, se ha determinado abiertamente que ésta no es considerada una norma jurídica. Incluso, a partir de la Décima Época del Semanario Judicial de la Federación, concretamente en las sesiones de 21 y 25 de mayo de 2015, en donde se discutió la constitucionalidad del artículo 217 de la Ley de Amparo, respecto de la prohibición legal de aplicar de manera retroactiva la jurisprudencia, por mayoría de votos, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación desechó el proyecto

que consideraba que la jurisprudencia no tiene carácter de norma jurídica, pues el proyecto se turnó a otro Ministro. Finalmente, en la nueva discusión contenida en las sesiones de 9, 10, 16 y 17 de octubre de 2017, si bien se estableció la prohibición de aplicar retroactivamente una jurisprudencia en perjuicio de alguna de las partes en el procedimiento, lo cierto es que esa determinación surgió sin considerar a la jurisprudencia como norma jurídica y con la limitante de la existencia de una diversa jurisprudencia previa que haya definido una situación trascendente.

2. La reticencia que se ha tenido de considerar a la jurisprudencia como una norma plena y autónoma, reside en la estimación de considerar como sinónimos a la legislación y a la propia norma jurídica; sin embargo, la legislación aunque constituye una norma jurídica, tiene sus propias particularidades y peculiaridades, y no constituye la universalidad del concepto norma jurídica, sino que es una más de las tan variadas normas existentes en el mundo jurídico.

3. La norma jurídica puede ser general o individualizada, de naturaleza coercitiva, heterónoma y unilateral. Incluso, la norma jurídica, al determinar lo que debe prevalecer, podemos aplicarla desde una sentencia o bien hasta en un contrato privado. En el primer caso, la sentencia impone la obligación a que quedan sometidas las partes dentro de un proceso jurisdiccional, al igual que en un contrato, se imprimen los derechos y obligaciones a que se han sujetado los intervinientes en el mismo, lo que desde luego, crea una situación jurídica que válidamente podemos considerar como una norma jurídica.

4. La jurisprudencia como norma jurídica, presupone la comprensión del contenido de la norma aplicada al caso concreto. Esa concretización implica un vínculo indisoluble entre la pre comprensión del intérprete y el problema concreto a resolver. Concretar una norma puede entenderse como el resultado de la actividad interpretativa, trasladada al campo de los hechos concretos que se le presentan al juzgador como casos a resolver.

De forma tal que después de ser interpretada una norma formal y materialmente legislativa, no vuelve a ser la misma, se produce una nueva situación jurídica, diferente de la inicial, pues la sentencia no es idéntica a la norma en que se funda, pues la interpreta y en ocasiones la integra. Es decir, el sentido de la norma puede ser aclarado, restringido, ampliado o modificado; lo que justifica ocupar este espacio para hablar acerca de las formas de la interpretación judicial.

5. Si se considera a la jurisprudencia como norma jurídica, entonces necesariamente tiene ámbitos de validez distintos a los de la norma que interpreta, pues una consideración contraria, supondría que la jurisprudencia no los tiene, sino que estos serán los de la propia norma interpretada. Lo cual evidentemente no es posible. En efecto, si se considerara que la jurisprudencia no es norma, no obstante la existencia de una ley o norma interpretadas por ella, lo obligatorio serían éstas; sin embargo, no resulta difícil poner de manifiesto que los ámbitos de validez no necesariamente son los mismos.

6. En la nueva Ley de Amparo, ya se establece concretamente que: “...*La jurisprudencia en ningún caso tendrá efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna...*” Esta determinación, viene a romper el paradigma de que la jurisprudencia no es norma. En efecto, pues como se advierte de la porción normativa que antecede, al prohibir la aplicación retroactiva de la jurisprudencia en perjuicio de persona alguna, se le está otorgando ámbitos de validez a la jurisprudencia, particularmente en el temporal; por ello debe atenderse a la totalidad de sus ámbitos de validez.

7. Para analizar la prohibición de aplicar de manera retroactiva una jurisprudencia en perjuicio de persona alguna, se debe considerar a partir de qué momento se está en presencia de ese perjuicio o menoscabo, para juzgar lo concerniente a la no aplicación de una jurisprudencia en el pasado, por lo que necesariamente debemos atender a conceptos tales como: derechos adquiridos,

situación jurídica abstracta y concreta, facultades y expectativas de derecho, para resolver límites de la aplicación retroactiva.

CAPÍTULO 5.LA JURISPRUDENCIA MEXICANA Y SU RELACIÓN CON LA JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA

1.Los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana, con independencia de que el Estado Mexicano haya sido parte o no en el litigio, resultan vinculantes para los Jueces nacionales, al constituir una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Incluso, a partir de las decisiones consultivas dictadas por la citada Corte Interamericana de derechos humanos. De forma tal que resulta obligatoria la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para todos los jueces del país.

2. Si en un caso concreto sujeto a la decisión judicial, existe jurisprudencia aplicable, tanto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como de la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación, no significa que el juzgador quien deba resolver el conflicto, lo realice con base en una jerarquización de una frente a la otra; sino que debe realizar una armonización entre la jurisprudencia interamericana, y la nacional; de modo que, de no poder armonizarse conforme al tercer párrafo del artículo 1º constitucional, debe aplicarse la que más favorezca a la persona humana y a su dignidad.

3. Conforme a los nuevos parámetros de convencionalidad, en el sentido de que todos los jueces del país deberán llevar a cabo un control de convencionalidad *ex officio*, en un modelo de control difuso de constitucionalidad, entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, aplicando en todo momento el principio *pro persona*, en cuanto a la interpretación y aplicación de los derechos humanos, no resulta jurídicamente posible que los jueces nacionales realicen el control de constitucionalidad o inconvencionalidad *ex*

officio de la jurisprudencia nacional, en acatamiento al propio artículo primero constitucional.

Lo anterior porque pese a que la jurisprudencia constituye una norma que a primera vista goza de la misma prerrogativa que una norma formal y materialmente legislativa como es la ley, lo cierto es que no se está en presencia de la misma relación jerárquica entre ambas. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, constitucionalmente es el último intérprete de las disposiciones generales; entre éstas de la legislación. Al interpretar una norma, a través de la jurisprudencia, está definiendo su contenido, a la luz de la propia norma suprema, incluso de la normativa internacional; esto quiere decir que a la norma interpretada, a través de la jurisprudencia, se le está imprimiendo un tinte de constitucionalidad y convencionalidad, de modo tal que al existir una jurisprudencia particularmente que interprete una norma, quiere decir que esta última ya ha sido juzgada constitucional y convencionalmente, lo que hace innecesario juzgar el contenido de la propia jurisprudencia, o al menos hacer la comparación a la luz de principio de constitucionalidad o convencionalidad. Por tanto, no es dable que los jueces nacionales puedan inaplicar una norma jurisprudencial, so pretexto de no ser convencional o constitucional.

4. Dado el sometimiento a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de acuerdo a la declaratoria del 1 de diciembre de 1998, México está sujeto a que esa Corte lo juzgue en caso de un conflicto de violación de derechos humanos, tanto en el aspecto contencioso, como en una opinión consultiva, de forma tal que la jurisprudencia mexicana puede ser objeto de análisis de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; incluso, ello ya aconteció en los casos *Castañeda Gutman y Rosendo Radilla vs. Estados Unidos Mexicanos*, en donde se juzgaron criterios jurisprudenciales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

CAPÍTULO 6. JUSTIFICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA COMO NORMA JURÍDICA

1. Tránsito del concepto de derecho como ley, al concepto de derecho como jurisprudencia.

La jurisprudencia como norma jurídica plena y autónoma encuentra justificación, conforme al tránsito que ha tenido en la segunda post guerra, pues se recordará que en la época decimonónica se obtenía la respuesta de todo conflicto jurídico en la norma legislativa y en los códigos correspondientes; sin embargo, ello dio un giro de manera considerable con el nacimiento de la Declaración Universal de Derechos Humanos el 10 de diciembre de 1948, pues con posterioridad vendrían diversos pactos internacionales para la protección de los derechos fundamentales, como en Europa el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y la creación del Tribunal Europeo de Estrasburgo en 1959; y en América la Convención Americana de Derechos Humanos y el establecimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Lo que propició que los Estados partes fueran juzgados para mejorar y fortalecer el mecanismo de control de los derechos humanos, y ello dio como resultado su establecimiento en sus respectivas Constituciones, dando paso a la sustantividad y materialización de ellas; y por ende, al establecimiento de nuevas doctrinas acerca de su interpretación. Aspecto que concluyó con la creación de Tribunales Constitucionales en diversas partes del mundo.

Sobre el particular, México no fue la excepción, porque con motivo de las condenas que recibió de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Sistema Jurídico Mexicano ha tenido un cambio radical en sus instituciones jurídicas, tanto sustantivas, como procesales, dando lugar a las reformas constitucionales del 6 y 10 de junio de 2011, pues en el ámbito judicial, se debe juzgar a la luz de los principios de convencionalidad y *pro persona*.

2. Justificación de la Jurisprudencia como norma jurídica en su ámbito formal

Dado el nuevo rol que la jurisprudencia emprenderá, resulta necesario justificar su existencia desde el punto de vista formal.

Al respecto:

a) La jurisprudencia emana de sentencias dictadas por órganos jurisdiccionales capacitados constitucionalmente para crearla.

b) La jurisprudencia es una facultad constitucional accesoria del Poder Judicial de la Federación, que tiene como finalidad desarrollar eficientemente su función primordial de juzgar.

Lo anterior justifica plenamente su ámbito de validez personal, pues al ser una función accesoria del Poder Judicial de la Federación, para desarrollar eficientemente su función primordial de juzgar, ésta es únicamente obligatoria para órganos jurisdiccionales.

c) La jurisprudencia no posee, ni debe tener efectos generales o *erga omnes*, dado que su proceso de creación tiene como base fundamental procedimientos jurisdiccionales, los cuales participan de la Teoría General del Proceso, y de los principios generales propios de cualquier juicio; entre ellos, el principio de relatividad de las sentencias, el cual implica que el fallo definitivo debe ser relativo a la acción y excepción de las partes, sin que en modo alguno rebase estos presupuestos procesales, pues una consideración distinta de la anterior, significaría que los juicios iniciaran de forma oficiosa, lo cual en materia jurisdiccional resulta imposible.

d) La declaratoria general de inconstitucionalidad, pese a que tiene como sustento material la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es ajena a lo resuelto en los procedimientos jurisdiccionales de los que emana la propia jurisprudencia, siendo una facultad del máximo órgano jurisdiccional del país que puede o no ejercer; además de que para su emisión participa de nuevos motivos y fundamentos; teniendo como principal objetivo funciones de control negativo-positivo con la finalidad de que la inconstitucionalidad o inconveniencia de una norma sea remediada.

3. Justificación de la Jurisprudencia como norma jurídica en su ámbito sustancial.

a) Dado el cambio sustancial de paradigma posterior a la segunda postguerra, la jurisprudencia juega un nuevo rol, en la medida en que ante la existencia de la sustantividad y materialización de las Constituciones, a través de la incorporación de derechos humanos, lo cuales se reconocen de manera sumamente abstracta y general, entonces corresponderá a los jueces constitucionales definirlos concretamente, a partir de los casos sujetos a su decisión, pues cuando las constituciones se encuentran garantizadas, su efectividad corresponde a éstos, siendo la jurisprudencia el instrumento por excelencia de interpretación de normas y la reforma otro meramente excepcional.

b) Atendiendo a la sustantividad y fundamentabilidad de los derechos humanos, el juez constitucional tiende a configurarse como un elemento racionalizador del sistema jurídico, dado que a la luz de las exigencias de justicia vinculadas por el caso, debe concretizar los derechos fundamentales sumamente abstractos que se contienen, tanto en la Constitución Mexicana, como en los tratados internacionales, los cuales, a la postre generará jurisprudencia obligatoria para futuros casos.

c) Si la Constitución Mexicana se perfila para ser considerada como una norma suprema con contenido de validez material o sustancial, se requerirá de mayores pautas argumentativas, basadas no solamente en el silogismo jurídico o la subsunción, sino en la técnica de la argumentación, de la ponderación y del juicio de proporcionalidad. Lo anterior se vuelve relevante si se acepta que no existen derechos absolutos, sino que cada derecho se enfrenta a la posibilidad de ser limitado.

d) Por tanto, tomando en consideración estas doctrinas, la jurisprudencia toma un papel sumamente importante, en la medida en que al menos tradicionalmente, su función era desentrañar el derecho a partir de la legislación, en tanto que a partir de los cambios antes referidos, será el instrumento para interpretar los derechos y principios establecidos en las propias constituciones.

e) La jurisprudencia, como herramienta de interpretación y justificación a través de la argumentación, juega un papel sumamente considerable, en la medida en que la aplicación de reglas y principios se verán contenidos en la propia jurisprudencia que los interprete y aplique, para finalmente constituirse como una norma jurídica plena y autónoma.

En consecuencia, la jurisprudencia una vez constituida, debe ser considerada plenamente una norma jurídica autónoma, capaz de integrar y crear el derecho.

BIBLIOGRAFÍA:

Obras

ACUÑA, Juan Manuel, *Justicia constitucional y políticas públicas sociales*, México, Porrúa, 2012.

AGUILÓ REGLA, Josep, *Teoría General de las fuentes del Derecho*, Barcelona, Ariel, 2000.

ALA TORRE PADILLA, Roberto, *Lógica manual*, Porrúa, 14ª Edición, México, 1988.

ALEXY, Robert, *Derecho y Razón Práctica*, Fontamara, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política 30, México, 2006.

_____, *Teoría del Discurso y Derechos Constitucionales*, Cátedra Ernesto Garzón Valdés, Fontamara, México, 2004.

_____, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª, trad. Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios, Políticos y Constitucionales, 2008.

ALEXY Robert / BULYGIN Eugenio, *La pretensión de la corrección del derecho, La polémica sobre la relación entre moral y derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.

AQUINO, Tomás De, *Summa Theologiae*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1995.

ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Métodos y Técnicas de la Investigación Jurídica*. Editorial Porrúa, 3ª Edición, México, 2004.

ARELLANO HOBELSBERGER, Walter, *Metodología Jurídica*. Editorial Porrúa, 1ª Edición, México, 2007.

_____, *Interpretación y Jurisprudencia en el Juicio de Amparo*. Editorial Porrúa, 1ª Edición, México, 2009.

ARISTÓTELES, *Retórica*, Traducción y Notas por Quintín Racionero, Gredos, Biblioteca Clásica Gredos, Madrid, 1990.

_____, *Ética Nicomáquea*, Madrid, Gredos, 1988.

ATIENZA, Manuel, *Las Razones del Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

- ATIENZA, Manuel, RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del derecho*, 2ª ed., España, Ariel, 2004.
- BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, ESPÍN TEMPLADO, Eduardo, DÍAZ REVORIO, F. Javier, *La justicia constitucional en el estado democrático*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.
- BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2ª ed., Madrid, CEPC, 2005.
- BONNECASE, Julien, *Tratado Elemental de Derecho Civil*, colección de clásicos del derecho, Harla, México, 1993.
- BOBBIO, Norberto, *El Problema del Positivismo Jurídico*, Fontamara, México, 2007.
- BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *El juicio de amparo*, Porrúa, 32ª Edición, México, 1995.
- CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel (comp.), *Argumentación jurídica, proporcionalidad y ponderación*, México, Centro de Estudios Jurídicos Carbonell, 2014.
- _____, *Teoría del neoconstitucionalismo*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Madrid, Trotta, 2007.
- CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel y GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (comps.), *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta, 2010.
- CARRÍO, Genaro, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Abeledo-Perrot, 4ª ed., Buenos Aires, 1973.
- CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco, *Del derecho natural medieval, al derecho natural moderno: Fernando Vázquez de Menchaca*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1977.
- CASTILLO GONZÁLEZ, Leonel, *Reflexiones temáticas sobre el derecho electoral*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2006.
- CASTAÑEDA Y G, Daniel H., *Filosofía de la jurisprudencia*, Porrúa, México, 2007.
- CLEMENTE DE DIEGO Felipe, *Fuentes del Derecho Civil Español*. Publicaciones de la Residencia de Estudiantes, Madrid, 1922.

- COLEGIO DE SECRETARIOS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Ferrer Mac-Gregor Eduardo, (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, Porrúa, 3ª ed. México, 2002.
- DOMINGO, Rafael, *Teoría de las Auctoritas*, EUNSA, Pamplona, 1987.
- D'ORS, *Derecho Privado Romano*, EUNSA 1986, Pamplona.
- CANNATA, Carlo Augusto, *Historia de la ciencia jurídica europea*, Madrid, TECNOS, 1996.
- DEHESA DÁVILA, Gerardo, *Etimología Jurídica*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2ª ed., México, 2004.
- DE SILVA NAVA, Carlos, *Estudios jurídicos*, Porrúa, México, 2007.
- _____, *La jurisprudencia, creación jurisprudencial del derecho*, México, Themis, México, Temis, 2010.
- _____, *El acto jurisdiccional*, ITAM, Isonomía, Revista de teoría y filosofía del derecho 21, México, octubre de 2004.
- _____, *Pérdida o extinción de los derechos o facultades procesales*, Fontamara, Revista Mexicana de Derecho Público, México, 1 febrero de 2001.
- DÍAZ ARANDA, Enrique, CLAUS, Roxín, OCHOA CONTRERAS, Catalina, *Lineamientos prácticos de teoría del delito y proceso penal acusatorio*, trad. Manuel A. Abanto Vásquez, México, Straf, 2014.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 2002.
- ECO, Umberto, *Como se hace una tesis*, Gedisa, 17ª ed., España, 1995.
- ELÍAS AZAR, Edgar, *Frases y expresiones latinas*, Porrúa, México, 2000.
- ECHANDÍA Devis, *Teoría general del proceso*, Universidad, 3ª ed. Argentina, 2002.
- ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, Cd-Rom, versión electrónica, año 2009.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías, la Ley del más débil*, Colección Estructuras y Procesos, Madrid, 2006.
- _____, *Derechos fundamentales y democracia*, trad. Miguel Carbonell, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014.

- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Interpretación Constitucional*, Porrúa, 2005.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, y ACUÑA, Juan Manuel, México, Porrúa y Universidad Panamericana, 2011.
- FINNIS, John, *Ley Natural y Derechos Naturales*, Abeledo-Perrot, 7ª ed., Buenos Aires, 2000.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, Porrúa y UNAM, 2ª ed., México, 1999.
- _____, *La corte interamericana de derechos humanos*, en Ovalle Favela, José (coord.), *Administración de Justicia en Iberoamérica y sistemas judiciales comparados*, México, UNAM, 2006.
- MARGADANT'S, Guillermo Floris, *Derecho Romano*, Esfinge, 22ª ed., México, 1997.
- _____, *Segunda vida del derecho romano*, Porrúa, México, 1986.
- _____, *El derecho privado romano*, Esfinge, 22ª ed., México, 1997.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, Porrúa, 57ª ed., México, 2004.
- _____, *Filosofía del Derecho*, Porrúa, 15ª ed., México, 2005.
- GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, *La Jurisprudencia, su conocimiento y forma de reportarla*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2005.
- GRANDES TEMAS DE AMPARO LABORAL EN EL NUEVO MILENIO, *Figuras, sentencia, revisión y reclamación, queja, ejecución, jurisprudencia y proyecto de nueva ley de amparo*, t. II. Iure Editores, México, 2005.
- GROSSI, Paolo, *Derecho, sociedad y estado*, Grafica Nueva, México, 2004.
- GÓNGORA, PIMENTEL, Genaro, *Introducción al estudio del juicio de amparo*, 8ª ed., México, Porrúa, 2001.
- GUASTINI, Ricardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, trad., Marina Gascón y Miguel Carbonell, Porrúa, 6ª ed., México, 2004.
- HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, trad. Genaro Carrió, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.
- HERVADA, Javier, *Introducción crítica al derecho natural*, Minos, 3ª ed., México, 1999.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, *Enciclopedia jurídica mexicana*, Porrúa, 2ª ed., México, 2002.

_____, *Diccionario Jurídico Mexicano*, t. A-CH., Porrúa, México, 2001.

ITURRALDE SESMA, Victoria, *aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2003.

JAMES, Philip S, *Introducción al derecho inglés*, 12º ed., Colombia, Temis, 1989.

KALINOWSKI, Georges, *Lógica de las normas y lógica deóntica*, Fontamara, México, 2003.

KELSEN, Hans, *Teoría general de la normas*, trad. Delory Jacobs, Hugo Carlos, México, Trillas, 1994, p. 252.

_____, *¿Qué es la teoría pura del derecho*, Coyoacán, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, México, 2009.

_____, *Teoría general del derecho y del estado*, trad. Eduardo García Máynez, UNAM, México, 1995.

_____, *Teoría pura del derecho*, 11ª ed., México, Porrúa, 2000.

LAMSDORFF, Wladimir, *Historia sencilla de las ideas jurídicas*, Madrid, Colex, 2003.

LARA GUADARRAMA, Mauricio, *Análisis crítico de la Jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2007.

LOPEZ MARTÍNEZ José, *La suplencia de la deficiencia de la queja en el juicio de amparo*, tesis para obtener el título de licenciado en derecho, Biblioteca de la Universidad Tecnológica de México, México, 1996.

LÓPEZ MONROY, José de Jesús, *Sistema jurídico del common law*, Porrúa, México, 1999.

MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, *Los Sonidos y el Silencio de la Jurisprudencia Mexicana*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2004.

MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio, *Los derechos humanos*, Abeledo-Perrot, 2ª ed., Argentina, 1994.

- MARTÍNEZ MORALES, Rafael, I, *Derecho administrativo*, 2ª ed., México, Harla, 1994.
- MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*, t. I, trad. Siro García del Mazo, Madrid, Biblioteca de Derecho y Ciencias Sociales, 1906.
- O' DONNELL, Daniel, *Derecho internacional de los derechos humanos, normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Bogotá, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2004.
- PETIT, Eugene, *Tratado elemental de derecho romano*, Porrúa, 8ª ed., México, 1991.
- PLANTIN, Christian, *La argumentación*, Ariel, 3ª ed., España, 2002.
- PLATAS PACHECO, María del Carmen, *Filosofía del derecho, Lógica jurídica*, 3ª ed., México, Porrúa, 2008.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Historia del amparo en México*, Tomo I, México, México, Coordinación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1999.
- _____, *Historia del amparo en México*, Tomo II, México, Coordinación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1999.
- _____, *La Jurisprudencia su integración*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2ª ed., México, 2006.
- _____, *El Semanario Judicial de la Federación y sus Épocas, Manual para su consulta*, SCJN, México, 2008.
- _____, *La Jurisprudencia en México*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2ª ed. México, 2005.
- _____, *Ignacio L. Vallarta, Archivo inédito, t. I.*, Themis, México, 1993.
- _____, *100 Decisiones Relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (Novena Época)*, Miguel Ángel Porrúa, 2ª ed., México, 2000.
- _____, *Ministros 1917-2004, Semblanzas*, t. II 2ª edición, México, 2005.
- _____, *Vida y obra de los ministros de la suprema corte de justicia de la nación, semblanza 13 Carlos de Silva Nava*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2007.

- _____, *Vida y obra de los ministros de la suprema corte de justicia de la nación, Semblanza Carlos del Río Rodríguez*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2006.
- _____, *Crónicas del Pleno y de las Salas en video, Despenalización del aborto antes de las 12 semanas de gestación*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, abril de 2009.
- RAWLS John, *La justicia como equidad*, Gráficas 92, España, 2001.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, Espasa Calpe, 22ª ed., España, 2001.
- RENTERÍA, Adrián, *Discrecionalidad judicial y responsabilidad*, Fontamara, 2ª ed., México, 2002.
- RECASENS SICHES, Luis, *Filosofía del derecho*, Porrúa, 17ª ed., México, 2003.
- ROJAS CABALLERO, Ariel Alberto, *La jurisprudencia del poder judicial de la federación, Manual para su aplicación*, Porrúa, 3ª ed., México, 2008.
- ROSALES GUERRERO, Emmanuel Guadalupe, *Estudio Sistemático de la Jurisprudencia*, México, Dirección General de Coordinación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2005.
- ROUBIER, Paul, *Le Droit Transitoire (Conflits des Lois dans le Temps)*, 2ª ed., Paris, Edittions Dalloz et Sirey, 1960.
- SAVIGNY, F Von, *Sistema de Derecho Romano Actual*, Góngora, 4ª ed., Madrid, 1878.
- SEPÚLVEDA RICARDO, Rochín, et al, *Reforma constitucional de derechos humanos: perspectivas y retos*, México, Ubijus, 2014.
- SILVA GARCÍA, Fernando, *Jurisprudencia interamericana de derechos humanos, criterios esenciales*, México, Tirant Lo Blanch, 2012.
- SOBERANES DÍEZ, José María, *La jurisprudencia del poder judicial de la federación*, México, Porrúa, 2013.
- _____, *La igualdad y desigualdad jurídicas*, México, Porrúa, 2011.
- SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Faustino José, *Apuntes para la historia del juicio de amparo*, México, Porrúa, 2010.
- SOSA ORTIZ, Alejandro, *La jurisprudencia en la nueva ley de amparo*, México, Porrúa, 2015.

TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes fundamentales de México 1808-2002*, Porrúa, 23ª ed., México, 2002.

TOCQUEVILLE, Alexis De, *La democracia en américa*, Biblioteca de Política, Economía y Sociología, t. IV, Orbis, Barcelona, 1985.

VÁZQUEZ, Rodolfo, COSSÍO DÍAZ, José Ramón (coords.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, México, Fontamara, 1998.

VILLEY, Michel, *El Derecho Romano, ¿qué sé?*, Cruz, Edición en Español, México, 2002.

VIGO, Rodolfo, *De la ley al derecho*, Porrúa, México, 2003.

_____, *El Iusnaturalismo actual –de M. Villey a J. Finiss-*, Fontamara, Biblioteca de Ética, Filosofía del derecho y Política, México, 2003.

_____, *Interpretación jurídica*, Rubinzal-Culzoni, Argentina, 1999.

VIEHWEG, Theodor, *Tópica y Jurisprudencia*, Altea Taurus Alfaguara, España, 1964.

VOGEL, Carlos Alfredo, *Historia del derecho romano*, Perrot, 5ª ed., Buenos Aires, 1993.

WRÓBLEWSKI, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, trad. Arantxa Azurza, Cívitas, Madrid, 1988.

WIEACKER, Franz, *Historia del derecho privado de la edad moderna*, trad. Francisco Fernández Jardón, Madrid, Aguilar, 1957.

ZERTUCHE GARCÍA, Héctor Gerardo, *La jurisprudencia en el sistema jurídico mexicano*, Porrúa, 2ª ed., México, 1992.

Fuentes Hemerográficas

ALVARADO ESQUIVEL, Miguel de Jesús, “Se acabaron los efectos retroactivos de la jurisprudencia” *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, núm. 34, año 2012, p. 39.

ATIENZA, Manuel, *Sobre la única respuesta correcta*, *Revista Jurídicas*, ISSN-e 1794-2918, vol.6, núm.2, Universidad de la Rioja, Logroño, España, 2009.

CARMONA TINOCO, Ulises, “La recepción de la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos en el ámbito interno, El caso de México”, UNAM, Instituto de investigaciones jurídicas. <http://www.corteidh.or/tablas/r28104.pdf>.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, sentencia de 23 de noviembre de 2009.
<http://www.corteidh.orcr./index.php/es>.

_____, *Opinión consultiva OC-1/82*, párr.48.

_____, Ficha Técnica, *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*.

COSSÍO DÍAZ, José Ramón, “*Primeras implicaciones del caso radilla*”, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, Cuestiones Constitucionales, México, Biblioteca Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2012.

DE SILVA NAVA, Carlos, “*Pérdida o extinción de los derechos o facultades procesales*”, Revista Mexicana de Derecho Público 1, México, ITAM, Departamento de derecho, febrero 2001.

Corzo, Sosa, Edgar, *Control constitucional, instrumentos internacionales y bloque de constitucionalidad*, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo et al. (coord.), t. IV.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “*Hacia la Formación Jurisprudencial Interamericana de un Ius Constitutionale Commune Americanum*”, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

<http://www.biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3655/17.pdf>.

Lifante, Vidal, Isabel, “*Dos Conceptos de Discrecionalidad Jurídica*”, <http://publicaciones.ua.es/filespubli/pdf/02148676RD35807720.pdf>

Moreso, José Juan, “*La Lectura Moral del Derecho*”, *Revista de Libros*, Barcelona, núm.142, octubre de 2008.

OVALLE FAVELA, José, “*Influencia de jurisprudencia de la corte en latinoamericana*”, Boletín de Derecho Comparado, México, núm. 134, 2012, <http://www.juridicasunam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/134/art/art5.pdf>.

POZZOLO, Susana, *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional*, Alicante, Doxa 21, 1998.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Engrose en versión pública de la sentencia Amparo en Revisión 237/2014*, 4 de noviembre de 2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
<http://www.scjn.gob.mx>

_____, *Crónicas del Pleno y de las Salas, Despenalización del Aborto antes de las 12 semanas de gestación*, en video, México, abril de 2009.

_____, Sesiones del 21 y 25 de mayo de 2015, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Fuentes legislativas y jurisprudenciales

Código Civil Federal.

Código Federal de Procedimientos Civiles.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley de Amparo.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Ius 2009*, Introducción.

Página de Internet de la Cámara de Diputados:
<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lamp.htm>. Consulta 15 de diciembre del 2009. Red Nacional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consulta de Jurisprudencia hasta noviembre del 2010.

Exposición de motivos del Proyecto de Decreto por el que se expide la Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos y Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República; suscrita por los Senadores Jesús Murillo Karam, integrante del Grupo Parlamentario del Partido Revolucionario Institucional y Alejandro Zapata Perogordo, integrante del Grupo Parlamentario del Partido Acción Nacional de la LXI Legislatura del H. Congreso de la Unión

www.un.org/es/sections/history-united-nations/index.html.

www.un.org/es/universal-declaration-human-rigths/.

www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf.

www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=fra#n13740489754493224534507_pointer.

www.oas.org/dil/esp/tratados_B-

32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm

www.corteidh.or.cr/index.php/es/acerca-de/historia-de-la-corteidh.