



**Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación  
Catalogación**

PO

C514 Simposio Internacional sobre Jurisprudencia (2007 : Veracruz,  
S556e Veracruz, México)

2007 Estudios comparados sobre jurisprudencia / presentación Instituto  
de Investigaciones Jurisprudenciales y de Promoción y Difusión de la  
Ética Judicial. – – México : Suprema Corte de Justicia de la Nación,  
Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización  
de Tesis, 2009.

xii, 281 p.

ISBN: 978-607-468-098-0

1. Jurisprudencia – Criterio jurisprudencial 2. Juicio de Amparo  
3. Suspensión 4. Evolución 5. Obligatoriedad de la jurisprudencia  
6. Publicidad 7. Derechos fundamentales 8. Derechos humanos  
9. Igualdad de género 10. Interpretación jurisprudencial 11. Derecho  
comparado I. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Instituto de  
Investigaciones Jurisprudenciales y de Promoción y Difusión de la  
Ética Judicial. México II. t.

Primera edición: abril de 2009  
D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación  
Av. José María Pino Suárez Núm. 2  
C.P. 06065, México, D.F.

Impreso en México  
*Printed in Mexico*

La compilación de esta obra estuvo a cargo del Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales  
y de Promoción y Difusión de la Ética Judicial.

Su edición y diseño estuvieron al cuidado de la Dirección General de la Coordinación de  
Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

**SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN**

**Estudios  
comparados sobre  
jurisprudencia**

**Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y  
de Promoción y Difusión de la Ética Judicial**

## SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia  
*Presidente*

### **Primera Sala**

Ministro Sergio A. Valls Hernández  
*Presidente*

Ministro José Ramón Cossío Díaz  
Ministro José de Jesús Gudiño Pelayo  
Ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas  
Ministro Juan N. Silva Meza

### **Segunda Sala**

Ministro José Fernando Franco González Salas  
*Presidente*

Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano  
Ministro Mariano Azuela Güitrón  
Ministro Genaro David Góngora Pimentel  
Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos

### **Comité de Publicaciones y Promoción Educativa**

Ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia  
Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano  
Ministro Mariano Azuela Güitrón

### **Comité Editorial**

Mtro. Alfonso Oñate Laborde  
*Secretario Ejecutivo Jurídico Administrativo*

Mtra. Cielito Bolívar Galindo  
*Directora General de la Coordinación de  
Compilación y Sistematización de Tesis*

Lic. Gustavo Addad Santiago  
*Director General de Difusión*

Dr. César de Jesús Molina Suárez  
*Director General de Casas de la Cultura Jurídica  
y Estudios Históricos*

Dr. Salvador Cárdenas Gutiérrez  
*Director de Análisis e Investigación Histórico Documental*

# Contenido

PRESENTACIÓN .....	VII
LA JURISPRUDENCIA EN EL JUICIO DE AMPARO	
<i>Juan Díaz Romero</i> .....	1
LA JURISPRUDENCIA Y EL SISTEMA DE FUENTES EN BRASIL: UNA VISIÓN HISTÓRICO–JURÍDICA	
<i>Ricardo Marcelo Fonseca</i> .....	31
LA TRASCENDENCIA DE LA JURISPRUDENCIA EN EL ANDAMIAJE DE LA SUSPENSIÓN	
<i>José Manuel de Alba de Alba</i> .....	47
LA JURISPRUDENCIA COMO OBLIGACIÓN Y NO COMO OPCIÓN	
<i>Rafael Remes Ojeda</i> .....	61
EL SISTEMA MEXICANO DE DIFUSIÓN DE LA JURISPRUDENCIA A TRAVÉS DE LA REDACCIÓN DE TESIS Y LA BASE DE DATOS DEL IUS	
<i>Ariel Alberto Rojas Caballero</i> .....	81

LA IMPORTANCIA ACTUAL DE LA JURISPRUDENCIA A LA LUZ DE LA EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES <i>Gonzalo Higinio Carrillo de León</i> .....	99
LOS PRECEDENTES DE LOS ÓRGANOS NO JURISDICCIONALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS (EFICACIA JURÍDICA DE LAS RECOMENDACIONES). <i>José Luis Soberanes Fernández</i> .....	117
DELANTE A LOS DERECHOS. DIVAGACIONES KAFKIANAS EN TORNO A LA “JURISPRUDENCIA DE LOS DERECHOS” <i>Ilario Belloni</i> .....	135
GÉNERO Y JURISPRUDENCIA. (ESTUDIO DE CASOS EN MÉXICO) <i>Ma. Macarita Elizondo Gasperín</i> .....	165
REPENSAR LA JURISPRUDENCIA <i>José Ramón Narváez H.</i> .....	205
ARGUMENTACIÓN JURISDICCIONAL Y JURISPRUDENCIA <i>María del Carmen Platas Pacheco</i> .....	239
EL DERECHO JURISPRUDENCIAL Y LA CASACIÓN EN LA EXPERIENCIA JURÍDICA EUROPEA DEL SIGLO XX <i>Massimo Meccarelli</i> .....	259

## Presentación

**F**ruto del Primer Simposio Internacional sobre Jurisprudencia, celebrado en el puerto de Veracruz los días 18, 19 y 20 de octubre de 2007 en colaboración con el Gobierno del Estado, la Universidad Cristobal Colón y el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, este libro representa un referente importante para crear espacios en los cuales discurrir acerca de la jurisprudencia como concepto y como instituto del derecho positivo nacional de cada país, con sus reglas, sus tiempos, su fuerza vinculante y su contenido argumentativo.

Los trabajos aquí reunidos son el esfuerzo de sus autores, que dedicaron parte de su experiencia y sus investigaciones a la reflexión de los estudios jurisprudenciales, relativamente poco tratados en nuestro país, pues si bien México cuenta con una tradición de más de un siglo estableciendo criterios jurisprudenciales y contando con una publicación oficial al respecto, aún falta mucho camino por andar respecto del análisis de dichos criterios.

Una formación de tipo legalista ha dejado de lado la norma jurisprudencial, tal vez por la creencia de que dicha norma, al ser

subordinada a la interpretación legal, es una especie de repetición o ejecución de aquella. Todo parece indicar que la teoría del derecho contemporánea apuesta más a una cierta labor creativa del juzgador, misma que se refleja en la jurisprudencia.

A propósito de los trabajos aquí reunidos, el Ministro en retiro Juan Díaz Romero realiza, en el primero de ellos, un análisis del sistema jurisprudencial en México. Aclara que debido al carácter polisémico del término jurisprudencia, lo primero es establecer el sentido bajo el cual es tratado en nuestro ordenamiento jurídico, para poder entender, a partir del mismo, las reglas y principios que rigen su funcionamiento. Apunta que si bien nuestro sistema jurídico admite diversas vías para integrar jurisprudencia, es la que se genera a través del amparo la que históricamente ha tenido mayor relevancia y por tanto, establece los parámetros generales para el tratamiento de otras clases de jurisprudencia. De esta forma, con tono especialmente didáctico, aborda la clasificación de la jurisprudencia en amparo atendiendo a su origen, con lo que expone de manera sucinta y general las características y lineamientos que rigen a la jurisprudencia en México.

Por su parte, el profesor Ricardo Fonseca de la Universidad Federal del Paraná reflexiona acerca de un retorno histórico de la relevancia de la jurisprudencia como fuente del derecho en el contexto brasileño; identifica tres momentos importantes de la historia jurisprudencial brasileña: la premodernidad donde existía una pluralidad de fuentes; la modernización, que a través del Estado de derecho obra un absolutismo jurídico de tipo legalista que desdeña a otras fuentes que no sean la ley; y la posmodernidad que retoma a la jurisprudencia como fuente importante dentro del Estado constitucional.



José Manuel de Alba de Alba, a través de un breve repaso del papel de la jurisprudencia como fuente del derecho en el sistema jurídico mexicano, arriba al análisis de la figura de la suspensión en el amparo, y observa su desarrollo a partir de los diversos criterios jurisprudenciales y de las posturas (avalorada-abstracta y valorada-concreta) por las que se puede observar el amparo en general y la suspensión en particular.

Rafael Remes Ojeda, con orden sistemático, presenta los fundamentos constitucionales y legales por los que la jurisprudencia tiene efectos obligatorios. Muestra claramente las razones y la importancia de dicha obligatoriedad en vista a los principios de seguridad y certeza jurídica. En este sentido, opta por la obligatoriedad de la jurisprudencia con una mirada unificadora e integral, enfatizando en particular la responsabilidad de jueces y magistrados de conocer la jurisprudencia y asumir los criterios rescatados en ella, con el objetivo de conservar la certeza en las decisiones y la expeditéz de las resoluciones.

Ariel Alberto Rojas Caballero realiza un trabajo vinculado a la didáctica, expone las partes que conforman las tesis, según el Acuerdo 5/2003 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y relaciona de manera detenida las reglas que el propio Acuerdo señala para su formación. Particularmente útil también, resulta la explicación que el trabajo hace del registro de las tesis y jurisprudencias, así como la labor que se realiza en torno a los nuevos instrumentos electrónicos que condensan la información jurisprudencial.

Por lo que respecta al trabajo de Gonzalo Higinio Carrillo de León, encontramos un repaso histórico con acento en la época

romana y en las manifestaciones de la Inglaterra del siglo XVI; el trabajo evidencia no sólo la evolución del saber jurisprudencial, sino también la importancia total de la función jurisdiccional para el desarrollo jurídico y social. Con especial claridad pone de manifiesto la relevancia de la función de decir el derecho en la época moderna, sobre todo a partir de la consolidación de los tribunales constitucionales y del énfasis en los derechos fundamentales, lo que otorga una confianza renovada en los jueces y a la vez una exigencia ampliada en la búsqueda de su legitimidad y excelencia.

La comunicación de José Luis Soberanes Fernández, con innovadora y original fuerza, contiene una reflexión importante acerca de la relevancia y naturaleza jurídica de las recomendaciones de los organismos protectores de derechos humanos, adelantando una interesante y atractiva propuesta al considerar la fuerza vinculante de dichas recomendaciones, así como la clara cercanía analógica con las jurisprudencias y los precedentes judiciales, como datos que pueden llevar a considerar la pertinencia de hablar de un “sistema de precedentes de protección no jurisdiccional de los derechos humanos”. Con ello deja abierta la reflexión, considerando los pros y contras para una empresa de este calibre.

Ilario Belloni, de la Universidad de Pisa, nos ofrece una visión creativa a partir de las narraciones de Franz Kafka, con particular detenimiento en la labor enunciativa y anunciadora de derechos por parte del juez, quien se convierte en el cancerbero de la justicia. Al considerar la jurisprudencia como ese último recurso para acceder efectivamente a la justicia, la crítica kafkiana adquiere gran actualidad, porque la demanda de justicia exigible al legislador (típica de los tiempos en que escribió el pensador de Praga), hoy se traslada al juzgador que buscará o no darle respuesta.

María Macarita Elizondo Gasperín, con el tono claro y sistemático de su trabajo, muestra cómo los diversos criterios jurisprudenciales, fundamentalmente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, constituyeron una punta de lanza en la lucha por la conquista de los derechos fundamentales de las mujeres, señalando en forma puntual los diversos casos paradigmáticos en los que las decisiones judiciales acercaron cada vez más la plena operatividad y reconocimiento de la igualdad y equidad de género. Con la conciencia exacta de que la lucha por los derechos de las mujeres se encuentra aún en desarrollo y que la realidad social conlleva un proceso largo de concientización y cultura de los derechos, la labor jurisdiccional de la Corte ha sido, como lo muestra el texto, un impulso fundamental para la materialización de un auténtico Estado constitucional de derecho libre de la discriminación.

José Ramón Narváez Hernández hace una exposición didáctica y deductiva sobre el concepto y naturaleza de la jurisprudencia; el trabajo amplía los horizontes de la comprensión de la jurisprudencia, acudiendo a sus nociones más generales e históricamente relevantes, para tender un puente con la noción más técnica y restringida que rescata el sistema jurídico mexicano. No obstante, amplía los alcances expuestos, algunas veces restringidos a la noción de jurisprudencia técnica, y reflexiona, echando mano del método escolástico, sobre el auténtico e importante valor de las decisiones judiciales y los criterios jurisprudenciales como precedentes y auténtica fuente del derecho, finalizando con la provocadora invitación a revalorar la jurisprudencia en México.

María del Carmen Platas Pacheco aborda de manera pedagógica y puntual la relevancia de la virtud de la prudencia en

la decisión judicial y en la función jurisdiccional en general. Esquematiza el sentido propio de la prudencia como virtud a la vez que intelectual, moral, y en este último sentido, pone en evidencia la necesaria presencia de este hábito bueno en la labor de decir el derecho y el compromiso ético que al juzgador le implica estar a cargo de tan noble función. En este sentido, establece la relevancia social de una decisión prudente, así como las exigencias personales de disposición y ánimo que le implica al juzgador su labor argumentativa y decisoria, destacando los elementos que se encuentran al interior de una decisión de estas características.

Por último, Massimo Meccarelli, de la Universidad de Macerata, nos ofrece un panorama comparado del uso de los precedentes en parte de la tradición europea; señala que los modelos francés y alemán buscan una vía de armonización en Italia, a través de recursos jurisdiccionales que buscan la homogeneidad en las decisiones de los tribunales nacionales, como una segunda fase de unidad sistemática posterior a la codificación. Es en el fondo una breve historia de la interpretación judicial en Europa y su transformación, a partir del siglo XIX, en un modelo ajustado al legicentrismo, evocador en Francia de la casación, contestado en Alemania y revisado en Italia.

Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y  
de Promoción y Difusión de la Ética Judicial

# La jurisprudencia en el juicio de amparo

Juan Díaz Romero\*

*Sumario:* 1. Notas preliminares. 2. La jurisprudencia como regla interpretativa y obligatoria. 3. Clases de jurisprudencia en amparo atendiendo a su origen.

## 1. NOTAS PRELIMINARES

Antes de entrar a la exposición de este tema resulta necesario tener una idea más precisa acerca del concepto de jurisprudencia que habremos de desarrollar, en virtud de que esa palabra tiene varios significados.

La jurisprudencia como ciencia del derecho ha merecido múltiples definiciones; basta recordar aquella inolvidable que de Ulpiano aprendimos en la Facultad: *Jurisprudencia est divinarum atque humanarum rerum notitia, justis atque injustis scientia* (jurisprudencia es el conocimiento de las cosas divinas y humanas, la ciencia de lo justo y de lo injusto).

---

\* Ministro en retiro. Director General del Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y de Promoción y Difusión de la Ética Judicial.

Muchos siglos después encontramos otra definición con marcado acento positivista, según la cual la jurisprudencia es, ante todo, la ciencia del derecho que estudia las normas e instituciones que imperan coactivamente en una comunidad estatal.

Poco a poco se ha ido ampliando el concepto de derecho hasta que en la actualidad ese “conjunto de normas”, sólo viene a representar una parte del contenido conceptual, pues a la misma se le agrega una dimensión empírica y una dimensión de valor (axiológica), dentro de lo que se conoce como teoría tridimensional del derecho (Jellinek, Lask, Radbruch, Max Ernst Mayer, etc.).

Esta concepción de jurisprudencia que se identifica con ciencia del derecho, no será estudiada en el desarrollo de este tema.

Hay también otro concepto de jurisprudencia en sentido amplio dentro del cual se entiende por tal, el conjunto de decisiones de los tribunales; en este sentido se hace referencia a todo el acervo de resoluciones que en general e indistintamente emiten los impartidores de justicia. Este tipo de jurisprudencia tampoco será analizado, pues habremos de referirnos a una jurisprudencia más específica.

La jurisprudencia constituye el quehacer judicial, así podemos hablar sobre la jurisprudencia venezolana, la jurisprudencia española, la jurisprudencia mexicana; es una bolsa muy amplia en donde se contienen todas las resoluciones, pero a esa jurisprudencia no nos vamos a referir.

Pero si no es ni la ciencia del derecho, ni el conjunto de resoluciones y sentencias, ¿a qué jurisprudencia nos vamos a referir? Hablaremos aquí de la jurisprudencia de acuerdo con los cánones establecidos por la legislación mexicana

## 2. LA JURISPRUDENCIA COMO REGLA INTERPRETATIVA Y OBLIGATORIA

Por ésta, habremos de entender, en el derecho mexicano, no cualquier tipo de resolución, sino solamente aquellas que reuniendo ciertos requisitos que la ley correspondiente exige, resultan obligatorias para determinados órganos.

Esta definición, como se ve, es muy amplia. Tiene que ser así, porque en contra de lo que comúnmente se cree, en México no sólo existe el sistema jurisprudencial del juicio de amparo, sino que existen muchas otras estructuras, tanto a nivel federal como local y, asimismo, tanto en órganos judiciales como en órganos jurisdiccionales, según se verá más adelante.

Comúnmente cuando se habla de jurisprudencia en el sentido que hemos venido comentando, casi siempre estamos pensando en el juicio de amparo, pero si vamos un poco más adelante, encontraremos que la jurisprudencia está en muchísimas otras partes. El cuadro A, que se encuentra como documento anexo al final del presente trabajo, tiene la intención de dar un conocimiento de horizonte abierto sobre dónde puede haber jurisprudencia.

En el Poder Judicial Federal hay cuatro tipos de jurisprudencia.

En primer lugar, la jurisprudencia en el juicio de amparo; en segundo término, la jurisprudencia que se produce una vez que se dictan las sentencias en controversias constitucionales; luego la jurisprudencia que también se produce con motivo del dictado de sentencias en acciones de inconstitucionalidad y, finalmente la que proviene de las resoluciones del Tribunal Electoral del Poder Judicial Federal.

Reitero que hasta aquí, estamos hablando únicamente del Poder Judicial Federal; si salimos de éste nos encontramos con los tribunales jurisdiccionales federales y ellos también tienen su propia jurisprudencia. Por ejemplo, el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa como se conoce ahora (llamado anteriormente Tribunal Fiscal de la Federación), también tiene su propia forma de integrar jurisprudencia y su propias reglas, y de igual forma, el Tribunal Agrario.

Por otro lado, si bien no todos los Estados de la República tienen normas o reglas sobre jurisprudencia, una buena parte sí las tiene y cuentan por ende con su propia jurisprudencia, que puede ser de órganos judiciales y jurisdiccionales de orden local.

Cuando les digo que el amparo no es la única vía para integrar jurisprudencia, sino que hay muchas otras, debo hacer, sin embargo, la aclaración de que, como históricamente fue la primera vía y dado el predominio que tiene en toda la República Mexicana, resulta que en prácticamente todos los órganos judiciales y jurisdiccionales federales y locales que existen en México, se han emulado casi todas las reglas que se establecen en el



amparo, aunque con interesantes adecuaciones y diferencias. Por ahora voy a concretar mi exposición a la jurisprudencia en amparo.

Aquí es preciso hacer otra aclaración. Como hemos apuntado, la Suprema Corte conoce del amparo y las leyes establecen las reglas conforme a las cuales se integra la jurisprudencia, pero es muy importante advertir que en términos generales tales reglas también son aplicables, con algunas excepciones, para formar jurisprudencia en otras materias (diversas al amparo) de que también conoce dicho Alto Tribunal.

Así se desprende del artículo 177 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación que señala:

ARTÍCULO 177. La jurisprudencia que deban establecer la Suprema Corte de Justicia funcionando en Pleno, las Salas de la misma y los tribunales colegiados de circuito en las ejecutorias que pronuncien en los asuntos de su competencia distintos del juicio de amparo, se regirán por las disposiciones de la Ley de Amparo, salvo en los casos en que la ley de la materia contuviera disposición expresa en otro sentido.

Es claro entonces que de conformidad con esta disposición, las reglas jurisprudenciales que rigen el amparo van a ser aplicables además para todas aquellas materias competencia de la Suprema Corte y los Tribunales Colegiados de Circuito, que no tengan regulación expresa en otra ley.

Así, surge la pregunta: ¿puedo aplicar las mismas normas de jurisprudencia de amparo en jurisprudencia de controversias constitucionales o acciones de inconstitucionalidad? No; no es

posible, porque tanto las acciones de inconstitucionalidad como las controversias constitucionales tienen sus propias reglas jurisprudenciales.

Entonces, ¿cuáles son las jurisprudencias a las que se refiere el artículo 177 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación en las que son aplicables las normas de amparo?, al respecto, es posible comentar, solo a título ejemplificativo, dos supuestos:

En primer lugar, la denominada facultad de investigación que el artículo 97 de la Constitución establece como competencia exclusiva de la Suprema Corte de Justicia; el artículo dice lo siguiente en la parte que interesa:

Art. 97.-

(...)

La Suprema Corte de Justicia de la Nación podrá nombrar alguno o algunos de sus miembros o algún Juez de Distrito o Magistrado de Circuito, o designar uno o varios comisionados especiales, cuando así lo juzgue conveniente o lo pidiere el Ejecutivo Federal o alguna de las Cámaras del Congreso de la Unión, o el Gobernador de algún Estado, únicamente para que averigüe algún hecho o hechos que constituyan una grave violación de alguna garantía individual. También podrá solicitar al Consejo de la Judicatura Federal, que averigüe la conducta de algún juez o magistrado federal.

(...)

Otro supuesto de aplicabilidad de las normas de la jurisprudencia en amparo a que se refiere el artículo 177 citado, se encuentra en el recurso de revisión que prevé la fracción I-B del artículo 104 de la Constitución, que establece:

Art. 104.- Corresponde a los Tribunales de la Federación conocer:

(...)

I-B.- De los recursos de revisión que se interpongan contra las resoluciones definitivas de los tribunales de lo contencioso-administrativo a que se refieren la fracción XXIX-H del artículo 73 y fracción IV, inciso e) del artículo 122 de esta Constitución, sólo en los casos que señalen las leyes. Las revisiones, de las cuales conocerán los Tribunales Colegiados de Circuito, se sujetarán a los trámites que la ley reglamentaria de los artículos 103 y 107 de esta Constitución fije para la revisión en amparo indirecto, y en contra de las resoluciones que en ellas dicten los Tribunales Colegiados de Circuito no procederá juicio o recurso alguno;

Las dos materias a que se refieren ambos artículos son ajenas al amparo, mas las resoluciones correspondientes integran jurisprudencia conforme a la Ley de Amparo.

En el último supuesto, el de revisión, conviene recordar que anteriormente, cuando los tribunales jurisdiccionales, como el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa y los Tribunales de lo Contencioso Administrativo locales, dictaban una sentencia desfavorable al particular, éste tenía a su alcance el amparo directo ante la Suprema Corte de Justicia (actualmente ante los Tribunales Colegiados), pero cuando la autoridad administrativa o fiscal perdía el juicio fiscal, ya no había nada que hacer, pues siendo autoridad, no podía promover juicio de amparo. Esta situación representaba una “desventaja” para las autoridades que carecían de algún medio de defensa contra la resolución fiscal. En este sentido, se vio la necesidad de instaurar lo que hoy se conoce como “revisiones fiscales o administrativas” que dan la

oportunidad para que tanto las autoridades fiscales como las administrativas que perdieron en la instancia judicial administrativa o fiscal, promuevan el recurso constitucional de revisión fiscal o administrativa que contempla el artículo 104, fracción I-B. Cabe anotar también que esta revisión anteriormente era resuelta por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia y en la actualidad es competencia atribuida a los Tribunales Colegiados de Circuito.

Los anteriores son sólo dos supuestos de los múltiples ejemplos que son susceptibles de encuadrarse en lo previsto por el artículo 177 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Vale la pena aquí sólo enlistarlos de manera enunciativa, mas no limitativa, para posteriormente entrar al análisis específico de la jurisprudencia en amparo:

- 1) Artículo 97, segundo párrafo, constitucional: Averiguación de una violación grave a garantías individuales;
- 2) Contradicciones de tribunales colegiados de circuito en revisiones fiscales y administrativas (art. 104–1B const.);
- 3) Excusas e impedimentos de Ministros que no sean en juicios de amparo (art.10-VI L.O.P.J.F);
- 4) Conflictos de trabajo de servidores de la Suprema Corte (art. 152 L.F.T.S.E. y art. 10–IX L.O.P.J.F);
- 5) Juicios derivados de la Ley de Coordinación Fiscal (art. 10–X L.P.J.F);

- 6) Revisiones administrativas de jueces y magistrados federales contra el Consejo de la Judicatura Federal (art. 100 p.p. const.);
- 7) Recurso de apelación en juicios ordinarios federales (art. 105–III const.)

### **3. CLASES DE JURISPRUDENCIA EN AMPARO ATENDIENDO A SU ORIGEN**

Si bien pueden establecerse múltiples clasificaciones de la jurisprudencia, el espacio nos obliga a hacer el tratamiento de la más relevante, que puede ser de gran utilidad para conocer los mecanismos y reglas que rigen en la integración de la jurisprudencia en amparo. En este sentido, de acuerdo con su origen, en el juicio de amparo existen tres tipos de jurisprudencia: jurisprudencia por reiteración, jurisprudencia por contradicción y jurisprudencia temática.

La primera encuentra su apoyo en el párrafo octavo del artículo 94 constitucional, en relación con los artículos 192 y 193 de la Ley de Amparo. En cambio, la jurisprudencia por contradicción se basa en la fracción XIII del artículo 107 constitucional, así como en los artículos 197 y 197-A de la Ley de Amparo. Por su parte, la jurisprudencia temática es una subespecie de la reiterativa y ha sido creada por la Suprema Corte. Las tres serán examinadas ordenadamente a continuación:

#### ***a. Jurisprudencia por reiteración***

La jurisprudencia por reiteración en el amparo es la más antigua y data de la Ley de Amparo de 1882. Recordemos que la prime-

ra Ley de Amparo fue expedida por don Benito Juárez en 1861 como resultado de un trabajo muy acucioso de dos excelentes juristas que fueron don Ignacio Mariscal y don Manuel Dublán; en 1869 se expidió la segunda Ley de Amparo, también por el Presidente Juárez y con la intervención técnica de los dos juristas antes mencionados. En ninguna de estas dos leyes se instituyó la jurisprudencia, pues ésta apareció hasta 1882 en lo que sería la tercera Ley de Amparo.

El concepto fundamental fue expuesto por Ignacio Mariscal al decir que las resoluciones de amparo debían tener un doble fin: “El inmediato o directo, que es resolver el caso que se presenta y el indirecto o mediato, que consiste en fijar o interpretar el derecho público y el constitucional.”

Junto a Mariscal intervino el ilustre jurista don Ignacio L. Vallarta que fue el que ideó el sistema de formación de la jurisprudencia a través de cinco precedentes, en lugar de uno como lo proponía Mariscal; esta reiteración fue muy convincente porque a través de ella se pondría de manifiesto la maduración del criterio, robusteciéndolo y pesándolo con seguridad a través de la visión analítica de varios planteamientos del tema.

Muy interesante resulta también destacar que esta Ley de 1882 establecía no solamente la obligatoriedad de la jurisprudencia, sino que contenía sanciones por su incumplimiento.

Así, el artículo 70 de dicha Ley, establecía:

Artículo 70.- La concesión o denegación del amparo contra texto expreso de la Constitución o contra su interpretación

fijada por la Suprema Corte por lo menos en cinco ejecutorias uniformes, se castigará con la pérdida de empleo y con prisión de seis meses a tres años si el juez ha obrado dolosamente, y si sólo ha procedido por falta de instrucción o descuido, quedará suspenso en sus funciones por un año.

En la actualidad, la jurisprudencia por reiteración de criterios dictada por el Pleno de la Suprema Corte tiene por objeto establecer criterios firmes para dar seguridad a los órganos judiciales, al foro y a la sociedad en general, derivando esa seguridad de la repetición, en cinco asuntos, de las consideraciones con que se resuelve un mismo tema; reúne determinados requisitos y características.

El artículo 192 de la Ley de Amparo prescribe que la jurisprudencia establecida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación requiere de una votación en el mismo sentido de por lo menos ocho ministros, de los once que lo integran; se trata, por tanto, de una mayoría calificada, de tal modo que si una resolución sólo tiene siete votos o menos, ese asunto no puede contar como precedente para integrar jurisprudencia.

El mismo precepto citado en el punto anterior establece que para que el Pleno establezca jurisprudencia no sólo se requiere la votación calificada de ocho votos antes referida, sino que también es necesario que haya un seguimiento de cinco sentencias; por tanto, aun cuando un determinado criterio se reitere por dos, tres o cuatro sentencias, este seguimiento todavía no alcanzará el carácter de jurisprudencia del Pleno.

Además de la votación calificada y del número de sentencias requeridas, para que se establezca jurisprudencia se requiere

que el tema o criterio sostenido en las cinco ejecutorias no sea interrumpido por otra en contrario, es decir, debe haber continuidad en el criterio. Así, por ejemplo, si se llevan una, dos, tres o cuatro sentencias en el mismo sentido y a continuación se pronuncia otra en sentido contrario y cuando menos por ocho votos, ya no se podrá entender que pueda haber jurisprudencia aunque se dicte la siguiente sentencia en el sentido anterior al cambio mencionado. Estaríamos en presencia de un caso de interrupción del criterio.

En el caso planteado, la quinta ejecutoria que retoma el criterio abandonado sería, en todo caso, la primera ejecutoria para que en su oportunidad dictándose otras cuatro en el mismo sentido integraran jurisprudencia.

En relación con el tema de la votación así como con el requisito de continuidad que se acaban de exponer, se suscitó un interesante problema en 1995, cuando se estableció la nueva integración de la Suprema Corte. Recordemos que hasta 1994 la Suprema Corte estaba conformada por veintiún ministros y que conforme a la Ley de Amparo las resoluciones aptas para constituir jurisprudencia debían ser votadas, cuando menos, por catorce ministros en el mismo sentido. Al integrarse la nueva Suprema Corte ya no había veintiún ministros, sino sólo once, y para que una resolución fuera tomada en cuenta a fin de integrar jurisprudencia, se requieren ocho votos cuando menos.

Por tanto, si conforme a la anterior integración se había votado un cierto criterio por catorce votos o más, y en la nueva integración se seguía con el mismo criterio pero ahora por ocho



votos o más ¿se integraba jurisprudencia con las anteriores y las posteriores, si entre ambos regímenes se completaban las cinco ejecutorias?

A esta pregunta la Suprema Corte contestó afirmativamente por unanimidad de once votos en la tesis que a continuación se transcribe:

JURISPRUDENCIA. PUEDE INTEGRARSE CON PRECEDENTES ANTERIORES AL PRIMERO DE ENERO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y CINCO, Y POSTERIORES A ESTA FECHA. Hasta el treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro, la regla aplicable para establecer jurisprudencia por reiteración se contenía en el artículo 192 de la Ley de Amparo, en el sentido de que las resoluciones constituían jurisprudencia, cuando lo resuelto en ellas se sustentara en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario y que hubieran sido aprobadas por lo menos por catorce ministros, tratándose de jurisprudencia del Pleno de la Suprema Corte. A partir del veintisiete de mayo de mil novecientos noventa y cinco, en que entró en vigor la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación publicada en el Diario Oficial de la Federación el día veintiséis del mes citado, se repite, el primer requisito, a saber, la reiteración en cinco sentencias consecutivas no interrumpidas por otra en contrario, pero modificándose el segundo requisito para establecer que dichas sentencias deben aprobarse por lo menos por ocho ministros, tratándose del Tribunal Pleno (artículo décimo quinto transitorio de la última ley citada). Resulta lógico inferir que por tratarse del mismo órgano colegiado, Pleno de la Suprema Corte, aunque con diversa composición y sujeto a sistemas distintos, puede legalmente establecer jurisprudencia con sentencias emitidas con anterioridad al primero de enero de mil novecientos noventa y cinco y, con posterioridad, siem-

pre y cuando se haya cumplido con los requisitos especificados, a saber, que las sentencias anteriores a la fecha citada se hayan aprobado por un mínimo de catorce ministros y, las posteriores a dicha fecha, por lo menos por ocho ministros, sin que entre ninguna de las cinco sentencias hubiera habido criterio en contrario.<sup>1</sup>

La característica de obligatoriedad de la jurisprudencia se establece en el artículo 192 de la Ley de Amparo, que dice:

Art. 192.- La jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia, funcionando en Pleno o en Salas, es obligatoria para éstas en tratándose de la que decreta el Pleno, y además para los Tribunales Unitarios y Colegiados de Circuito, los juzgados de Distrito, los tribunales militares y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales.

En una palabra, la jurisprudencia establecida por el Pleno es obligatoria para todos los tribunales del país, federales y locales, judiciales y jurisdiccionales; el criterio interpretativo del Pleno debe respetarse y seguirse por la totalidad de los tribunales.

En este contexto es pertinente hacer un paréntesis para comentar que aun cuando de conformidad con nuestra legislación la obligatoriedad no es extensiva a otras autoridades y órganos públicos, existen voces que se han manifestado ya en este sentido. En el legislativo hay algunas propuestas de iniciativa de reforma a la Ley de Amparo, e incluso de creación de una nueva Ley, que

---

<sup>1</sup> No. Registro: 200,310, tesis aislada, materia común, Novena Época, instancia: Pleno, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, II, octubre de 1995, Tesis: P. LXXXIII/95, p. 159.

está durmiendo el sueño de los justos pues tiene 5 o 6 años sin resolverse, que propone, en este sentido, que una vez que se integre la jurisprudencia ha de entenderse vinculatoria para todos. Este proyecto postula modificaciones interesantes, como lo referente al número de ejecutorias necesarias para integrar la jurisprudencia (tres ejecutorias en el mismo sentido) o la publicación de los criterios jurisprudenciales en el *Diario Oficial de la Federación* a efecto de que sea obligatoria para todos. En el mismo sentido, el Ministro José de Jesús Gudiño varias veces ha escrito a favor de que la jurisprudencia sea obligatoria para todo el mundo, opinión con la que coincidimos. Sin embargo, como apuntábamos, de acuerdo a nuestra regulación actual, la obligatoriedad se restringe a los tribunales.

Retomando el tema de las características y requisitos de la jurisprudencia por reiteración, debemos apuntar también que ésta debe provenir del mismo tribunal que dictó las sentencias

La característica que se acaba de mencionar es muy importante porque implica una particularidad que es propia de la jurisprudencia por reiteración, consistente en que la jurisprudencia es declarada por el mismo tribunal que ha repetido ininterrumpidamente el criterio en cinco ocasiones, lo que la distingue de la jurisprudencia por contradicción donde, como veremos, la declaratoria de jurisprudencia se efectúa por un órgano superior.

### ***b. Jurisprudencia por contradicción***

La jurisprudencia por reiteración a que nos hemos referido perduró como única durante mucho tiempo, pero nuevas estructuras,

nuevos órganos y nuevas competencias determinaron la necesidad de formular un nuevo concepto de jurisprudencia que se habría de agregar al anterior.

En efecto, como resultado del gran número de amparos que tenía que resolver la Suprema Corte, ésta llegó a tener un rezago impresionante de más de treinta mil asuntos, lo que originó importantes reformas constitucionales y legales que entraron en vigor en 1951 mediante las cuales se crearon nuevos órganos judiciales para poder combatir el rezago. Esos órganos fueron, por una parte, la Sala Auxiliar y, por la otra, los Tribunales Colegiados de Circuito; estos últimos, poco a poco fueron ampliando su competencia hasta que en 1967, siendo un número considerable, la Constitución y la ley les otorgaron facultades expresas para que también ellos pudieran integrar jurisprudencia por reiteración.

Como era un gran número de tribunales colegiados que incluso hacían pronunciamiento sobre las mismas materias, es lógico que tuvieran que entrar en contradicción o discrepancia de criterios unos con otros, de lo cual resultaba una gran inseguridad que perjudicaba a la buena marcha del quehacer judicial.

Para combatir la inseguridad proveniente de esos criterios diferentes, el reformador constitucional estableció que la Suprema Corte de Justicia, Pleno o Salas, dirimiera estos criterios para dar seguridad al foro, de modo que hubiera un criterio firme.

De aquí que la jurisprudencia por contradicción debe conceptuarse, con base en la fracción XIII del artículo 107 cons-

titucional, 197 y 197–A de la Ley de Amparo, como aquella resolución que supera las discrepancias o contradicciones de tesis con el propósito de unificar el criterio.

La jurisprudencia por contradicción tiene los siguientes requisitos y características:

Respecto de la legitimación para denunciarla cabe hacer las siguientes consideraciones. El concepto que se dio anteriormente de la jurisprudencia por contradicción no sólo tiene por objeto unificar los criterios discrepantes de los Tribunales Colegiados de Circuito, sino también de las Salas de la Suprema Corte de Justicia.

El artículo 197 de la Ley de Amparo establece que en el supuesto de que las Salas sustenten tesis contradictorias pueden denunciar dicha contradicción ante el Pleno de la Suprema Corte, los siguientes órganos: cualquiera de las dos Salas, cualquiera de los Ministros que hayan integrado las Salas en los juicios en que las tesis hubieran sido sustentadas, el Procurador General de la República, o bien, las partes que intervinieron en los juicios correspondientes.

Por su parte el artículo 197–A del mismo ordenamiento establece que cuando los Tribunales Colegiados de Circuito sustenten tesis contradictorias, tienen legitimación para denunciarla ante la Suprema Corte, los Ministros, el Procurador General de la República, los Tribunales que hayan dictado las tesis contradictorias, los magistrados que integren dichos tribunales o las partes que intervinieron en los juicios de mérito.

Pero, ¿cuándo hay contradicción? Aquí debe hacerse la siguiente reflexión: Desde el punto de vista estrictamente lógico, sólo puede haber contradicción cuando una sentencia afirma algo que otra sentencia niega absolutamente.

Ésta no es la idea que predomina en la contradicción que estudiamos. Se trata de un concepto de contradicción mucho más amplio, de carácter específico, ya que puede jurídicamente existir contradicción no sólo cuando hay oposición absoluta entre dos sentencias sino, además, cuando simplemente no coinciden entre sí. Al respecto cabe tener en cuenta que en la tesis de jurisprudencia titulada: "**CONTRADICCIÓN DE TESIS DE TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO. REQUISITOS PARA SU EXISTENCIA.**", la entonces Cuarta Sala de la Suprema Corte estableció que desde el punto de vista jurídico existen tesis contradictorias cuando concurren los siguientes supuestos:

- a) Que al resolver los negocios jurídicos se examinen cuestiones jurídicas esencialmente iguales y se adopten posiciones o criterios jurídicos discrepantes;
- b) Que la diferencia de criterios se presente en las consideraciones, razonamientos o interpretaciones jurídicas de las sentencias respectivas; y
- c) Que los distintos criterios provengan del examen de los mismos elementos.

Esta tesis, que también ha adoptado el Pleno es muy importante; de entre sus diferentes conceptos cabe destacar, para

el punto que estamos analizando, que las cuestiones que competen deben partir de una problemática igual, pero deben adoptar criterios discrepantes, esto es, no necesariamente opuestos en forma diametral, sino sencillamente con diferentes conclusiones.

Una pregunta interesante que da cuenta de otra de las características de la jurisprudencia por contradicción podría formularse de la siguiente manera: ¿Puede provenir la contradicción del mismo órgano? En ocasiones una misma Sala o un mismo Tribunal Colegiado de Circuito establecen un cierto criterio y con posterioridad adoptan otro que es diferente o contrario al anterior.

En estos casos se plantea la pregunta de si esta discrepancia origina el supuesto de una contradicción que amerite ser superada mediante la resolución de un órgano superior, con base en el sistema de jurisprudencia por contradicción.

Al respecto el Pleno de la Suprema Corte ha establecido en una tesis de la octava época lo siguiente: **“CONTRADICCIÓN DE TESIS. LOS CRITERIOS QUE SE CONSIDERAN CONTRARIOS DEBEN PROVENIR DE ÓRGANOS DIFERENTES”**, decisión que es acorde con lo dispuesto en el artículo 194 de la Ley de Amparo, cuyo segundo párrafo determina que cuando un tribunal se aparta del criterio que anteriormente estableció, debe expresar las razones por las cuales abandona el criterio anterior y adopta el nuevo.

En consecuencia, en el supuesto indicado no estamos en presencia de contradicción de tesis, sino de modificación de cri-

terios: tanto las Salas como los Tribunales Colegiados de Circuito pueden jurídicamente cambiar de criterio, pero es muy importante reiterar que en tal hipótesis el tribunal correspondiente debe dar las razones del cambio.

Por otro lado, ¿cuáles de las contradicciones compete resolver al Pleno? Conforme al artículo 10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación corresponde al Pleno de la Suprema Corte conocer:

VIII. De las denuncias de contradicción entre tesis sustentadas por las Salas de la Suprema Corte de Justicia, o por los Tribunales Colegiados de Circuito cuando se trate de asuntos que por razón de la materia no sean de la competencia exclusiva de alguna de las Salas, o por el Tribunal Electoral en los términos de los artículos 236 y 237 de esta ley;

Esta disposición debe ponerse en relación con el artículo 99, párrafos sexto y séptimo, de la Constitución, así como con el punto tercero, fracción VI, del Acuerdo General del Pleno de la Suprema Corte número 05/2001 de veintiuno de junio de dos mil uno; y punto quinto, segundo párrafo, del Acuerdo Plenario 09/2006, que reiteran las mismas reglas.

En suma, al Pleno le toca conocer de las siguientes contradicciones de tesis:

- a) De las existentes entre las Salas Primera y Segunda;
- b) Las que se susciten entre los Tribunales Colegiados de Circuito en amparo, en materia común, y



- c) Las que se produzcan entre la Suprema Corte (Pleno y Salas) y las Salas del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Debe complementarse lo anterior con lo determinado en los mencionados Acuerdos Plenarios, conforme a los cuales a la Primera Sala le corresponde conocer de las contradicciones de sentencias de amparo emitidas en materias penal y civil, mientras que a la Segunda Sala le toca conocer de las dictadas en materias administrativa y laboral.

Cabría hacer aún otra pregunta que incide en la caracterización de este tipo de jurisprudencia: ¿Procede sólo por contradicción de jurisprudencias? Hace algunos años se oyeron voces académicas en el sentido de que la jurisprudencia por contradicción sólo podía operar cuando los dos tribunales discrepantes (Salas o Tribunales Colegiados de Circuito) habían llegado a establecer sus respectivas jurisprudencias.

Esta interpretación de los artículos 197 y 197-A de la Ley de Amparo no fue aceptada por el Pleno, tomando en consideración, esencialmente, que si de lo que se trata con la jurisprudencia derivada de la discrepancia de tesis es, fundamentalmente, llegar a unificar los criterios dispersos, resulta obvio que esta finalidad debe lograrse lo más pronto posible y que, por tanto, basta la existencia de diferencias en tesis aisladas para que se surta la hipótesis de contradicción y la necesidad de superarla.

Tal criterio consta en la tesis 1a./J.129/2004, cuyo rubro es: **“CONTRADICCIÓN DE TESIS. ES PROCEDENTE LA DENUNCIA**

**RELATIVA CUANDO EXISTEN CRITERIOS OPUESTOS, SIN QUE SE REQUIERA QUE CONSTITUYAN JURISPRUDENCIA.”**

Una característica importante en este tipo de jurisprudencia es la relativa a votación por mayoría simple. Como ya se dijo, el artículo 192 de la Ley de Amparo establece que para que se vaya integrando jurisprudencia por reiteración, es necesario que cada una de las ejecutorias del Pleno sea votada cuando menos por ocho ministros en el mismo sentido. En cambio, cuando se trata de jurisprudencia por contradicción, los artículos 197 y 197–A del mismo ordenamiento guardan silencio, pues no especifican si en esta hipótesis, debe existir una votación simple o calificada.

Ante esa omisión, el Pleno de la Suprema Corte siempre ha entendido que para establecer este tipo de jurisprudencia basta la mayoría simple; no se ha explicado la razón de esta decisión, pero es lógico suponer que ha influido la necesidad y urgencia de dirimir la discrepancia para unificar criterios con el propósito de dar seguridad jurídica al foro y a la judicatura, lo que no se lograría si requiriéndose una votación calificada, ésta no se lograra, con lo cual podría quedar indefinidamente sin solución el problema.

De acuerdo con el artículo 4o. de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, el Pleno de la Suprema Corte se compone de once ministros, pero basta la presencia de siete para que pueda funcionar; esto último, se entiende aplicable a los juicios de amparo, porque tratándose de controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad (artículo 105, fracciones I y II, de la Constitución) el *quórum* se integra, al menos, con ocho ministros.

Por tanto si para resolver contradicciones de tesis en materia de amparo basta la presencia de siete ministros y, al respecto, sólo se exige una votación por mayoría simple, esto es, la mitad más uno, resulta que para dirimir una contradicción de tesis en amparo basta la votación de cuatro ministros, lo que marca una diferencia muy grande con el requisito de votación calificada que se exige en la jurisprudencia por reiteración.

Punto importante resulta contestar el cuestionamiento acerca de ¿qué tesis jurisprudencial tiene más valor, la integrada por reiteración o la establecida en contradicción de tesis?

Al respecto la Suprema Corte no ha tenido la oportunidad de pronunciarse de manera específica, aunque cabe pensar que tienen igual valor, de modo que para decidir si una predomina sobre la otra en el caso de que no coincidan, habrá de predominar la reciente, conforme al principio general de que la norma nueva desplaza a la anterior.

La tesis que resuelve la contradicción proviene del órgano superior. La jurisprudencia por contradicción, como se ha venido diciendo, tiene características especiales que la diferencian de la jurisprudencia por reiteración. Otra de estas diferencias radica en que siempre es dictada por el órgano superior respecto de los tribunales que emitieron los criterios discrepantes. Así, los criterios diferentes tomados por los Tribunales Colegiados de Circuito son superados conforme al artículo 197-A de la Ley de Amparo por el Pleno o las Salas de la Suprema Corte de Justicia que son los órganos superiores a dichos Tribunales Colegiados; del mismo modo, los criterios discrepantes provenientes de las dos Salas de

la Suprema Corte son superados por el Pleno, de acuerdo con el artículo 197 del mismo ordenamiento.

De especial relevancia resulta enfatizar lo que podríamos identificar como los objetivos de la jurisprudencia por contradicción. Debe reiterarse que la jurisprudencia por contradicción provino de la necesidad de evitar la confusión a que da lugar la existencia de dos o más criterios judiciales diferentes entre sí; nació, por tanto, para que un tribunal superior superara esos criterios discrepantes y llevara seguridad jurídica a la judicatura y al foro sobre la interpretación de las normas jurídicas mediante la unificación del criterio; el hecho de saber a qué atenerse es fundamental para la seguridad jurídica de la sociedad.

En relación con este tema cabe recordar que desde la academia y desde el foro se formularon algunas censuras en contra de lo establecido en la fracción XIII del artículo 107 constitucional, por entender que estaba redactada en tal forma que ante dos criterios diferentes de las Salas o de los Tribunales Colegiados de Circuito, el órgano que debía dirimir esta contradicción y unificar el criterio sólo podía establecer cuál de esos distintos criterios debía subsistir, pero estaba imposibilitado para sentar un tercer criterio, el correcto, cuando los examinados fueran erróneos.

Esta crítica nunca tuvo razón de ser pues al respecto, desde 1992, la entonces Cuarta Sala de la Suprema Corte estableció jurisprudencia (tesis 4a./J.2/94) en el sentido de que al dirimir una contradicción, la Suprema Corte no tiene que resolver, forzosamente, que debe prevalecer uno de los criterios que la originaron, sino que puede establecer uno diferente de acuerdo con el estudio

verificado; la parte final de dicha tesis es muy clara al respecto, dice: "...la Suprema Corte válidamente puede acoger un tercer criterio, el que le parezca correcto, de acuerdo con el examen lógico y jurídico del problema, lo que es acorde, además, con el texto de las citadas disposiciones en cuanto indican que la Sala debe decidir '...cuál tesis debe prevalecer', no, cuál de las dos tesis debe prevalecer."

Por último, es menester comentar lo referente al alcance de la jurisprudencia por contradicción. La fracción XIII del artículo 107 constitucional es muy clara al establecer que la resolución que pronuncie el Pleno o las Salas de la Suprema Corte en materia de contradicción de tesis, sólo tiene el efecto de fijar la jurisprudencia, pero no puede modificar las ejecutorias de donde derivaron los criterios discrepantes.

Esta norma es reiterada en los artículos 197 y 197-A de la Ley de Amparo, lo cual viene a confirmar que la tesis por contradicción no es un recurso, sino que tiene la intención de unificar criterios para el futuro a fin de evitar confusiones y dar seguridad jurídica al foro.

De esta misma consideración se hacen derivar otras consecuencias lógicas, como aquella de que no puede darse contradicción en el sentido en que se viene examinando, entre un órgano superior y uno inferior; la contradicción sólo puede darse entre órganos de igual jerarquía.

En una tesis publicada en la Octava Época del *Semanario Judicial de la Federación*, la Tercera Sala de la Suprema Corte

(3a. CIV/91) estableció que los efectos jurídicos que produce la jurisprudencia que resuelve una contradicción tiene como finalidad esencial crear certeza y seguridad jurídica al precisar la tesis que debe prevalecer con la categoría de jurisprudencia, con lo cual se reitera que no toca las ejecutorias de los tribunales discrepantes, sino que establece una tesis que regirá de ahí en adelante.

### *c. Jurisprudencia temática*

Tanto la jurisprudencia por reiteración, como la jurisprudencia por contradicción se establecen de manera expresa en la Constitución y en la Ley de Amparo, como ya se ha informado. La jurisprudencia temática en cambio, no se halla establecida expresamente en ninguna norma constitucional o legal. Es, en realidad, una creación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación derivada lógicamente de los principios que delinear la jurisprudencia por reiteración, pero modificada en su estructura o composición por razones de orden práctico y con alcances diferentes.

Como se infiere de lo expuesto en otros incisos, la jurisprudencia por reiteración se integra con cinco ejecutorias, en todas las cuales el tribunal correspondiente ha establecido el mismo criterio de interpretación respecto de la misma norma jurídica (constitucional, legal o reglamentaria); por tanto, este criterio resulta obligatorio para todos los tribunales en relación con la interpretación que ha de darse a esa norma.

En cambio en la jurisprudencia temática encontramos que el tribunal correspondiente establece el mismo criterio jurí-

dico interpretativo sobre diferentes ordenamientos y diferentes normas, pero con la característica de que dichas normas son análogas o esencialmente iguales en cuanto a su contenido. En síntesis, existe jurisprudencia temática cuando el criterio relativo deriva de normas análogas o esencialmente iguales, aunque contenidas en ordenamientos distintos.

La primera jurisprudencia temática se integró en la Suprema Corte en 1988, en relación con normas sobre derechos fiscales por servicio municipal de alumbrado público; esas normas eran esencialmente iguales entre sí pero constaban en ordenamientos municipales de distintos lugares de la República; al respecto, el 27 de junio de 1998 se aprobó por el Pleno la siguiente jurisprudencia: “ALUMBRADO PÚBLICO, DERECHO POR SERVICIO DE LAS LEYES O CÓDIGOS LOCALES QUE ESTABLECEN COMO REFERENCIA PARA SU COBRO LA CANTIDAD QUE SE PAGA POR EL CONSUMO DE ENERGÍA ELÉCTRICA SON INCONSTITUCIONALES PORQUE INVADEN LA ESFERA DE ATRIBUCIONES DE LA FEDERACIÓN.”

Como se ve, este nuevo concepto data de la anterior integración de la Suprema Corte, pero la integración actual la reiteró en junio de 1995, con la tesis: “MULTAS FIJAS. LAS LEYES QUE LAS ESTABLECEN SON INCONSTITUCIONALES.”

Poco después, en el mes de agosto del mismo año, se estableció por la Suprema Corte otra tesis temática, cuyo rubro es: “ARRESTO COMO MEDIDA DE APREMIO. LAS LEYES O CÓDIGOS QUE LA ESTABLECEN POR UN TÉRMINO MAYOR DE TREINTA Y SEIS HORAS, SON VIOLATORIOS DEL ARTÍCULO 21 CONSTITUCIONAL.”

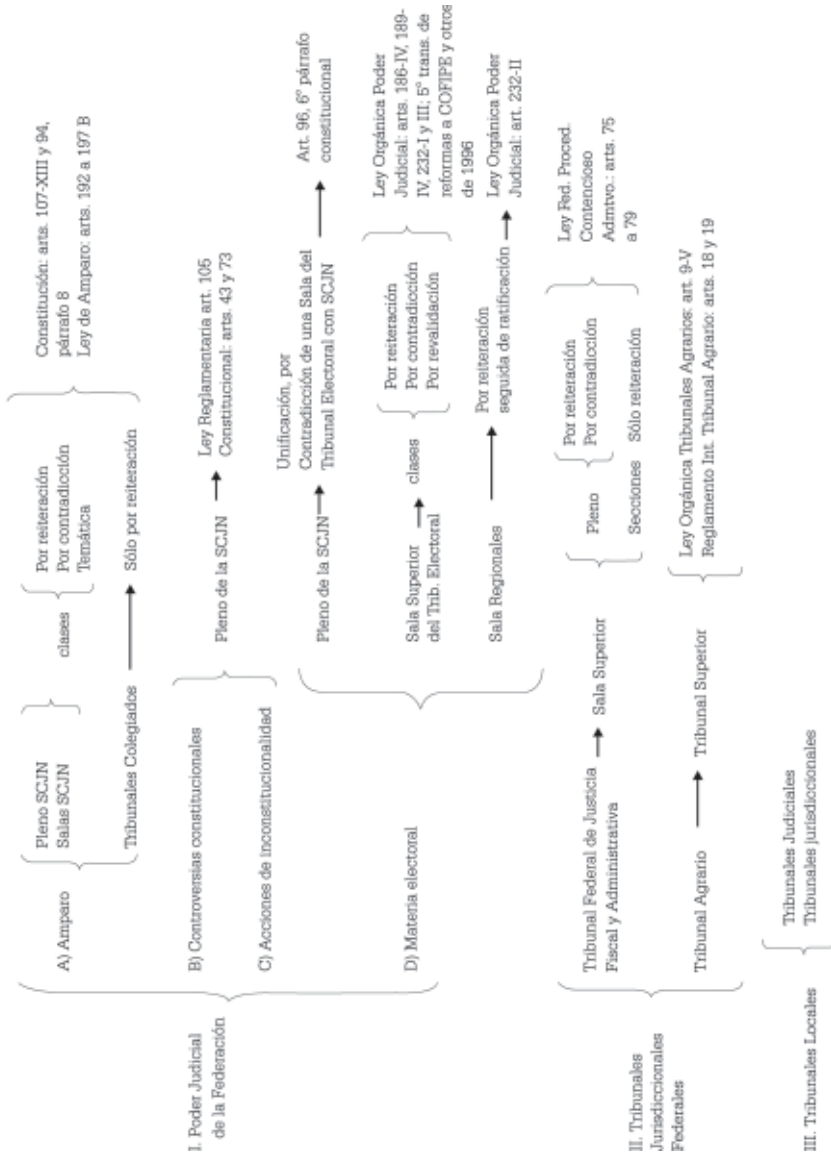
Una duda surge al respecto: Si nos atenemos a lo dispuesto por el artículo 76 bis, fracción I, de la Ley de Amparo, debe suplirse la queja deficiente respecto de una ley que fue declarada inconstitucional por la jurisprudencia de la Suprema Corte, mandato que se comprende muy bien cuando la jurisprudencia recae sobre una misma norma de una misma ley, pero ¿también deberá suplirse la queja deficiente conforme al mencionado artículo 76 bis, fracción I, cuando se trate de tesis jurisprudencial temática, que no se refiere a la misma norma ni a la misma ley, sino a distintas, pero que son esencialmente iguales?

En relación con esta cuestión la Suprema Corte, en la contradicción de tesis número 25/2006, resuelta el 12 de abril de 2007, contestó que la suplencia también opera tratándose de jurisprudencia temática, lo cual representa una magnífica apertura en materia del control de la constitucionalidad.

Hasta aquí sobre la exposición de las reglas que rigen a la jurisprudencia en materia de amparo, quedarían en el tintero la naturaleza de la jurisprudencia, y las otras materias que mencionamos al inicio, un trabajo todavía pendiente pero necesario.



A. CUADRO GENERAL DE LA JURISPRUDENCIA EN MÉXICO





# La jurisprudencia y el sistema de fuentes en Brasil: Una visión histórico-jurídica

Ricardo Marcelo Fonseca\*

Sumario: 1. Introducción: Fuentes del derecho y su historia; 2. La premodernidad jurídica brasileña y el problema de las fuentes; 3. Modernización y legalización del derecho; 4. El contexto posmoderno y el papel de la jurisprudencia; 5. Bibliografía.

## 1. INTRODUCCIÓN: FUENTES DEL DERECHO Y SU HISTORIA

Hablar del papel de la jurisprudencia, así como hablar del papel de la ley, de las costumbres, de la doctrina, es una tarea teórica que no puede ser acabada si no se encuadra en un marco histórico. Tenemos el hábito mental, explicitado y condicionado por el modo como se conformó la manera en que concebimos el derecho en occidente, de considerarlo como naturalmente forjado e investido con la indumentaria con la cual ya estamos acostumbrados: como ley escrita, como ‘violencia legítima’ (vale decir, tramada por el Estado), como emanación de un poder político constituido. Sin embargo, el análisis histórico-jurídico nos mues-

---

\* Doctor en derecho. Profesor de la Universidad Federal del Paraná, en Curitiba, Brasil. Investigador nacional, Presidente del Instituto Brasileño de Historia del Derecho (IBHD).

tra que no siempre fue así. Paolo Grossi, con insistencia, demuestra cómo la teoría de las fuentes pasa por una transformación radical en los últimos doscientos años, cuando “la idealización del Príncipe provoca la necesaria idealización de su voluntad soberana y, consecuentemente, en su cristalización normativa en la ley”.<sup>1</sup> Sucesivamente, de modo natural, se delinea “una esculpida mística de la ley”.<sup>2</sup> Las características del derecho prerevolucionario –como la fuerza del carácter doctrinal, de la costumbre, la pluralidad de órdenes normativos– cede espacio a un rígido monismo jurídico. La ley escrita pasa a ser “fuente primaria” y exclusiva, teniendo las demás que cumplir una función accesoría, en el caso de la aparición de las lagunas.

Hacer una reflexión sobre esta confrontación entre fuentes es en realidad hacer una reflexión sobre la propia historia del derecho. Es, en fin, hablar sobre la substancia de nuestra expresión jurídica pasada y presente. El fin modesto de este texto es trazar, en rápidas líneas, un breve itinerario de las vicisitudes de esta historia de las fuentes, enfocándonos de modo específico al papel de la jurisprudencia brasileña en la teoría de las fuentes del pasado y del presente, buscando la genealogía de su centralidad (o no centralidad) en tres contextos históricos muy marcados: primero, en el “antiguo régimen brasileño”, vale decir, en el periodo colonial y en el inmediato posindependentista (cuando las características de un derecho premoderno, plural y no legalista prevalecían); en segundo lugar, en la constitución de nuestra “mo-

<sup>1</sup> GROSSI, Paolo., *Mitologie giuridiche della modernità*,. Milano: Giuffrè, 2001, p. 97. Véase también en GROSSI, Paolo., *Prima lezione di diritto*, Roma/Bari: Laterza, 2003, p. 58.

<sup>2</sup> *Idem*.

dernidad jurídica” (periodo de los códigos, de la preeminencia de la ley en el sistema de fuentes brasileño); y en tercer lugar en el periodo contemporáneo (llamado, de un modo un tanto polémico, de “contexto posmoderno”), donde se delinea una aparente crisis renovada en la teoría de las fuentes, en la cual el papel de la jurisprudencia busca redefinirse y adquirir nuevos contornos.

## 2. LA PREMODERNIDAD JURÍDICA BRASILEÑA Y EL PROBLEMA DE LAS FUENTES

António Manuel Hespanha nos advierte desde hace mucho sobre las especificidades de la naturaleza del poder y del derecho en el Antiguo Régimen,<sup>3</sup> cuando la ley –al contrario de lo que suponían las conciencias legalistas contemporáneas que confunden la propia esencia del derecho con la norma escrita– era una fuente minoritaria y subsidiaria con relación al coro de voces de expresiones jurídicas entonces presentes. Y nada podría ser diferente, en la medida en que la propia existencia de un poder político centralizado (un Estado con monopolio legislativo centralizado, en que todas las diversas *iurisdictio* de la sociedad de órdenes –las “sociedades intermedias”– habían sido anuladas) es una realidad que no operó exhaustivamente antes del fin del siglo XVIII y sobre todo en el siglo XIX europeo. Delante de una sociedad estratificada, dividida en órdenes particulares, correspondía una sociedad marcada por un fuerte pluralismo jurídico, en que cada parte del “cuerpo” tendría que ser regido por su propia

<sup>3</sup> Ver, de modo ejemplificativo, HESPANHA, A. M., “Lei e justiça: história e perspectiva de um paradigma” en HESPANHA, A. M. (org) *Justiça e litigiosidade: história e perspectiva*, Lisboa, fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

*iusdictio* –siendo inclusive desde ahí–, originándose incluso el propio equilibrio de la sociedad ordenada del *Anciën Regime*. Usando una metáfora célebre de un teólogo medieval, sería tan bizarro como la existencia de un cuerpo que se redujera sólo a una cabeza, así sería la existencia de una sociedad con poder único. La sociedad estaba dividida y jerarquizada y eso era garantía –en una cosmovisión premoderna– de que esta sociedad pudiese funcionar armónicamente. Delante a eso, como dice Hespanha, existía la imposibilidad lógica de una administración centralizada<sup>4</sup> y, como consecuencia, la imposibilidad de que hubiese una fuente jurídica única y determinante que tuviese condiciones de excluir todas las demás. Pensar la sociedad política y jurídica europea por lo menos hasta el siglo XVIII, por lo tanto, es, de un modo general, pensar en una sociedad plural, no centralizada, con diversas fuentes productivas de derecho y con diversas formas de expresión de la juridicidad.

El caso brasileño –como todo caso latinoamericano– dentro de este contexto, no es fácil de analizar. En la condición de colonia portuguesa, poblada e instrumentalizada, teniendo como norte la exploración comercial –primero de la madera (del palo de brasil), después metales preciosos, o azúcar, etc. Brasil entraba en una dinámica del “antiguo sistema colonial”<sup>5</sup> de modo accesorio y dependiente, con la inserción del trabajo esclavo africano. Portugal nunca tiene como objetivo “instaurar” una civilización más allá del mar (por ejemplo, jamás permitió que fuesen inauguradas universida-

<sup>4</sup> HESPANHA, M. *História das Instituições: medieval e moderna*, Coimbra, Almedina, 1982.

<sup>5</sup> NOVAES, Fernando, *Portugal e Brasil na crise do antigo sistema colonial (1777-1808)*, São Paulo, Hucitec, 2001.

des en sus dominios, al contrario de lo que ocurrió en la colonización española) y en Brasil –al contrario del caso mexicano o peruano– no fueron encontradas “civilizaciones” con quien fuera necesario un expresivo diálogo o negociación (los indios brasileños o fueron esclavizados, o progresivamente exterminados). Las grandes donaciones de tierras para plantíos aquí instaladas (en régimen de “sesmarias”, contrato portugués típicamente medieval) beneficiarían hidalgos portugueses con relaciones con la corona y tenían, como plano de fondo, la necesidad de ocupación de dos vastos dominios portugueses en la América, destinados a la producción de riquezas inmediatamente remitidas a la metrópoli.

Delante del complejo sistema de exploración instalado en tierras brasileñas, la naturaleza del derecho brasileño en el periodo colonial es muy controvertida. De un lado, es cierto que no existía la circulación de derecho “culto” en Brasil en este periodo y tampoco la existencia de focos que ensayaran la circulación cultural. En la misma línea, toda la reglamentación jurídica “oficial” provenía de Portugal (como fue sintomáticamente, el caso de las “sesmarias”), sobre todo de las Ordenaciones del Reino (las más longevas fueron las Ordenaciones de Felipe II, de 1603). Todavía, por otro lado, varios autores explícitos, afirman con convicción que buscar el derecho colonial en el armazón de las leyes regias portuguesas, implica una pérdida de la comprensión de las especificidades del propio derecho del antiguo régimen, cuando “la autonomía de un derecho no correspondía principalmente a la existencia de leyes propias, sino más bien, a la capacidad local de rellenar los espacios jurídicos de apertura o a indeterminaciones existentes en la propia estructura del dere-

cho común”.<sup>6</sup> Esto es: como el derecho común (del cual las ordenaciones filipinas son una forma de expresión) tienen un carácter subsidiario, dejando libre la posibilidad de manifestación de otros derechos, ha de ser considerado el amplio espectro de la práctica, de las costumbres locales –y, claro, también de las decisiones de los tribunales– como componentes integrantes de un derecho típicamente autóctono. Como el *ius commune* no tenía una tendencia a la centralización, en Brasil se puede percibir un derecho que se diferencia de la jurisdicción portuguesa metropolitana, justamente en la medida en que los usos particulares y, sobre todo, en la medida en que las decisiones judiciales orientan la práctica y la adaptan a las específicas condiciones de la colonia (Brasil). Es que, como nos recuerda Hespanha, en el Antiguo Régimen “el gobernar estaba muy próximo al juzgar”, de modo que lo que se dice sobre la teoría del gobierno (*régimen*) está próximo a la teoría del juicio (*iudicium*).<sup>7</sup> Podemos ver entonces que hasta el siglo XIX, nos encontramos delante de un paradigma *jurisdiccional* del poder (lo que Fioravanti llama “Estado Jurisdiccional”), en que la presencia y la fuerza del *imperium* es dada por el ejercicio de la jurisdicción que “consiente de manera digamos elástica, gobernar una realidad territorial compleja, esencialmente con la intención de mantener la paz, de asociar y mantener en equilibrio las fuerzas concretamente existentes.”<sup>8</sup> Gobernar, es sobre todo juzgar, dentro de una arquitectura jurídico-política en que la idea de la división de los poderes está todavía lejana.

<sup>6</sup> HESPANHA, António. M., “Por que é que existe e em que é que consiste um direito colonial brasileiro” en *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 35, T. I, anno 2006, p. 59/61.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 81.

<sup>8</sup> FIORAVANTI, Maurizio, “Stato e costituzione” en FIORAVANTI, Maurizio (org.), *Lo Stato Moderno in Europa: istituzioni e diritto*, Roma/Bari, Laterza, 2002, p. 9



Sí es así, siguiendo el raciocinio de Hespanha,

...la regla más general de conflictos en el sello de este orden jurídico pluralista no es, así, una regla formal y sistemática que jerarquice las diversas fuentes del derecho, antes bien es el arbitrio del juez en la apreciación de los casos concretos (*arbitrium iudex relinquitur quod in iure definitum non est*, permanece el arbitrio del juez aquello que no está definido por el derecho). Es él quien, caso por caso, ponderando las consecuencias respectivas, decidirá del equilibrio entre las diversas normas disponibles. Este arbitrio es guiado por los principios generales a los que nos referimos. Pero, sobre todo, por los usos del lugar al decidir cuestiones semejantes (...) usos que, así, se transforman en un elemento decisivo de este derecho pluralista.<sup>9</sup>

Esa parece ser también la posición de Arno Wehling y Maria José Wehling, para quienes

...un magistrado como el juez foráneo y el oidor de la comarca, a la par de su jurisdicción como juez, ejercita otras diversas funciones inherentes a su *munus* (misión), pero que no eran de carácter judicial. Así, el juez foráneo presidía la cámara municipal y acumulaba actividades administrativas, como la gestión de los bienes de huérfanos y ausentes, en cuanto que el oidor de la comarca, especialmente en el siglo XVIII y a la luz de las concepciones iluministas, se esperaba que fuera un fomentador, identificando fuentes de recursos para la explotación económica de particulares y aumento de la recaudación estatal.<sup>10</sup>

<sup>9</sup> HESPANHA, A. M., "Por que é que existe...", *op cit.*, p. 81.

<sup>10</sup> WEHLING, Arno y WEHLING, Maria José, "A questão do direito no Brasil colonial: a dinâmica do direito colonial e o exercício das funções judiciais" en NEDER, Gizlene, *História & direito: jogos de encontros e transdisciplinariedade*, Rio de Janeiro, Revan, 2007, p. 84.

En resumen: en el contexto de un “antiguo régimen” *sui generis* como el brasileño, dotado, es cierto, de grande pluralidad político-jurídica y de ausencia de la idea de una fuente legal exclusiva y excluyente de otras formas de juridicidad, el papel de la jurisprudencia (adherente al contenido profundamente costumbrista de las prácticas cotidianas, apuntando hacia una solución tópica –y no abstracta y sistemática– de las controversias, teniendo como norte la noción de equidad y justicia en el caso concreto), fue central y caracterizador de la experiencia jurídica colonial brasileña, constituyendo uno de los elementos principales dentro del complejo sistema de las fuentes del periodo.

### 3. MODERNIZACIÓN Y LEGALIZACIÓN DEL DERECHO

Con la independencia de Portugal, en 1822, Brasil busca hacer un gran esfuerzo de “modernización” (la Constitución de 1824, copiada en gran medida de los modelos liberales estadounidense y francés, es un ejemplo emblemático de este proceso). Son creadas las primeras facultades de derecho brasileñas (en São Paulo y Olinda, en 1827), para que nuevas elites sean creadas a partir de un molde estrictamente brasileño (hasta entonces, los ‘titulados’ en derecho brasileños tenían su formación principalmente en Coimbra). Todavía, éste será un proceso lento, por ejemplo uno de los primeros actos del Brasil Imperial será justamente el de mantener vigente toda la estructura legislativa portuguesa, hasta que adviniera un nuevo código o que las leyes antiguas fueran expresamente modificadas.

Lo que sucede, entonces, en todo el siglo XIX brasileño, es un proceso complejo en el cual lo viejo y lo nuevo se confrontan, y

el deseo de modernización se relaciona en todo momento con arcaicas estructuras de poder, todavía presentes. La inmensa extensión territorial brasileña y la tradición heredada de Portugal, en el sentido de ceder toda la autoridad a los donatarios de las tierras recibidas en la colonia, acaba por volver importante la parcela del *poder local*, para explicar la dificultad de implementación del proceso –que sería típicamente modernizante– de unificación del poder en torno a la figura del nuevo emperador. Para hacer más grave esta situación, para entonces Brasil había experimentado importantes sucesos codificadores a lo largo del siglo XIX (como el código criminal de 1830 y el código mercantil de 1850), la codificación civil tendría que esperar hasta 1916 (al contrario de prácticamente toda la experiencia latinoamericana), haciendo con esto que, en las relaciones privadas, la estructura jurídica brasileña decimonónica, fuera un conjunto de legislaciones difusas (como la *Lei de Terras* de 1850, por ejemplo), de leyes portuguesas y de los contenidos todavía importantes de las Ordenaciones Filipinas (no revocadas en su totalidad y bastante presentes en la jurisprudencia), todo eso cimentado por las costumbres y usos que, a lo largo de todo el periodo, todavía resistían a la implementación de un proceso de ‘absolutismo jurídico’.<sup>11</sup> O sea, el siglo XIX aparece efectivamente como un periodo de transición, donde las tradiciones jurídicas premoderna y moderna se confrontan y conviven, en un complejo sistema marcado por su naturaleza híbrida.

En el siglo XX, ya en el contexto republicano (en 1889 acaba la monarquía en Brasil), es cuando se complementa ese

---

<sup>11</sup> Sobre la noción de ‘absolutismo jurídico’, véase GROSSI, Paolo, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998.

proceso de modernización. El código civil brasileño (muy influenciado por el BGB alemán de 1900) es de hecho un monumento importante en el proyecto de 'modernización jurídica'. Aquí es que la ley escrita se afirma como fuente formal principal, relegando todas las demás a la irrelevancia. Se implementa en Brasil, como en la mayoría de los países del *civil law* (tanto en Europa como en América Latina), el proyecto de reducción de la juridicidad a la legalidad, la ligación indisoluble del derecho (inclusive del derecho privado) al poder político, la elevación con la condición de protagonista de la juridicidad de lo político, con la correspondiente desvalorización del papel del jurista (ahora simple exegeta de los textos legislativos producidos por el príncipe o por el Parlamento). Es el proceso del 'absolutismo jurídico', tan importante en el ámbito europeo para la formación del 'Estado de derecho'<sup>12</sup> con todos sus corolarios teóricos e institucionales (principio de legalidad, tripartición de los poderes, etc.) y que se asentó profundamente en las conciencias jurídicas modernas.

En este proceso, como no podría dejar de ser, la jurisprudencia debe ser una simple sierva de la ley escrita. El juez, para usar las célebres palabras de Montesquieu, debe limitarse a ser la 'boca inanimada de la ley'. Los juzgados deben únicamente ser el resultado de un proceso lógico de subsunción de un hecho concreto a una norma abstracta –una operación de silogismo, por tanto. La estructura legal que va a sustentar este proceso, por otro lado, es vista como un sistema que tiende a la completud y que, por tanto, debe agotar la juridicidad. Los juzgados son el efecto se-

---

<sup>12</sup> COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo (orgs.) *Lo Stato di diritto: storia, teoria, critica*, Milano, Feltrinelli, 2002.

cundario y reflejo de la expresión del derecho en su forma más significativa, la ley escrita. El juez debe ser su profeta. El famoso art. 4o. de las disposiciones preliminares del *Code Civil* napoleónico de 1804 (que aducía que “el juez que se rehúsa a juzgar con el pretexto de silencio, obscuridad o silencio de la ley, podrá ser procesado como culpado por denegación de justicia”) es, ya en el siglo XX, trasladado a Brasil por el art. 4o. de la Ley de Introducción al Código Civil (Decreto–ley 4657 de 4 de septiembre de 1942), según el cual “Cuando la ley fuera omisa, el juez decidirá el caso de acuerdo con la analogía, las costumbres y los principios generales del derecho”. Tiene una lógica de continuidad, en la cual la actividad judicial se debe orientar solamente por la ley.

#### 4. EL CONTEXTO POSMODERNO Y EL PAPEL DE LA JURISPRUDENCIA

Aquí el término “posmoderno” es usado de modo provocativo, dada la sabida controversia y equívocidad de la expresión, especialmente cuando se ve aplicada al ámbito de las relaciones jurídicas. De hecho, es difícil identificar una “transformación” en los tiempos en que sea posible observar de modo claro la superación de un paradigma “moderno” en dirección a los nuevos tiempos, que rompan con lo viejo e inauguren lo nuevo, que sería la “posmodernidad”.<sup>13</sup> Aquí, entonces, el término es usado apenas para indicar la supe-

<sup>13</sup> Es necesario inclusive observar cómo el uso de esta expresión –posmodernidad– ha servido en varios casos mucho más para confundir que para esclarecer. De hecho, esa calificación ahora es vista como negativa (como censura a una postura teórica), a veces como positiva (como expresión de sintonía con los nuevos tiempos), otras veces en un tratamiento teórico, otras más en un tratamiento político. De cualquier modo, autores que tienen entre sí enormes diferencias (como Michel Foucault, Boaventura de Souza Santos, Jacques Derrida, Michel Maffesoli, etc.), muchas veces han sido marcados con este epíteto, el que muestra que esta expresión poco ha servido como guía de identificación teórica.

ración de aquel paradigma jurídico que era ubicado en la legalidad estricta, tal como tematizada y celebrada a lo largo del siglo XIX. O sea: “modernidad jurídica”, aquí (con Paolo Grossi), es entendida como la época del Estado de derecho, del “absolutismo jurídico”, de la era de las codificaciones y del predominio estricto en la creencia en el principio de legalidad y de la tripartición de los poderes. Es, entonces, la época del “Estado legislativo” (que, para Fioravanti, substituyó al “Estado jurisdiccional”).<sup>14</sup> Es aquella época, por tanto, que asentó las bases para la institucionalización jurídico-política que vemos hoy manifestarse en Brasil y en buena parte de la tradición del *civil law*.

Pues bien: esta fase, finales del siglo XX e inicios del siglo XXI, va mostrando sus límites y dando lugar a otra forma de expresión jurídico-política, el “Estado Constitucional”.<sup>15</sup> Aquí la ley pierde su centralidad. Deja ésta de ser la fuente indiscutible de la juridicidad, en la medida en que sus mecanismos de producción son identificados y relacionados con criterios supralegales que deben orientar su producción e interpretación contenidos en otro documento que pasa a ocupar la centralidad histórica: la Constitución. En cuanto documento que, en teoría, es resultado del conjunto de las fuerzas sociales y que, sobre todo a partir de la segunda posguerra, en cuanto instrumento jurídico que coloca un conjunto de objetivos y tareas que serán implementadas en la sociedad, en la administración pública y en el sistema jurídico en general, la Constitución se convierte en el

---

<sup>14</sup> FIORAVANTI, Maurizio, “Stato e ...”, *op cit.* p. 17

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 20 y ss.

vértice valorativo del sistema, con una carga axiológica que no puede ser ignorada por el legislador infraconstitucional. Con eso, la Constitución pasa a ser el lugar de la validación de la pertinencia axiológica, procedimental y material de ley.

Esa mudanza histórica de rumbos obviamente que afecta profundamente el sistema de las fuentes formales. En la medida en que la ley pierde su aura de directriz soberana y absoluta y debe ser confrontada en todos los momentos con la axiología constitucional, el papel de la jurisprudencia – y sobre todo de las Cortes Constitucionales – gana un nuevo relevo. La última palabra sobre la validez de la ley delante de la Constitución ocurrirá en los Tribunales, y no más en los parlamentos.

Delante a esa mutación histórica, que viene acompañada de una complicación en las demandas judiciales y, en gran medida, en la crisis del sistema judicial tradicional, el ordenamiento jurídico brasileño inserta mudanzas importantes en lo que se refiere al papel de la jurisprudencia en el sistema de las fuentes y que son representativas de este contexto dicho “posmoderno”.

Se trata, en fin, del papel que las “súmulas” –que son razonamientos judiciales cristalizados por los tribunales brasileños– comienzan a tomar en el sistema procesal. Muchas veces, (como ocurre en el caso de la Justicia Laboral, como se ve en el art. 896 de la *Compilación de las leyes del trabajo*), la existencia de una súmula sobre determinada materia implica que el recurso manejado contra una decisión de un Tribunal Regional del Trabajo (que esté de acuerdo con el contenido de esta súmula) podrá simple-

mente no ser conocido por el Tribunal Superior del Trabajo.<sup>16</sup> En otros términos, la existencia de la sùmula torna lícita la decisión del juez de denegar seguimiento al recurso (sea un recurso de revisión, sea recurso de embargos, sea agravio de instrumento), impidiendo con eso, en la práctica, que la decisión pueda ser eventualmente revalorada por la Alta Corte laboralista brasileña o por la Corte Suprema (o Supremo Tribunal Federal). Vale decir: como si no existiera una ley específica sobre la materia, un razonamiento jurisprudencial dentro de una sùmula, podrá tener la fuerza de sepultar una discusión judicial por el simple hecho de que la tesis en debate no esté en conformidad con el razonamiento jurisprudencial de la sùmula. Como se puede percibir, las sùmulas (que son expresiones de razonamientos jurisprudenciales consolidados) acaban por tener un efecto procesal importante y decisivo para las controversias que envuelvan materia de sùmulas, lo que obviamente acaba por tener un efecto práctico, en forma de “cascada”, en las instancias judiciales inferiores, que terminan decidiendo de acuerdo con las sùmulas.

Todavía, la señal más radical de estos cambios ocurre con la reciente Enmienda Constitucional número 45, de 8 de diciembre de 2004, que instituyó en sede constitucional las “sùmulas vinculantes”. De hecho, la nueva redacción del art. 103–A de la Constitución de la República Brasileña, permite que el Supremo Tribunal Federal, por decisión de dos tercios de sus miembros, apruebe sùmulas que tenían el efecto de vincular las decisiones de los

---

<sup>16</sup> Así por ejemplo la disposición § 5o. del art. 896 de la Compilación de Leyes del Trabajo: “Estando la decisión recogida en consonancia con el enunciado de la Sùmula de jurisprudencia del Tribunal Superior del Trabajo, podrá el Ministro Relator, indicándolo, negar el seguimiento al Recurso de Revisión, a los Embargos o al Agravio de Instrumento.”



demás órganos judiciales y también de la administración pública. En caso de desobediencia al contenido de las sùmulas vinculantes, cabrá la Reclamación al Supremo Tribunal Federal, que entonces podrá cesar la decisión que contraríe su razonamiento, para anular el acto administrativo hecho en inconformidad con el razonamiento judicial.

Obviamente que en un sistema legal que presenta lagunas y en una Constitución que se presenta con espacios abiertos y variados de interpretación, esta disposición claramente da al Supremo Tribunal Federal la posibilidad de crear normas y no sólo pronunciarse sobre situaciones en que haya “controversia hermenéutica” entre los Tribunales.

Concluyendo, se ve, por tanto, en el sistema brasileño, el advenio de un nuevo momento en el sistema de fuentes en que, de cierta manera, existe una nueva vida de la jurisprudencia. La vieja jurisprudencia despreciada por el Estado de derecho clásico renace para dejar de ser la mera expresión automática y aséptica de la *mens legis* y retornar a ejercer un papel central y creativo en el sistema de fuentes formales del derecho.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo (orgs.), *Lo Stato di diritto: storia, teoria, critica*, Milano, Feltrinelli, 2002.

FIORAVANTI, Mauricio, “Stato e costituzione” en FIORAVANTI, Maurizio (org.), *Lo Stato Moderno in Europa: istituzioni e diritto*. Roma/Bari, Laterza, 2002.

GROSSI, Paolo, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2001.

\_\_\_\_\_, *Prima lezione di diritto*, Roma/Bari, Laterza, 2003

\_\_\_\_\_, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998.

HESPANHA, António M., "Lei e justiça: história e prospectiva de um paradigma" en HESPANHA, A. M. (org), *Justiça e litigiosidade: história e prospectiva*, Lisboa, fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

\_\_\_\_\_, *História das Instituições: medieval e moderna*, Coimbra, Almedina, 1982.

\_\_\_\_\_, "Por que é que existe e em que é que consiste um direito colonial brasileiro" en *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 35, T. I, anno 2006.

NOVAES, Fernando, *Portugal e Brasil na crise do antigo sistema colonial (1777-1808)*, São Paulo, Hucitec, 2001.

WEHLING, Arno y WEHLING, Maria José, "A questão do direito no Brasil colonial: a dinâmica do direito colonial e o exercício das funções judiciais" en NEDER, Gizlene, *História & direito: jogos de encontros e transdisciplinarietà*, Río de Janeiro, Revan, 2007.

# La trascendencia de la jurisprudencia en el andamiaje de la suspensión

José Manuel de Alba de Alba \*

Sumario: 1. Introducción; 2. La posición de la doctrina mexicana respecto a la jurisprudencia como fuente del derecho; 3. La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como fuente integradora del sistema jurídico mexicano; 4. Conclusión; 5. Bibliografía.

## 1. INTRODUCCIÓN

Hay quienes sostienen que la jurisprudencia como fuente del derecho es un error y una contradicción, ya que si la jurisprudencia creara normas de validez general estaría investida de poder legislativo; asimismo, que no puede tener más alcance que el de ser un instrumento meramente interpretativo, que no puede introducir elementos que enriquezcan al sistema normativo.

En el presente trabajo se pretende demostrar que la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, juega un papel destacado, como fuente de derecho, la cual ha sido factor indiscutible en la integración y enriquecimiento de la Ley de Am-

---

\* Magistrado del Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Séptimo Circuito.

paro, en especial en lo relativo a la suspensión, ya que ha producido el andamiaje que la soporta, así como determinado los paradigmas sobre los que descansa, como se puede constatar, en relación con la apariencia del buen derecho, que en un principio se negaba su introducción como elemento de la suspensión, para finalmente incorporarlo; por lo que se hará un análisis de las corrientes doctrinarias que contendieron en ese sentido, sus repercusiones en la jurisprudencia y la importancia de haberse reconocido finalmente su existencia como elemento necesario para el otorgamiento de la suspensión.

## 2. LA POSICIÓN DE LA DOCTRINA MEXICANA RESPECTO A LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DE DERECHO

La doctrina mexicana se muestra casi uniforme en considerar a la jurisprudencia como una fuente importante del derecho. La variación que existe entre doctrinarios es respecto de su clasificación dentro de las fuentes del derecho, ya que hay quienes la identifican como fuente formal, mientras otros la consideran fuente material; o bien, aquellos que estiman que es fuente directa del derecho, en tanto que otros argumentan que se trata de una fuente indirecta.<sup>1</sup>

Dentro de la doctrina mexicana se han sustentado dos argumentos que tienden a justificar el carácter de fuente formal de la jurisprudencia.

1. Es fuente formal la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación a través de la Suprema Corte de Justicia

---

<sup>1</sup> Poder Judicial de la Federación, *La Jurisprudencia en México*, SCJN, México, 2002, p. 310.

de la Nación, cuando funciona en Pleno o en Salas, y por los Tribunales Colegiados de Circuito, ya que forma parte del ordenamiento jurídico mexicano, al estar reconocida por la Constitución en su artículo 94, párrafo once, y ser obligatoria en términos de los artículos 192 a 197 B de la Ley de Amparo, y surgir de un proceso revestido de forma.

2. La jurisprudencia es una fuente formal del derecho, toda vez que los tribunales, al interpretar o al integrar, introducen nuevos elementos que enriquecen el sistema normativo. Se dice que la jurisprudencia introduce nuevos elementos al sistema jurídico, porque la actividad jurisdiccional consistente en la determinación de la norma aplicable, y la constatación de los hechos con su calificación jurídica por el Juez, necesariamente produce una nueva norma, cuyo contenido no es idéntico al de la norma inicialmente interpretada. De esta forma, el ordenamiento jurídico, que antes de la jurisprudencia es incompleto, después de ella es un todo completo, pero no cerrado, que se renovará por medio de ésta. Además de la hipótesis anterior, la jurisprudencia puede modificar el ordenamiento jurídico, ya que tiene la facultad de pronunciarse sobre la constitucionalidad o legalidad de preceptos de derecho o de actos de autoridad.

La jurisprudencia establecida por el Poder Judicial de la Federación es una fuente material del derecho, toda vez que crea disposiciones generales y obligatorias que no pueden ser consideradas normas fundamentalmente legales, toda vez que no provienen del Poder Legislativo.

Es fuente interpretativa del derecho, ya que fija el sentido y el alcance de una norma legal, al desentrañar el espíritu del legislador al crearla. La peculiar labor creadora de la jurisprudencia consiste en el vínculo que existe entre la actividad jurisdiccional, que descansa en la razón, y el juicio de valor de los órganos del Poder Judicial, al confirmar lo expresado en la ley

o al desentrañar su sentido y determinar el bien jurídico tutelado por la norma; y su estrecha relación con las cuestiones controvertidas que le son sometidas. Un extremo de su consideración, como fuente interpretativa, lo encontramos con Rafael de Pina Milán, quien considera que la función de la jurisprudencia no es la de crear derecho, sino la de interpretar el que ha sido formulado por el legislador.

Es fuente directa del derecho cuando el contenido de la tesis jurisprudencial no es simplemente interpretativo, sino integrador, es decir, cuando el caso concreto no está previsto en la ley, porque resulta evidente que ésta no puede prever todas las inestables situaciones de la vida diaria y reglamentarlas en su debida forma; por ello, es preciso que el Juez, en su decisión, cubra las insuficiencias de la ley y sea fuente directa del derecho para cada caso concreto.

Se puede afirmar que, no obstante las diferentes clasificaciones de la jurisprudencia como fuente del derecho dentro de la doctrina mexicana, ésta se muestra reiterativa al considerar que la jurisprudencia es una importante fuente del derecho que enriquece el ordenamiento jurídico mexicano, pero que no crea normas legales.<sup>2</sup>

### 3. LA JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN COMO FUENTE INTEGRADORA DEL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO

Se podrá especular respecto al carácter de fuente de derecho de la jurisprudencia mexicana, pero en la práctica, no cabe duda que no sólo es intérprete o integradora, sino que es importante instrumento que enriquece el sistema normativo al introducir

---

<sup>2</sup> *Ibidem*, pp. 313 a 315.

nuevos elementos al sistema jurídico, e inclusive propiciar cambios en los paradigmas que sostienen algunas figuras, como ocurrió con el tema de la suspensión del acto reclamado, al introducir como elementos para obtener la suspensión, la apariencia del buen derecho y la urgencia en la medida, la cual constituyó un cambio “Copérnico” en su estructura.

En efecto, en México, en la fracción X del artículo 107 de la Constitución y en la Ley de Amparo se encuentra establecida la figura de la suspensión, la cual ha sido abordada por la doctrina desde diferentes perspectivas y que podemos reducir en dos grupos:

[la] que niega que la suspensión en el amparo responda a la naturaleza de las medidas cautelares o por lo menos, no están de acuerdo que a la suspensión le sean aplicables algunos de los principios que la teoría jurídica le atribuye a la tutela cautelar; particularmente en lo que se refiere a los efectos jurídicos que produce la medida, así como a los criterios materiales de decisión, relativos al estudio que con carácter provisional y previo se hace de la posible inconstitucionalidad o ilegalidad del acto reclamado para acordar la medida suspensiva, es decir, el FUMUS BONI IURIS,<sup>3</sup>

[y la que sostiene] que la suspensión del acto reclamado en el amparo responde a la naturaleza de las medidas cautelares.<sup>4</sup>

Entre los autores que niegan la aplicación de los principios de las medidas cautelares, encontramos al Dr. Ignacio Burgoa

<sup>3</sup> GONZÁLEZ CHÉVEZ, Héctor, *La suspensión del acto reclamado en amparo desde la perspectiva de los principios de las medidas cautelares*, Porrúa, México, 2006, p. 132.

<sup>4</sup> *Idem*.

Orihuela y al Maestro Romeo León Orantes, a los que podemos identificar como corriente avalorada-abstracta, ya que parten de una interpretación gramatical semántica de las normas que regulan la suspensión. Se considera avalorada ya que niegan cualquier asomo al fondo del asunto, y por ende no toman en cuenta si el acto es probablemente inconstitucional, y abstracta, por el hecho de que al no echar un vistazo a la violación alegada, los actos reclamados se analizan de una forma impersonal por no tomar en cuenta las particularidades del quejoso ni del problema.

Por otro lado, encontramos a autores como Ricardo Couto, Héctor Fix Zamudio, Genaro Góngora Pimentel y Héctor González Chévez, que sostienen la aplicación de la teoría general de las medidas cautelares y la relacionan con la suspensión en el amparo, la que denominaremos como corriente valorada-concreta; esto por partir de una interpretación funcional de las disposiciones referentes a la suspensión; estimándose valorada, ya que, al partir de que en la suspensión se puede hacer un estudio provisional de la constitucionalidad del acto reclamado, ya no se verá a éste de manera abstracta sino real, atendiendo al caso que se está poniendo en estudio.

Ahora bien, para explicar cómo un hecho se ve de forma avalorada-abstracta o valorada-concreta, basta con poner un ejemplo:

Supongamos que se presenta una carrera de 400 metros planos, la cual se va a llevar a cabo entre un hombre y una mujer; si le preguntan a una persona –sin darle más datos que los mencionados–, sobre quién puede ser el probable ganador de la con-



tienda, el sentido común la llevaría a contestar que el hombre es el que tiene más posibilidades de ganar.

A lo anterior le llamaremos una visión avalorada-abstracta del problema, ello por la falta de datos específicos para resolverlo, en la que sólo atiende a los conceptos (de hombre y mujer) en forma genérica y a los prejuicios que sobre el tema tenga el individuo a quien se le plantea la cuestión, así como a su sentido común.

Sin embargo, cuál sería la opinión del encuestado si contara con la siguiente información:

La mujer mide 1.80 metros de estatura, pesa 60 kilos, nació en Nogales, Sonora, tiene 26 años de edad, ha sido campeona mundial y olímpica, y se llama Ana Gabriela Guevara. El hombre a quien enfrenta mide 1.65 metros, pesa 75 kilos, nació en Monterrey, Nuevo León, tiene 35 años, conducía el programa de televisión "Otro Rollo", y se llama Adal Ramones.

No cabe duda que con tales datos el pronóstico se inclinaría hacia el triunfo de la mujer.

A lo anterior, lo identificaremos como visión valorada-concreta del problema ya que conocemos las características de los contendientes, lo que nos permite una valoración concreta del caso.

Si trasladamos al derecho el ejemplo narrado, y en especial a la suspensión en el amparo, resultaría de gran trascendencia pues cambia el esquema que se había elaborado en relación

a la suspensión, ya que en torno a la corriente abstracta-desvalorada existía un andamiaje jurisprudencial que se sustentaba en tal visión y dio lugar a jurisprudencias que enfática y tajantemente determinan que para resolverse la suspensión no se puede estudiar el fondo del amparo como la siguiente:

**SUSPENSIÓN, MATERIA DE LA. DIFIERE DE LA DEL JUICIO.**

Al resolver sobre ella no pueden estudiarse cuestiones que se refieran al fondo del amparo.<sup>5</sup>

Derivado del anterior criterio, también encontramos que, la jurisprudencia de la Suprema Corte se encargó de hacer hincapié en que la suspensión mantiene las cosas en el estado en que se encuentran y no restituye, ya que eso sólo es propio de la sentencia de amparo, y al efecto se pronunció en los siguientes términos:

**SUSPENSIÓN, EFECTOS DE LA.**

Los efectos de la suspensión consisten en mantener las cosas en el estado que guardan al decretarla y no en invalidar lo actuado hasta ese momento, pues esto sería darle a la suspensión señalada efectos restitutorios, lo que es materia exclusiva de la sentencia de fondo en el juicio de amparo, cuando se concede la protección constitucional.<sup>6</sup>

Como consecuencia de la anterior línea de razonamiento, esto es, que en la suspensión no se puede estudiar provisional-

<sup>5</sup> Tesis jurisprudencia 1184, Apéndice de 1995, Tomo VI, Parte HO, Quinta Época, Primera Sala, p. 806, registro IUS: 395,139.

<sup>6</sup> Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, II Segunda Parte, Séptima Época, Primera Sala, p. 45, Registro IUS: 236,958.

mente el fondo del asunto y que sólo tiene efectos suspensivos y no restitutorios que son propios de la sentencia, la Suprema Corte es congruente al establecer que contra los actos negativos se debe negar la suspensión, y al respecto se emitieron los siguientes criterios:

**ACTOS NEGATIVOS.**

Contra ellos es improcedente conceder la suspensión.<sup>7</sup>

**ACTOS NEGATIVOS.**

En la Ley de Amparo no se encuentra ninguna disposición que establezca que debe negarse la suspensión, cuando el acto reclamado es prohibitivo o negativo; pero la jurisprudencia de la Corte ha sido constante en el sentido de que la suspensión no procede contra actos que tienen ese carácter, porque la suspensión como su nombre lo indica, paraliza y detiene, mientras se tramita el amparo, la acción de la autoridad responsable, y si se concediera la suspensión contra actos prohibitivos, no tendría ya los efectos de mantener las cosas en el estado en que se encuentran, sino que los retrotraerían al estado en que se encontraban antes de dictarse la prohibición, efectos que sólo puede tener la sentencia que se dicte en cuanto al fondo del amparo.<sup>8</sup>

Con la continuación de la tendencia argumentativa, delineada por la Suprema Corte de Justicia, en el sentido de que la suspensión no tiene efectos restitutorios por ser exclusivos de la sentencia, surgieron criterios que negaban la suspensión cuan-

<sup>7</sup> Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, LXXIV, Quinta Época, Primera Sala, p. 4203, Registro IUS: 308,100.

<sup>8</sup> Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, XX, Quinta Época, Pleno, p. 1058, Registro IUS: 282,309.

do se trata de actos consumados y a manera de ejemplo tenemos el siguiente:

**ACTOS CONSUMADOS.**

Contra los actos ya consumados, es improcedente conceder la suspensión, porque se le darían efectos restitutorios, que son propios de la sentencia que se dicta en cuanto al fondo del amparo.<sup>9</sup>

De los criterios jurisprudenciales transcritos anteriormente se puede apreciar que, para efectos de la suspensión, se hizo una clasificación abstracta y avalorada de actos reclamados suspendibles, tomando en cuenta sólo elementos objetivos del acto e ignorando cualquier indicio valorativo del mismo.

Por otro lado, es importante destacar que, bajo la tendencia de negar la posibilidad de hacer una apreciación de carácter provisional de la inconstitucionalidad del acto reclamado en la suspensión, el análisis para la procedencia de dicha medida caucional se hace en forma abstracta y avalorada, y en esa posición el acto reclamado se confronta contra el orden público y el interés social, sin importar, por ende si el acto de autoridad impugnado es constitucional o no, ya que no se considera trascendente ese aspecto sino únicamente el que el orden público y el interés social se vean favorecidos con su cumplimiento, por lo que en esa línea de pensamiento se emitieron varios criterios para negar la suspensión, como el siguiente:

---

<sup>9</sup> Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, XXV, Quinta Época, Primera Sala, p. 1877, Registro IUS: 365,887.

**PRECIOS OFICIALES. SUSPENSIÓN IMPROCEDENTE.**

El acuerdo por el cual se fijan precios oficiales a los artículos de primera necesidad, persigue un beneficio común, evitar un mal público, satisfacer una necesidad colectiva y proteger a los consumidores de bienes de consumo necesario, por lo que, con fundamento en el artículo 124, fracción II, de la Ley de Amparo, la suspensión debe negarse, pues de lo contrario se causaría perjuicio al interés social.<sup>10</sup>

Ahora bien, a partir de 1996, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación decidió que para resolver sobre la suspensión es factible hacer una apreciación de carácter provisional de la inconstitucionalidad del acto reclamado, emitiendo la jurisprudencia 15/96 localizable bajo el número de registro IUS 200,136 en la que incorpora de manera destacada como elementos que se deben satisfacer para otorgar la suspensión, la apariencia del buen derecho y el peligro en la demora.

Como consecuencia de lo anterior se inicia el camino para conceder la suspensión en casos que anteriormente se consideraran vedados, como lo era el darle efectos a la suspensión para que procediera en casos de clausura, como se aprecia de la jurisprudencia identificada con el registro 200,137.

Se dice que es un cambio “Copérnico”, ya que transformó el modelo de paradigma en que se sustentaba la suspensión en el juicio de amparo, provocando que se fracturara el andamiaje jurisprudencial que se había elaborado en torno al mismo, y así

---

<sup>10</sup> Tesis aislada, Semanario Judicial de la Federación, 109-114, Sexta Parte, Séptima Época, Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, p. 161, Registro IUS: 252,518.

tenemos que ahora se habrán de agregar los elementos jurisprudenciales de “apariencia del buen derecho” y “urgencia en la medida” a los elementos legales que contempla la Ley de Amparo en su artículo 124, para otorgar la suspensión como lo son: que lo solicite el agraviado, que no se siga perjuicio al interés social, ni al orden público, y que sean de imposible reparación.

El cambio de paradigma deberá obligar a la jurisprudencia a elaborar un método de prelación de dichos elementos, así como reformular los principios de ponderación del interés particular contra el orden público y el interés social, como pudiera suceder en el caso de una orden militar, que si se ve de manera avalorada-abstracta, se tendría que negar, pues en esa perspectiva, sólo se observa un acto emanado de las fuerzas armadas; en cambio, si se parte de una visión valorada-concreta se puede advertir que existe la posibilidad de ser una orden militar emitida en relación con una cancelación de una pensión por viudez, que hubiere sido pronunciada por una autoridad incompetente, lo que seguramente daría lugar a una decisión diferente.

#### 4. CONCLUSIÓN

Con todo lo anterior, quedó patente la innegable importancia de la jurisprudencia como fuente del derecho en el sistema jurídico mexicano, y el enriquecimiento que hace al sistema normativo, aportando nuevos elementos a éste, en especial al caso de la suspensión, institución que no se puede entender sin las aportaciones jurisprudenciales en ese campo, ya fuera en el sentido avalorado-abstracto o valorado-concreto.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

AZUELA, Mariano, "Introducción" en COUTO, Ricardo, *Tratado Práctico de la Suspensión en el Amparo*, 4a. edición, Porrúa, México, 1993.

BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *El Juicio de Amparo*, Porrúa, México, 1991.

CASTRO y CASTRO, Juventino V., *La suspensión del acto reclamado en el Amparo*, Porrúa, México, 2006.

\_\_\_\_\_, *Garantías y Amparo*, Porrúa, México, 1991.

COUTO, Ricardo, "Tratado teórico práctico de la suspensión en amparo" en GÓNZALEZ, CHÉVEZ, Héctor, *La suspensión del acto reclamado en amparo, desde la perspectiva de las medidas cautelares*, Porrúa, México, 2006.

FIX-FIERRO, Héctor, *Tribunales, justicia y eficiencia*, UNAM, México, 2006.

FIX-ZAMUDIO, Héctor, *El Juicio de Amparo*, Porrúa, México, 1964.

\_\_\_\_\_, *Introducción al Estudio de la Defensa de la Constitución en el Ordenamiento Mexicano*, Centro de Estudios Constitucionales, México-Guatemala, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 1998.

\_\_\_\_\_, *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano*, Porrúa, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1983.

GÓNGORA PIMENTEL, Genaro, “La apariencia del buen derecho en la suspensión del acto reclamado” en Suprema Corte de Justicia de la Nación, *La Actualidad de la Defensa de la Constitución*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1997.

\_\_\_\_\_, *La suspensión en materia administrativa*, Porrúa, México, 1999.

GONZÁLEZ CHÉVEZ, Héctor, *La suspensión del acto reclamado en amparo desde la perspectiva de los principios de las medidas cautelares*, Porrúa, México, 2006.

LEÓN ORANTES, Romeo, *El Juicio de Amparo*, Ed. Constanca, México, 1951.

MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos, *Las medidas cautelares en el proceso civil*, Porrúa, México, 2004.

NAVA MALAGÓN, Pedro Alberto, en su intervención en la obra del Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Derecho Procesal Constitucional*, Porrúa, México, 2001.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Amparo – Mariano Azuela Rivera*, Colección Apuntes de las Clases Impartidas por Ilustres Juristas del Siglo XX, SCJN, Tomo 2, México, 2006.



# La jurisprudencia como obligación y no como opción

Rafael Remes Ojeda \*

Sumario: 1. Introducción; 2. Desarrollo del tema; 3. Conclusiones; 4. Bibliografía.

## 1. INTRODUCCIÓN

**E**ste Primer Simposio Internacional de Jurisprudencia organizado por mi Alma Mater, la Universidad Cristóbal Colón, en coordinación con la Casa de la Cultura Jurídica en esta ciudad, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de nuestro país, así como con el Centro de Capacitación Judicial Electoral del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, y del Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y de Promoción y Difusión de la Ética Judicial, resulta una magnífica ocasión para tratar un tema relacionado con la jurisprudencia como lo es el de su obligatoriedad, apoyado en mi experiencia de casi veinte años en el ámbito de esa jurisdicción federal, y en el planteamiento de un caso concreto de la práctica jurisdiccional.

---

\* Magistrado del Segundo Tribunal Unitario del Séptimo Circuito.

Se planteará ese caso concreto en particular, que ha sido resuelto de dos distintas maneras, y se analizarán sus implicaciones conforme con lo que establece la ley y la propia jurisprudencia.

Asimismo, en relación con ese caso, se abordará como concepto destacado lo relativo a la obligatoriedad de la jurisprudencia, así como las consecuencias que se pueden derivar de su observación o desacato.

Al final se harán unas conclusiones sobre el tema, incluyendo en ellas una respuesta fundada y motivada a ese planteamiento.

## 2. DESARROLLO DEL TEMA

El problema que se trata consiste en que en un determinado caso, el Juez de Distrito aplica una jurisprudencia de un Tribunal Colegiado de Circuito publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, que puede pertenecer o no a su jurisdicción, luego de verificar por la revisión de la publicación oficial y por otras vías, que no existe en esa publicación oficial un criterio contrario. Un Tribunal diverso, resuelve en el mismo sentido, con base en que el Juez debe aplicar la jurisprudencia por ser obligatoria y en que no existe una ejecutoria en contrario. Sin embargo, otro Tribunal al revisar el caso, y no compartir el criterio contenido en esa jurisprudencia, con apoyo en el artículo 196, fracción III, de la Ley de Amparo,<sup>1</sup> termina resolviendo el caso de diversa manera.

---

<sup>1</sup> "Artículo 196... III. Adoptar dicha tesis jurisprudencial en su resolución, o resolver expresando las razones por las cuales considera que no debe confirmarse el criterio sostenido en la referida tesis jurisprudencial..."

En cuanto a la jurisprudencia de los Tribunales Colegiados de Circuito, conviene recordar que por decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 de abril de 1968, se adicionó a la referida Ley de Amparo un artículo 193 bis,<sup>2</sup> consecuencia de las reformas que otorgaron competencia legal a los Tribunales Colegiados de Circuito para sentar jurisprudencia. El texto del párrafo primero de este numeral, condujo incluso a estimar que la jurisprudencia establecida por un Tribunal Colegiado de un determinado Circuito, no obligaba a otro a que perteneciera a un Circuito diferente.<sup>3</sup> Pero por reformas publicadas en ese mismo diario el 16 de enero de 1984, tal precepto se derogó, de modo que en el artículo 193 se fijó la obligatoriedad de la jurisprudencia de esos Tribunales Colegiados. La previsión de su jurisprudencia obligatoria se mantuvo; sin embargo, por reformas publicadas el 5 de mayo de 1988, la expresión “*en materia de su competencia exclusiva*” desapareció. Esto no significó que tales Tribunales pudieran sentar jurisprudencia sobre cualquier materia,<sup>4</sup> pero creó dudas sobre si esa institución obligaría a todos los tribunales y juzgados del país, con independencia de que se encontraran o no en el mismo Circuito del Colegiado que la hubiera integrado; en realidad, las reglas descritas en el artículo 196 invocado, fortalecen la validez nacional de las tesis juris-

---

<sup>2</sup> “Artículo 193 bis. La jurisprudencia que establezcan los Tribunales Colegiados de Circuito, en materia de su competencia exclusiva, es obligatoria para los mismos tribunales, así como para los Juzgados de Distrito, tribunales judiciales del fuero común, tribunales administrativos y del trabajo que funcionen dentro de su jurisdicción territorial...”

<sup>3</sup> *Cfr. Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, Vol. 82, 163-168, Sexta Parte, pp. 51 y 91. Registro IUS: 254,217. 255,081.

<sup>4</sup> *Cfr. GÓNGORA PIMENTEL*, Genaro, *Introducción al Estudio del Juicio de Amparo*, 7a. ed. México, Porrúa, 1999, p.613.

prudenciales de los tribunales citados, al posibilitar que las partes invoquen ante un Tribunal Colegiado la jurisprudencia establecida por otro.<sup>5</sup>

Cabe indicar que los Jueces de Distrito pueden aplicar tesis de los Tribunales Colegiados de Circuito que no constituyan jurisprudencia, pues no existe impedimento legal alguno, máxime que son su superior jerárquico y que por su propia naturaleza deben ser los que guíen y encaucen sus criterios a seguir en los asuntos de su competencia.<sup>6</sup> Igualmente, los Jueces pueden aplicar tesis aisladas de Tribunales Colegiados, aunque no pertenezcan al Circuito donde aquéllos se encuentren, puesto que el artículo 193 de la aludida ley reglamentaria no se desprende lo contrario; por tanto, si el Juez federal apoya su resolución en una tesis como la antes señalada, esto es, sustentada por un Colegiado con jurisdicción territorial diferente de donde se encuentre el juzgado, tal aplicación es correcta, en virtud de que si la jurisprudencia emitida por los Tribunales Colegiados de Circuito es obligatoria para todos los Jueces de Distrito, por analogía y mayoría de razón, puede ser aplicada por éstos, independientemente de que no pertenezcan a su Circuito, si la considera aplicable al caso concreto en particular, siempre que no sea contraria a una tesis de su propio Circuito.<sup>7</sup>

No obstante, aunque el indicado numeral 193 obligue a los Jueces de Distrito a acatar la jurisprudencia de los Tribunales

<sup>5</sup> Cfr. ROJAS CABALLERO, Ariel Alberto, *Las Garantías Individuales en México. Su interpretación por el Poder Judicial de la Federación*, México, Porrúa, 2002, p. 37.

<sup>6</sup> Cfr. *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, T. VII, mayo 1991, p. 315. Registro IUS: 223,078.

<sup>7</sup> Cfr. *Ibidem*, Octava Época, T. XV-I, febrero 1995, p. 278. Registro IUS: 209,186.

Colegiados de Circuito, la hipótesis contenida en ese precepto sólo se actualiza cuando no existe un criterio contrario sustentado por otro de esos tribunales, porque entonces tales juzgadores aplicarán la tesis que más se adecue a su opinión jurídica, dado que, como ambas le son obligatorias según esa disposición y no pueden aplicarse simultáneamente por su contradicción, su decisión debe ajustarse al criterio más acorde con su opinión. Esto no acarrea inseguridad jurídica para el justiciable, pues el diverso artículo 197 de la Ley de Amparo, permite que la Suprema Corte de Justicia de la Nación resuelva las contradicciones entre tesis discrepantes sustentadas por los Tribunales Colegiados.<sup>8</sup>

Concomitante a lo anterior, debe precisarse que los sistemas de integración de la jurisprudencia no exigen, como requisito para su obligatoriedad, la redacción, control y difusión de las tesis jurisprudenciales. Para que se produzca una jurisprudencia por reiteración de los Tribunales Colegiados de Circuito solamente bastan cinco criterios coincidentes, no interrumpidos por otro en contrario, es decir, en ningún caso se contempla que además de este procedimiento, la jurisprudencia requiera la redacción de una tesis, así como su control y publicación.<sup>9</sup>

Por otra parte, es pertinente hacer referencia del fundamento del principio de obligatoriedad de la jurisprudencia. El artículo 94, párrafo octavo, de la Constitución Federal, establece que la jurisprudencia que establezcan los tribunales del Poder Judicial

---

<sup>8</sup> *Cfr. Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, T. VI y V, Segunda Parte-1, julio a diciembre y enero a junio 1990, pp. 188 y 273. Registro IUS: 224,557 y 225,786.

<sup>9</sup> *Cfr. Ibidem, y su Gaceta*, 2a./J.11/2002. Novena Época, T. XV, febrero 2002, p. 41. Registro IUS: 187,773.

de la Federación sobre interpretación de esa Ley Fundamental, leyes y reglamentos federales o locales y tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano, será obligatoria, reservando el detalle sobre los principios y destinatarios de tal vinculación a una ley reglamentaria. Esta pauta constitucional por sus características, inclusive bien podría considerarse como una obligación con fines de un buen gobierno.<sup>10</sup> Además, pretende evitar la inconmensurabilidad<sup>11</sup> del universo de las decisiones judiciales posibles, buscando que cuando menos esto no exista respecto de temas definidos por jurisprudencia.

Esa ley que reglamenta la aludida obligación es la Ley de Amparo, específicamente en los artículos 192 y 193 en los que detalla un orden lógico descendente y jerárquico de los órganos jurisdiccionales facultados para establecer la jurisprudencia, desde la cúpula que es el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sus Salas, hasta los Tribunales Colegiados de Circuito, para luego relacionar a los restantes órganos jurisdiccionales federales y locales como destinatarios de esa jurisprudencia. El principio de obligatoriedad exige que siempre que un criterio de decisión judicial constituya jurisprudencia, sea aplicado con el objeto de proporcionar seguridad jurídica al gobernado con respecto de ese criterio que se va a utilizar y con la finalidad de uniformar criterios para casos análogos.<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> Dentro de la clasificación de obligaciones que derivan de la Constitución, destacan las obligaciones de buen gobierno, cuyos destinatarios son las autoridades. *Cfr.* ASIS ROIG, Rafael, *Deberes y Obligaciones en la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 272-274.

<sup>11</sup> *Cfr.* KUHN, Thomas, *What are Scientific Revolutions?, Commensurability, Comparability, Communicability; Rationality and Theory of Choice*, trad. de Romo Ferito, José, *¿Qué son las revoluciones científicas? Y otros ensayos*, Paidós, Ibérica, S.A., 1995, pp. 95 y ss.

<sup>12</sup> El Ministro José Ramón Cossío Díaz afirma que el sentido mismo de la obligatoriedad de la jurisprudencia se da en el hecho de que la totalidad de los tribunales del país acaten

Dentro de las consecuencias de la inaplicación de la jurisprudencia, en el contexto del derecho procesal, se encuentra una especie de violación a las garantías de legalidad y debido proceso contenidas en el párrafo segundo del artículo 14 de la Constitución Federal, dado que con ello se inobservaría una formalidad esencial prevista en una norma expedida con anterioridad al hecho; en concreto, no se cumpliría con esa obligación consignada en los referidos numerales 192 y 193 reglamentarios. A su vez, se infringiría la garantía de seguridad jurídica en su expresión genérica derivada de los artículos 14 y 16 constitucionales, que exigen de las autoridades el fundar y motivar sus actos para dar certeza a los gobernados con respecto del acto de autoridad que han emitido; dicho de otra manera, si el órgano jurisdiccional está obligado constitucionalmente a resolver en determinado sentido con motivo de una jurisprudencia obligatoria concreta, se excluye la posibilidad legal de asumir otra decisión, y proceder de manera contraria sin que se justifique jurídicamente, implicaría que su resolución estaría mal fundada y motivada, además de que violaría la garantía de seguridad jurídica por tratarse de una decisión en diverso sentido del único que seguramente podía y debía asumir.

Por añadidura, esa obligatoriedad persigue el cumplimiento de los principios constitucionales de justicia pronta, completa e imparcial contenidos en el artículo 17 de esa Ley Fundamental, pues qué litigio más pronto podría ser aquel que llegado el momento de sentenciar, el juzgador no tiene que dejar pasar el tiempo para

---

el contenido de la establecida por la Corte, bajo dos tipos de mecanismos coercitivos o "amenazas": "... que los titulares de los órganos que no la acaten sean sancionados, o que las resoluciones que dicten sean invalidadas..."

reflexiones de la decisión, en virtud de que ya está definida por un criterio obligatorio; o qué forma de justicia más completa, que aquella que deriva no de un caso similar aislado, sino de varios análogos y de un estudio concienzudo y reiterado; o qué mayor imparcialidad puede exigirse de un juzgador que la aplicación de un único criterio definido sobre el tema, donde ya no sería posible atender a los intereses personales o particulares de él mismo o de las partes.

En esa tesitura, ninguna autoridad jurisdiccional está relevada de la obligación constitucional de conocer la jurisprudencia y aplicarla a casos concretos, lo que significa que deben estar en permanente análisis y seguimiento.<sup>13</sup>

La responsabilidad y el control de la decisión judicial representan un tema que además de involucrar los aspectos antes señalados, incide en aspectos profesionales, civiles, penales, disciplinarios o administrativos, hasta políticos y sociales, debiendo por ello establecerse consecuencias jurídicas en todos esos aspectos.<sup>14</sup> Ni siquiera la propia función jurisdiccional serviría como elemento de la norma para eximir de la noción de ilicitud y lesión a los valores últimos del ordenamiento regulador de la jurisprudencia.<sup>15</sup>

La no aplicación y desconocimiento de la jurisprudencia pueden dar lugar a distintos tipos de responsabilidad: administrativa, civil y penal.

<sup>13</sup> *Cfr. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, T. XII, agosto 2000, p. 364. Registro IUS: 191,306.

<sup>14</sup> *Cfr. RENTERÍA, Adrián, Discrecionalidad Judicial y Responsabilidad*, 2a. ed., Distribuciones Fontamara y Universidad Autónoma de Chihuahua, México, 2002, pp. 127-208.

<sup>15</sup> *Cfr. ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, Ilícitos Atípicos. Sobre el abuso del Derecho, el Fraude a la Ley y la Desviación del Poder*, Trotta, Madrid, España, 2000, pp. 20 y 21.



La primera cuando se demuestra que con el desconocimiento e inaplicación de la jurisprudencia se realizó la función jurisdiccional de manera ineficiente, y desde luego ilegal, como lo establecen los artículos 113 constitucional; 7, 8 fracciones I, III, XVII y XXIV, 13 y 14 de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, y otros ordenamientos de contenido análogo. Además, la inaplicación de la jurisprudencia, por las características de ésta y por su oportunidad en cuanto a la publicación o datos que revelen conocimiento por parte del juzgador, puede llegar a ser considerada notoria ineptitud.<sup>16</sup>

La segunda se presenta cuando se ocasionen daños y perjuicios a un particular con motivo de una decisión jurisdiccional emitida en forma diversa o contraria a una jurisprudencia que el órgano inexcusablemente tenía el deber de conocer, como lo disponen los artículos 1910, 1912, 1916, 1927, 1928 y 1934 del Código Civil Federal. Aunque es pertinente indicar en relación con este tipo de responsabilidad civil, que ello sólo resulta aplicable a asuntos anteriores al 1 de enero de 2005, en virtud de que en dicha fecha entró en vigor la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, que derogó el citado artículo 1927 de ese código sustantivo.

La tercera porque se incurre en los delitos de abuso de autoridad, y contra la administración de justicia cometidos por los servidores públicos, previstos y sancionados por los artículos 215, fracción IV, 225 fracciones V, VI VII y VIII, del Código Penal Federal.

---

<sup>16</sup> Cfr. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, T. XI y VI, marzo 2000 y octubre 1997, pp. 100, 101 y 188. Registro IUS: 192,150; 192,149 y 197,486.

También en esa no aplicación y desconocimiento de la jurisprudencia, tendría relevancia lo preceptuado por el Código de Ética del Poder Judicial de la Federación, en cuanto a uno de sus principios como es el *profesionalismo* referido al ejercicio responsable y serio de la función jurisdiccional. En ese rubro se dispone que el juzgador actualiza permanentemente sus conocimientos jurídicos estudiando, entre otros, los precedentes y jurisprudencia.<sup>17</sup>

Por otro lado, en cuanto a los momentos que determinan la obligatoriedad de la jurisprudencia, cabe decir que es evidente que nadie tiene el deber ante lo imposible, lo que significa que ningún órgano jurisdiccional está constreñido a aplicar la jurisprudencia si no la conoce, a esto se le denomina doctrinalmente “*regla de reconocimiento*” y este aspecto determina su validez jurídica.<sup>18</sup>

Sin embargo, el desconocimiento no puede ser perpetuo, de donde se sigue que existe un momento a partir del cual se presume legalmente que las autoridades jurisdiccionales tienen conocimiento de la jurisprudencia. Lo anterior, a partir de la publicación de ésta en el medio de difusión oficial que es el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, situación que emana del artículo 195, párrafo penúltimo, de la Ley de Amparo, en cuanto establece que dicho órgano de publicación deberá difundir mensualmente, en una gaceta especial, las tesis de jurisprudencia que reciba del Pleno y Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como de los Tribunales Colegiados de Circuito. Esto

<sup>17</sup> Cfr. *Código de Ética del Poder Judicial de la Federación*, México, 2004, p. 19.

<sup>18</sup> Cfr. HART HERBERT L.A., *The Concept of Law*, trad. de Carrió, Genaro, *El Concepto de Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1998, pp. 125-137.

no implica que la publicación sea el único factor determinante para efectos de la obligatoriedad, ni tampoco que no sea posible acudir e invocar la jurisprudencia antes de su publicación, máxime si se tiene presente que la jurisprudencia se sienta instantáneamente con el fallo del quinto precedente en el sistema de integración, o con la aprobación del proyecto por parte del Pleno o las Salas de ese Alto Tribunal, tratándose de la jurisprudencia por contradicción de tesis. Lo que ocurre es que tal *Semanario* no es el único mecanismo apto para poner en conocimiento de las autoridades jurisdiccionales el contenido y sentido de una tesis de jurisprudencia; al lado existen otros mecanismos alternativos de divulgación como son la remisión de las tesis vía oficios girados en términos del invocado numeral 195, fracción III; la consulta pública en el archivo del órgano habilitado para sentar jurisprudencia en términos de ese mismo precepto en la fracción IV; o bien la cita de jurisprudencia por las partes conforme con el dispositivo 196 de dicha legislación.

De todo ello se sigue que, aun cuando la tesis jurisprudencial no esté publicada en el referido medio de difusión oficial, si ésta ya es del conocimiento de la autoridad y se demuestra legalmente su existencia, no habrá razón alguna para dejar de aplicarla.<sup>19</sup>

La aplicabilidad de la jurisprudencia consiste en el acto por el cual el juzgador obligado a acatarla la observa para resolver un caso concreto. En febrero de 2003, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, resolvió que la aplicación de la jurisprudencia puede hacerse de modos diferentes. Existen

---

<sup>19</sup> Cfr. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, T. XII, agosto 2000, p. 363. Registro IUS: 191,399.

casos en que al aplicarla, el órgano hace suyas las razones contenidas en la tesis, como sucede cuando al examinar una de las cuestiones controvertidas se limita a transcribir su texto sin tener que expresar otras consideraciones; o cuando estudia el problema debatido con base en razonamientos propios, y los complementa o fortalece con la reproducción de alguna tesis jurisprudencial relativa al tema. Sin embargo, esto no ocurre si existe una jurisprudencia que establezca la inconstitucionalidad de la ley aplicada en el acto reclamado, pues en este supuesto el juzgador no examina el tema debatido y resuelto por aquélla, sino que simplemente la aplica porque le resulta obligatoria, sin importar que comparta o no sus razonamientos y sentido, es decir, en este caso el Juez de Distrito sólo ejerce su libertad de jurisdicción en la determinación relativa a si el caso concreto se ajusta o no a los supuestos que lleven a la aplicación de la jurisprudencia, pero no en el criterio adoptado en ésta.<sup>20</sup>

Como la creación jurisprudencial es de orden público y obligatoria, cuando a un caso concreto le sea aplicable una tesis jurisprudencial, porque los elementos de la controversia se ajustan al criterio que informa la tesis, su aplicación es inobjetable, aunque las partes no se hayan referido al criterio sustentado por la jurisprudencia aplicada. Sería ilegal la aplicación de una jurisprudencia si ésta no fuera acorde con los elementos del juicio donde se aplica, o bien, si se razonara en forma ilógica o incongruente para forzar su aplicación a un caso concreto.<sup>21</sup> En tal sentido, la fracción II

---

<sup>20</sup> Cfr. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, T. XVII, febrero 2003, p. 327. Registro IUS: 184,861.

<sup>21</sup> Cfr. *Ibidem*, Séptima Época, Vol. 16, Cuarta Parte, p. 19. Registro IUS: 242,326.

del párrafo segundo del artículo 196 de la Ley de Amparo, al prever el caso de que cualquiera de las partes invoque ante un Tribunal Colegiado la jurisprudencia de otro, dispone que el tribunal del conocimiento deberá cerciorarse de la aplicabilidad de la tesis.

Con todo, que toda tesis jurisprudencial sea obligatoria no implica necesariamente que su aplicación se realice *ipso facto*, es decir, al margen de las pretensiones que las partes deduzcan en el juicio y de las pruebas que aporten, dado que la invocación y, en su caso, aplicación de tales criterios obedece a la necesaria adecuación del caso a la prevención contenida en la jurisprudencia, y no a la inversa, lo que significaría someter a su molde lo que pudiera escapar de su contenido.<sup>22</sup>

Retomando el planteamiento del caso particular, consistente en que un determinado caso el Juez de Distrito para su solución aplica una jurisprudencia de un Tribunal Colegiado de Circuito publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, que puede pertenecer o no a su jurisdicción, luego de verificar que no existe en esa publicación oficial un criterio contrario, ni tampoco tiene conocimiento por otra vía de que exista. Un Tribunal diverso, resuelve en el mismo sentido, con base en que el Juez debe aplicar la jurisprudencia por ser obligatoria y de que no existe una ejecutoria en contrario. Sin embargo, otro Tribunal al revisar el caso, al no compartir el criterio contenido en esa jurisprudencia, con apoyo en el artículo 196, fracción III, de la Ley de Amparo, termina resolviendo simplemente el caso de diversa manera.

---

<sup>22</sup> Cfr. *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, T. XII, diciembre 1993, p. 897. Registro IUS: 214,096.

El Tribunal Colegiado de Circuito que ha resuelto en el primer sentido, lo ha sustentado en el contexto de que al ser la jurisprudencia obligatoria de acuerdo con los artículos 94, párrafo octavo, de la Constitución Federal, así como 192 y 193 de la Ley de Amparo, el Juez de Distrito de manera irremediable debe aplicarla, sin tener otra posibilidad legal, so pena de incurrir en un desacato constitucional y de las consecuencias apuntadas. Además, en el hecho de que ese mismo tribunal no tiene un precedente en contrario, ni existe uno publicado en el *Semanario Judicial de la Federación*, o que se tenga conocimiento por otra vía. Sin que en el caso tenga aplicación lo dispuesto por el artículo 196, párrafo segundo, fracción III, de la Ley de Amparo, que establece la posibilidad del Tribunal Colegiado del conocimiento de adoptar dicha tesis de jurisprudencia en su resolución, o resolver expresando las razones por las cuales considera que no debe confirmarse el criterio sostenido en esa tesis, pues no se trata del caso, como lo dispone el propio precepto legal, de que cualquiera de las partes invoque ante un Tribunal Colegiado la jurisprudencia establecida por otro, sino de la contenida como fundamento obligatorio en la decisión jurisdiccional del Juez de Distrito.

El Tribunal Colegiado que ha resuelto en el segundo sentido, lo apoya precisamente en el último precepto legal antes citado, al sostener que establece la posibilidad de adoptar dicha tesis jurisprudencial en su resolución, o resolver expresando las razones por las cuales considera que no debe confirmarse el criterio sostenido en esa tesis, sin hacer ninguna consideración respecto de la obligatoriedad y consecuencias que en principio tiene el Juez de Distrito de aplicar tal jurisprudencia en su decisión.

### 3. CONCLUSIONES

Como se ha visto, el planteamiento del caso particular ha conducido a dos distintas formas de resolución por parte de los Tribunales Colegiados de Circuito, cuando en una controversia el Juez de Distrito para su solución aplica una jurisprudencia de un Tribunal Colegiado de Circuito publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, que puede pertenecer o no a su jurisdicción, luego de verificar que no existe en esa publicación oficial un criterio contrario, ni tampoco tiene conocimiento por otra vía de que exista, basadas en una interpretación diversa del artículo 196 de la Ley de Amparo.

Tal divergencia parece resultar de la aplicación de un método de interpretación distinto en cada caso respecto de ese precepto legal, pues mientras el primero de los Tribunales Colegiados se apoya en uno teleológico funcional, el segundo en uno simplemente gramatical.

En un contexto del método teleológico funcional, lo contenido en esa disposición en su fracción III, que establece la posibilidad del Tribunal Colegiado de conocimiento de adoptar dicha tesis jurisprudencial en su resolución, o resolver expresando las razones por las cuales considera que no debe confirmarse el criterio sostenido en esa tesis, tiene sentido si se toma en cuenta antes lo relativo al principio de obligatoriedad de la jurisprudencia establecido en el artículo 94, párrafo octavo, de la Constitución Federal, cuya característica inclusive puede considerarse como una obligación con fines de buen gobierno, así como que pretende evitar la inconmesurabilidad del universo de las decisiones judi-

ciales, lo cual es reglamentado a su vez en los artículos 192 y 193 de la Ley de Amparo, en los que se detalla un orden lógico descendente y jerárquico de los órganos jurisdiccionales facultados para establecer jurisprudencia, entre ellos, los Tribunales Colegiados de Circuito, y relacionar a los restantes como destinatarios de esa jurisprudencia, entre los cuales se encuentran los Juzgados de Distrito.

Además, habría que considerar que la inaplicación de la jurisprudencia importaría una especie de violación de garantías de legalidad y debido proceso contenidas en el artículo 14 constitucional, dado que con ello se inobservaría una formalidad esencial prevista en una norma expedida con anterioridad al hecho, en particular con esa obligación consignada en los aludidos numerales 192 y 193; asimismo, se infringiría la garantía de seguridad jurídica en su expresión genérica derivada de ese precepto constitucional y su similar el 16, que exigen de las autoridades el fundar y motivar sus actos para dar certeza a los gobernados con respecto del acto de autoridad, lo que dicho de otra manera, si el órgano jurisdiccional está obligado constitucionalmente a resolver en determinado sentido con motivo de una jurisprudencia, excluye la posibilidad legal de asumir otra decisión, y proceder de manera contraria significaría que su resolución estaría mal fundada y motivada; de igual modo, como hemos dicho anteriormente, se incumpliría con los principios constitucionales de justicia pronta, completa e imparcial previstos en el artículo 17 de esa Ley Fundamental, puesto que ¿qué litigio más pronto podría ser aquél, que llegado el momento de sentenciar, el juzgador no tiene que dejar pasar el tiempo para reflexiones de la decisión, con motivo de que ya está definida por un criterio obligatorio?, o ¿qué forma



de justicia más completa, que aquélla que emana de varios casos análogos y de un estudio concienzudo y reiterado?, o ¿qué mayor imparcialidad que la aplicación de un criterio definido sobre el tema?

Asimismo, que la no aplicación y desconocimiento de la jurisprudencia pueden dar lugar a distintos tipos de responsabilidad, incluso una franca omisión a lo dispuesto por el Código de Ética del Poder Judicial de la Federación, específicamente al principio de profesionalismo referido al ejercicio responsable y serio de la función jurisdiccional.

En un contexto gramatical la interpretación de ese aludido artículo 193, fracción III, de la Ley de Amparo, conlleva a considerar tan solo la posibilidad del Tribunal Colegiado de conocimiento de adoptar dicha tesis jurisprudencial en su resolución, o resolver expresando las razones por las cuales considera que no debe confirmarse el criterio sostenido en esa tesis, pues es lo que se advierte de su texto, pero sin ponderar antes los aspectos apuntados que existen en relación con la jurisprudencia.

Una respuesta fundada y motivada a ese planteamiento, parece ofrecerla la primera de las soluciones señaladas por las consideraciones y fundamentos legales en que se apoya, desde luego en la medida en que no exista publicado en el *Semanario Judicial de la Federación* un criterio contrario a la jurisprudencia de que se trate, ni tampoco se tenga conocimiento por otra vía de que exista, dado que entonces el Juez de Distrito no estaría en principio obligado en el sentido de resolver conforme a la misma, y de ser así, la segunda de las soluciones propuestas tendría sentido en virtud de esa circunstancia.

No obsta para concluir, que como consecuencia de lo anterior, entonces podría sustentarse que en el caso de que exista jurisprudencia sin un criterio en contrario que apoya la resolución del Juez, el Tribunal Colegiado no puede modificar su decisión precisamente por esa obligatoriedad y sus consecuencias, pero tal tribunal puede en un momento e instancia diferentes abordar el estudio del criterio para adoptarlo o decidir en otro sentido expresando las razones por las cuales considera que no debe confirmarse, lo cual conduciría a la interrupción de la jurisprudencia como obligatoria y a que se decidiera la contradicción por la superioridad.

#### 4. BIBLIOGRAFÍA

ASÍS ROIG, Rafael, *Deberes y obligaciones en la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude a la ley y la desviación del poder*, Trotta, España, 2000.

*Código de Ética del Poder Judicial de la Federación.*

*Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.*

*Estudio sistemático de la Jurisprudencia*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2005.

GÓNGORA PIMENTEL, Genaro, *Introducción al juicio de amparo*, Editorial Porrúa, México, 1995.

GUDIÑO PELAYO, José de Jesús, “*Reflexiones en torno a la obligatoriedad de la Jurisprudencia.*”, *Ars Iuris, Revista del Instituto de Documentación e Investigación Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana*, Número 18, México, 1998.

HART, H.L.A., *El concepto del derecho*, (traducción de Genaro Carrió) Abeledo-Perrot, Argentina, 1998.

*Historia del amparo en México*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Coordinación General de Compilación y Sistematización de Tesis, México, 2000.

*Ius 2007*, Suprema Corte de Justicia de la Nación. México.

KUHN, Thomas, *What are Scientific Revolutions?, Commensurability, Comparability, Communicability; Rationality and Theory of Choice*, (trad. DE ROMO FERITO, José), *¿Qué son las revoluciones científicas? Y otros ensayos*, Ediciones Paidós, Ibérica, S.A., 1995,

*La jurisprudencia su integración*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2004.

*La jurisprudencia: Su conocimiento y forma de reportarla*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2005.

LARA GUADARRAMA, Mauricio, *Análisis crítico de la jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2007.

*Las Épocas del Semanario Judicial de la Federación*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2001.

*Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.*

RENTERÍA, Adrián, *Discrecionalidad judicial y responsabilidad.* Distribuciones Fontamara y Universidad Autónoma de Chihuahua, México, 2002.

ROJAS CABALLERO, Ariel Alberto, *La jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación,* Editorial Porrúa, México, 2005.

\_\_\_\_\_, *Las garantías individuales en México. Su interpretación por el Poder Judicial de la Federación,* Editorial Porrúa, México, 2002.

SAUCEDO ZAVALA, María Guadalupe, *Ley de Amparo, Doctrina jurisprudencial,* Editorial Porrúa, México, 1996.

*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Suprema Corte de Justicia de la Nación, México.

# El sistema mexicano de difusión de la jurisprudencia a través de la redacción de tesis y la base de datos del IUS

Ariel Alberto Rojas Caballero \*

Sumario: 1. Introducción. 2. Partes de una tesis. 3. Tesis aislada o precedente y tesis de jurisprudencia o simplemente "jurisprudencia". 4. Ventajas del sistema mexicano de difusión de la jurisprudencia a través de la redacción de tesis. 5. Conclusión. 6. Bibliografía.

## 1. INTRODUCCIÓN

La jurisprudencia en el sistema jurídico mexicano es una de las fuentes del derecho positivo y la herramienta que viene a colmar las lagunas existentes en la norma, además unifica los criterios que serán obligatorios para los juzgadores, lo que se traduce en dar seguridad jurídica.

Es precisamente en la jurisprudencia donde se evidencia una de las funciones más arduas y, por sí, más elevadas de todo juzgador: la interpretación de la norma aplicable al caso. En efecto, la labor de desentrañar el sentido y alcance de un precepto legal para dirimir una controversia representa la dificultad de armonizar

---

\* Juez Tercero de Distrito en Veracruz. Maestro en Derecho.

el mandato abstracto, impersonal y, en ocasiones, oscuro y confuso, con los actos humanos, complejos, concretos y, a veces, dramáticos que tiene que resolver inevitablemente con aquel numeral.<sup>1</sup>

Entendida como la fuente formal que deriva de la interpretación judicial de la Ley, en México puede llegar a tener el mismo valor normativo que ésta, al facultarse a determinados órganos con ciertos requisitos a fijar un criterio obligatorio para todos los órganos jurisdiccionales jerárquicamente inferiores al que lo sostuvo.

A nivel federal su publicación, y la de las tesis aisladas se realiza en el *Semanario Judicial de la Federación*, creado el 8 de diciembre de 1870 por decreto del entonces Presidente de la República, Benito Juárez García.

Con la finalidad de manejar adecuadamente el *Semanario* se ha separado en épocas, las que se subdividen en dos grandes periodos: el primero que va desde la aparición de su primera publicación en 1871 hasta 1914, que se identifica como periodo histórico, o también “Jurisprudencia Histórica”; y el segundo período, llamado de la “Jurisprudencia Vigente”, y que abarca desde la quinta época del *Semanario Judicial de la Federación*, a la novena, la que se desarrolla actualmente.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Cfr. ORTIZ MAYAGOITIA, Guillermo, prólogo a la obra de ROJAS CABALLERO, Ariel Alberto, *La Jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación. Manual para su consulta y aplicación*, 2a. edición, Porrúa, México, 2007, p. XI.

<sup>2</sup> Resulta necesario señalar que la consulta tradicional de los cientos de volúmenes que integran el *Semanario Judicial de la Federación* no es labor sencilla, por lo que debe destacarse la importancia de las obras que se refieren enseguida para su adecuado conocimiento y manejo: GUERRERO LARA, Ezequiel, *Manual para el manejo del Semanario Judicial de la*

A continuación se hace una relación de cada época y los años que corresponden a cada una de ellas:

PRIMER PERIODO (histórico)	Primera época	1871-1875
	Segunda época	1881-1889
	Tercera época	1890-1897
	Cuarta época	1898-1914
	Quinta época	1917-1957
	Sexta época	1957-1968
SEGUNDO PERIODO	Séptima época	1969-1988
	Octava época	1988-1995
	Novena época	4 febrero 1995 a la fecha

A partir de la implementación de la Reforma Judicial de 1988, y como un mecanismo para hacer efectiva la garantía del derecho a la información contenida en el artículo 6o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Suprema Corte de Justicia definió estrategias para abatir el rezago en la edición de sus publicaciones. Desde entonces se ha hecho un importante esfuerzo por poner al día el *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta* y desarrollar un proyecto para crear un sistema automático de jurisprudencia, que mantuviera constantemente actualizada la información e introdujera innovaciones técnicas para facilitar su manejo. El resultado fue el surgimiento de los CD-ROM IUS, de los que hasta ahora se han producido catorce versiones;

---

*Federación*, México, UNAM, 1982 y PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, *Semanario Judicial de la Federación*, Épocas (folleto de épocas), México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1996.

la primera fue publicada en 1991 con el apoyo de la Universidad de Colima y contenía un total de 76,616 registros.<sup>3</sup>

La base de datos IUS que en sus distintas versiones edita año con año la Suprema Corte de Justicia de la Nación es un programa mediante el cual todo aquel estudioso del derecho puede tener acceso a los criterios que emiten los órganos facultados para crearla, mediante pasos muy sencillos a seguir.

El IUS-2007 recopila 216,000 criterios, además contiene otros documentos emitidos por el Poder Judicial de la Federación, como su Código de Ética, Directorios, Semblanzas de algunos ministros de la Suprema Corte. La base de datos es accesible al público en formatos de CD y DVD, amén de que la misma información se puede consultar en la página web de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.<sup>4</sup>

El desarrollo de esta extraordinaria herramienta para la consulta de la jurisprudencia mexicana, ha sido posible gracias al sistema de tesis, en el que se recopilan los criterios sostenidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en Pleno y Salas y los Tribunales Colegiados de Circuito.

## 2. PARTES DE UNA TESIS

Del artículo 195 de la Ley de Amparo, se sigue que, con motivo de la resolución de un asunto, el Pleno, las Salas de la Suprema Cor-

---

<sup>3</sup> *Cfr.* PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, *La jurisprudencia en México*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2002, p. 734.

<sup>4</sup> [www.scjn.gob.mx](http://www.scjn.gob.mx)



te de Justicia de la Nación o los Tribunales Colegiados de Circuito, pueden elaborar una o más tesis. Actualmente es el Acuerdo 5/2003 del Tribunal Pleno de 25 de marzo de 2003, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el día 8 de abril de ese mismo año el que establece: la tesis es la expresión por escrito, en forma abstracta de un criterio jurídico fijado al resolver un caso concreto y, aclara que, la tesis no es un extracto, una síntesis o un resumen de la resolución. El Acuerdo señalado expone que una tesis se integra por un rubro en mayúsculas que establece la materia genérica del tema que trata, el problema jurídico que se aborda y su solución; un texto que brinda al lector los fundamentos y razones de la solución; una sección de precedentes en la que se expresa en qué asuntos y con qué votación se sostuvo ese criterio y la razón que levanta el Secretario de Acuerdos de la fecha en que fue aprobada la tesis y del número que se le asignó. Cabe precisar que en las tesis que se obtienen de los discos compactos o de la página de internet de la Suprema Corte se derivan los datos de identificación y el número de registro de la tesis. A continuación se ilustrará lo expuesto:

#### **Datos de identificación:**

Registro: 197, 676

Novena Época

Instancia: Pleno

Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*

Tomos: VI, Septiembre de 1997

Tesis: P. CXXXV/97

Página: 204

#### **Rubro:**

IGUALDAD. LAS GARANTÍAS PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 13 CONSTITUCIONAL LA CONSAGRAN, EN EL ASPECTO JURISDICCIONAL, PROHIBIENDO LAS LEYES PRIVATIVAS, LOS TRIBUNALES ESPECIALES Y LOS FUEROS.

**Texto:**

De la interpretación histórica del artículo 13 constitucional, y particularmente del debate que suscitó el mismo precepto de la Constitución de 1857, se desprende que la teleología de tal norma es la de consagrar la plena igualdad ante la ley, eliminando las manifestaciones más evidentes que atentan contra ella, como son las leyes privativas, los tribunales especiales y los fueros; de lo que se sigue que la igualdad que consagra el citado precepto se refiere a un aspecto específico: el de la jurisdicción. Así, el artículo 13 constitucional proscribela aplicación de “leyes” que no sean generales, abstractas y permanentes; de tribunales distintos a los ordinarios creados por la ley con competencia genérica y jurisdicción diferente para las personas, en función de su situación social.

**Precedente:**

Amparo directo en revisión 698/96. Emilio Ocejo Gutiérrez y otra. 4 de agosto de 1997. Unanimidad de diez votos. Ausente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretario: Ariel Alberto Rojas Caballero.

**Datos de aprobación de la tesis:**

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el veinticinco de agosto en curso, aprobó, con el número CXXXV/1997, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a veinticinco de agosto de mil novecientos noventa y siete.

Dada la importancia que tiene el contenido del **Acuerdo 5/2003 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación**, al regular los lineamientos para la redacción de las distintas partes de una tesis, se estima pertinente exponer enseguida sus puntos más destacados.

### a. *Rubro*

Es el enunciado gramatical que identifica al criterio interpretativo plasmado en la tesis. Tiene por objeto reflejar con toda concisión, congruencia y claridad la esencia de dicho criterio y facilitar su localización, proporcionando una idea cierta del mismo.

1. Para la elaboración de rubros – señala la Suprema Corte – deberán observarse los siguientes principios:

a) **Concisión**, en el sentido de que con brevedad y economía de medios, se exprese un concepto con exactitud para que en pocas palabras se plasme el contenido fundamental de la tesis.

b) **Congruencia con el contenido de la tesis**, para evitar que el texto de ella plantee un criterio interpretativo y el rubro haga referencia a otro diverso.

c) **Claridad**, en el sentido de que comprenda todos los elementos necesarios para establecer el contenido de la tesis.

d) **Facilidad de localización**, por lo que deberá comenzar la enunciación con el elemento que refleje de manera clara y terminante el concepto, figura o institución materia de la interpretación.<sup>5</sup>

2. Las reglas establecidas para la elaboración de los rubros son las siguientes:

a) **Evitar, al principio del rubro, artículos, pronombres, preposiciones, adverbios, conjunciones, fechas, preceptos**

<sup>5</sup> Acuerdo General 05/2003 del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Las negritas son nuestras.

legales o cualquier otro tipo de vocablo que no remita de manera inmediata y directa al concepto, figura o institución materia de la tesis.

b) No utilizar al final del rubro artículos, preposiciones o pronombres que remitan al inicio de un término o frase intermedios.

c) No utilizar artículos, preposiciones o pronombres que remitan varias veces al inicio del rubro.

d) Evitar que el rubro sea redundante, esto es, que los conceptos se repitan innecesariamente o se utilicen en exceso.

e) Evitar que por omisión de una palabra o frase se cree confusión o no se entienda el rubro.<sup>6</sup>

### *b. Texto*

En su elaboración –dice el Acuerdo en análisis– se observarán las siguientes reglas:

1. Deberá derivarse en su integridad de la parte considerativa fundamental de la resolución correspondiente y no contener aspectos que, aun cuando se hayan tenido en cuenta en la discusión del asunto, no formen parte de aquélla.

Se entenderá por parte considerativa fundamental la concierne al planteamiento del problema o problemas tratados y las razones de su solución.

2. Tratándose de jurisprudencia por reiteración, el criterio de interpretación debe contenerse en las consideraciones que se realicen en las cinco ejecutorias que la constituyan.

<sup>6</sup> *Idem*. Las negritas son nuestras.

3. **Se redactará con claridad, de modo que pueda ser entendido cabalmente sin recurrir a la resolución correspondiente** y no deberá formularse con la sola transcripción de una parte de ésta o de un precepto legal.

4. **Deberá contener un solo criterio de interpretación.** Cuando en una misma resolución se contengan varias interpretaciones, deberá elaborarse una tesis para cada criterio.

5. Deberá reflejar un **criterio novedoso**; por ejemplo, su contenido no debe ser obvio, ni reiterativo...

6. **No deberán contenerse criterios contradictorios en la misma tesis.**

7. **No contendrá datos concretos** (nombres de personas, cantidades, objetos, etc.) de carácter eventual, particular o contingente, **sino exclusivamente los de naturaleza general y abstracta.** Si se considera necesario ejemplificar con aspectos particulares del caso concreto, deberá expresarse, en primer término, la fórmula genérica y, en segundo lugar, la ejemplificación.

8. Si en la tesis se hace referencial a algún precepto u ordenamiento legal que al momento de la emisión del criterio se encontraba abrogado o derogado, o fue objeto de cualquier otra modificación, **se precisará su vigencia. Lo anterior deberá reflejarse también en el rubro.**<sup>7</sup>

### *c. Precedente*

En su elaboración se observarán las siguientes reglas:

1. Se formará con los datos de identificación de la ejecutoria, **señalándose en su orden y en su caso, el tipo de asunto, el**

---

<sup>7</sup> *Idem.* Las negritas son nuestras.

número del expediente, el nombre del promovente del juicio, la fecha de resolución, la votación, el ponente y el secretario.

2. Para identificar el tipo de asunto se empleará la siguiente terminología:

Acción de inconstitucionalidad  
Amparo directo  
Amparo directo en revisión  
Amparo en revisión  
Competencia  
Contradicción de tesis  
Controversia constitucional  
Facultad de atracción  
Impedimento  
Incidente de inejecución  
Incidente de suspensión  
Inconformidad  
Investigación (artículo 97 constitucional)  
Juicio de inconformidad  
Queja  
Queja administrativa  
Reclamación  
Recusación con causa  
Reconocimiento de inocencia  
Revisión administrativa  
Revisión administrativa (Consejo)  
Revisión fiscal  
Repetición del acto reclamado

En caso de que se desee enfatizar alguna particularidad de la resolución deberá señalarse entre paréntesis dicha circunstancia.

Amparo en revisión (improcedencia)  
Amparo en revisión (acumulación)  
Amparo en revisión (reposición)

Deberá evitarse el empleo de los vocablos “toca” y “sentencia”, o de cualquier otro vocablo que no identifique el tipo de asunto.

El vocablo “varios” deberá emplearse por excepción, cuando el asunto no encuadre en la lista señalada.

Tratándose de contradicciones de tesis y de conflictos competenciales, no deberá señalarse al denunciante sino a los tribunales o juzgados contendientes.

3. Cuando en relación con el asunto se hayan emitido diversas votaciones, en la tesis sólo deberá indicarse la que corresponde al tema que consigne.

4. Los precedentes se ordenarán cronológicamente con el objeto de llevar un registro apropiado que permita determinar la integración de la jurisprudencia.<sup>8</sup>

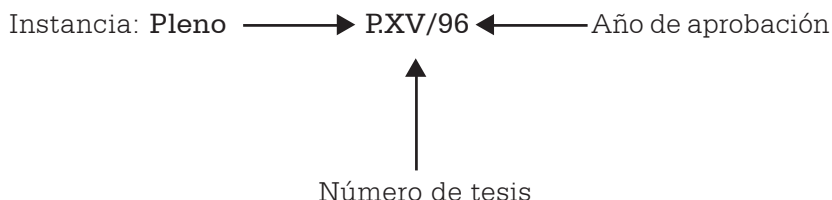
### 3. TESIS AISLADA O PRECEDENTE Y TESIS DE JURISPRUDENCIA O SIMPLEMENTE “JURISPRUDENCIA”

La tesis es aislada o es un simple precedente, cuando no es obligatoria; lo anterior deriva, por ejemplo, de que no se trate de una tesis generada sobre el tema específico de una resolución a una contradicción de tesis o, que en el caso de otros asuntos, no se hayan alcanzado los requisitos constitucionales o legales para serlo, que no se haya reiterado en cinco ocasiones o que, al resolverse el asunto no haya alcanzado la votación idónea para integrar jurisprudencia.<sup>9</sup> El Acuerdo del Tribunal Pleno referido, establece que las tesis aisladas del Tribunal Pleno o de las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se identifican con la letra de la instancia, los números romanos que correspondan al asignado a las tesis y las dos últimas cifras del año en que fue-

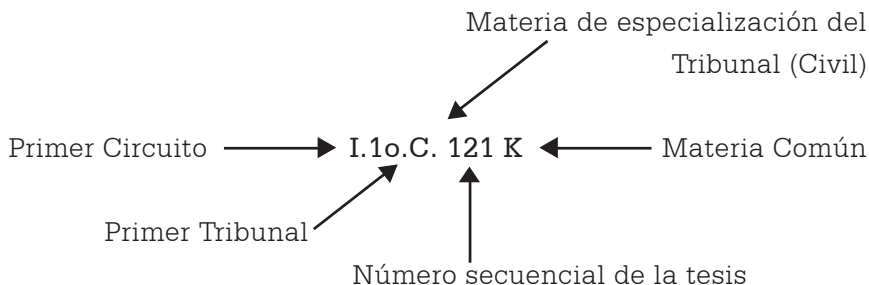
<sup>8</sup> *Idem*. Las negritas son nuestras.

<sup>9</sup> *Cfr.* Artículo 192 de la Ley de Amparo. En México se establecen dos sistemas para crear jurisprudencia obligatoria: el de reiteración y el de unificación.

ron aprobadas. Por ejemplo, si la tesis se identifica como P XV/96, se sabe que corresponde al Pleno; 1a. XVII/98 que es de la Primera Sala y 2a. LVIII/99 que es de la Segunda.



En el caso de los Tribunales Colegiados de Circuito, para la instancia se pone primero con romano el Circuito,<sup>10</sup> luego el número del Tribunal con arábigo, después las siglas de la especialización, el número secuencial de la tesis con arábigo y una P, si es de materia penal, A si es administrativa, C si es civil, L laboral o K si es común, por ejemplo: I. 1o. C. 121 K. corresponde a una tesis aislada o precedente del Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito en materia común.



<sup>10</sup> El Acuerdo General 23/2001 del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, (DOF del 25 de abril de 2001), modificado por los Acuerdos Generales 49/2002 (DOF de 24 de octubre de 2002), 66/2002 (DOF de 13 de diciembre del mismo año) y 57/2006 (DOF de 04 de septiembre de 2006) dividen el territorio nacional en 29 circuitos judiciales y en ellos se señaló el número y competencia de los Juzgados de Distrito, Tribunales Unitarios y Colegiados de Circuito.



La tesis de jurisprudencia es la que ha alcanzado los requisitos para ser obligatoria. “Las jurisprudencias”, que en el argot judicial se refieren a las obligatorias, se identifican por numerarse con arábigos después de una J, después de referir la instancia u órgano que la sostuvo de la forma señalada anteriormente. Así, por ejemplo, P./J. 1/96 indica una tesis de jurisprudencia del Pleno; 1a./J. 3/98, una de la Primera Sala; 2a./J. 7/95, otra de la Segunda Sala y III. 2o.P. J/6 una obligatoria del Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito.

#### 4. VENTAJAS DEL SISTEMA MEXICANO DE DIFUSIÓN DE LA JURISPRUDENCIA A TRAVÉS DE LA REDACCIÓN DE TESIS

Derivado de lo expuesto hasta aquí, se sigue la facilidad con la que se pueden ubicar los criterios jurisprudenciales en México, a partir de su localización por temas o problemas jurídicos abordados, órganos jurisdiccionales que los sostuvieron, tipo de asunto, parte actora, fecha, etcétera.

Así, la base de datos del IUS con sus distintos tipos de búsquedas a través de las consultas especiales, temáticas y tradicionales, esta última con la posibilidad de localizar la información con una palabra clave en los datos de identificación, rubro, texto o precedente, además con comodines lógicos como las comillas (“), el asterisco (\*), y no (N), u o (o), permite localizar con rapidez cualquier criterio y además poder guardarlo o copiarlo y agregarlo en el documento que se esté trabajando.

Ciertamente con la **consulta global** se puede ubicar información desde el menú inicial a partir de unas palabras que se

introduzcan, para ser ubicadas en los datos de localización, rubro, texto o precedentes.

Por medio de la **consulta tradicional** se muestra un panel de selección de rangos de búsqueda de las tesis, los acuerdos y las ejecutorias. También brinda la opción de seleccionar tanto la época, como la instancia a la que corresponde la búsqueda que se desea efectuar.

La opción de **consultas especiales** permite realizar una consulta especializada de tesis en relación con algunas materias jurídicas específicas del criterio jurisprudencial que se trata, como facultades exclusivas de la Suprema Corte, improcedencia del juicio de amparo, suspensión, etcétera.

A partir de la **consulta temática** se pueden localizar tesis a partir de materias y temas jurídicos específicos.

El panel de **índices** comprende dos esquemas de organización del universo de tesis contenidas en el disco; bien sea mediante su organización alfabética por materia o por instancia.

Adicionalmente a la búsqueda de palabras, el sistema del IUS cuenta con la opción de utilizar distintos operadores lógicos para poder efectuar consultas más específicas. Cabe mencionar que éstos pueden no sólo combinar palabras, sino también palabras con frases o frases con frases:

Con el **operador lógico "Y"** se efectúa la localización de registros que contengan dos o más palabras o frases al mismo tiempo; puede o no ser escrito al introducir la consulta.

A través del **operador lógico “O”** se hace la búsqueda de registros que contengan una u otra palabra de las que se incluyeron en la caja de diálogo de búsqueda.

Con el **operador lógico “N”** se efectúa la búsqueda de registros que contengan una palabra, pero que no contengan otra más.

Por medio de los **comodines** el programa brinda otra opción de localización de tesis, ya que también cuenta con la herramienta de comodines para obtener resultados de palabras a partir de su base o raíz. Es recomendable que esta función se utilice preferentemente en búsquedas de una sola palabra, sin operadores, para obtener resultados óptimos; sin embargo, puede utilizarse en combinación con cualquier operador lógico antes mencionado, pero nunca dentro de una frase.

El comodín se maneja por medio del símbolo (\*) asterisco y puede ser introducido al principio o al final de la palabra:

- A) Al inicio de la palabra: responderá con todas aquellas voces que terminen con los caracteres posteriores al asterisco, esto es, sustituye al prefijo.
- B) Al final de la palabra: responderá con todas aquellas voces que comienzan con los caracteres que anteceden al asterisco, es decir, brindará las derivaciones de esa palabra.

## 5. CONCLUSIÓN

A través del sistema de tesis se recopila la parte medular de las consideraciones de las resoluciones de los órganos jurisdiccio-

nales de mayor jerarquía en México, facilitando con ello la búsqueda, consulta y aplicación de jurisprudencia.

Esta aportación se vio complementada magistralmente con la base de datos del IUS, desarrollada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la que con una serie de herramientas de consulta la información es fácilmente localizable.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA ROMERO, Miguel y PÉREZ FONSECA, Alfonso, *Derecho Jurisprudencial Mexicano*, México, Porrúa, 1998.

AMBRIZ LANDA, Adalid, “La jurisprudencia en México, su evolución e importancia” en *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 21, Poder Judicial de la Federación, México, 2006.

BURGOA, Ignacio, *El Juicio de Amparo*, 13a. edición, México, Porrúa, 1982.

CABRERA, Lucio, “La jurisprudencia” en *La Suprema Corte de Justicia y el Pensamiento Jurídico*, México, Poder Judicial de la Federación, 1985.

CASTRO, Juventino V., *Lecciones de Garantías y Amparo*, 3a. edición, México, Porrúa, 1981.

GÓNGORA PIMENTEL, Genaro, *Introducción al Estudio del Juicio de Amparo*, 5a. edición, México, Porrúa, 1995.

GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, *La Jurisprudencia: su conocimiento y forma de reportarla*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2005.

GUERRERO LARA, Ezequiel, *Manual para el manejo del Semanario Judicial de la Federación*, México, UNAM, 1982.

\_\_\_\_\_, "Jurisprudencia Judicial" en *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, UNAM - Porrúa, 2002.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, *Diccionario Jurídico Mexicano*, 2a. edición, México, Porrúa, 1987, tomo I-O, voz jurisprudencia.

MELGAR ADALID, Mario (coordinador), *Reformas al Poder Judicial*, México, UNAM, 1995.

NORIEGA, Alfonso, *Lecciones de Amparo*, Tomo II, 4a. edición, México, Porrúa, 1993.

PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl, *Jurisprudencia*, México, McGraw Hill, 1997.

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, *La jurisprudencia en México*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2002.

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, *Semanario Judicial de la Federación, Épocas (folleto de épocas)*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1996.

ROJAS CABALLERO, Ariel Alberto, *La jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación. Manual para su consulta y aplicación*, 2a. edición, México, Porrúa, 2007.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Manual del Juicio de Amparo*, 2a. edición, México, Themis, 1994.

\_\_\_\_\_, *Historia del Amparo en México*, 6 tomos, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1990.

\_\_\_\_\_, *Los Medios de Difusión de la Jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2003.

\_\_\_\_\_, *La Jurisprudencia. Su integración*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2004.

\_\_\_\_\_, *Estudio Sistemático de la Jurisprudencia*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2005.

Varios Autores, *Las Nuevas Bases Constitucionales y Legales del Sistema Judicial Mexicano. La Reforma Judicial 1986-1987*, México, Porrúa, 1987.

WESTON, Antony, *Las claves de la argumentación*, edición española a cargo de Jorge F. Malem, Barcelona, Ariel, 1994.

ZERTUCHE GARCÍA, Héctor Gerardo, *La jurisprudencia en el Sistema Jurídico Mexicano*, México, Porrúa, 1995.

# La importancia actual de la jurisprudencia a la luz de la evolución de los derechos fundamentales

Gonzalo Higinio Carrillo De León \*

Sumario: 1. Presentación. 2. Introducción. 3. Desarrollo del tema. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

## 1. PRESENTACIÓN

Previamente al desarrollo de la presente ponencia, quiero expresar mi más sincera gratitud a los organizadores de este evento por el privilegio que me conceden de compartir con este nutrido grupo de juristas mis opiniones en torno a un tema de interés universal como lo es la Jurisprudencia.

Estar presente en este simposium, me estimula particularmente, porque en él habremos de tener la oportunidad de conocer las opiniones de estudiosos del derecho de diversas latitudes, amén de compartir las experiencias propias que nos animan a ponderar las bondades de la jurisprudencia.

---

\* Juez de Distrito del Poder Judicial de la Federación, adscrito al Juzgado Primero de Distrito en el Estado de Tamaulipas, doctorando en derecho y maestro en filosofía y derecho fiscal, catedrático de diversas universidades mexicanas públicas y privadas en programas de licenciatura y posgrado, así como del Instituto de la Judicatura Federal y las Casas de la Cultura Jurídica de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

## 2. INTRODUCCIÓN

Para un servidor, la importancia de la jurisprudencia, está en estrecha vinculación con los diferentes momentos en los que el gobernado ha alcanzado una conquista en el ámbito de sus derechos fundamentales frente al actuar autoritario de los gobernantes.

Lo anterior es así porque el devenir de la historia nos enseña que la relación que se ha venido dando entre quien detenta el poder material y formal y aquel que se encuentra subordinado a él no ha sido igual en todas las épocas, precisamente porque la conquista del reconocimiento de derechos fundamentales y los mecanismos para hacerlos efectivos, ha sido la base para que el gobernado goce de condiciones de dignidad frente al gobernante, al grado de que el gobernado se llene de valor y le exija al gobernante el reconocimiento y respeto de esos derechos torales.

En las sociedades primitivas, la lucha por la supervivencia conducía al ser humano a observar, asimilar y dominar los fenómenos de la naturaleza, de tal suerte que sus energías estaban encaminadas a la obtención de sus necesidades elementales y en ese sentido, su lucha cotidiana la libraba por adaptarse a esas manifestaciones cosmogónicas y, eventualmente, a defenderse de los ataques de sus congéneres en esa lucha en donde sobrevivía el más fuerte.

La conversión del ser humano de nómada a sedentario, su organización tribal en las figuras del patriarcado y matriarcado y la posterior llegada de la escritura, trajo a su vez para él preocupaciones adicionales. Su lucha, ya no era contra las fuerzas de la



naturaleza y el dominio del más fuerte sobre el más débil, sino que se vio inmerso en la necesidad de establecer reglas de coexistencia que le permitieran estar sujeto a una autoridad de la tribu y a mantener relaciones armónicas con los demás, para lo cual cobró especial relevancia la llegada de los primeros documentos normativos como el Decálogo de la ley, la ley mosaica, el Código de Hamurabi, las leyes de Licurgo y de Solón, las doce tablas, por citar solamente algunos ejemplos, en donde la preocupación se concentra en establecer las reglas necesarias para la relación entre la deidad y el ser humano o bien la definición de los límites del ser humano frente a los derechos de los demás.

En codificaciones como las acabadas de mencionar, no encontramos propiamente reglas que definan la relación entre gobernantes y gobernados. Tampoco encontramos normas que definan o reconozcan derechos fundamentales, como prerrogativas no disponibles del gobernado frente a los actos de los gobernantes y esto es explicable si se toma en cuenta que quien ejercía el poder político, generalmente lo hacía en nombre de la deidad o por herencia de su antecesor; de tal suerte que cuestionar los actos de poder resultaba sumamente complicado y este estado de subordinación absoluta, favorecía el ejercicio del poder público de manera arbitraria.

La aparición de textos legales como la Carta Magna Inglesa de 1215, *The Petition of Rigths* de 1628 o *Bill of Rigths* de 1689 del propio imperio sajón, son documentos de obligada referencia histórica, porque a través de ellos descubrimos la forma en que el ser humano inició una lucha de conquista a favor de su dignidad a través del reconocimiento de sus derechos fundamentales que

años después vienen a tener aceptación universal con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en la Francia de 1789 y años antes, a través de la redacción de las primeras Constituciones norteamericanas en donde se hace especial énfasis en la libertad del ser humano, el reconocimiento de sus derechos fundamentales y la sujeción de todo poder público al texto fundamental denominado Constitución.<sup>1</sup>

Ese binomio de reconocimiento de derechos fundamentales y sujeción del poder público a un orden jurídico establecido, viene a registrar un significativo avance democrático en la relación que necesariamente existe entre gobernantes y gobernados que posteriormente se ve enriquecido con la conquista de derechos sociales y la llegada de mecanismos constitucionales para restaurar el orden constitucional cuando éste ha sido quebrantado.

La jurisprudencia de todos los tiempos, ha tenido como propósito servir de instrumento para la solución de conflictos individuales, que en estricto sentido son los que más afectan y preocupan a la sociedad, pero también en épocas más recientes, ha sido el instrumento a través del cual se ha dado solidez a los mecanismos tendientes a respetar los grandes principios que dan cimiento a toda una organización política y a que se respeten los derechos fundamentales, porque como bien se asentó en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, el reconocimiento de derechos fundamentales y la división de poderes, son la base sobre la que descansa un orden jurídico verdaderamente democrático.

---

<sup>1</sup> Cfr. Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Las Garantías Individuales*, Parte General, 2a. ed., México, 2005.

“Si bien en el pensamiento de diversos pueblos de la antigüedad encontramos nociones de justicia y reflexiones acerca de los problemas jurídicos, es en Roma donde se considera que tiene su origen la actual ciencia jurídica”,<sup>2</sup> lo que obliga a acudir a las fuentes históricas que se han encargado de estudiar la evolución de la institución jurídica que nos ocupa en aquella extraordinaria civilización.

“Para su estudio, la jurisprudencia romana se ha dividido en cuatro etapas: antigua, preclásica, clásica y posclásica, esta última también conocida como época del ‘derecho vulgar’.”<sup>3</sup>

En la primera etapa citada, la confección de la jurisprudencia recaía en la clase sacerdotal, en cuyas manos estaba aplicar y desarrollar el derecho sacro. Esta característica originaba que la elaboración de soluciones jurídicas estuviera restringida a quienes operaban profesionalmente las normas sacras y no es sino hasta la segunda etapa, a partir de la publicación de los escritos sacros de Apio Claudio por parte de uno de sus escribanos, que la jurisprudencia se volvió laica y pública, porque pasó a manos de prudentes juristas a quienes el pueblo les pedía consejo, elaborando ellos esquemas o bosquejos tendientes a dar soluciones jurídicas, los cuales eran presentados ante los tribunales como opiniones autorizadas que en la mayoría de los casos eran acatadas por el prestigio de su consejo o postura.

---

<sup>2</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, *La Jurisprudencia en México*, 2a. ed., México, 2005, p. 97.

<sup>3</sup> *Idem*.

En la siguiente etapa, conocida como la Época Clásica, la elaboración jurisprudencial estuvo a cargo de personajes a quienes el poder público encomendó emitir dictámenes en nombre del emperador, facultad que se denominó *jus publice respondendi*, y que confería autoridad para que dichas soluciones fuesen acatadas por los juzgadores.

Finalmente en la época posclásica, la nota que la identifica es que la jurisprudencia de los *jus publice respondendi* se mandó compilar por parte de Justiniano, y ante la publicidad de ella los jurisprudentes dejaron de ser consultados, motivo por el que se dedicaron a la enseñanza y al desempeño de los cargos públicos, lo que dio origen a que la jurisprudencia se convirtiera en ciencia del derecho y por ende, en un conocimiento capaz de ser transmitido, académicamente a futuras generaciones.

En todas esas épocas, es claro el importante papel social que tuvo a su cargo el creador de las soluciones jurídicas, y en las distintas etapas brevemente mencionadas, es evidente la marcada influencia de privilegiar a los estudiosos del derecho como los encargados de presentar la solución a los conflictos jurídicos que aquejaban a los particulares, lo que revela que la jurisprudencia estaba en estrecha vinculación con el estudio profundo del derecho, mas que con una actividad política o especulativa.

En la Inglaterra del Rey Jacobo I se suscitó un pasaje que marca un triunfo histórico en la consolidación del jurisprudente como un personaje fundamental de toda sociedad, que por su vocación jurídica y conocimiento profesional y profundo del derecho, tiene a su cargo, de forma exclusiva, la solución de los proble-

mas legales que aquejan a la sociedad, lo que de suyo viene a fortalecer el marco de las libertades.

En un conflicto de jurisdicciones, el monarca ya mencionado declaró que podía fallar en cualquier causa sustrayéndola del conocimiento de los jueces ordinarios, a quienes consideraba sus delegados. En oposición a ello, el Justicia Mayor del reino, de nombre lord Edward Coke, a pesar de ejercer un encargo subordinado al rey se resistió a la decisión de éste y la historia conserva los diálogos que ambos personajes del imperio sostuvieron.

En dicho diálogo, en lo que aquí interesa, frente al criterio del rey en el sentido de que él como soberano tenía facultades de juzgar en cualquier conflicto de índole civil o penal que se le presentara, el Justicia Mayor con singular valor y entereza se opuso al monarca diciendo:

De acuerdo con la Ley de Inglaterra, el rey en persona no puede juzgar causa alguna; todos los juicios civiles y penales, tendrán que fallarse en algún tribunal de justicia, de acuerdo con la ley y la costumbre del reino.... Los casos que atañen a la vida, la herencia, a los bienes o al bienestar de los súbditos de su Majestad, no pueden decidirse por la razón natural, sino por la razón artificial y el juicio de la ley, la cual es un arte que requiere largo estudio y experiencia, antes de que un individuo pueda llegar a conocerla a fondo.... Ciertamente el rey no está sometido a ningún hombre, pero sí lo está 'Bajo Dios y la Ley'.<sup>4</sup>

De las ideas de Coke surge una gran conquista en el terreno de las libertades y por ende en la consolidación de los derechos

---

<sup>4</sup> Párrafos citados por TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, Porrúa, México, 1983, p.208.

fundamentales, porque si a decir de él solo los jueces y no el rey podían fallar las causas civiles y penales, ello quería decir que la función de crear soluciones jurídicas ante conflictos sociales concretos correspondía en exclusiva a un órgano independiente del monarca y si el rey mismo estaba subordinado a Dios y a la Ley, entonces la ley, emanada del Parlamento e interpretada por el Juez, era superior al rey.

Esa grandeza de pensamiento se repite en los jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, quienes al fallar en 1803 el caso *Marbury vs. Madison*, construyeron el cimiento sobre el que descansa todo el sistema constitucional norteamericano, a la luz del cual, ninguna ley ni acto de autoridad pueden contradecir, ni mucho menos violar a la Constitución Federal, motivo por el que cualquier Juez, tiene en sus manos, para efectos concretos, anular una ley o un acto de autoridad que sea repugnante al Pacto Federal, por ser este el recipiente donde se alojan todos los derechos fundamentales y los anhelos de una nación que pretende ser libre.

En nuestra nación, así lo vislumbró también el jurista Mariano Otero, quien ante el Constituyente Federal, en 1847, propuso la inclusión en la Ley Fundamental de lo que es hoy el juicio de amparo, cuando heredó la fórmula que permite que ante una violación a los derechos fundamentales, cualquier gobernado pueda ocurrir ante un Tribunal Federal para que éste lo ampare y lo proteja contra los actos del poder público (en aquel entonces, provenientes de los poderes Ejecutivo y Legislativo exclusivamente), evidenciado de esa manera la convicción de que el respeto por los derechos fundamentales debe velarse con criterios de ponderación jurídica, a cargo de estudiosos de la ciencia jurídica

a quienes se ha encomendado la delicada labor de juzgar los conflictos jurídicos que se registran en el seno social.

Es evidente que para don Mariano Otero, la Constitución Federal era un documento jurídico de validez suprema, lo que se revela del hecho de que propuso para la posteridad un mecanismo protector de los derechos fundamentales en ella contemplados en sede judicial, anticipándose de esa forma a lo que algún día vendría a ser la estructura de un tribunal constitucional, porque el acato al Pacto Federal por parte de toda autoridad constituida era una tarea que le tocaba conocer a los Jueces de Distrito, quienes por su naturaleza juzgarían los casos sometidos ante su potestad, exclusivamente con criterios de ponderación jurídica y no con criterios de ponderación política.

Hans Kelsen es otro personaje imposible de ser soslayado, porque al vislumbrar a las Constituciones como normas fundantes de todo un sistema jurídico, también vio en los jueces los entes idóneos para conocer de toda infracción a dichas normas rectoras por parte de los agentes del poder público. Su propuesta de un Tribunal Constitucional, influyó en muchísimos países del mundo, siendo hoy en día el modelo concentrado de la regularidad constitucional, un sistema que prevalece en diversos países del globo, teniendo a su cargo proteger en última instancia las libertades individuales, la división de poderes y aún la jurisdicción supranacional, como ejes rectores de la supremacía constitucional.

### 3. DESARROLLO DEL TEMA

Como se puede anticipar, me propongo en este trabajo encomiar a la jurisprudencia como la actividad intelectual en manos del

juez profesional tendiente a atribuir sentido a la ley en aquellos sistemas jurídicos en los que el marco de las libertades está regulado por la norma, y es en ella en donde el juzgador debe abreviar para conocer sus alcances, pero mayor reto se presenta aún, cuando en esos propios sistemas ante la inexistencia de la norma o su contradicción con una Ley Fundamental, tiene la obligación de juzgar con base en principios, construyendo una solución jurídica que tiene el compromiso de ser acatada por los agentes del poder público.

En el modelo francés que depositó en el Parlamento el eje sobre el que descansa la producción y el control constitucional de las leyes, dejando a los jueces la tarea exclusiva de aplicar esas leyes en estricta subordinación a la voluntad del legislador, la labor del jurisprudente es ciertamente limitada; sin embargo, en los modelos que delegaron en los jueces la construcción de las soluciones tendientes a dirimir las controversias de los particulares, y de éstos con los agentes del poder público de acuerdo a los grandes principios sobre los que descansa el respeto a las libertades, la labor del juzgador se erige como columna vertebral de la producción jurídica, porque del trabajo del juzgador emanaran los lineamientos para que casos concretos y futuros sean resueltos con criterios de ponderación jurídica.

Para esta última forma de administrar justicia tiene especial relevancia la forma en que se argumentan las resoluciones jurisdiccionales, merced a que en el modelo francés la actividad jurisdiccional se concentra en solucionar los conflictos jurídicos en estricta sujeción y obediencia al producto del Parlamento que es la ley, motivo por el que sus resoluciones están orientadas a



acatar la literalidad de la ley y en caso de duda a conocer la verdadera voluntad del legislador a través de su estudio sistemático, histórico o causal-teleológico, con muy poco margen de libertad jurisdiccional; mientras que en el modelo norteamericano, las soluciones se escriben de acuerdo a las peculiaridades que presenta cada caso en particular, orientando sus decisiones en los grandes principios consagrados en la Constitución y acorde con los precedentes judiciales que sobre ese aspecto se han dictado.

Como se puede apreciar, existe una gran diferencia entre dictar una sentencia en estricta subordinación a la ley y dictar una sentencia con plena libertad de conciencia, teniendo facultades incluso de no aplicar una ley cuando ésta es contraria a los grandes principios fundamentales consagrados en la Ley Suprema.

En ambos supuestos la capacidad creativa y el poder de decisión son diametralmente distintos.

En la historia del quehacer jurisdiccional español encontramos el antecedente de que el rey Carlos III ordenó a los jueces a no motivar sus resoluciones bajo el razonamiento de que si la justicia era impartida por el juez en nombre del rey y a su vez el rey gobernaba en nombre de Dios, luego entonces las sentencias que se dictaban por los jueces no debían estar sujetas a discusión sino ser estrictamente acatadas, porque al haber motivación en las resoluciones, las explicaciones jurídicas fomentaban la discusión y la diferencia de opiniones, motivo por el que más valía no dar margen a esa discusión para no criticar la justicia del rey y consecuentemente la voluntad de Dios en las sentencias materializada.

Obviamente que estos antecedentes de subordinación estricta a la ley o prohibición expresa de motivar las resoluciones judiciales, hicieron daño a los sistemas jurisdiccionales que recibieron influencia de aquellos modelos y ese actuar antidemocrático empezó a entrar en crisis a mitad del siglo pasado, cuando la sociedad universal redimensionó la dignidad humana, al grado de concentrar sus esfuerzos en construir pactos internacionales tendientes a fortalecer los llamados derechos fundamentales, a partir de la conformación de la Organización de las Naciones Unidas.

Por otro lado, el reconocimiento de que una Constitución no puede ser vista como una norma política de fácil adaptación a las necesidades de quien ejerce el poder político, sino como una norma de derecho a la que gobernantes y gobernados debemos estar subordinados, trajo una nueva dimensión en el quehacer constitucional y en su interpretación por los órganos de justicia terminales.

De esa manera, la llegada por una parte de la Magistratura Constitucional como un área especializada de la judicatura en dirimir conflictos entre órganos de poder y ejercer un control de los actos de las autoridades en su actuar frente a los particulares y el establecimiento de tribunales de excepción como el de Nuremberg, Alemania, para castigar los crímenes de guerra, trajo consigo una nueva forma de abordar el estudio, discusión y resolución de esos conflictos jurisdiccionales, en donde la solución de casos paradigmáticos o la pacificación de poderes en conflicto, representaban un reto para el que las reglas de la lógica formal no ofrecían una clara solución, pues el silogismo no es una herramienta idónea para resolver cuando lo que está en conflicto es justamente la invalidez de una norma por contrariar un texto fundamental o bien el casti-

go de una conducta tan grave que no está tipificada por la ley porque en ambos hay una ausencia o deficiencia de la premisa normativa.

El reto para la judicatura contemporánea y para el operador del derecho en general es entonces cómo generar nuevas reglas y métodos que nos ayuden a resolver con argumentos sólidos, y mediante suficientes y buenas razones los conflictos jurídicos que se someten ante nuestra potestad, bajo la premisa de que un verdadero Estado de derecho social y democrático exige la sujeción irrestricta a los grandes principios inspirados por las Constituciones contemporáneas.

Aquellos conflictos políticos que antes se dirimían con reglas políticas, a cargo de órganos políticos y con criterios de ponderación política, exigen hoy una resolución en Tribunales Constitucionales, con reglas de ponderación jurídica para lo cual se hace indispensable una argumentación reforzada, pues no se puede perder de vista que en sistemas políticos como el nuestro, los jueces no surgen de la decisión manifestada en las urnas, sino que son producto de sistemas de carrera judicial que nada tienen que ver con el voto del pueblo, motivo por el que la legitimación de la decisión radica en la fuerza del argumento externado y por ese motivo la jurisprudencia que de esas decisiones judiciales emana, cobra especial relevancia para la confección cotidiana del derecho contemporáneo.

Por las razones anotadas, la jurisprudencia mexicana dejó de ser exclusivamente la suma de cinco criterios sustentados por un tribunal que trabaja en sede constitucional de manera

colegiada sin ningún criterio en contrario, como la Suprema Corte o los Tribunales de Circuito, sino que también se construye a partir de la solución que la Suprema Corte de Justicia de la Nación alcanza al conocer de controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad, amén de la unificación de criterios discordantes de las propias Salas de la Corte y de los Tribunales de Circuito y las consultas de modificación de tesis jurisprudenciales.

#### 4. CONCLUSIONES

En modelos jurídicos en donde el Juez constitucional tiene a su cargo ajustar los actos de poder a la voluntad insoslayable de una Ley Suprema, la jurisprudencia juega un papel fundamental.

En principio, porque los conflictos que se plantean en sede constitucional requieren de un estudio profundo y concienzudo de todo el sistema jurídico doméstico, pero también de aquellas instituciones jurídicas que merced a los compromisos internacionales se han incorporado al derecho interno y forman parte del derecho patrio.

En sede constitucional se ejerce un control sobre los actos del poder público no sólo en aquellos casos en los que se ve afectado un gobernado en su esfera de derechos fundamentales, sino también en aquellos otros en los que se deben solucionar conflictos que se presentan entre los propios órganos de poder y las diversas fracciones parlamentarias, llegando al extremo de tener a cargo la calificación de una elección política o la restitución de derechos políticos individuales y partidistas, motivo por el que el estudio del caso se emprende con una metodología

distinta, siendo deseable que el resultado de ese análisis, sirva de base o de inspiración para la solución de otros conflictos similares, lo que le da solidez y certidumbre jurídica a todo el quehacer público y político.

Ciertamente no estoy ajeno a las voces que se elevan para señalar que la jurisprudencia en ocasiones rebasa la voluntad de la ley o inclusive la desconoce.

Sin embargo, no veo la explicación convincente que justifique por qué la ley debe tener mayor valor que el análisis cuidadoso, serio y responsable emanado de la labor entregada del jurisprudente, máxime cuando en el sistema constitucional que nos rige, por mandato del artículo 41 de la Ley Suprema, los depositarios de los tres Poderes de la Unión somos recipiendarios de la soberanía popular, lo que implica que tan importante para el pueblo es la labor de hacer leyes, que ejecutarlas e interpretarlas, siempre y cuando ello sea en armonía con la voluntad que nos fue depositada.

El desencanto que la sociedad universal ha tenido con quienes ejercen el poder público, los ha motivado a volver de nueva cuenta su mirada a los jueces, como los entes capaces de hacer respetar, con criterios de ponderación jurídica, los más sagrados derechos humanos, necesarios para el ejercicio de la dignidad humana.

Por ello, se justifica hoy en día, la evolución y consolidación de la Magistratura constitucional, pero también la conso-

lidación de tribunales supranacionales que tienen a su cargo hacer que se respeten los derechos humanos de línea dura conocidos como normas de *jus cogens*, respecto de los cuales no tienen valor concepciones tradicionales vinculadas con barreras ideológicas o concepciones bizantinas de soberanías internas o límites territoriales.

El producto de esos estudios encaminados a hacer que esos derechos individuales y colectivos se respeten, son verdaderas obras jurídicas que por el respeto que su propia estructura y labor exegética merecen, se convierten en decisiones capaces de ser acatadas y fielmente seguidas en diversos casos en los que se presentan conflictos relacionados con las materias o los derechos previamente analizados.

Ante los retos que la justicia constitucional presenta en los países que han adoptado el control de los actos de poder en sede judicial mediante el uso de criterios de ponderación jurídica, la jurisprudencia se erige como una singular fuente del derecho que da solidez a las instituciones legales, porque el producto acabado llamado jurisprudencia, por regla general, es el resultado de un estudio ponderado, cuidadoso y cauteloso de la institución que se analiza de parte de verdaderos profesionales que no tienen otro interés que el respeto insoslayable a las instituciones jurídicas fundamentales.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, Porrúa, México, 1983.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Las Garantías Individuales*, Parte General, 2a. edición, México, 2005.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *La Jurisprudencia en México*, 2a. edición, México, 2005.





# **Los precedentes de los órganos no jurisdiccionales de protección de los derechos humanos (eficacia jurídica de las recomendaciones)**

José Luis Soberanes Fernández \*

**A**gradezco la atenta invitación que me formularon para participar en este extraordinario Congreso. Quiero decirles que el tema seleccionado me parece afortunado, sobre todo porque hace tiempo que no se le daba realce a la jurisprudencia de esta manera. La jurisprudencia siempre constituye una parte importante en los estudios e investigaciones jurídicas, pero pocas veces es motivo de un Congreso Internacional y de tantas reflexiones como en esta ocasión. Celebro el surgimiento de esta iniciativa y su concreción. Estoy seguro que saldrán interesantes propuestas de este Congreso.

El tema de mi ponencia versa sobre “los precedentes de los órganos no jurisdiccionales de protección de los derechos humanos”.

Quienes estén atentos a esta ponencia se preguntarán lo mismo que yo me pregunté. ¿Pueden emitir jurisprudencia las Comisiones de Derechos Humanos?

---

\* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

De entrada, la respuesta es que las Comisiones no pueden emitir jurisprudencia, teniendo en mente la instrucción formalista que hemos tenido los juristas en este país, en donde se nos ha dicho que cinco resoluciones de tribunales federales en el mismo sentido con ciertos requisitos de votación constituyen jurisprudencia.

Sin embargo, en una reflexión posterior me pregunté, y espero que ustedes lo hagan también, si sería correcto que esto fuera así. Me cuestiono si el carácter formalista de la jurisprudencia debe arrastrar la imposibilidad de que otros órganos, diferentes a los jurisdiccionales, puedan emitirla. Mi punto de vista es que no. Que debemos construir una noción de jurisprudencia no tan formalista, que sea compatible con las nuevas reflexiones jurídicas inherentes a los derechos humanos. Deben existir criterios obligatorios, que hagan progresiva la defensa de los derechos humanos y no dejen retroceder las mejores prácticas. Por ello, soy de la opinión, y en adelante así lo trataré de probar, que los órganos no jurisdiccionales de protección de los derechos humanos también pueden emitir jurisprudencia, no en el mismo sentido que los tribunales federales, pero con la obligatoriedad que le es indispensable.

Para los efectos anteriores, conviene recordar que dentro de las finalidades que tiene la interpretación de la ley destaca la de establecer los criterios jurisdiccionales *jerárquicos de carácter obligatorio y de naturaleza vinculante*, que permiten fijar parámetros valorativos que sirvan a los juzgadores para el adecuado desarrollo de su actividad jurisdiccional y para lograr cierta seguridad jurídica

en los gobernados.<sup>1</sup> Otra finalidad es la de constituir un elemento de análisis jurídico y decisión relevante por emanar de los precedentes o doctrinas judiciales cuya observancia se ordena o recomienda a los tribunales o jueces inferiores y la de permitir dictar *sentencias congruentes* o conformes con las emitidas en casos iguales o análogos por los órganos jurisdiccionales superiores.<sup>2</sup> En suma, es una forma de creación e interpretación del derecho que se encuentra en tensión con la problemática de la unidad de las soluciones correctas; con ella se logra *uniformidad* con respecto de los puntos de derecho decididos en ella, evitando los fallos azarosos o casuísticos que generen un régimen autoritario.<sup>3</sup>

En este sentido, podemos afirmar que la jurisprudencia actúa en auxilio de la ley, de su interpretación, estableciendo criterios jerárquicos y obligatorios que hacen posible la emisión de sentencias congruentes, especialmente respecto de las emitidas en otros casos similares o análogos, logrando uniformidad en la resolución de casos concretos al aplicar la ley.

¿Qué pasa, entonces, con los organismos de protección no jurisdiccional de los derechos humanos?

En primer término quiero aclarar algo que en múltiples ocasiones ha sido motivo de confusión. Los organismos no jurisdiccionales de protección de los derechos humanos no sustituyen

---

<sup>1</sup> Véase ROSALES GUERRERO, Emmanuel Guadalupe, *Estudio sistemático de la Jurisprudencia*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2005, p. 52.

<sup>2</sup> Véase GASCÓN ABELLÁN, Marina, *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 11.

<sup>3</sup> Véase COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *Dogmática constitucional y régimen autoritario*, 2a. ed., Distribuciones Fontamara, México, 2000, pp. 43 y 44.

a los jueces y tribunales en su labor jurisdiccional. No fueron creados para desquiciar el orden jurídico sino para enriquecerlo, ya que la independencia del Poder Judicial, como se señaló en el Primer Informe Semestral de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, no puede ser vulnerada, pues es una de las mejores garantías para la defensa de la libertad, la dignidad y la seguridad jurídica de los individuos.<sup>4</sup>

Si las Comisiones de Derechos Humanos no contradicen la labor jurisdiccional debemos sostener que la completan.

En efecto, una de las razones de la importancia del establecimiento constitucional del sistema nacional de protección no jurisdiccional de los derechos humanos radica en el reforzamiento de la protección de los derechos humanos, pero también en el auxilio en la labor jurisdiccional. Que ante los procedimientos seguidos en las Comisiones se llegue a la reparación de algunos derechos humanos significa que esos asuntos no tendrán que llegar necesariamente a resolverse mediante un juicio de amparo. Es más, el ámbito protector de los derechos humanos es incluso más amplio que el que puede hacerse valer en los tribunales federales, en donde todavía no ha permeado la idea de que los instrumentos internacionales forman parte del ordenamiento jurídico y, en consecuencia, no se han logrado proteger los derechos humanos allí establecidos. Todavía seguimos debatiendo, jurisdiccionalmente, el nivel jerárquico y la fuerza normativa que

---

<sup>4</sup> Véase para más detalle GARCÍA LÓPEZ-GUERRERO, Luis, "La defensa de los derechos humanos en México. Respuesta a John Ackerman" en *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, UNAM, núm. 16, enero-junio 2007, pp. 221 y 222.

debemos otorgarle a los instrumentos internacionales, mientras que en los organismos no jurisdiccionales la damos por sentada.

Así las cosas, el objetivo fundamental de las Comisiones de Derechos Humanos es la protección, observancia, promoción, estudio y divulgación de los mismos, labor que realizan a través de procedimientos breves y sencillos.

Si me lo permiten, la cuestión estriba en indicar la fuerza que tienen los criterios emitidos por las Comisiones de Derechos Humanos, en especial por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, y en esto deseo centrar su atención

En su labor protectora la Comisión Nacional de los Derechos Humanos conoce e investiga, a petición de parte o de oficio, presuntas violaciones de derechos humanos. Cuando se recibe una queja, inmediatamente se establece contacto con la autoridad señalada como responsable y se intenta lograr una conciliación entre los intereses de las partes involucradas con el fin de lograr una solución inmediata, todo dentro del marco del respeto a los derechos humanos. Cuando no se logra esta solución inmediata, se lleva a cabo una investigación exhaustiva en la que se reúnen los elementos que serán la base para la emisión de una Recomendación.

Cabe destacar que la Comisión Nacional tiene la facultad de emitir recomendaciones generales a las diversas autoridades del país. Éstas tienen como finalidad la de promover cambios o modificaciones a las disposiciones normativas y prácticas administrativas que constituyan o propicien violaciones a los derechos

humanos. Estas recomendaciones son producto de estudios que realiza la propia Comisión en cada una de las visitadurías.

Formular una recomendación, entonces, es una de las atribuciones de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, pero conviene reparar en que las recomendaciones son públicas y no vinculatorias, esto es, no tienen carácter imperativo para la autoridad o servidor público a quien se dirigen, consecuentemente, por sí misma la recomendación no anula, modifica o deja sin efectos las resoluciones o actos en contra de los cuales se presentó la queja o denuncia.

Esta no vinculatoriedad ha sido afirmada en criterios aislados de los tribunales federales. Así, por ejemplo, en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, sección de Tribunales (T. XVIII, julio de 2003, Tesis II.2o.P69P, pp. 1050 y 1051) se publicaron los siguientes criterios:

**Comisiones de Derechos Humanos (nacionales o internacionales). Es improcedente el amparo que se intenta en contra del incumplimiento, en sí mismo, de una recomendación con independencia del número de sugerencias que contenga.** Si bien es cierto que la recomendación de mérito constituye un todo ya que ese todo contiene diversos aspectos que representan su materia, es decir, los puntos de recomendación, ello no significa que la recomendación en sí misma o la totalidad de puntos abordados puedan ser susceptibles de reclamarse a través del juicio de amparo por el simple hecho de producirse un supuesto de incumplimiento. Esto es, que ese contenido plural no justifica de manera automática la procedencia del juicio de garantías en relación con su posible desatención, pasando por alto las reglas relativas a nuestro sistema federal de competencia en cuanto a la jurisprudencia

ordinaria (independientemente del fuero), y las instancias de control constitucional, entre ellas, las reglas y principios fundamentales que rigen el juicio de amparo.

**Comisiones de Derechos Humanos. No pueden equipararse a una ejecutoria de amparo, de cumplimiento exigible, sus recomendaciones.** No existe ninguna disposición ni razón para desconocer el carácter no vinculante ni obligatorio de las recomendaciones de la comisión aludida, pues del respectivo tratado, pacto o convención no se establece esa obligatoriedad de cumplimiento forzoso; de ahí que resulte igualmente infundada la argumentación vertida en contrario por parte del recurrente quejoso.

En consecuencia, se le niega a las recomendaciones de las Comisiones de Derechos Humanos fuerza jurídica de sentencia o resolución jurisdiccional pues no puede exigirse de ellas un cumplimiento forzoso.

Aquí quisiéramos detenernos un momento para reflexionar sobre la eficacia jurídica con que cuentan las recomendaciones, haciendo el señalamiento que no coincidimos con el criterio sostenido en las tesis antes citadas. A estos efectos, resulta conveniente hablar de la eficacia jurídica de las recomendaciones de las Comisiones de Derechos Humanos, tanto en su perspectiva exterior como en la interior. Entremos primero en lo que se refiere a la eficacia exterior.

Para analizar la eficacia jurídica de las recomendaciones es conveniente recordar que son documentos jurídicos. Ya en otro momento he sostenido que un organismo público autónomo únicamente puede actuar dentro del respeto a la ley y que sus resoluciones ten-

drán aceptación en la medida en que estén fundadas y motivadas. Aun cuando no se trata propiamente de resoluciones jurisdiccionales el procedimiento para su emisión respeta las formalidades esenciales, lo que permite precisar de manera objetiva la violación a los derechos humanos, consecuentemente son documentos con análisis jurídico detallado, fundado y motivado en los que se expone el criterio al que se llegó a fin de determinar la transgresión de los derechos humanos.<sup>5</sup>

En ocasiones la labor al instruir los procedimientos de queja debe superar varios obstáculos, no sólo los procesales, dentro de ellos el difícil acceso a la información de las autoridades o a veces la falsedad en la que incurren al rendir su informe, especialmente la simulación al pretender no acatar lo recomendado. Esto hace que la secuela procedimental influya en la resolución final, como documento jurídico, no por falta de seguimiento de las formalidades esenciales del procedimiento sino por la falta de consecuencias procesales de ciertas actuaciones, lo que desde luego constituye una situación que debe examinarse a fondo para proponer una respuesta efectiva al respecto, lo que no haremos en esta ocasión.

Ahora bien, una vez instruido el procedimiento y emitida la recomendación, cabe esperar dos tipos de respuesta por parte de las autoridades a las cuales se dirige. La menos jurídica, y desafortunadamente en ocasiones recurrente, es la que no acepta la recomendación. Aquí conviene tener presente el contenido del artículo 46 de la Ley de la CNDH, en el que se dispone:

---

<sup>5</sup> Véase "Liminar" de la obra de SANDOVAL VARGAS, Graciela y CORZO SOSA, Edgar, *Criterios Jurídicos de las recomendaciones de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (1990-2005)*, México, UNAM-CNDH, 2006, p. XXXVI.



Artículo 46. La recomendación será pública y no tendrá carácter imperativo para la autoridad o servidor público a los cuales se dirigirá y, en consecuencia, no podrá por sí misma anular, modificar o dejar sin efecto las resoluciones o actos contra los cuales se hubiere presentado la queja o denuncia.

La conclusión, como ustedes bien supondrán, es obvia. Al no tener carácter imperativo la autoridad hace caso omiso de la recomendación. Sin embargo, el hecho de que una autoridad no la acepte no le resta valor jurídico a aquélla. Sigue siendo un documento jurídico fundado y motivado, pudiendo emitirse una nueva recomendación en contra de esa autoridad o de cualquier otra con el mismo criterio jurídico.

En este sentido, el alcance jurídico de la expresión “y no tendrá carácter imperativo para la autoridad o servidor público a los cuales se dirigirá”, no es otro que el de ser una recomendación que despliega efectos jurídicos declarativos, al quedar constatado en la resolución un actuar ilegal que arrojó la transgresión de derechos humanos. Hay una declaración, y a ella no escapa la autoridad, de un actuar en contra de los derechos humanos.

Es cierto que esta declaración nada puede hacer si la autoridad no la acepta, pero constituye un criterio que bien puede volverse a utilizar en contra de dicha autoridad o en contra de otra que realice un actuar similar. El efecto jurídico de la recomendación, en consecuencia, es declarativo pero con una vinculación jurídica latente.

No podemos dejar de reconocer que la no aceptación de la recomendación le resta, sí, cumplimiento, pero para contrarrestar

esta situación tenemos la presencia de la opinión pública. Son los ciudadanos los que en determinado momento pueden justificar o no el actuar de una determinada autoridad, porque a fin de cuentas son ellos los que resentirán el actuar incorrecto de la autoridad.

El otro posible actuar de la autoridad consiste en aceptar la recomendación. Aquí los efectos jurídicos que se despliegan son más claros.

Coincido con el Maestro Héctor Fix-Zamudio en el sentido que cuando la recomendación es aceptada por la autoridad adquiere obligatoriedad puesto que la misma se ha comprometido a cumplirla. En estos casos, al adquirir imperatividad en sus recomendaciones las Comisiones se transforman en verdaderos tribunales que deben cumplir con las formalidades esenciales del procedimiento, por lo que ya no se podría seguir la tramitación sencilla y rápida para obtener el cumplimiento de las reclamaciones que se planteen.

Si esto es así, entonces, la negación de imperatividad de las recomendaciones a que hace referencia el artículo 46 de la Ley de la CNDH debe entenderse que es aplicable exclusivamente cuando la recomendación no es aceptada. En cambio, cuando sí lo es, adquiere toda la eficacia jurídica y debe exigirse su cumplimiento, con las formalidades esenciales del procedimiento.

Por ello, somos de la opinión que el criterio de los tribunales colegiados arriba citado al no considerar el supuesto de aceptación de la recomendación es parcialmente incorrecto.

En lo que corresponde a la eficacia jurídica de las recomendaciones al interior del organismo que las emitió, esto es, la eficacia jurídica interna debe tenerse presente lo siguiente.

La emisión de la recomendación es una de las causas con las que se concluye un expediente de queja. Ésta se elabora una vez que se ha concluido la investigación y que se tienen los elementos necesarios que comprueban la violación de derechos humanos. Elaborado el proyecto de recomendación por un Visitador General, se somete al análisis y discusión en el Colegio de Visitadores, quienes formulan, en su caso, algunas observaciones y atendidas éstas se pone a consideración del Presidente de la Comisión.

El contenido de las recomendaciones consta de las siguientes partes: una descripción detallada de los hechos; la enumeración de las evidencias; una descripción de la situación jurídica; observaciones y recomendaciones específicas.

La parte que más nos interesa en esta ocasión es la de observaciones, ya que en ella se realiza un análisis de las evidencias y se plasman los razonamientos lógico-jurídicos y de equidad en los que se fundamenta la respuesta a la violación de derechos humanos reclamada; en ella se realiza una labor de interpretación de las normas aplicables al caso concreto, ya sean nacionales o internacionales. Es, en suma, la parte de mayor relevancia jurídica pues en ella se encuentra el razonamiento jurídico.

Dicho en otros términos, la parte de observaciones de las recomendaciones corresponde a lo que conocemos comúnmente como parte considerativa de las resoluciones jurisdiccionales.

Pues bien, en la parte de observaciones de las recomendaciones encontramos los criterios jurídicos que constituyen el motivo principal de reflexión de este documento. Estos criterios son la parte principal de la recomendación y a ellos debemos hacer referencia si queremos hablar de jurisprudencia.

El Reglamento Interno de la CNDH hace referencia a tales criterios jurídicos en el texto que reproducimos a continuación:

Artículo 129. (Elaboración del proyecto de recomendación).

...

El visitador adjunto tendrá la obligación de consultar los precedentes que sobre casos análogos o similares haya resuelto la Comisión Nacional”.

El Reglamento, como puede observarse, adopta la terminología de precedentes, la cual no es muy común en nuestro ordenamiento jurídico.

En efecto, la noción de precedentes tiene una connotación más cercana al sistema jurídico anglosajón que al nuestro, toda vez que nosotros pertenecemos a la tradición del *sistema neorrománico*. En aquellos países en donde tiene aplicación la figura jurídica del precedente, con ella se quiere significar que las decisiones judiciales que resuelven una cuestión de derecho deben considerarse parámetro normativo en la resolución de casos similares que se presenten con posterioridad ante el mismo órgano resolutor o, en ocasiones, ante uno de menor rango. En consecuencia, la obligatoriedad que se desprende del precedente hace que una decisión sea congruente con una decisión previa dictada en casos

similares, pero al mismo tiempo también se convierte en un parámetro normativo a seguir en futuros casos análogos.<sup>6</sup>

Como nota distintiva a la tradición formalista que hemos seguido en nuestro país, mientras la jurisprudencia deviene obligatoria al reiterarse un mismo criterio jurídico varias veces, en el precedente basta una sola decisión para que dicho criterio jurídico sea obligatorio. Las razones de esta diferencia son de diversa naturaleza pero baste señalar que la certeza y seguridad jurídicas que en el *sistema neorromanista* se busca con una reiteración de casos en el *sistema anglosajón* se logra con uno solo.

Las tradiciones jurídicas, ciertamente, son diferentes y en muchos aspectos influye la tradición en el sistema que se adopte, sea de reiteración o de un solo criterio, sin embargo el hecho de que en una tradición jurídica se introduzca un elemento que es propio de otra no debe llevarnos a considerar que estamos ante una innovación incorrecta. Debemos estar abiertos a las diferentes maneras en que en derecho se busca la certeza y la seguridad jurídicas, por tal motivo la introducción de un sistema de precedentes no debe ser considerada incorrecta, mucho menos por contradecir una práctica de reiteración de casos.

Lo que en realidad debe interesarnos es que no falte, en uno u otro sistema, la congruencia en los criterios jurídicos que se apliquen al resolver los casos, considerando lo ya resuelto y previendo lo que se va a resolver.

---

<sup>6</sup> Véase para mayor detalle MAGALONI KERPEL, Ana Laura, *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, Madrid, MacGraw Hill, 2001, pp. 30 y ss.

En consecuencia, la introducción del precedente en nuestro ordenamiento jurídico, en especial en materia de derechos humanos, no debe causar asombro y debe motivarnos a resolver precisamente la característica de la obligatoriedad del precedente que ya hemos señalado.

Por estas razones podemos concluir que la jurisprudencia en el caso de la protección no jurisdiccional de los derechos humanos desde un punto de vista material, no formal, significa la obligatoriedad de un solo caso, el precedente, y no la obligación reiterada de un mismo criterio.

En este sentido, podemos afirmar que la jurisprudencia en materia de derechos humanos se va formando con los criterios derivados de la actividad de interpretación de las normas que realizan los órganos no jurisdiccionales de protección de derechos y que se contienen en las recomendaciones, acuerdos o resoluciones de las Comisiones Nacional y estatales.

Como quiera que sea el sistema que se adopte, ya sea la reiteración o un solo caso, es indudable que debe existir una sistematización de los criterios a fin de hacer más fácil su aplicación. De nada serviría contar con la obligación del precedente, o su reiteración, si no se sabe cuáles son los criterios jurídicos con los que se han resuelto los anteriores problemas de violación de los derechos humanos.

A este respecto podemos indicar que han sido varios los esfuerzos que se han realizado para recopilar el conjunto de criterios adoptados en las recomendaciones. Desde que se creó la Comisión

Nacional de los Derechos Humanos se intentó hacer una compilación de jurisprudencia, anunciándose en su momento la existencia de un Programa de precedentes que permitiría elaborar recomendaciones similares en casos análogos.

Se habló de la elaboración de voces clave que permitirían, a quien elaborara una recomendación, saber cómo se había procedido en casos anteriores atendiendo a la naturaleza de la queja, derechos infringidos, autoridades responsables, procedimientos, recomendaciones concretas o respuestas de autoridad. Desafortunadamente no se obtuvo un buen resultado.

Posteriormente, se anunció un programa de precedentes y de cómputo, orientado a la consulta de información sobre recomendaciones particulares y las violaciones que les dieron origen. Se realizaron fichas descriptivas de las recomendaciones por destinatario, tipo de violación, clase de recomendación, área geográfica y número. Nada en concreto se consiguió.

Nuevos intentos se realizaron en 1995, año en que se informó que se habían iniciado estudios técnico jurídicos sobre las recomendaciones con el fin de detectar criterios comunes para la solución de casos análogos, luego se diseñó un módulo para el seguimiento de recomendaciones y se informó que en él se realizaban estudios jurídicos sobre las mismas. Más tarde se publicó un listado de hechos violatorios indicando su fundamento constitucional, acuerdos y tratados internacionales y legislación nacional aplicable al caso concreto. No se obtuvieron grandes logros.

A los anteriores esfuerzos hay que adicionar que la Federación Mexicana de Organismos Públicos de Derechos Humanos, en un congreso nacional realizado en 2004 en Coahuila, aprobó la creación de un sistema de precedentes de resoluciones o criterios y de recomendaciones emitidos por los miembros de la Federación. A través de dicho sistema se busca que los ciudadanos conozcan los criterios que el Ombudsman mexicano ha externado en la defensa de los derechos y además que constituya una base de datos que auxilien para definir controversias futuras. Dicho sistema puede consultarse en la página de internet de la propia Federación. Es un gran esfuerzo digno de reconocimiento.

Por otra parte, en el año 2006 se publicó una obra, impulsada por quien esto escribe, a efecto de extraer de las recomendaciones los criterios jurídicos que se han aplicado para resolver las violaciones a los derechos humanos. En ella se pretendió dar al texto del criterio jurídico extraído de la recomendación una forma de tesis jurisprudencial, semejante a la que emiten los tribunales federales. Se trata de un ejercicio útil para la Comisión Nacional, para las Comisiones Estatales así como para los afectados, las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos y las propias autoridades pues con ello se cuenta con una referencia precisa y sistemática de cuándo un actuar puede constituir una violación de derechos humanos y se tiene un conocimiento más profundo del alcance de estos derechos.

De continuarse esta labor podría constituir la base de un sistema nacional de precedentes de protección no jurisdiccional de derechos humanos.



La creación de un sistema de precedentes requiere de un diagnóstico en cada Estado sobre los hechos violatorios denunciados, las autoridades señaladas como responsables y las violaciones que son objeto de recomendación, entre otros. Dicho diagnóstico demanda una base de datos que permita dar a conocer dicha información en forma detallada, por Estados y por años, permitiendo dar un seguimiento oportuno de las actuaciones de la Comisión Nacional y de las estatales; lo que facilitaría la tarea de unificar criterios y elaborar un catálogo de violaciones nacionales de derechos humanos y a su vez, la sistematización de los precedentes.

Estos son, en síntesis, los esfuerzos realizados por establecer un sistema de precedentes de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

No me resta más que reiterar que la figura jurídica del precedente es fundamental en la defensa de los derechos humanos, no se requiere observar reiteradamente un acto para considerarlo violatorio de derechos humanos si por si mismo ya lo es. Juntos, las Comisiones Estatales y la Nacional podemos sumar esfuerzos para constituir el sistema nacional de criterios jurídicos en la protección no jurisdiccional de los derechos humanos.

## BIBLIOGRAFÍA

COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *Dogmática constitucional y régimen autoritario*, 2a. edición, Distribuciones Fontamara, México, 2000.

GARCÍA LÓPEZ-GUERRERO, Luis, “La defensa de los derechos humanos en México. Respuesta a John Ackerman” en *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, UNAM, núm. 16, enero-junio 2007.

GASCÓN ABELLÁN, Marina, *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Tecnos, Madrid, 1993.

MAGALONI KERPEL, Ana Laura, *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, Madrid, MacGraw Hill, 2001.

ROSALES GUERRERO, Emmanuel Guadalupe, *Estudio sistemático de la Jurisprudencia*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2005.

“Liminar” de la obra de SANDOVAL VARGAS, Graciela y CORZO SOSA, Edgar, *Criterios Jurídicos de las recomendaciones de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (1990-2005)*, México, UNAM-CNDH, 2006.

# Delante a los derechos. Divagaciones kafkianas en torno a la “jurisprudencia de los derechos”

Ilario Belloni \*

Sumario: 1. Dentro de la metáfora. 2. Fuera de la metáfora. 3. Bibliografía.

## 1. DENTRO DE LA METÁFORA

Existe un cuento kafkiano con el título por demás emblemático de *Delante a la ley*. Y existe también, como es sabido, una novela de Kafka con el título, otro tanto emblemático, de *El proceso*. No es casualidad que en algunas páginas de dicha novela –para ser más exactos en el capítulo IX intitulado (también éste emblemáticamente) *En la catedral*– se pueda encontrar, insertado en las tramas de un diálogo narrado por un sacerdote en forma de parábola, justamente aquél cuento que el autor había escrito ya desde 1914 (año en el que comenzaba a trabajar en *El proceso*) y que sería publicado cinco años más tarde por el editor Wolff en la compilación de cuentos *Un médico rural*.<sup>1</sup> La circunstancia en

\* Licenciado en Derecho por la Universidad de Pisa con una tesina sobre el fundamento de los derechos humanos. Obtuvo el grado de Doctor en “Teoría e Historia del Derecho” en la Universidad de Florencia. Correo electrónico: [belloni@ddp.unipi.it](mailto:belloni@ddp.unipi.it)

<sup>1</sup> La compilación se puede encontrar en KAFKA F, *Racconti*, coordinado por E. Pocar, Mondadori, Milano, 1992. Para el cuento *Delante a la ley*, *cfr.*, pp. 238-39. En castellano: KAFKA,

la cual ve la luz el cuento no es trivial: en el momento en el que se dedica a la composición de su novela, Kafka tienen ya en mente y compone inmediatamente este breve escrito para después colocarlo sucesivamente en una parte de *El proceso*; parece casi que *Delante a la ley* puede haber constituido para el autor, una línea-guía en la hechura de la novela, o quizá, justo la idea-madre, aquella intuición pura por la cual toda la obra se origina y es nutrida.<sup>2</sup> Se buscará entonces en el presente escrito, sobre la ruta fijada por Kafka, seguir los movimientos propios de este cuento para afrontar nuestro tema y construir también nosotros nuestro propio “proceso”: un proceso a los derechos, o mejor, a los modos (judiciales) a través de los cuales los derechos son garantizados, a la “justicia” de los derechos, que precisamente en el “proceso” llega a su máxima cúspide. Dicho en otros términos, una especie de meta-proceso.

En las páginas de la novela/cuento, Kafka nos esboza la imagen del “guardián de la Ley”, y ¿quién mejor que el juez podría serlo? En cuanto a lo que concierne a nuestro tema de investigación, el juez del que trataremos es aquel inmerso en la expe-

---

Franz, *Cuentos completos (textos originales)*, traducción de José Rafael Hernández Arias, editorial Valdemar, colección clásicos, Madrid, 2000.

<sup>2</sup> Cfr. ZAMPA, G., “Der Prozess: romanzo o frammenti” en KAFKA F, *Il processo*, coordinando y con un ensayo de G. Zampa, 4a. edición, Adelphi, Milano, 1985, el cual llega a admitir, «y sería difícil no hacerlo, que la leyenda del capellán [i. e. el cuento en cuestión] tiene la función de iluminar, como un espejo retrovisor, la entera narración, de poner al protagonista en grado de reconsiderar el propio asunto» (p. 287). E G. Baioni (*Kafka. Romanzo e parabola*, Feltrinelli, Milano, 1963, pp. 179-86) nota, a propósito del cómo es la parábola «en verdad la destilación del modelo didáctico de la novela, ésta representa, es decir, es una suerte de fórmula y de ecuación ideal», o mejor aun, cómo ésta es «la traducción parabólica del imputado de la novela»; en tal sentido, la parábola *Delante a la ley* «es insertada en el *Proceso* como término resolutivo y, por tanto, surge, como núcleo ideal, contemporáneamente en los primeros capítulos de la novela» (KAFKA, F, *Skizzen, Parabeln, Aphorismen*, a cargo de G. Baioni, Mursia, Milano, 1961, p. 18).

riencia del Estado constitucional de derecho. El mencionado, es un sujeto que parece haber superado la cerca positivista de simple guardián de la ley para asumir el rango de “guardián de los derechos” (o, tal vez, de aquella ley que protege los derechos). El discurso, sin embargo, podría cambiar bien poco, y no de manera casual permanece de hecho el riesgo de que también el “guardián de los derechos” sea de la misma especie que aquél guardián frente al cual, en el cuento kafkiano, «va un campesino y pide entrar en la Ley»,<sup>3</sup> o mejor, diremos nosotros, de “entrar en los Derechos”.<sup>4</sup>

En el cuento, el guardián dice inmediatamente al campesino que «en aquel momento no lo puede hacer entrar» y a la pregunta expresa de éste, acerca de la posibilidad de entrar enseguida, el guardián responde que «es posible, pero ahora no se puede». <sup>5</sup> Kafka nos dice también, sin embargo, que el portón de la Ley (*i. e.* de los Derechos), *como siempre*, está abierto, y que el guardián se hace incluso a un lado para permitir al campesino ver, inclinándose, «al interior a través de la abertura». <sup>6</sup> Ésta parece poder constituir una eficaz configuración/transfiguración del mundo de los derechos y de su correspondiente acceso. La *posibilidad* de entrar es dada como una eventualidad, unida la mayoría de las veces a un elemento de carácter temporal, como si la decisión del guardián de dejar entrar al hombre debiera, de manera forzada, prolongarse

<sup>3</sup> Por las citaciones textuales de la obra kafkiana se ha preferido hacer referencia, de aquí en adelante, a una traducción más cercana a la temática afrontada en el presente trabajo, tal es aquella que se encuentra en KAFKA, F., *Il processo. L'ordinaria amministrazione dell'assurdo*, trad. it. de D. Moro, Giunti Demetra, Firenze, 1999, p. 241.

<sup>4</sup> Se puede probar, como se hace en este trabajo más adelante, hacer referencia al cuento kafkiano, sustituyendo, en la lectura del texto en cuestión, la palabra “Ley” por la palabra “Derechos”; el efecto que se producirá, respecto de nuestro tema de investigación, será por demás, sorprendente y significativo.

<sup>5</sup> KAFKA, F., *Il processo*, *op. cit.*, p. 241.

<sup>6</sup> *Idem*.

en el tiempo (de ser este el signo de una decisión “meditada”, “valorada”, o de una actividad de interpretación y comprensión de la situación por parte del guardián, que con aquella respuesta ¿parecería, con buenas razones, subrayar la falta de elementos útiles para pronunciarse *inmediatamente* respecto de la admisión? En realidad se descubrirá que no es así).<sup>7</sup>

Además, en las dinámicas del acceso, así como han sido descritas en el cuento, parecen relevantes también los elementos del *inclinarse* (para ver) y del resquicio (desde el cual se ve): un resquicio que hace presente la imagen de los *pliegues* de la justicia, entre los cuales (y sólo entre ellos) puede existir la posibilidad de que emerjan los derechos, que ahí se alcanzan a “ver”, y –por parte del juez– a afirmar. Si la auténtica “justicia de los derechos” parece darse solamente en las tramas de la ley, entre la trama de un sistema jurídico, entonces, para “ver”, es necesaria esta acción de *inclinarse*, que quizá puede contener en sí los diferentes momentos, sea de la reivindicación o del reconocimiento y la atribución de un derecho; en dichos momentos, hay siempre alguno y hay algo, que se *inclina* –y bien entendido este movimiento, no es sólo hacia abajo, sino también hacia atrás, flexionándose como un

<sup>7</sup> Desde este punto de vista, la postura del juez/guardián kafkiano parecería poder remitirnos a la del “juez democrático” brechtiano que examina al inmigrante italiano para los fines de la concesión de la ciudadanía americana, y no es por otra cosa sino porque el juez de Brecht, antes que *favorecer* al inmigrante, que se ha dirigido delante de él, por más de dos veces, valora y medita el favor que debe otorgar sobre la base de las informaciones relativas al “modo como vivía” el inmigrante (cfr. BRECHT, B., *Lesame per ottenere la cittadinanza o Il giudice democratico*, en Id., *Poesie*, II [1934-1956], Einaudi, Torino 2005, pp. 1062 y ss.). En realidad, las dos posturas terminan resultando opuestas una con la otra, vistos también los resultados, profundamente diferentes, relativos al acceso a la justicia del campesino, en un caso, y del inmigrante italiano en el otro. Como ha notado a propósito Zagrebelsky, aquel de Brecht, es un juez «que, para incluir al débil, adecua la pregunta a la respuesta y no exige la respuesta adecuada a una pregunta cruel», en tal modo actualiza aquel “comportamiento altruista” y solidarista típico de la democracia (ZAGREBELSKY, G., *Imparare la democrazia*, Gruppo Editoriale L'Espresso, Roma, 2005, p. 41).

arco o una palanca; listo a lanzarse, a echarse hacia adelante— y hay otra cosa que será inclinada (a partir del poder para llegar hasta la actividad interpretativa, que *inclina* la norma o el principio *hacia* el reconocimiento o, según los casos, desconocimiento de un derecho).

Pero inmediatamente, después de haber lanzado la primera mirada al reino de los derechos y, con alguna probabilidad, permaneciendo fascinado y capturado —es más, “atraído”—, el campesino es puesto en guardia por el guardián: «si te llama la atención tanto, entonces busca entrar, no obstante mi prohibición. Considera sin embargo, que soy poderoso. Y yo no soy más que el último de los guardianes. Porque de sala en sala se encuentran guardianes que son uno más poderoso que el otro. La vista del tercero no la puedo ni siquiera tolerar yo».<sup>8</sup> De inmediato se presenta delante al hombre la jerarquía judicial, los distintos grados del juicio, las “salas” que se siguen; también el *poder* de los jueces crece con el subseguirse de las salas, pero ya el primer guardián dice de sí mismo que es poderoso. ¿Qué tipo de poder es aquél de nuestros guardianes/jueces? ¿Es sólo funcional para hacer respetar la prohibición de no entrar, o sirve también para alguna otra cosa? El campesino, nos hace notar Kafka, «no había previsto esta dificultad; él considera que [los derechos] deben ser accesibles a *todos y en cada momento*<sup>9</sup> pero [...] decide que es mejor esperar hasta que obtenga el permiso de entrar».<sup>10</sup>

<sup>8</sup> KAFKA, F., *Il processo*, op. cit., p. 241.

<sup>9</sup> Estas dos precisiones, que se han escogido para evidenciar en cursiva, son por demás significativas —como se tendrá modo de intuir— para la prosecución de nuestro discurso; entre otras cosas, éstas retornan ahora con astringente actualidad, puesto que valen también para poner sobre la mesa la situación de una posible y temporal *suspensión* de los derechos, como ha sucedido y continúa sucediendo en algunas bien conocidas situaciones determinadas por “razones de seguridad”.

<sup>10</sup> KAFKA, F., *Il processo*, op. cit., pp. 241-242.

Sabemos bien como será la espera del campesino, qué es lo que hará durante todo el tiempo que no entre en los derechos, incluidos los intentos por corromper al guardián, la esperanza de entrar que se hace cada vez más vana. Cuando también la vista está por abandonarlo, logra sin embargo, distinguir aún un claro fulgor, que casi lo ciega del todo: el fulgor parte desde el portón de los derechos, y es un fulgor “inextinguible”.<sup>11</sup> Es la luz de la justicia, que se irradia por todos lados y penetra también por los resquicios; es la viva luz de los derechos que jamás puede apagarse y que pasa sobre las particulares existencias, incluida aquella del campesino, que ahora está muriendo y ha esperado siempre el ser irradiado, el encontrarse *dentro* de aquella luz, de frente a su fuente más pura. Él querría permanecer ciego por la luz, pero termina por serlo a causa de la obscuridad que desciende lentamente sobre él en todos aquellos años. Por eso, cuando vislumbra aquel fulgor, tiene un último sobresalto: esta vez, sin embargo, no logra ya *inclinarse*, o mejor dicho, *dirigirse* hacia el guardián, «porque no logra más levantar el cuerpo entumido». <sup>12</sup> Es entonces el guardián el que «ha sido obligado a inclinarse hacia él, porque la diferencia de estatura se ha modificado mucho en desventaja del hombre». <sup>13</sup>

La justicia, finalmente, parece *inclinarse* hacia las razones del hombre, tendiéndose sobre él, casi como para “comprenderlo”, <sup>14</sup> para abrazarlo, para asegurarlo, protegiéndolo bajo su ala; pero para llegar a esto, el hombre ha tenido que *hacerse pequeño*, sobajarse

---

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 242.

<sup>12</sup> *Idem*.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 243.

<sup>14</sup> El juego de palabras utiliza en el original italiano la expresión “comprenderlo”, del verbo “prendere”, tomar, por lo que alude a tomarlo. Nota del traductor.



de estatura respecto al guardián (inclinarse sobre sí mismo, o mejor dicho, encogerse, una implosión sobre sí mismo) el hecho de que la diferencia de estatura se haya –como escribe Kafka– *modificado* en desventaja del hombre, induce a considerar que cuando, en principio, el hombre se había presentado delante a la Ley (*i. e.* a los Derechos) era *alto*, quizá más alto que la Ley misma, o mejor aún, tenía una *medida* mayor que aquella de la Ley o al menos que aquella que no le consentía acceder (tal vez porque era, en otros términos, *desmedida* su petición o quizá porque tenía pretensiones *sobredimensionadas*).

Una vez más, el guardián no comunica directamente él algo, sino que se refiere siempre a aquello que el hombre pretende *solicitar*: el hombre, a su llegada delante a la Ley, ha tenido que *solicitar* la entrada, y también ahora, que quizá se esperaría una palabra –espontánea– cuando menos para confortarlo, es constreñido nuevamente a *solicitar*. Es el principio de la *solicitud* de justicia, de la justicia que no llega jamás desde ninguna parte, pero que es *exacta*, *pedida*, *pretendida* y, más aún, *interrogada*, o mejor *interpelada*. «Ahora ¿qué cosa quieres saber?», pregunta el guardián, e inmediatamente después, se apresura a agregar «eres insaciable»<sup>15</sup> que sabe tanto de la insaciabilidad de la justicia, de los derechos, o mejor, de las propias pretensiones en los conflictos de derechos.<sup>16</sup> «Todos aspiran a la Ley [*i. e.* a los Derechos]», dice el hombre, pero «¿cómo es que en todos estos años ninguna otra persona te ha solicitado el acceso?».<sup>17</sup> A tal punto el guardián

<sup>15</sup> *Idem*.

<sup>16</sup> *Cfr.* PINTORE, A., "Diritti insaziabili" en *Teoría política*, 2, 2000, pp. 3-20 e *Id.*, *I diritti della democrazia*, Laterza, Roma-Bari 2003, pp. 98 y ss.

<sup>17</sup> Kafka, F., *Il processo*, *op. cit.*, p. 243.

“grita” una respuesta, y la grita no solamente para que el oído del hombre que está por demás débil escuche, sino que podríamos agregar, también para hacerla *pública*, desde el momento en que aquella es la única respuesta *garantista* que el hombre recibe desde que llegó ahí, y está ahí esperando delante al portón de los derechos. Y no es casualidad –¡por el contrario, parece una paradoja!– el que aquel garantismo llegue demasiado tarde a hacer cuentas ya hechas, cuando quizá es imposible el ejercicio del derecho que se habría en tal modo garantizado y del cual el “garante” (*i. e.* el Estado) se jacta gritándolo a los cuatro vientos, como hace el guardián cuando manifiesta: «Aquí ningún otro podía obtener el acceso, porque esta entrada era destinada sólo a ti. Ahora voy a cerrar la puerta».<sup>18</sup>

Así, se llega enseguida a la conclusión del engaño al hombre por parte del guardián, conclusión a la cual llega inmediatamente también K., el protagonista de la novela kafkiana, después de haber escuchado la narración de un sacerdote en la obscuridad del atrio de una catedral. El “engaño”, para efectos de este trabajo, puede significar un uso *retórico* de la justicia de los derechos, es decir, la proclamación del derecho –«esta entrada era destinada sólo a ti»– en el momento mismo en el cual quien habría tenido que garantizarlo, ya sabía que jamás el sujeto interesado habría podido ejercitarlo. En efecto, esta es también la sensación de K.: el hombre ha sido engañado y enredado, desde el momento que el guardián ha mentido desde el inicio. El sacerdote, con el cual K. razona por largo tiempo sobre este enigma, pone, sin embargo, en evidencia toda

---

<sup>18</sup> *Idem.*

una serie de razones por las cuales se podría llegar a pensar que el que ha sido engañado es incluso el guardián mismo, y no el hombre, como se nos habría inducido más “banalmente” a considerar. Muchos intérpretes, dice el sacerdote, piensan que el guardián, «al menos al final, [...] sea inferior al hombre también en el *conocimiento*, ya que estos ven el fulgor que emana desde la entrada a la Ley [*i. e.* a los derechos], mientras el guardián, en cuanto tal, de espaldas probablemente al portón no muestra en ninguna de sus intervenciones haber notado algún cambio».<sup>19</sup>

K. se dice persuadido incluso de estas otras motivaciones y se convence de que el guardián pudo haber sido engañado, tal vez no por obra del hombre sino quizá, por la Ley misma. No por esto él cambia su parecer inicial, porque es posible que los que han resultado engañados son ambos, «en parte las dos cosas se sobreponen», afirma K. «No es determinante el hecho de que el guardián vea claramente las cosas o que al contrario sea engañado. Yo digo que el hombre es engañado. Si el guardián viera bien las cosas, se podría dudar, pero si aquél se engaña, entonces su error se transmite necesariamente al hombre».<sup>20</sup> El guardián, en otros términos, termina por incurrir en un error de *valoración*, tal vez propiamente en el de *interpretar* la realidad que *crea* está detrás del portón el cual se le ha dado en custodia, y que no es otra cosa sino la realidad (o la apariencia de una realidad, observando que por si sola vale para producir tales “engaños”) de los *derechos*. El guardián se ha hecho intérprete de los derechos que el sujeto no habría podido de hecho ejercitar, ha prometido, ha dado una posibilidad aproximativa de un derecho

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 248 (la cursiva es mía).

<sup>20</sup> *Idem*.

que en realidad no se ha concretizado jamás. Ciertamente, él no puede ser considerado un impostor, dice K.; y ni siquiera, agregamos nosotros, el verdadero responsable de aquella retórica garantista que hemos citado con anterioridad, o mejor dicho, aquel intérprete de la *ideología* (aquí en realidad en el sentido de “falsa conciencia”) *de los derechos*. Él parece obrar incluso de buena fe; si bien peca de ingenuidad al prometer aquello que no se puede sostener, no obstante él busca realizarlo, aunque de modo un poco paternalista (como cuando ofrece al campesino un banco y lo invita a sentarse junto a él a esperar, en lugar de irse).

El guardián sin embargo, en todo esto, resulta –como dice K. al sacerdote– «tan ingenuo que debería inmediatamente ser despedido. Debe considerar que el error en el cual se encuentra el guardián a él no le perjudica para nada, pero el hombre se ve perjudicado enormemente».<sup>21</sup> La *expectativa*, en el sentido más estricto del término, de un derecho es, en ciertos casos, quizá más nociva que una negación del derecho mismo; aquella puede terminar por generar un sentido de impotencia y frustración mucho más paralizante que la negación *tout court*, expresada quizá en términos perentorios de ley. Es justamente aquí, sin embargo, cuando el sacerdote opone las razones de la Ley, que parecen trascender también a aquellas de los derechos y de la justicia, y servir al propósito del *orden* y de la *obligación* política y jurídica. ¿Quién tiene derecho, de hecho ha juzgar al juez de los derechos? «La historia –responde el sacerdote– no da a *ninguno* el derecho de juzgar al guardián. Independientemente de cómo pueda parecer-

---

<sup>21</sup> *Ibidem*, pp. 248-249.

nos, es sin embargo un servidor de la Ley, *pertenece* a la Ley y, por tanto, *está exento del juicio humano*. No es en conclusión, ni siquiera lícito creer que él esté subordinado al hombre». <sup>22</sup>

K. no puede compartir esta opinión, porque –afirma– «compartiéndola es necesario considerar que todo lo que dice el guardián es verdad»; <sup>23</sup> pero el que el guardián/juez no diga, y no pueda decir, toda la verdad y *sólo* la verdad es algo que ha admitido el mismo sacerdote –hace notar K.–, cuando ha buscado de explicar que el guardián se engañó y que ha resultado ser, al menos al final, inferior al hombre “también en el *conocimiento*”. ¿Cómo puede entonces un sujeto de tal naturaleza ser el depositario de la verdad? De hecho, concluye el sacerdote –y con esto apunta también la *conclusión* del discurso entre él y K., comportándose como guardián que tiene la última palabra, aquella *decisiva*– «no es necesario considerarlo todo como verdad, basta sólo con considerarlo *necesario*». <sup>24</sup> Es entonces la necesidad, antes incluso que la verdad, la que constituye el ámbito de legitimación (no ya de legitimidad) de la obra realizada por el juez, así como es la *necesidad* de los derechos y no su *verdad* la que confiere a éstos aquella extraña forma axiomática que es vigente aun cuando en la práctica los derechos son todo menos axiomas, que les otorgan la apariencia de sustancias *reales*, de *poderes*-imágenes (o de imágenes del *poder*) que algún día deben encontrar una realización. <sup>25</sup>

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 249 (la cursiva es mía).

<sup>23</sup> *Idem*.

<sup>24</sup> *Idem* (la cursiva es mía).

<sup>25</sup> *Cfr.* OLIVECRONA, K., *Law as Fact*, Oxford University Press, London 1939, trad. it. *Il diritto come fatto*, Giuffrè, Milano 1967, pp. 75 y ss.

Es su necesidad y no la verdad lo que, en definitiva, genera aquella *expectativa* –siempre en el sentido más estricto del término– de un derecho, del cual, como hemos apenas visto, se corre el riesgo de permanecer víctimas; un riesgo que es corrido no sólo por parte de los sujetos potencialmente titulares de aquellos derechos (tan esperados) sino también por parte de quién –nuestro juez/guardián– debería dar concreción a aquellas expectativas, actualizándolas y volviendo dichos derechos, salvaguarda efectiva en la vida cotidiana. En todo esto, sin embargo, permanecen muchos puntos oscuros, aun ahí donde admite la *necesidad* –en términos de *urgencia*– de los derechos mismos, como puede ser, entre otros, aquel relativo a la injuzgabilidad del órgano supremo juzgador en materia de derechos. Quizá, sin embargo –y también aquí, y sobre todo aquí– es de nuevo y auténticamente una cuestión de necesidad: ¿es sólo miedo a la democracia –tan pregonada y considerada, al igual que los derechos, irrenunciable– y a sus ciertos posibles éxitos “incómodos” o dañinos para la garantía de nuestros derechos, lo que hace *necesario* replantear toda la cuestión (pero *toda*) a un juez/juicio humano, incuestionable por parte del hombre y creado únicamente con la finalidad de hacer de guardián de aquellos derechos?

## 2. FUERA DE LA METÁFORA

En buena medida, el hombre kafkiano parece poder hacer resurgir el prototipo del sujeto que permanece *desprovisto* de derechos, y justo por esto anhela todavía más a la Ley, pero en su anhelar, está totalmente privado de *informaciones* (y el “asunto” del campesino nos lo demuestra plenamente). A propósito de esto, ha escrito G. Anders:

La causa ulterior de la inexplicabilidad de los eventos kafkianos es por tanto el *agnosticismo* de Kafka; y la causa de su agnosticismo (y de sus personajes) es la *falta de derechos*. En cuanto privado de derechos, ninguno de sus personajes merece ser informado y ninguno, a pesar del imperante panburocratismo, es digno de estar al corriente del propio estado civil. El “no poder saber” tiene su propio fundamento en un “no se tiene derecho a saber”. *El agnosticismo de Kafka es un fenómeno político*. [...] La infamia del mundo kafkiano consiste [...] en el hecho de que, si bien cada uno sea solamente un “funcionario” del mundo, ninguno goza del derecho de entender el papel que representa en la totalidad oficial. Hasta quien es “percibido” sólo como posibilidad o medio, no tiene acceso a la verdad, por tanto vive agnósticamente. *Falta de libertad y agnosticismo son solamente nombres de un único fenómeno*. Pero si ninguno sabe que orden tienen las cosas a su alrededor, qué debe esperarse, a quién se le debe algo, de qué podría ser sospechoso, porqué es acusado, si es tolerado, y si es así, por cuánto tiempo, si no, por qué despacho es competente; entonces toda energía, tan vivaz se transforma en una *furia interpretativa* desmedida y sin reposo. Entonces no existe ningún fenómeno que sea demasiado insignificante, ningún gesto que sea demasiado fugaz que no pueda suscitar la pregunta: ¿qué significo yo? El furor interpretativo que esa pregunta suscita es entonces el estigma de la destitución, de aquél que (por variar una expresión clásica) *debe interpretar el mundo porque son otros los que lo administran y modifican*.<sup>26</sup>

En esta furia interpretativa no son acogidos significados auténticos o en cualquier caso, funcionales a la emancipación de los sujetos y a su conciente toma de conciencia de la realidad que los

<sup>26</sup> ANDERS, G., *Kafka. Pro und contra. Die Prozess-Unterlagen*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1951, trad. it. *Kafka. Pro e contro. I documenti del processo*, Gabriele Corbo, Ferrara 1989, p. 63.

circunda: es una furia interpretativa que crea sólo *ilusiones* de justicia y, consecuentemente, frustraciones en el goce de los derechos y en el “acceso a la justicia”. Aquellas *informaciones*, a las cuales apenas se ha hecho referencia, podrían también ser leídas, en el ámbito del “sistema de los derechos”, como las condiciones *sustanciales* de acceso al ejercicio de los derechos mismos; un ejercicio que no se da evidentemente ahí donde faltan las posibilidades económicas para iniciar una acción procesal, la conciencia de los propios “medios” para hacer valer un derecho y, tal vez, la conciencia del derecho mismo.<sup>27</sup> De los derechos, muchas categorías de sujetos (como el campesino), se arriesgan a tener sólo un *resplandor*,<sup>28</sup> un atisbo, una luz en el horizonte; saben que pueden existir pero que son cosas para *otros* que no son ellos. Son aquellas categorías de sujetos cada vez más al último y confinados en los estratos más bajos de las sociedades contemporáneas. Otros son, de hecho como nota Anders, los sujetos y los “lugares” predispuestos a formar, administrar y modificar aquel mundo del cual permanece excluida toda la masa de los “destituidos”.

De frente a estas categorías de sujetos al margen de los derechos, existen en cambio, otras compuestas por sujetos que se encuentran a menudo demasiado dentro de los derechos, cuya hiper-

---

<sup>27</sup> En la transfiguración kafkiana hay siempre un ingreso al mundo de los derechos *formalmente* destinado a cada uno, pero si llegan a faltar toda una serie de condiciones para el acceso a la “justicia de los derechos” (los gastos para obtener justicia, el “costo” de los derechos, la “visibilidad” de los sujetos) aquel “cada uno” se arriesgará a permanecer siempre sobre la ruta del “portón” de los derechos.

<sup>28</sup> Prefiero aquí utilizar, para indicar el tipo de fulgor en cuestión, este eficaz e ilustrativo término en español, sugerido por mi amigo y colega José Ramón Narváez Hernández (como siempre “sintético” y “profundo” en su pensamiento) en ocasión de la presentación de este trabajo en el “Primer Simposium Internacional sobre Jurisprudencia” (Veracruz, 18-20 octubre 2007).



tutela y cuyas condiciones sustanciales de acceso a la justicia, muy favorables, les consienten no sólo ser los principales destinatarios de toda una jurisprudencia en torno de derechos fundamentales sino, sobre todo, empujar en la dirección de una mercantilización de los valores/principios que están en la base de aquellos derechos; es evidente como la jurisprudencia, en todo esto, debería buscar no prestarse a este juego, aunque a veces corra el riesgo de verse involucrada.

El riesgo se encubre justo ahí donde haya que individuar – y enfatizar– en las Constituciones el “espacio” de los principios y de los valores (o bien, de los principios constitutivos del ordenamiento jurídico, los cuales no hacen otra cosa que expresar los valores),<sup>29</sup> como tales, distinguibles del mundo de las “reglas”, las cuales, afirma Zagrebelsky, son siempre y sólo «aplicables en la forma del “todo o nada”, del *aut-aut*. Si se dan los hechos previstos por una regla y la regla es válida, entonces se debe aceptar, sin escapatorias o mediaciones posibles, la respuesta que ésta proporciona. Los principios no funcionan así, puesto que presentan una dimensión que las reglas no tienen: aquella del peso y de la importancia».<sup>30</sup> Es un dato ahora adquirido

<sup>29</sup> Sobre el particular ver ZAGREBELSKY, G., *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Einaudi, Torino 1992, pp. 147 y ss., en castellano: *El derecho dúctil. Ley, derecho, justicia*, Trotta, Madrid, 1997.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 172. Zagrebelsky retoma aquí la conocida distinción elaborada por R. Dworkin en su obra *Taking Rights Seriously*: «La diferencia entre principios jurídicos y reglas jurídicas es de carácter lógico. Los unos y las otras orientan a particulares decisiones, en particulares circunstancias, respecto de cuestiones de obligaciones jurídicas; pero difieren por su carácter de la orientación que sugieren. Las reglas son aplicables en la forma del todo o nada. Si se dan los hechos establecidos por una regla, entonces: o la regla es válida, y en tal caso se debe aceptar la respuesta que ésta procura; o tal vez la regla es inválida, y en tal caso no influye en la decisión. [...] Esta primera diferencia entre reglas y principios implica otra. Los principios tienen una dimensión que las reglas no tienen, aquella del peso o de

el que los derechos fundamentales, al menos en los Estados constitucionales de derecho, representan gran parte del área de los principios constitucionales en cuestión; en tal área se disputa el juego de la denominada “ponderación” de principios, que no serviría sino para dar mayor especificidad y *actualización* a los derechos mismos: a un nivel abstracto y teórico los principios tendrían todos, y cada uno por sí, validez, pero en la más mínima confrontación con la *realidad* del derecho (que es además realidad de la vida)<sup>31</sup> éstos deben prestarse al juego interpretativo para devenir entre ellos coordinables, antes aun que coordinados y *ordenados*: Por lo demás, apunta Zagrebelsky, es propio de los principios y de los valores su actitud a volverse *relativos* para poder conciliarse recíprocamente en la práctica del derecho». <sup>32</sup> Por este camino se llega de inmediato a aquel operar por “transacciones de valores” así querido por gran parte de la ciencia y de la praxis constitucionalista italiana (y no sólo). Escribe Zagrebelsky:

No es necesario tanto, para comprender como la dimensión del derecho por principios sea aquella más apta a la super-

---

la importancia. Cuando los principios se entrelazan [...], para resolver el conflicto, es necesario tomar en consideración el peso relativo de algún principio. [...] esta dimensión es parte integrante del concepto de principio, tal que es sensato preguntarse qué importancia o peso tenga un principio» (DWORKIN, R., *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, 1977; trad. it. *I diritti presi sul serio*, Il Mulino, Bologna 1982, pp. 93, 96, en castellano: *Los derechos en serio*, Ariel, España, 1997.). Poco antes, Dworkin había así definido el concepto de principio: «Llamo “principio” a un *standard*, que debe ser observado no porque provoque o mantenga una situación (económica, política o social) deseada, pero en cuanto es una exigencia de justicia, o de corrección, o de otra dimensión de la moral» (p. 90 de edición italiana).

<sup>31</sup> Sobre la relación entre realidad –frecuentemente “cruel”– del derecho y aquella –otro tanto cruel– de la vida, así como aquella relativa al desprecio del derecho introducido en los códigos y en los libros técnicos y lo “concreto”, queda ejemplar la obra de S. Satta, *Il giorno del giudizio*, Adelphi, Milano 1979 (cfr. in part. pp. 46, 146-47, 254-55).

<sup>32</sup> ZAGREBELSKY, G., *Il diritto mite*, op cit., p. 171 (la cursiva es mía).

vivencia de una sociedad pluralista, cuya condición es el continuo reequilibrio a través de transacciones de valores. Una elocuente confirmación de esto es la tendencia, más o menos concientemente, presente en la gran parte de las jurisdicciones constitucionales, de concebir cada contenido de las Constituciones (incluidos los derechos fundamentales) como declaraciones de principios.<sup>33</sup>

Si esto es verdad, no se puede de otro modo negar –y no lo niega ni si quiera un autor del “derecho por principios” y de las “transacciones de valores” como lo es Zagrebelsky– aquel riesgo de una mercantilización, por vía jurisprudencial, de los principios y de los valores y de su “monetarización”, a través de la cual se llegaría a atribuir «a cada valor –en el sentido de “valor de intercambio”– [...] su “justo precio”»<sup>34</sup>; la extensión de la categoría del “daño resarrible”, ligada a la proliferación de la creación y del reconocimiento por vía judicial de derechos considerados “fundamentales” (y como

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 172.

<sup>34</sup> *Idem*. En la misma dirección de Zagrebelsky se mueve también R. Alexy, el cual define los principios como «normas que prescriben que algo sea realizado en medida posiblemente elevada en relación con las posibilidades de hecho y de derecho. Consigue con esto que los principios sean preceptos de optimización. En cuanto tales, éstos pueden ser realizados en grado diferente» (R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1996, pp. 75 y ss.; *cfr.* tb. “Diritti fondamentali, bilanciamento e razionalità” en LA TORRE, M. – SCERBO, A. (coord.), *Diritti, procedure, virtù. Seminari catanzaresi di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino 2005, además de ver, *Begriff und Geltung des Rechts*, Alber, Freiburg im Breisgau-München 1992, trad. it. *Concetto e validità del diritto*, introducción de G. Zagrebelsky, Einaudi, Torino 1997). Como ha notado A. Porciello, Alexy propone una interpretación axiológica de los principios, haciendo coincidir estos con los valores, mientras Dworkin «interpreta los principios en clave deontológica, separándolos netamente de los valores substanciales». Esto produce consecuencias significativas respecto de estructura de la ponderación: para Dworkin son los valores a ser considerados como «bienes preferidos sólo por una parte», mientras los principios gozan «de una validez universal que se coloca más allá de todo posible conflicto»; para Alexy, en cambio, los principios, «como los valores, serían expresión de una parte y no del todo, serían calados al interior del conflicto argumentativo, y no gozarían, por tanto, de alguna validez universal y definitiva» (A. Porciello, *Diritto Decisione Giustificazione. Tra etiche procedurali e valori sostanziali*, Giappichelli, Torino 2005, p. 109).

tales todavía más resarcibles en el caso de su violación), es un indicio alarmante de aquel riesgo.<sup>35</sup> Y una vez más, serían las categorías de sujetos ya “hipertutelados” los que serían todavía mayormente protegidos, reduciéndose en este punto el discurso sobre los derechos fundamentales a aquél de *sus* derechos fundamentales, o

<sup>35</sup> Cfr. LAMARQUE, E., “L’attuazione giudiziaria dei diritti costituzionali” (manuscrito en prensa para «*Quaderni costituzionali*»), en el cual, la autora se detiene a analizar un caso emblemático al respecto, o mejor dicho, del «extraordinario asunto de la lectura constitucionalmente orientada de art. 2059 del código civil sobre el resarcimiento del daño no patrimonial por lesión de derechos constitucionales» (p. 6). Entre otras cosas nota Lamarque, que los derechos fundamentales e inviolables «son tales justo porque el bien que de éste constituye objeto es insustituible con otros objetos, y por esta naturaleza propia necesitan ser tutelados con institutos que busquen obtener, de cualquier modo en que sea posible, la integridad y la intangibilidad de aquel bien, y no ya inmediatamente el sólo resarcimiento del daño por su pérdida. [...] En definitiva, si no se quiere correr el peligro de una mercantilización de los derechos fundamentales, parecería conforme a su naturaleza solamente una tutela de resarcimiento configurada del todo residual, y no ya el tipo de tutela de resarcimiento ofrecida por el nuevo art. 2059 del código civil, que de hecho se pone como tutela única o principal» (pp. 10-11). Con relación, después, al daño existencial, la autora nota como la jurisprudencia de mérito tienda a alargar ulteriormente la figura, «considerando resarcibles a tal título también el prejuicio emotivo, el sufrimiento interior, el estrés o el disgusto que no conllevan modificaciones de la realidad externa de la persona, pero sólo de aquella interior, y no inciden por tanto de manera negativa, en el plano de los hechos, sobre una o más actividades realizadoras de la víctima del ilícito. [...] El riesgo, evidentemente, es que se alimente en la jurisprudencia un insidioso proceso de *slippery slope* que llega a transformar en derecho fundamental cada suerte de deseo o aspiración individual al único fin de consentir la solicitud de resarcimiento en consecución de cualquier compresión o frustración» (p. 14). «Son estados tan destruidos por estar involucrados con los derechos fundamentales del hombre, y resarcidos a título de daño existencial o tal vez de daño moral en ausencia de delito, y frecuentemente como daño *in re ipsa* no necesariamente de específica prueba, entre los otros: la lesión de la libertad de decisión del individuo causado por el constante machacar de volantes publicitarios en el buzón postal del propio condominio; la renuncia al goce de las actividades de reposo, recreación y ocio derivados del *black-out* eléctrico en la propia habitación durante todo el domingo; el sufrimiento moral y el malestar psíquico infringido a un abogado a causa del mal funcionamiento del conmutador telefónico del propio despacho por un periodo de cuatro meses; [...] la afectación a las actividades realizadoras de la persona causada por la anticipación en el horario de partida del viaje vacacional y por la consecuente necesidad de renunciar al viaje; el empeoramiento de la calidad de la vida determinado por las largas esperas en el aeropuerto y por el retraso en la llegada al destino; la pérdida, por parte de la propietaria de un perro arrollado por un automóvil, de la posibilidad de continuar la “correspondencia de amorosos sentimientos” con su animal doméstico; “la violación del derecho constitucionalmente garantizado a desarrollar la propia personalidad también en vacaciones” derivada de la pérdida de las maletas en el viaje de bodas» (pp. 15-16).

mejor dicho, a los derechos de quien, por condiciones sustanciales favorables, logra tener acceso a la “justicia de los derechos”, logrando de esta forma, condicionar también su operatividad, su importancia y su sentido mismo.<sup>36</sup>

<sup>36</sup> En la cuestión del acceso a la “justicia de los derechos” otros factores parecen llevarnos a éxitos paradójicos. Los sujetos, más que tener límites en el acceso, debido a las condiciones *sustanciales*, pueden resultar obstaculizados también por condiciones *procedimentales*, como sucede, efectivamente, también en sistemas “evolucionados” de democracias constitucionales que prevén un control concentrado de constitucionalidad, consistente en un juicio destinado a validar la conformidad constitucional de una ley y operado por una Corte constitucional, la cual es revestida por la relativa cuestión de un juez en el curso de un juicio. Este tipo de controles de constitucionalidad deberían ser funcionales, en última instancia, justo por la tutela de los derechos fundamentales de los sujetos a través de la anulación de aquellas disposiciones legislativas que se valoran como *inconstitucionales*, o mejor aun, como lesiones a los derechos tutelados en la constitución. Todavía – y por esto se subraya también por los apologistas de tales sistemas – este control resulta limitado, sea bajo el perfil objetivo, «dado que corresponde, por ejemplo en el derecho italiano, no ya a cualquier acto normativo en contraste con la constitución sino sólo a las fuentes primarias, esto es a las leyes ordinarias y todos los actos equiparables», sea bajo el perfil subjetivo, «dado que legitimados a sustentar la cuestión de inconstitucionalidad son comúnmente, como sucede de nuevo en Italia, no ya los sujetos lesionados por las normas con sospecha de ilegitimidad más bien, incidentalmente, los jueces donde la consideren fundada y relevante en los casos sometidos a su juicio» (L. Ferrajoli, “Le garanzie costituzionali dei diritti fondamentali”, en *Teoria politica*, 1, 2007, p. 19). Y es evidente como el juicio concerniente a las denominadas “relevancias” y “no manifiesta falta de fundamento” de la cuestión de constitucionalidad, sea puesto esencialmente en la discrecionalidad del juez *a quo*, el cual se reserva la última palabra en la admisión de los sujetos a la “justicia de los derechos”, operando también de este modo, como aquel (primer) juez/guardián que preside/presidía el ingreso al portón de los derechos (y después de él, como en el cuento kafkiano, otros más poderosos, tales como la corte constitucional). Ferrajoli, a propósito de los límites derivados de las condiciones *procedimentales*, ha proyectado algunas soluciones *de jure condendo*, refiriéndose a la posibilidad de extender el control también a los actos no legislativos (como, entre otros, la participación a la guerra) o a los casos de *lagunas* legislativas en presencia de previsiones constitucionales relativas a derechos fundamentales; o más bien a la extensión de la legitimación a sustentar la cuestión de inconstitucionalidad a otros sujetos a parte de los jueces *a quo*, como ya sucede en muchos ordenamientos latinoamericanos en el caso del *juicio de amparo*, «activable por cualquier individuo contra todo acto de autoridad lesivo de un derecho constitucionalmente establecido» (*idem*). Pero sobre todo – y es esta la propuesta que fomenta más perplejidad, porque termina mudando, problematizándolo todavía de más hasta hacerlo desaparecer de la vista del hombre común”, el “punto de ingreso” en el mundo de los derechos – Ferrajoli piensa en la viabilidad de la «propuesta avanzada por Hans Kelsen, de la institución, en dirección de la Corte constitucional, de un procurador general, llamado por él “defensor de la constitución”, con la tarea de objetar la ilegitimidad de cualquier acto del Parlamento *por él considerado inconstitucional*» (*idem*) (la cursiva es mía).

Así, puede que dependa de todo lo anterior el que algunas veces, el “discurso” jurisprudencial sobre los derechos fundamentales –o aquel, que no es muy diferente, de los derechos humanos en el ámbito internacional– termine por ser falseado y falsario, no logrando tener la justa trascendencia, que debería llegar a incluir los intereses de quien no es “representado” en ninguna forma, a nivel social, político e institucional; el discurso sobre los derechos, o bien, la “jurisprudencia de los derechos” corre el riesgo de situarse más allá de esto último, de devenir práctica discursiva excluyente de toda una serie de sujetos “invisibles” a la tecnocracia político-jurídica, que serían, paradójicamente, justo los sujetos más necesitados de tutela en materia de derechos humanos, pero que terminan prácticamente vistiendo los paños de otro tipo de “hombre”, para el que los derechos así entendidos (y así “tratados” por la *scientia iuris* y por la *iurisprudencia*) son objetos desconocidos o simples quimeras. O bien, aquel reflejo que el campesino entreve durante todo el tiempo en que espera entrar en la “Ley”.<sup>37</sup>

Esto es aún más real (y preocupante) si se considera que el “discurso” jurisprudencial sobre los derechos –como, de modo más en general, todo discurso jurídico– es, en cuanto tal,

...intrínsecamente, también un proyecto de sociedad. Lo es de modo programático y descubierto cuando el jurista se hace consejero del Príncipe; lo es de modo por de más disimulado y traspuesto, cuando el jurista produce un discurso de saber; lo es en modo directo, pero implícito, cuando el jurista interviene como juez de un conflicto. Independientemente de cual

---

<sup>37</sup> *Cfr. supra*, en la narración kafkiana.

sea su papel específico, el jurista imagina para realizar su tarea, imagina para actuar, imagina en función de una forma de sociedad que él (frecuentemente en el mismo momento) describe, prescribe, augura.<sup>38</sup>

Y todavía –en palabras de Costa–:

El mundo posible que el discurso jurídico construye, de hecho, no es sólo un mundo *imaginado*, es también un mundo *proyectado*: los sujetos, las formas de acción, las normas, los roles, las transgresiones, las sanciones, las jerarquías de las cuales la narración jurídica se compone no son los sujetos ‘reales’, no son ni siquiera los sujetos y las acciones de la experiencia cotidiana, sino que pertenecen de algún modo a una narración que, en el momento en el que se imagina a tales personajes y acciones como parte del propio mundo, tiende también a imponerlos como parte de la ‘realidad’.<sup>39</sup>

Desde este punto de vista, la obra del juez, también y sobre todo en el tema de los derechos, es fundamental para una *lectura/re-escritura* de las estructuras sociales. El riesgo, sin embargo, una vez más, es que el juez –y el jurista en general–, incluso profundizando al interior de las dimensiones del ‘imaginario’ (la *imaginación*, la *proyección*) y adoptándole en el discurso jurídico, permanece después extraño, “negándose” –dice Costa–, «a una sola dimensión del imaginario: la dimensión de la utopía».<sup>40</sup> El discurso del jurista sobre los derechos fundamentales, en cuanto ‘imaginativo’ y ‘proyectivo’, no puede sino basarse en el presente, “imaginando” el

<sup>38</sup> COSTA, P., “Discorso giuridico e immaginazione. Ipotesi per una antropologia del giurista”, en *Diritto Pubblico*, 1, 1995, p. 33.

<sup>39</sup> *Ibidem*, pp. 32-33.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 34.

futuro (de los derechos) como dependiente del presente, de *su* presente. La dimensión utópica permanece fuera del imaginario del juez/jurista justo a causa de su connotación “radical” y “desactualizada”:

... desactualizada, porque golpea desconcertantemente justo aquel presente en relación al cual, y sólo en relación a ese, el jurista se disponía a concebir el futuro; radical, porque pretende cortar de raíz aquel retículo de poderes, roles, jerarquías que (en los más diferentes contextos, con significativa recurrencia) constituyen el sustento de legitimación social del jurista y al mismo tiempo el ‘material’ que el jurista utiliza creativamente en su narración.<sup>41</sup>

Con el riesgo de que perezcan ya “viejos” en el momento en el que sean “imaginados” y “proyectados”, el discurso y lenguaje de los derechos dan frecuentemente la impresión de un círculo vicioso, de una praxis discursiva cerrada y autoreferencial, desbalanceada como está –por poner sólo un ejemplo– en favor de una dimensión “formal” de la libertad e incapaz de afrontar el verdadero nodo problemático de la cuestión en torno a los derechos humanos, que parece ser, más que otros, relativo a la libertad del hombre, a la necesidad, a la pobreza o, mejor aún, a una dimensión de la libertad que no puede sino ser “sustancial”,<sup>42</sup> en el sentido de que debe tender a la instauración de obligaciones po-

---

<sup>41</sup> *Idem.*

<sup>42</sup> Véase al respecto, la contribución de Amartya Sen, el cual ha buscado superar las estrechuras de la dicotomía libertad negativa/libertad positiva proponiendo un acercamiento que valoriza una dimensión *real* y *sustancial* de la libertad, centrada en la efectiva “capacidad de funcionamiento” de la persona en el espacio de actuación y sobre la *especificidad* de las oportunidades de poner en acto todo aquello que cada uno aprecia. Por ello, Sen pone de relieve el momento de la denominada “libertad de conseguir”, que es ejemplificada, entre otras cosas, justo con la referencia a la libertad (derecho) a la alimenta-



sitivas para los gobernantes que deberán ser llamados a soportar y garantizar el ejercicio *efectivo* de las libertades por parte de los sujetos gobernados. ¡Más que transacciones de valores o mercantilización de principios! Aquí están en juego valores irrenunciables y por tanto poco transigibles, “valores que no tienen precio”, como escribe el mismo Zagrebelsky,<sup>43</sup> el cual termina, sin embargo refiriéndose, en el decisivo rechazo del valor-economía de las lógicas de reconocimiento por vía judicial de los derechos, a valores no mejor especificados, igualmente transigibles, que deberían garantizar el carácter pluralista de las sociedades contemporáneas. Quizá, más que a valores, aquí Zagrebelsky habría podido referirse directamente a “métodos” y a las “praxis” utilizadas para garantizar un nivel alto de pluralismo (¿social, cultural, de los valores?), porque si no, se corre el riesgo de perder el sentido mismo del “valor” si el valor debe ser sólo aquel del “procedimiento” y de las transacciones pluralistas. La alternativa, en una buena perspectiva, no deja espacio a contorsionismos conceptuales o a cómodas salidas de emergencia. De las dos, una: o se continua a hablar “de valores”, o tal vez se abandona la “filosofía de los valores” para dar lugar al espacio pragmático de la *política* y de la confrontación *democrática*.

---

ción (cfr. SEN, A., *La ricchezza della ragione. Denaro, valori, identità*, Il Mulino, Bologna 2000; acerca de la distinción entre “libertad formal” y “libertad sustancial” cfr. Id., *Development as Freedom*, Oxford University Press, Oxford 1999, trad. it. *Lo sviluppo è libertà*, Mondadori, Milano 2000. Del mismo autor véase también *La libertà individuale come impegno sociale*, Roma-Bari, Laterza, 2007 en castellano: *Desarrollo y libertad*, Planeta, Barcelona, 2000–). Para un análisis de la libertad basada en el denominado “capability approach” se puede hacer referencia a los escritos de Martha Nussbaum (entre los cuales se señalan *Women and Human Development. The Capabilities Approach*, Cambridge University Press, Cambridge-New York 2000; trad. it. *Diventare persone. Donne e universalità dei diritti*, Il Mulino, Bologna 2001 y *Giustizia sociale e dignità umana. Da individui a persone*, Il Mulino, Bologna 2002 en castellano: *Las mujeres y el desarrollo humano: el enfoque de las capacidades* [traducción de Roberto Bernet], Barcelona: Herder, 2002–).

<sup>43</sup> G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, op.cit., p. 173.

Ya Schmitt había hecho hincapié sobre lo anterior ante los participantes del seminario de Ebrach en 1959, haciendo circular entre ellos una intervención con el título emblemático de *La tiranía de los valores*, en la cual criticaba los asuntos de la línea de pensamiento conocida propiamente como la “filosofía de los valores” (Max Scheler, Nicolai Hartmann) sobre la base de la constatación de que el “valor”, como tal:

no debe tener un ser, sino una validez. El valor no es, sino vale [...]. Por tanto el poner los valores no es nada, si eso no se hace valer; la validez debe ser continuamente actualizada, esto es, hecha valer, si no se habrá de resolver en una mera apariencia. Quien dice valor, quiere hacer valer e imponer. Las virtudes son practicadas; las normas son aplicadas; las órdenes son ejecutadas; pero los valores son puestos e impuestos. Quien sostiene su validez, los debe hacer valer. Quien dice que éstos valen, sin que alguno los haga valer, quiere engañarnos.<sup>44</sup>

Por otro lado, y continuando con la lectura de Zagrebelsky, donde se rechaza el exceso de la transacción entre valores como mercantilización de los mismos, no se podrá sino internarse en una suerte de “tiranía de los valores”, que puede también ser presentada en términos de “transacciones de valores” –como hace el autor– pero que no puede prescindir de la afirmación de *ciertos* valores (y no de otros, evidentemente) que han de hacerse *valer*, entre los cuales, puede quizá que sea posible mediar y transigir (¿cuánto puede efectivamente? Y siempre quedando inmóvil el hecho de que la transacción comporta, en cualquier modo, una afirmación, si bien *temporal*, de un valor sobre otros).

Quizá un modo plausible para salir de los estrechos e incómodos callejones del “discurso de valores” y de los riesgos de una

tiranía (judicial) de los derechos, podría ser la de repensar las relaciones entre democracia y derechos, preguntarse (también y sobre todo en términos de democracia) si resulta suficiente –más que simplemente indispensable– la tutela de la garantía de los derechos fundamentales por las cortes supremas,<sup>45</sup> o bien, por una estrecha “aristocracia” judicial, y si no es necesaria también la movilización de un ejercicio “democrático” de los derechos,<sup>46</sup> partiendo desde abajo: de un nivel que debe ser campo de conflictos y de mediaciones y que no debe asustarnos, porque es el campo de la *política* auténtica, es el campo de confrontación y discusión entre los sujetos y es el campo sobre el cual, habría de funcionar el circuito democrático, se podría verdaderamente concretar las expec-

<sup>44</sup> SCHMITT, C., “La tirannia dei valori” en *Rassegna di Diritto Pubblico*, n. 1, anno XXV, 1970, p. 16, 20.

<sup>45</sup> Cfr., RIPEPE, E., “Sulla tutela dei diritti fondamentali”, en Id., *Riforma della costituzione o assalto alla costituzione?*, Cedam, Padova, 2000, en part. pp. 182-83. Subrayan los riesgos de un “imperialismo judicial” en el tema de derechos fundamentales en detrimento de los instrumentos de la democracia, entre otros, LAMARQUE, E., *op. cit.* e GARGARELLA, R., “Il ruolo dei giudici di fronte al ‘terreno proibito’” en *Ragion pratica*, 1998/10, pp. 65-73 (en part. p. 71).

<sup>46</sup> Cfr. PINTORE, A., *I diritti della democrazia*, *op. cit.* Al criticar la teoría de Luigi Ferrajoli sobre los derechos fundamentales, responsable, según la autora, de “devorar” el espacio de la democracia a favor de un espacio ilimitado y omnicompreensivo de los derechos de la Constitución que los contiene, Pintore saca a la luz, «bajo el perfil psicológico, [...] la tasa de desconfianza que esta teoría implica en relación de aquellos mismos movimientos sociales, raciales y de opinión a los que se atribuye el mérito de haber determinado el reconocimiento jurídico de los derechos fundamentales, favoreciendo la imposición de una *opinión* común, que nuestros ordenamientos han sido constreñidos, tarde o temprano, a recibir» (*ibidem*, p. 14). Y así continúa, a propósito de la confianza total e incondicionada de los derechos en las manos de las Cortes: «Existe una cierta disonancia psicológica entre la simpatía moral para las luchas “desde abajo” que han producido los derechos, y el comportamiento de fondo aristocrático y paternalista, si bien iluminado, de quien quiere hoy sustraerlos a las decisiones de aquellos que los han escogido, y confiarlos enteramente a la detenida administración del filósofo o, lo que es lo mismo, a la detenida administración del intérprete. Existe una cierta disonancia pragmática entre esta exaltación definitiva de los derechos y su extradición desde la esfera de la autonomía moral, y por tanto política, de sus titulares. Después de todo, creemos en los derechos porque creemos en la autonomía de los individuos, y no viceversa. Y, como nos recuerda Walzer, los derechos desligados de la autonomía corren el riesgo de transformarse en dones insidiosos, devoradores del mismo valor del cual extraen la vida» (*ibidem*).

tativas de los *diversos*, de tantos que necesitan de los *otros* derechos (y de los derechos de los *otros*). Derechos esenciales para una “vida buena”, la garantía de los cuales, como es evidente, no puede agotarse únicamente en las cortes judiciales, es más: ella necesita y pone en juego inevitablemente el plano social, político, económico-financiero (y, entonces, también necesariamente la dimensión de la legislación), porque es justo en estos planos que se puede actuar, si existe la efectiva participación política,<sup>47</sup> las decisiones de redistribución de los recursos, de *welfare* y de reconsideración de todas aquellas

---

<sup>47</sup> Sería útil y oportuno, en esta perspectiva, someter a análisis crítico muchas de las categorías elaboradas por la ciencia política moderna para pensar la política (soberanía, representación, pueblo, democracia representativa) y reformular en un modo radical, el concepto mismo de *política*. No siendo este el espacio para alargarse suficientemente sobre la cuestión, se hace notar incidentalmente la aporía de la representación política moderna, así eficazmente puesta en evidencia en el análisis de G. Duso: «Si se nos pregunta de hecho quienes serían los sujetos de la política, nos encontraríamos en una extraña situación. A causa de la absolutización de la voluntad que, en la nueva ciencia política, acompaña la negación de un *kosmos* objetivo al que se refería la filosofía practica precedente, todos los individuos se transforman en sujetos en el momento en que expresan su voluntad eficaz y productiva en relación al nacimiento del cuerpo político. Sin embargo, tal proceso, que se evidencia en el escenario contractualista, consiste en la directa (en Hobbes) o indirecta (en aquellos que piensan en los diversos momentos de cumplimiento del contrato social) formación del poder político: por tanto en la *constitución de la autoridad*, o en el proceso de *autorización*, magistralmente descrito por Hobbes. Con base en esto, todos se declaran autores de acciones que no cumplirán jamás, y otros, aquellos que son elegidos para ejercitar el poder, los representantes, cumplen acciones cuya responsabilidad recae sobre aquellos que los han autorizado, esto es, sobre los autores. Escisión radical de la acción, esta, que es propia del moderno concepto de representación. Desde el momento que tal dialéctica del actuar tiene su fundamento en la génesis del poder, en los derechos de los individuos, encontramos estrechamente unidas – en un modo que presenta otra paradoja – la afirmación de los *derechos de los particulares* y la posición de un *poder absoluto* como única posibilidad de su actuación» (DUSO, G., *La logica del potere. Storia concettuale come filosofia politica*, Polimetrica, Monza 2007, p. 73). En consideración de esto, entonces, tendrían que ser repensados no tanto los “instrumentos” de la democracia, sino – preliminarmente y conceptualmente – la forma política misma, o mejor dicho, el contexto del espacio político y sus mecanismos de funcionamiento destinados a tomar decisiones *efectivamente participadas*, restituyendo, a tal fin, a la dimensión de la *participación* un significado auténtico y productivo, que Duso encuentra en canales poco trabajados de la ciencia política, como la contribución hegeliana a la crítica del iusnaturalismo y a la redefinición de la representación y el federalismo althusiano como modo nuevo para pensar la *verdadera democracia* (cfr. *ibidem*, pp. 118-143; 173-74; 215 y ss.).

categorías de sujetos al interior del espacio político y, de inmediato, consecuentemente, también jurídico.

Sólo así, tales sujetos no se encontrarían más en la situación del campesino kafkiano, constreñido a dirigirse y esperar toda la vida delante al portón de los Derechos presidido por el juez/guardián de turno; éstos estarán en cambio en las calles, en las plazas –¿y por qué no? también en el campo–, no más lejanos de la Ley, sino dentro de ella, no más en los confines del imperio esperando el “mensaje del emperador” que jamás podrá llegar con el mensajero porque el imperio es sin confines,<sup>48</sup> sino ellos mismos mensajeros de un comunicado importante: sus derechos.

### 3. BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, R., *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1996.

ANDERS, G., *Kafka pro und contra. Die Prozess-Unterlagen*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1951, trad. it. *Kafka. Pro e contro. I documenti del processo*, Gabriele Corbo, Ferrara 1989.

BAIONI, G., *Kafka. Romanzo e parabola*, Feltrinelli, Milano, 1963.

BRECHT, B., *L'esame per ottenere la cittadinanza o Il giudice democratico*, en Id., *Poesie*, II [1934-1956], Einaudi, Torino 2005.

COSTA, P., “Discurso jurídico e imaginazione. Ipotesi per una antropologia del giurista”, en *Diritto Pubblico*, 1, 1995.

<sup>48</sup> Cfr. KAFKA F., *Un messaggio dell'imperatore*, en Id., *Racconti*, op. cit., pp. 250-51.

DUSO, G., *La lógica del potere. Storia concettuale come filosofia política*, Polimetrica, Monza, 2007.

DWORKIN, R., *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge 1977; trad. it. *I diritti presi sul serio*, Il Mulino, Bologna 1982.

FERRAJOLI, L. "Le garanzie costituzionali dei diritti fondamentali", en *Teoria política*, 1, 2007.

FREIBURG, Alber, *Begriff und Geltung des Rechts*, im Breisgau-München 1992, trad. it. *Concetto e validità del diritto*, introducción de G. Zagrebelsky, Einaudi, Torino, 1997.

GARGARELLA, R., "Il ruolo dei giudici di fronte al 'terreno proibito'", en *Ragion pratica* 10, 1998.

KAFKA, Franz, *Il processo. L'ordinaria amministrazione dell'assurdo*, trad. it. di D. Moro, Giunti Demetra, Firenze, 1999.

\_\_\_\_\_, *Skizzen, Parabeln, Aphorismen*, a cargo de G. Baioni, Mursia, Milano 1961.

\_\_\_\_\_, *Racconti*, en coordinación de E. Pocar, Mondadori, Milano, 1992. Para el cuento *Delante a la ley*. En castellano: *Cuentos completos* (textos originales), Franz Kafka, traducción de José Rafael Hernández Arias, editorial Valdemar, colección clásicos, Madrid, 2000.

LA TORRE M., "Diritti fondamentali, bilanciamento e razionalità" en *Diritti, procedure, virtù. Seminari catanzaresi di filosofia del diritto*, A. Scerbo (coord.), Giappichelli, Torino 2005.

LAMARQUE, E., "L'attuazione giudiziaria dei diritti costituzionali", manuscrito en prensa para *Quaderni costituzionali*.

NUSSBAUM, Martha, *Women and Human Development. The Capabilities Approach*, Cambridge University Press, Cambridge-New York 2000; trad. it. *Diventare persone. Donne e universalità dei diritti*, Il Mulino, Bologna 2001 e *Giustizia sociale e dignità umana. Da individui a persone*, Il Mulino, Bologna 2002); en castellano: *Las mujeres y el desarrollo humano: el enfoque de las capacidades*, traducción de Roberto Bernet, Barcelona, Herder, 2002.

OLIVECRONA, K., *Law as Fact*, Oxford University Press, London 1939, trad. it. *Il diritto come fatto*, Giuffrè, Milano, 1967.

PINTORE, A., "Diritti insaziabili" en *Teoria politica*, 2, 2000, y tb., *I diritti della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2003.

PORCIELLO, A., *Diritto Decisione Giustificazione. Traetiche procedurali e valori sostanziali*, Giappichelli, Torino 2005.

RIPEPE, E., "Sulla tutela dei diritti fondamentali" en *Riforma della costituzione o assalto alla costituzione?*, Cedam, Padova 2000.

SATTA, S., *Il giorno del giudizio*, Adelphi, Milano, 1979.

SCHMITT, C., "La tirannia dei valori" en *Rassegna di Diritto Pubblico*, n. 1, anno XXV, 1970.

SEN A., *Development as Freedom*, Oxford University Press, Oxford 1999, trad. it. *Lo sviluppo è libertà*, Mondadori, Milano, 2000.

\_\_\_\_\_, *Libertà individuale come impegno sociale*, Roma-Bari, Laterza, 2007; en castellano: *Desarrollo y libertad*, Planeta, Barcelona, 2000.

\_\_\_\_\_, *La ricchezza della ragione. Denaro, valori, identità*, Il Mulino, Bologna, 2000.

ZAGREBELSKY, G., *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Einaudi, Torino 1992, en castellano: *El derecho dúctil. Ley, derecho, justicia*, Trotta, Madrid, 1997.

\_\_\_\_\_, *Imparare la democrazia*, Gruppo Editoriale L'Espresso, Roma, 2005.

ZAMPA, G., *Der Prozess: romanzo o frammenti*, en KAFKA, F., *Il processo*, coordinado y con un ensayo de G. Zampa, 4a. edición, Adelphi, Milano, 1985.



# Género y jurisprudencia\* (Estudio de casos en México)

Ma. Macarita Elizondo Gasperín \*\*

La medida de la libertad que tenga una sociedad depende de la libertad de que disfruten las mujeres de esa sociedad.

*Charles de Montesquieu (1689-1755)*

Sumario: 1. Antecedentes. 2. La mujer y la memoria jurisdiccional. 3. Criterios judiciales sobre la igualdad de géneros. 4. México y la protección internacional de los derechos de la mujer. 5. Instituciones protectoras de la mujer en México y la regulación de las acciones colectivas. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

## 1. ANTECEDENTES

**E**n la historia de la humanidad cualquier característica especial lamentablemente conduce a la discriminación; así el color de la piel distingue a las razas; los bienes de fortuna divide a los ricos de los pobres; las habilidades personales identifica a los trabajadores; los orígenes familiares señalan a la plebe, y las diferencias sexuales a la mujer.

---

\* El presente estudio toma en cuenta las investigaciones de la autora intituladas: "Discriminación por género", *Revista Jurídica*, Instituto de Capacitación del Poder Judicial del Estado de Aguascalientes, Año XIII, No. 24, Nueva Época, agosto-octubre 2002; "Género y Acciones de Clase", *La tutela de los Derechos Difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica*, Porrúa, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 2003, y "Realidad y perspectivas de la cuota de género en materia electoral. Postulación de cargos de elección popular y dirigencia de partidos". En proceso de edición.

\*\* Egresada con Mención Honorífica y Medalla al Mérito Universitario "Gabino Barreda" en la Universidad Nacional Autónoma de México; profesora de las materias de Amparo, Técnicas

Es sabido que la mujer ha ocupado por lo general una posición subordinada, ligada a la estructura familiar que diferencia los roles de género.

Cabe recordar que bajo la vigencia del Código Civil Federal de 1928 existieron algunos artículos cuyo texto original decía: “Artículo 163. La mujer debe vivir al lado de su marido...”; “Artículo 168. Estará a cargo de la mujer la dirección y cuidado de los trabajos del hogar”; “Artículo 169. La mujer podrá desempeñar un empleo, ejercer una profesión, industria, oficio o comercio, cuando ello no perjudique a la misión que le impone el artículo anterior”; “Artículo 170. El marido podrá oponerse a que la mujer se dedique a las actividades a que se refiere el artículo anterior, siempre que subvenga a todas las necesidades del hogar y funde la oposición en causas graves y fundadas”; “Artículo 171. En caso de que la mujer insista en usar de los derechos que le concede el artículo 169, no obstante de que el marido se los rehúse apoyado en lo dispuesto en el artículo anterior, el juez respectivo resolverá lo que sea procedente”; “Artículo 174. La mujer necesita autorización judicial para contratar con su marido, excepto cuando el contrato que celebre sea el de mandato”. Afortunadamente estos textos se reformaron el 31 de diciembre de 1974.

---

Jurisprudenciales y Poder Judicial, en la Licenciatura y en la División de Estudios de Posgrado de la UNAM (con antigüedad académica ininterrumpida de más de 20 años); Miembro de Número del Instituto Mexicano de Derecho Procesal, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y de la Asociación Internacional de Derecho Procesal y Vicepresidenta de la Asociación Nacional de Doctores en Derecho; Miembro fundador del Tribunal de lo Contencioso Electoral Federal (1987), Juez Instructor en el Tribunal Federal Electoral (1994), Asesor del Magistrado Presidente (1996), Coordinadora de Jurisprudencia y Estadística Judicial del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (1997), y actualmente Magistrada del Tribunal Electoral en la V Circunscripción Plurinominal (2000). [elizondo@trife.org.mx](mailto:elizondo@trife.org.mx) y [macarita@prodigy.net.mx](mailto:macarita@prodigy.net.mx)

El avance que se tuvo con otras leyes secundarias fue dándose paulatinamente, por ejemplo: la Ley de Amparo Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 17 establecía que “cuando el agraviado se encontraba imposibilitado para promover el amparo, podía hacerlo cualquier otra persona en su nombre, aunque sea menor de edad o mujer casada”, artículo que fue derogado hasta el 20 de mayo de 1986. Por su parte el Código de Comercio, estipulaba en su artículo 8 que la mujer casada, mayor de dieciocho años, que tuviera para ello autorización expresa del marido, dada en escritura pública, podía ejercer el comercio. Sin la autorización de su marido podía ejercerlo en los casos de separación, ausencia, interdicto ó privación de derechos civiles del mismo, declaradas conforme a la ley”; disposición que fue derogada el 6 de enero de 1954.

Debe tenerse presente que desde el año de 1917 se había expedido la Ley de Relaciones Familiares, la cual permitió a las mujeres la disolución del vínculo matrimonial y en 1931 la Ley Federal del Trabajo, autorizaba a la mujer casada para celebrar contratos de trabajo sin autorización del marido. Posteriormente con la Nueva Ley del Trabajo de 1970 se estableció por primera vez la no discriminación por motivo de sexo y el ejercicio por parte de las mujeres de los mismos derechos y obligaciones de los hombres. En el año de 1953 se reformó la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos mediante la cuál se reconoció a las mujeres la categoría de ciudadanas mexicanas, otorgándoles en consecuencia el derecho al sufragio. En el año de 1974 se eleva a rango constitucional la igualdad del hombre y la mujer, al reformarse el artículo 4o. Constitucional. En diciembre de 1997, se reformó el Código Civil

para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en materia Federal, en donde se reconoció la violencia familiar como causal de divorcio. En el año de 1992, la Ley Agraria, estableció en diversos artículos que los hombres y las mujeres tienen los mismos derechos. En el año 2002 se tipifica el delito de discriminación por razón de género y en ese mismo año se regula con mayor precisión (cuotas, procedimiento y sanción) el derecho a la equidad de género en la contienda electoral. Por último, para el año 2007 se emite la Ley General de Acceso de las Mujeres a una vida libre de violencia, que trata de erradicar la violencia contra las mujeres.

Durante la vigencia de todas estas leyes, el poder judicial federal no permanece ajeno a emitir sus criterios sobre los derechos de la mujer, por lo que este estudio se propone dar a conocer los casos y las consideraciones que han sostenido los jueces durante todo este largo peregrinar vinculado al reconocimiento del derecho de igualdad ante la ley, sobre todo en lo que va de los siglos XIX, XX y XXI.

## **2. LA MUJER Y LA MEMORIA JURISDICCIONAL**

La situación de la mujer a finales del siglo XIX y principios del siglo XX fue verdaderamente contrastante con los logros obtenidos a finales de este último. En realidad, cada reforma que ha significado un reconocimiento a los derechos de la mujer y que ha establecido la igualdad de género, tiene detrás, una serie de luchas ideológicas, que surgen por las condiciones que padecieron las mujeres de su época.

A nadie le es ajeno saber de las limitaciones que tenían las mujeres, dadas las condiciones de la época y de la tradición cultural del pueblo mexicano; sin embargo, a guisa de ejemplos en esta ocasión se señalan algunos temas en los que se enuncian diversos casos significativos, vinculados a juicios de amparo promovidos por mujeres afectadas; en todos ellos encontramos precisamente, la protección de la justicia federal, encabezada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación que con interesantes argumentos jurídicos se erige como garante de los derechos de la mujer, dentro de las atribuciones que la Constitución y las leyes le han conferido.

**Capacidad jurídica de la mujer.** Existe el registro en 1905 cuando la Suprema Corte de Justicia reconoció que la mujer casada podía promover y seguir un juicio de amparo sin el consentimiento de su marido, cuando se tratara de su integridad personal. Lo anterior derivado de un caso en que un juez de primera instancia había embargado los bienes pertenecientes a una mujer (tercero en el juicio de origen), por lo que en el amparo se llegó a determinar que la falta de notificación a la persona que se encontraba en posesión del inmueble embargado, constituía una violación de garantías por haberle ocasionado a dicha mujer un despojo sin haber sido oída y vencida en juicio.<sup>1</sup>

**Derecho de la mujer a decidir.** El caso a principios del siglo XX (4a. Época, 1909), alude a una mujer que se separó de su marido por malos tratos y al acudir éste al Jefe Político, se ordenó

---

<sup>1</sup> *Semanario Judicial de la Federación*. Cuarta Época, Tomo XXV, p. 408. Juana Sánchez contra el Juez de 1a. Instancia de Coatepec, Veracruz. Suprema Corte de Justicia, 13 de diciembre de 1905.

hacerla regresar, pero al negarse, se utilizó la fuerza pública para poner a la mujer en “depósito”. La Suprema Corte de Justicia de la Nación sólo determinó que en estos casos no era la autoridad política quien debía decidir sino la judicial previa garantía de oírla y vencerla en juicio.<sup>2</sup>

**Custodia de los hijos menores.** Como antecedente está el caso de 1907 cuando una mujer solicitó la protección de la justicia federal a nombre de su hija, pues un Juez de Instrucción del Distrito Federal le había ordenado la entrega de su hijo a su padre, con quien lo había procreado dos años antes y como se había negado a entregar al niño, fue reducida a prisión; sin embargo, la Corte Suprema de Justicia le concedió el amparo argumentando que el juez penal no debía decidir respecto de la patria potestad, por ser una materia civil, por lo que el juez actuó sin tener la competencia necesaria; en este caso fue claro para la Corte que se habían violado en perjuicio de la recurrente las garantías individuales.<sup>3</sup> Sobre la custodia de los hijos menores, la Suprema Corte ha determinado que el cuidado de la madre es lo más conveniente para ellos dadas las necesidades y limitaciones inherentes a su edad; sin embargo, lo anterior no es una disposición ineludible o absoluta, ya que el Juez puede designar a distinta persona, toda vez que está obligado a valorar las particularidades de cada caso en aras de proteger el desarrollo de la familia y salvaguardar los intereses superiores de los menores.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> Juana Romero contra el Jefe Político de Paraíso, Tabasco. *Semanario Judicial de la Federación*, Cuarta Época, Tomo XLVI, página 155.

<sup>3</sup> Soledad Castañares contra el Juez Octavo de Instrucción de México, D.F. *Semanario Judicial de la Federación*, Cuarta Época, Tomo XXXIII, página 543.

<sup>4</sup> DEPÓSITO DE MENORES. EL ARTÍCULO 310 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL ESTADO DE MICHOACÁN, AL PREVER QUE LA MADRE QUEDE

**Depósito de la mujer.** En 1908, igualmente se tiene el registro del amparo concedido a una mujer contra actos de un Juez de lo Criminal del Estado de Oaxaca. El antecedente del caso consiste en la decisión de una mujer de irse a vivir con el hombre de su agrado quien posteriormente fue acusado de raptó, corrupción de menores y violación, por lo que se ordenó el depósito de la quejosa, la que alegó que no era procedente, al no existir ninguna denuncia de ella o de su madre, que eran las legitimadas para hacerlo. La Corte Suprema concedió el amparo y determinó, como criterio orientador que siendo la quejosa mayor de dieciocho años y teniendo los delitos que se persiguen el carácter de “privados”, sin haberse iniciado la averiguación por querrela de parte legítima, falta la base del procedimiento penal; por lo que la detención y depósito de la quejosa fueron inconstitucionales.<sup>5</sup>

En los albores del siglo XX, la legislación de algunos Estados como Morelos y Tabasco establecía que la mujer mayor de 21 y menor de 30 no podía abandonar el hogar paterno, salvo para casarse. En esa época hubo casos en que la mujer seguía al novio y abandonaba su casa, por lo que los jueces de primera instancia ordenaban el “depósito” de las mujeres en ocasiones en casas distintas a la paterna, lo cual se llegó a determinar constitucional y no violatorio de garantías. Esta situación se reiteraba en algunos

---

AL CUIDADO DE LOS HIJOS MENORES DE SIETE AÑOS, NO VIOLA LA GARANTÍA DE IGUALDAD. Amparo directo en revisión 1529/2003, 9 de junio de 2004; Unanimidad de cuatro votos; ausente: Humberto Román Palacios; ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo; secretaria: Andrea Nava Fernández del Campo. No. Registro: 180,359. Tesis aislada. Materia(s): Constitucional, Civil. Novena Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*,. XX, octubre de 2004, tesis: 1a. CV/2004, página 366.

<sup>5</sup> Higinia Aragón contra actos del Juez Segundo de lo Criminal de Oaxaca. *Semanario Judicial de la Federación*, Cuarta Época, Tomo XXXIX, página 235.

otros Estados de la República, por ejemplo en el Estado de Guanajuato donde hasta hace poco, concretamente en el año 2002 fue cuando (con un criterio del Quinto Tribunal Colegiado del Décimo Sexto Circuito), se llegó a reconocer expresamente lo siguiente:

**SEPARACIÓN DE LOS CÓNYUGES Y DEPÓSITO DE LA MUJER. EL ARTÍCULO 408, PÁRRAFO PRIMERO, DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO, QUE PREVÉ LA FORMA EN QUE SE PUEDE DECRETAR, VIOLA LA GARANTÍA DE IGUALDAD ENTRE EL VARÓN Y LA MUJER.**

El artículo 4o., segundo párrafo, de la Constitución Federal dispone que el varón y la mujer son iguales ante la ley, por tanto, toda situación que origine un trato distinto, de discriminación, en atención al sexo de las personas, es violatorio de la garantía de igualdad entre el hombre y la mujer. Por lo que el artículo 408, párrafo primero, del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Guanajuato, al establecer que el depósito de la mujer o de los menores se ordenará por el Juez, señalando el domicilio de familia honorable o institución de beneficencia en que una u otros deban permanecer, entre tanto se resuelve el negocio, resulta violatorio de la garantía de igualdad referida, ya que tal medida precautoria implícitamente impide a la mujer concurrir al domicilio conyugal mientras la medida subsista o se resuelva el negocio. En consecuencia, el depósito de la mujer fuera del domicilio conyugal queda proscrito por el artículo constitucional referido, en atención al trato distinto, de discriminación, en relación con el sexo de las personas pues, al caso, prevé para la mujer la obligación de abandonar el domicilio conyugal y ser depositada en el de una familia honorable o institución de beneficencia, lo cual implica una desigualdad legal a favor del varón, toda vez que a éste se le deja en el domicilio conyugal, mientras que a la mujer se le conmina a abstenerse de concurrir al mismo, no obstante



que ambos cónyuges tienen el mismo derecho a permanecer en el domicilio conyugal.<sup>6</sup>

Para el siglo XXI, hay que recordar que recientemente se aprobó la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia (y fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el jueves 1 de febrero de 2007), la cual tiene por objeto establecer la coordinación entre la Federación, las entidades federativas y los municipios para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres; sin embargo, es de cuestionarse y serán los futuros criterios judiciales los que establezcan desde la perspectiva de género los alcances constitucionales de diversos artículos de esta ley que regulan “*los refugios*”, “para velar por la seguridad de las mujeres que se encuentren en ellos” (según reza la fracción II del artículo 54), dado que la ley los considera “lugares seguros para las víctimas, por lo que no se podrá proporcionar su ubicación a personas no autorizadas para acudir a ellos” (artículo 55).<sup>7</sup>

### **Presunción de alimentos a favor de la mujer casada.**

En la práctica judicial es sabido que existe una presunción a favor de los derechos de la mujer, sin necesidad de que para su ejercicio se requiera petición de parte, pues oficiosamente el juzgador podrá hacerlo; al respecto cobra especial significado el texto completo de

---

<sup>6</sup> No. Registro: 185,642. Tesis aislada. Materia: Civil, Constitucional, Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XVI, octubre de 2002, tesis: XVI.5o.5 C., página 1451

<sup>7</sup> Incluso en un periódico de circulación nacional, se dio a conocer una nota: “Prevén Policía de apoyo a mujeres. Proponen dar facultad a agentes para ingresar en cualquier domicilio ante violencia familiar...los policías tendrán facultad de ingresar a los domicilios de las víctimas, darles protección, acompañarlas a retirar sus pertenencias y llevarlas a las casas de emergencia o refugios”, Justicia, Jueves 4 de octubre del 2007.

una tesis aislada emitida por la entonces tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, dado el criterio basado en un hecho social costumbrista.

**ALIMENTOS. LA MUJER CASADA TIENE A SU FAVOR LA PRESUNCIÓN DE NECESITARLOS.**

La presunción de que la mujer casada necesita alimentos no se desprende de lo dispuesto en los artículos 164 y 168 del Código Civil del Distrito Federal, ni antes ni después de la reforma que a estos preceptos se hizo por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el treinta y uno de diciembre de mil novecientos setenta y cuatro, que entró en vigor sesenta días después, sino de un hecho notorio que, de conformidad con lo que dispone el artículo 286 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, no necesita ser probado y puede ser invocado de oficio por el Juez, aunque no haya sido alegado por las partes. En efecto, es de sobra conocido que en la familia mexicana, por regla general, el hombre aporta los medios económicos para sufragar los gastos del hogar, en tanto que la mujer contribuye con los trabajos y el cuidado de la casa, la atención de los hijos y la administración doméstica. Esta situación se originó por las limitaciones que se han impuesto históricamente a la mujer para su desarrollo social, económico y cultural, cuyas consecuencias no pueden erradicarse en toda la sociedad sino con el transcurso del tiempo, a pesar de haberse elevado a rango constitucional el principio de igualdad del hombre y la mujer ante la ley, es decir, mientras esa igualdad establecida formalmente en la ley no se traduzca en realidad generalizada. Ahora bien, como la presunción emana de este hecho, debe resistir hasta que esa situación real desaparezca, siempre que no exista alguna disposición legal expresa en contrario.<sup>8</sup>

<sup>8</sup> No. Registro: 240,863. Tesis aislada, materia civil, Séptima Época. Instancia: Tercera Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. 127-132. Cuarta Parte, página 28, Genealogía: Informe 1979, Segunda Parte, Tercera Sala, tesis 8, página 9.

**Derecho a ser testigo.** La Ley de Relaciones Familiares, adoptada por el Estado de Zacatecas en el año 1919, acogió las ideas sobre igualdad otorgando desde entonces plena capacidad jurídica a la mujer; estableciendo la igualdad de derechos y obligaciones sin distinción de sexo; y otorgando plena capacidad a la mujer para administrar sus bienes, disponer de ellos y ejercer todas las acciones que le competían, pudiendo comparecer en juicio como actora o demandada, así los criterios judiciales empezaron a reconocer que no adolecía un testamento privado del vicio derivado de la circunstancia de que algunas de las personas que figuran como testigos fueran mujeres. Aun cuando era verdad que la mayoría de las legislaciones inspiradas en el Derecho Romano negaban plena capacidad a la mujer y que el Código Civil del Distrito Federal de 1884, vigente en el Estado de Zacatecas, prohibía que la mujer compareciera como testigo en un testamento, las nuevas orientaciones de filosofía jurídica venían consagrando el principio de igualdad de derechos entre la mujer y el hombre, suscitando importantes cambios en las legislaciones. Por lo que se llegó a considerar que era indudable que las leyes de relaciones familiares implicaban la derogación de estipulaciones que, como la prohibición a la mujer para ser testigo en un testamento, se hallan en franca oposición con los mismos, tanto en su letra como en el espíritu que los animaba.<sup>9</sup>

<sup>9</sup> **TESTAMENTO PRIVADO, TESTIGOS FEMENINOS EN EL (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL Y DEL ESTADO DE ZACATECAS).** Amparo directo 1067/55. Juana Bermúdez Morales. 29 de agosto de 1956. Unanimidad de cinco votos. Ponente: Gilberto Valenzuela. Nota: En el Informe de Labores de 1956, Tercera Sala, página 43, esta tesis aparece publicada bajo el rubro: "TESTAMENTO. CAPACIDAD JURÍDICA DE LA MUJER PARA FIGURAR COMO TESTIGO EN UN." *Vid.* No. Registro: 339,260. Tesis aislada. Materia(s): Civil. Quinta Época. Instancia: Tercera Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. CXXIX. Tesis: página 642. Genealogía: Informe 1956, Tercera Parte, página 43.

**Capacidad jurídica de la mujer casada.** El Código Civil Federal de 1928 señalaba una incapacidad de ejercicio para que los cónyuges contrataran entre sí sin la previa autorización judicial, excepto el contrato de mandato.<sup>10</sup> Tal prohibición se reiteraba en múltiples códigos civiles de los Estados, como los de Veracruz y del Distrito Federal. Los criterios de la época equiparaban la incapacidad de la mujer a un menor de edad y a los inhabilitados mentales, salvo ciertos casos que con el tiempo sirvieron de precedentes para ir abriendo espacios criterios importantes, por ejemplo –como enseguida se puede apreciar–, se llegó a reconocer que en ciertos actos mercantiles aislados la mujer casada podía aceptar letras de cambio sin la autorización expresa del marido, de esa manera paulatinamente fueron produciéndose tesis judiciales a favor de los derechos de la igualdad de la mujer.

**MUJERES CASADAS, PUEDEN ACEPTAR LETRAS DE CAMBIO SIN CONSENTIMIENTO EXPRESO DEL MARIDO.** El artículo 2o. de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece que los actos y operaciones que reglamenta se rigen: I. Por lo dispuesto por esa ley y en las demás leyes especiales relativas, y en su defecto; II. Por la legislación mercantil, y en su defecto, III. Por los usos bancarios y mercantiles, y en defecto de éstos, por el derecho común; declarándose aplicable en toda la República el Código Civil del Distrito Federal. Ahora bien, como la citada Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, no reglamenta la capacidad de las personas, el artículo 5o. del código mercantil sólo establece una regla general de capacidad para las que se dedican a ejercer el comercio; y la capacidad tampoco puede considerarse determinada por los usos bancarios y comerciales, para fijarla debe ocurrirse al Código Civil del Distrito Federal, el cual, en los artículos 169 y 171, auto-

---

<sup>10</sup> Artículo 174 de dicho ordenamiento que fue reformado hasta 1964.

riza a la mujer casada para ejercer una profesión, industria o comercio, cuando con ella no perjudique la dirección y cuidado de los trabajos del hogar; y sólo en caso de oposición del marido resolverá el Juez respectivo lo que corresponda; y si se tiene en cuenta que, según se desprende del artículo 8o. del Código de Comercio; la mujer casada necesita autorización del marido para ejercer el comercio, pero no para ejecutar actos mercantiles aislados, debe concluirse que la mujer casada tiene facultad para aceptar letras de cambio, sin autorización expresa del marido.<sup>11</sup>

Si bien la regla general consistía en que no podía entenderse que la mujer casada fuere capaz de ejercer el comercio, ni obligarse a prestar servicio a persona extraña, sin la autorización marital, también era de armonizarla con la facultad que la Ley de Relaciones Familiares otorgaba a la mujer casada de administrar sus propios bienes y celebrar libremente toda clase de transacciones, sin necesidad de la aquiescencia del marido, por lo que los criterios judiciales establecieron que dicha excepción se fundaba sólo en la separación de bienes, pues era precisamente ese régimen el que no permitía que la mujer comprometiera con sus actos los bienes del marido, ni los de terceros.<sup>12</sup>

Otras ejecutorias de principio del siglo XX igualmente dan testimonio de cómo los jueces federales trataban de armonizar el sistema legal en movimiento que en esa época empezaba a reconocer ciertos derechos a la mujer, tal es el caso de las siguientes tesis:

<sup>11</sup> No. Registro: 360,077. Tesis aislada. Materia(s): Civil. Quinta Época. Instancia: Tercera Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. XLIV. Tesis: página 3758.

<sup>12</sup> *Cfr.* LEY DE RELACIONES FAMILIARES. Amparo civil en revisión. Compañía Minera de Sultepec, S. A. 29 de enero de 1924. Unanimidad de diez votos. La publicación no menciona el nombre del ponente. Tesis aislada. Materia(s): Civil. Quinta Época. Instancia: Pleno. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. Tesis: XIV. página 432.

**CAPACIDAD JURÍDICA DE LA MUJER CASADA.** Conforme a lo dispuesto en el artículo 11 del Código Civil, las leyes que establecen excepciones a las reglas generales no son aplicables a caso alguno que no esté expresamente especificado en las mismas leyes, y es evidente que los artículos 174 y 175 del Código Civil establecen una limitación a la capacidad jurídica de la mujer, ya que la regla general contenida en los artículos 24 y 172 del mismo código, es la de que siendo mayor de edad tiene plena capacidad, al igual que el hombre, para disponer libremente de sus bienes, lo que no ocurría en la legislación anterior a la Ley de Relaciones Familiares, con relación a la mujer casada, porque entonces la regla general era la de la incapacidad de la mujer, que necesitaba de autorización marital o judicial para administrar sus bienes, disponer de ellos, obligarse y comparecer en juicio. Por razones obvias y tratándose de mujer casada mayor de edad el actual Código Civil sólo por excepción restringe su capacidad a los casos exactamente comprendidos en los artículos 174 a 177, cuando se constituye en fiadora de su marido, o se obliga solidariamente con él en asunto que fuera de su exclusivo interés. No obsta el hecho de que el esposo haya sido a la vez apoderado de su esposa y representante de la persona moral en favor de quien se dio el aval para garantizar a una tercera persona y a sus causahabientes el pago de un título de crédito, puesto que conforme al artículo 174 del Código Civil el mandato es el único caso en que la mujer no necesita de autorización judicial para contratar con su marido. Tampoco importa que el esposo haya sido o sea accionista de la persona moral en favor de quien se obligó, porque desde un punto de vista jurídico, según el artículo 2o. de la Ley General de Sociedades Mercantiles, una sociedad mercantil inscrita en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio, tiene personalidad jurídica distinta de la de sus socios, de lo cual se infiere que la esposa no se obliga solidariamente con su marido en asunto que sea del interés exclusivo de éste, como lo requiere el artículo 175 del Código Civil, para que sea menester recabar la autorización judicial.<sup>13</sup>

<sup>13</sup> No. Registro: 269,685. Tesis aislada. Materia(s): Civil. Sexta Época. Instancia: Tercera Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. Cuarta Parte, tesis CXVI, página 31.

**Mujeres y moral.** Para finales del siglo XIX y principios del XX, es bien sabido que las mujeres debían tener y representar una imagen de honestidad y recato, a efecto de no ser señaladas por la sociedad. Toda mujer decente debía cumplir ciertas costumbres; veremos como algunas mujeres solicitaron sendos amparos porque dada su conducta se les mandaba inscribir como “mujeres públicas”, lo cual terminaba con su reputación. Se tiene el registro en los años 1893, 1900 y 1909 en que diversas mujeres interpusieron el juicio de amparo contra los entonces Jefes Políticos de Zacatecas, Michoacán y San Luis Potosí que las privaron de su libertad por no haber consentido que se les inscribiera en el registro de mujeres públicas y se les expidieran las boletas respectivas.<sup>14</sup> Incluso para 1951 se promovió en Puebla un amparo directo en materia civil, en el que se sostuvo que:

Si mediante la prueba testimonial se demostró que la mujer es propietaria de un comercio donde se expenden bebidas embriagantes, situado en la zona de tolerancia de una ciudad, y que además, aquélla injurió a su esposo en presencia de los hijos, debe estimarse que por ser tales hechos gravemente inmorales, quedan comprendidos en la causal de divorcio que establece la fracción III del artículo 221 del Código Civil”.<sup>15</sup>

**Incapacidad jurídica –giros mercantiles alcohólicos.** El legislador de mediados del siglo XX estableció la prohibición de que las mujeres pudieran ejercer el comercio, salvo los casos en que estu-

<sup>14</sup> *Semanario Judicial de la Federación*. Tercera Época, Tomo VII, pp. 122 y 128, Suprema Corte de Justicia. No. de Registro 978, 8230, 810261 y 10263

<sup>15</sup> DIVORCIO, ACTOS INMORALES COMO CAUSAL DE (LEGISLACION DE PUEBLA). Amparo civil directo 8872/46. Ruiz de Luna Elena. 30 de marzo de 1951. Unanimidad de cuatro votos. El Ministro Hilario Medina no intervino por las razones que constan en el acta del día. Relator: Roque Estrada. No. Registro: 343,179. Tesis aislada. Materia(s): Civil. Quinta Época. Instancia: Tercera Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*,. Tesis: CVII., página 2132.

vieren casadas –siendo mayores de dieciocho años– y contarán con la expresa autorización del marido dada en escritura pública, de lo contrario sólo podían ejercerlo cuando se hubieren separado del marido, éste estuviere ausente, en estado de interdicción o privado de sus derechos civiles.<sup>16</sup> Así también se emitieron diversas normas reglamentarias que limitaban a las mujeres al ejercicio del comercio si éste consistía en giros o expendios de bebidas alcohólicas, por lo que se buscó que los jueces federales se pronunciaran si esos impedimentos abarcaban aquellas tiendas o pastelerías en las que las mujeres ofrecían sus productos cuyos ingredientes llevaran licor. Los criterios judiciales de esa época, bajo el método argumentativo sistemático, llegaron a establecer que “*la mente del legislador*” refería que las mujeres no podían poseer o administrar cantinas, vinaterías, pulquerías u otros establecimientos similares, pero sí dulcerías, pastelerías o tiendas de abarrotes en las que se vendieran botellas cerradas.<sup>17</sup>

### 3. CRITERIOS JUDICIALES SOBRE LA IGUALDAD DE GÉNEROS

Al analizarse la inconstitucionalidad de algunas leyes, o bien al interponerse juicios de amparo más recientes, se han emitido últimamente diversos criterios judiciales que buscan la igualdad de géneros.

<sup>16</sup> Artículo 8 del Código de Comercio, mismo que fue reformado hasta 1954.

<sup>17</sup> BEBIDAS ALCOHOLICAS EXPENDIO DE (BOTELLA CERRADA). Amparo administrativo en revisión 4434/53. González Lastra Nacendalia. 20 de enero de 1954. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Alfonso F Ramírez. Ponente: José Rivera Pérez Campos. No. Registro: 317,921. Tesis aislada. Materia(s): Administrativa, Constitucional, Laboral. Quinta Época. Instancia: Segunda Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, tesis: CXIX, página 389.



El artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prevé, como garantía individual, la igualdad del varón y la mujer ante la ley, evitando las discriminaciones de que, frecuentemente, eran objeto uno y otro por razón de su sexo, pues desde un punto de vista jurídico la igualdad radica en la posibilidad y capacidad de que un número indeterminado de personas adquieran derechos y contraigan obligaciones, que se deriven de la situación en que se encuentran, y en ese sentido entraña el acatamiento del principio aristotélico que dice: *trato igual a los iguales y desigual a los desiguales*.

En México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que, la igualdad jurídica constituye en principio el conjunto de posibilidades y capacidades imputables al sujeto o persona e implica una prohibición respecto a la instauración de distinciones o diferencias entre los seres humanos en cuanto tales, por lo que, la igualdad como contenido de la garantía individual se apoya en que todo individuo está colocado en una misma situación, quedando prohibido a la autoridad realizar cualquier discriminación por razones de género, entre otras y, en general, cualquiera que atente contra la dignidad propia del ser humano y que tenga como consecuencia anular o menoscabar sus derechos y libertades. Así la noción abstracta de igualdad se ve permeada por las condiciones fácticas y sociológicas existentes, de tal manera que no siempre se puede dar el mismo trato a todos los individuos, sino que se trata de que a todos aquellos colocados en la misma situación jurídica se les trate igual, lo que significa, asimismo, que respetándose el principio jurídico de equidad, deberá darse trato igual a los iguales y desigual a los desiguales, lo que significa que no toda desigualdad de trato es violatoria de garantías, sino sólo

cuando produce distinción entre situaciones objetivas y de hecho iguales, sin que exista para ello una justificación razonable e igualmente objetiva; por ello, a iguales supuestos de hecho corresponden similares situaciones jurídicas, pues en este sentido el legislador no tiene prohibición para establecer en la ley una desigualdad de trato, salvo que ésta resulte artificiosa o injustificada.<sup>18</sup>

**Pensión por viudez.** Así por ejemplo, en los últimos años, se ha llegado a sostener que el artículo 152 de la Ley del Seguro Social (vigente hasta el treinta de junio de mil novecientos noventa y siete) dispone, en lo que interesa, que para que el esposo de la asegurada o pensionada fallecida tenga derecho al pago de una pensión de invalidez, es necesario que esté totalmente incapacitado y que hubiese dependido económicamente de ella; en tanto que la esposa o concubina del asegurado o pensionado fallecido, para obtener el mismo beneficio sólo requiere demostrar su calidad de esposa o concubina del extinto trabajador. Por lo que si al hombre que solicita la pensión de viudez se le exige en términos de dicho numeral que, además de la demostración del vínculo familiar con la mujer fallecida, acredite encontrarse totalmente incapacitado y que dependía económicamente de ella, es evidente que el mencionado artículo 152 da un trato desigual al varón y a la mujer, por razones de sexo, para obtener ese beneficio, pues prevé para el varón mayores requisitos a los establecidos para la mujer, transgrediendo con ello la garantía de igualdad establecida en el citado artículo 4o. de la Carta Magna.<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD 2/2002. Partido Acción Nacional. Ministro Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretarios Pedro Alberto Nava Malagón y Martín Adolfo Santos Pérez.

<sup>19</sup> PENSIÓN DE VIUDEZ. EL ARTÍCULO 152 DE LA LEY DEL SEGURO SOCIAL VIGENTE HASTA EL 30 DE JUNIO DE 1997, AL ESTABLECER DISTINTOS REQUISITOS PARA SU

Lo mismo sucede respecto de la interpretación judicial al artículo 501 fracción I de la Ley Federal del Trabajo, la cual se inclina por considerar que se viola el artículo 4o. de la propia Constitución, al establecer un trato desigual entre el varón trabajador y la mujer trabajadora, toda vez que dicho precepto del trabajo dispone, en lo que interesa, que tendrán derecho a recibir la indemnización en los casos de muerte, la viuda, o el viudo que hubiese dependido económicamente de la trabajadora y que tenga una incapacidad de un cincuenta por ciento o más, lo que implica una distinción entre la viuda y el viudo del trabajador o trabajadora extinto, por razones de sexo, pues a la primera no le impone como requisito la dependencia económica e incapacidad que sí exige para el segundo. Este trato desigual por razones de sexo o económicas que establece el precepto legal que se impugna, no tiene fundamento constitucional, sino que contraviene lo dispuesto por el precepto constitucional en comento.<sup>20</sup>

**Pago de alimentos.** Por ser una ejecutoria muy clara y con elementos didácticos, consideramos necesario transcribirla en su integridad, pues de su sola lectura se aprecia el criterio judicial en ella contenido.

---

OTORGAMIENTO ENTRE EL VARÓN Y LA MUJER VIOLA LA GARANTÍA DE IGUALDAD CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 4o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA DE TRABAJO DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 6803/2005. Rubén Yáñez Maldonado. 9 de mayo de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Héctor Arturo Mercado López. Secretaria: Yara Isabel Gómez Briseño. No. Registro: 177,549. Tesis aislada. Materia Laboral, Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXII, agosto de 2005, tesis I. 3o.T.101 L, página 1960.

<sup>20</sup> INDEMNIZACIÓN POR MUERTE. EL ARTÍCULO 501, FRACCIÓN I, DE LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO, VIOLA LA GARANTÍA DE IGUALDAD. TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA DE TRABAJO DEL CUARTO CIRCUITO. Amparo directo 839/2002. Edmundo Mateo Boneti Meza. 9 de diciembre de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Rodolfo R. Ríos Vázquez. Secretaria: Myrna Gabriela Solís Flores. No. Registro: 184,635. Tesis aislada. Materia laboral, Constitucional. Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XVII, marzo de 2003, tesis: IV.3o.T.119 L, página 1736.

**ALIMENTOS. DE ACUERDO CON LO DISPUESTO POR EL ARTÍCULO 164 DEL CÓDIGO CIVIL LA MUJER CUMPLE CON EL DEBER DE CONTRIBUIR CON EL SOSTENIMIENTO DEL HOGAR CUIDANDO DE EL.** El matrimonio es una institución de orden público por lo que la sociedad está interesada en su mantenimiento y sólo por excepción la ley permite que se rompa el vínculo matrimonial; de ahí que en los juicios de divorcio necesario sea preciso que la causal invocada quede plenamente demostrada a fin de que el tribunal pueda apreciar la gravedad del incumplimiento alegado que ponga de manifiesto el desprecio, desapego, abandono o desestimación del cónyuge actor o a sus hijos, y que haga imposible la vida en común. Según el artículo 162 del Código Civil los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente. Los efectos del matrimonio no son únicamente patrimoniales, sino que existen derechos y obligaciones de ambos cónyuges que se manifiestan en los deberes íntimos de la relación: de cohabitación, débito conyugal y fidelidad; y los no necesariamente personalísimos como son los de ayuda mutua y de asistencia. En el matrimonio debe de prevalecer el interés siempre superior de la familia, por lo que en el caso se trata no sólo de una función biológica sino también de una función jurídica para dar cumplimiento a los fines del matrimonio, de acuerdo con el imperativo impuesto por el artículo 162 del Código Civil para que cada cónyuge contribuya por su parte a tales fines. Cabe destacar que uno de los deberes que impone el matrimonio es el de socorro y ayuda mutua que descansa siempre en la solidaridad de la pareja y tiene por objeto realizar los fines superiores de la familia. Una de las manifestaciones del derecho-obligación que se analiza es la relativa a la ministración de alimentos que la ley impone a los cónyuges; pero no se concreta exclusivamente a ese aspecto patrimonial, sino también a la ayuda de carácter moral y material que mutuamente deben dispensarse. Ahora bien, la obligación de dar alimentos supone la posibilidad económica del cónyuge deudor, debiendo los alimentos estar proporcionados justamente a esa

posibilidad económica del que debe darlos y a la necesidad del que debe recibirlos. Al respecto el artículo 311 del Código Civil dispone que los alimentos han de ser proporcionados a las posibilidades del que debe darlos y a la necesidad del que debe recibirlos. Originalmente en los Códigos Civiles de 1870 (artículos 200 a 202) y de 1884 (artículos 191 a 193) el marido debía proteger y dar alimentos a la mujer, aunque ésta no hubiera llevado bienes al matrimonio, y la mujer debía atender lo doméstico, la educación de los hijos y la administración de los bienes y cuando la mujer tuviera bienes propios debía dar alimentos al marido, cuando éste careciere de aquéllos y estuviere impedido de trabajar. Con diferente redacción pero del mismo perfil fue adaptado ese contenido en el artículo 42 de la Ley Sobre Relaciones Familiares, señalando que el marido debía dar alimentos a la mujer y hacer todos los gastos necesarios para el sostenimiento del hogar. El Código Civil de 1928 siguió los mismos lineamientos en su artículo 164. En la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación de treinta y uno de diciembre de mil novecientos setenta y cuatro, se modificaron los textos que hemos citado y aun cuando se dejaron latentes los principios, su redacción tiene la inspiración de la igualdad jurídica, política, económica y social de la mujer con el hombre, pues se establece a cargo de los cónyuges (tanto de él, como de ella) la contribución económica para el sostenimiento del hogar, su propia alimentación y la de sus hijos; sin perjuicio de distribuirse esas cargas en la forma y proporción que ellos convengan y de acuerdo con sus propias posibilidades. La causal de divorcio prevista en la fracción XII del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal en relación con el artículo 164 del mismo Código, si bien es cierto que surgió para ajustar la legislación a la realidad social a efecto de regularizar la situación jurídica y fáctica de la pareja; tales disposiciones deben interpretarse en el sentido de que el varón es el que trabaja y está obligado a allegar los medios económicos para el sostenimiento del hogar y la mujer sólo está obligada a la contribución económica cuando se compruebe que obtiene remuneraciones por su trabajo o ingresos de sus

bienes; de no ser así, existe la presunción de que necesita alimentos por ser hecho notorio que dentro de la familia mexicana actual, es ella la que se encarga del hogar y del cuidado de los hijos y de esta forma cumple con su obligación prevista por el artículo 164 del Código Civil. Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha considerado que es de sobra conocido que en la familia mexicana, por regla general, el hombre aporta los medios económicos para sufragar los gastos del hogar, en tanto que la mujer contribuye con el trabajo y el cuidado de la casa, la atención de los hijos y la administración doméstica. Esta situación se originó por las limitaciones que se han impuesto históricamente a la mujer para su desarrollo social, económico y cultural, cuyas consecuencias no pueden erradicarse en toda la sociedad sino con el transcurso del tiempo a pesar de haberse elevado a rango constitucional el principio de igualdad del hombre y la mujer ante la ley, es decir, mientras esa igualdad establecida formalmente en la ley no se traduzca en una realidad generalizada. Ahora bien, como la presunción emana de este hecho, debe subsistir hasta que esa situación real desaparezca, siempre que no exista alguna disposición legal expresa en contrario.<sup>21</sup>

**Adulterio como causal de divorcio.** Otro ejemplo lo tendríamos en las causales de divorcio, concretamente en aquella basada en el adulterio, en donde los jueces federales han llegado a sostener lo siguiente:

...el adulterio entraña una ofensa al cónyuge inocente, y en consecuencia, su consumación significa una falta al pacto de recíproca fidelidad entre los esposos, lo cual constituye la base fundamental del matrimonio, de ahí que al cometerse

---

<sup>21</sup> No. Registro: 201,634. Tesis aislada. Materia(s): Civil. Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, IV, Agosto de 1996. tesis: I.8o.C.53 C., página 625.

adulterio, sea quien sea quien lo realice, indiscutiblemente conculcará los derechos de la familia, trastornando el orden y la moralidad que debe imperar en ese núcleo.

Ahora bien, el artículo 288 del Código Civil del Estado de Campeche, contiene la siguiente disposición:

El adulterio del marido es causa de divorcio solamente cuando con él concurra alguna de las circunstancias siguientes: I. Que el adulterio haya sido cometido en la casa conyugal; II. Que haya habido escándalo o insulto público hecho por el marido a la mujer legítima; III. Que la adúltera haya maltratado de palabra o de obra, o que por su causa se haya maltratado de alguno de esos modos a la mujer legítima.

Este precepto, como puede verse, resulta discriminatorio, con base en que respecto a una misma situación jurídica trata de manera diferente a la mujer, en relación a una causal de divorcio como lo es el adulterio, pues el cometido por la esposa, en cualquier forma que lo perpetre, siempre será motivo de ruptura del matrimonio; en cambio, el cometido por el varón acusa matices diversos, ya que si comete adulterio, éste por sí solo no generará el divorcio, en la inteligencia de que dicha sanción civil sólo opera para el hombre cuando el adulterio vaya acompañado de alguna de las circunstancias agravantes que contempla la norma hipotética en cuestión. Por consiguiente, si tanto el hombre como la mujer, conforme a esa ley secundaria, tienen acción de divorcio en la hipótesis de adulterio, no hay razón válida y justificativa para menguar el derecho de la mujer, sujetando o condicionando la procedencia de su acción a que se satisfagan determinadas circunstancias en el adulterio del varón, dado que tales disposiciones infringen la garantía de igualdad jurídica que tutela el

artículo 4o. de la Constitución General de la República, de ahí que sea lógico y jurídico concluir, que el artículo 288 del Código Civil para el Estado de Campeche es inconstitucional.<sup>22</sup>

#### **Privación de la patria potestad al cónyuge culpable.**

El sentido gramatical de la voz “cónyuge”, se usa indistintamente para el marido y para la mujer, por lo que aquellos artículos de los Códigos Civiles locales, que al prevenir que será el “cónyuge culpable” a quien se le privará de la patria potestad, respetan el principio de igualdad jurídica de la mujer y del varón pues evidencian que tal condición puede actualizarse indistintamente, esto es, ya sea por el hombre o por la mujer, de lo cual resulta que estos numerales así redactados no son discriminatorios, en virtud de que respecto a las mismas causales trata por igual al varón como a la mujer. Luego, sea una u otro quien cometa los actos que precisan, será considerado “cónyuge culpable” y, en consecuencia, será privada o privado de la patria potestad en la sentencia de divorcio respectiva.<sup>23</sup>

<sup>22</sup> ARTÍCULO 288 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE CAMPECHE. VIOLA LA GARANTÍA DE IGUALDAD QUE TUTELA EL ARTÍCULO 4o. CONSTITUCIONAL. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO CUARTO CIRCUITO. Amparo directo 461/95. Vilma del Carmen Cobos Paat. 6 de noviembre de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Fernando A. Yates Valdez. Secretario: Luis A. Cortés Escalante. No. Registro: 203,727, tesis aislada, Materias: Civil, Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, II, noviembre de 1995, tesis XIV.2o.3 C, página 502.

<sup>23</sup> IGUALDAD JURÍDICA DE LA MUJER Y DEL VARÓN. EL ARTÍCULO 299, REGLA PRIMERA, DEL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE CAMPECHE, NO ES VIOLATORIO DE ESE PRINCIPIO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 4o. CONSTITUCIONAL. Amparo directo en revisión 182/2000. Duly Esther Ricalde Quijano. 2 de junio del año 2000. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Juan Díaz Romero. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretario: Rolando Javier García Martínez. No. Registro: 191,497, tesis aislada, materia Constitucional, Civil, Novena Época. Instancia: Segunda Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XII, julio de 2000, tesis: 2a. LXXIV/2000, página 159.



**Permanencia en el domicilio conyugal.** En aquellos códigos de procedimientos civiles (como el caso de Nuevo León que estuvo vigente hasta el 28 de abril de 2004) donde se establezca que *durante la separación, la mujer tiene preferencia de quedarse en el domicilio conyugal, empero, si el varón solicita la medida y además, hubiere hijos menores de edad, el Juez deberá resolver en atención al interés superior de los niños*, ello denota que el legislador frente a la permanencia en el domicilio conyugal, discrimina por el solo género de las personas, y otorga una solución diversa para el mismo supuesto, esto es, el interés de los hijos menores de edad; distingo que no aparece razonado en cualidad propia de cada uno de los géneros, pues no aparecen argumentos que traten de justificar la desigualdad apuntada, por lo que a criterio de los jueces federales se concluye que en estos casos se viola la garantía de igualdad jurídica que entre mujer y varón debe existir en términos del artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.<sup>24</sup>

**Cuota de género.** Este derecho se encuentra consagrado en materia electoral, consiste en que se incluyan en los tres primeros lugares de cada lista de candidatos propietarios por el principio de representación proporcional a varones y mujeres y en el resto de la lista por lo menos una candidatura propietaria distinta

<sup>24</sup> IGUALDAD JURÍDICA ENTRE EL VARÓN Y LA MUJER. EL ARTÍCULO 167, PÁRRAFO PRIMERO, DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN (VIGENTE HASTA EL VEINTIOCHO DE ABRIL DE DOS MIL CUATRO), VIOLA ESA GARANTÍA CONSTITUCIONAL. PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL CUARTO CIRCUITO. Amparo en revisión 568/2004. 8 de junio de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Arturo Ramírez Pérez. Secretario: Jesús Eduardo Medina Martínez. No. Registro: 176,995. Tesis aislada. Materia Civil, Novena Época. Instancia Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXII, octubre de 2005, tesis IV.1o.C.50 C, página 2361.

entre mujeres y varones, siendo el único supuesto de excepción cuando dichas candidaturas se elijan por el voto de los militantes en procesos internos de acuerdo a lo dispuesto por sus estatutos. Esta cláusula de excepción exige que para que pueda operar, se encuentren satisfechos por lo menos dos elementos: a) Que la designación se realice mediante voto de los militantes producto de procedimientos de selección interna; y b) Que dichos procedimientos se encuentren contemplados en sus estatutos. Ante la ausencia de cualquiera de los requisitos citados las candidaturas no se encontrarían dentro del supuesto de excepción y en consecuencia, se debe cumplir con la obligación general impuesta por el legislador. Esto es así, porque el legislador buscó salvaguardar la inclusión de géneros diversos en la integración de las fórmulas de representación proporcional de los partidos, a efecto de hacer su actividad más incluyente y que respetara la diversidad de integrantes de la sociedad, y no favoreciera el enquistamiento de un género en el ejercicio del poder que pudiera fortalecer mayormente sus intereses, sino que más bien al incluir diversos géneros en la integración de candidaturas favorecer la pluralidad de ideas y el respeto a los derechos ciudadanos. Sin embargo, el propio legislador aprobó la condición de excepción cuando la voluntad de los militantes fuera distinta, es decir otorgó la posibilidad de hacer prevalecer la voluntad de las bases militantes de un partido político por encima de la cláusula de género, ello en el entendido de que la diversidad en la composición de los integrantes de un partido político permita crear un equilibrio en las decisiones colectivas, con lo que se representa fielmente la voluntad del partido y no la del legislador. La cuota de género es considerada el mecanismo para promover una participación equitativa de mujeres y hombres en las instancias de los partidos políticos y del estado, a las cuales se accede a través

del voto popular. La importancia de cuota de género radica en que ha demostrado efectividad para el aumento de la participación femenina en cargos electivos.<sup>25</sup>

**Alternancia de género.** Este principio se refiere a la distribución que la ley exige para ocupar un cargo entre hombres y mujeres, por ejemplo, en la conformación de los consejos municipales electorales se distribuyen los nombramientos de consejeros entre hombres y mujeres, pero por turno, primero de un género y luego de otro, sucediéndose uno al otro. La finalidad del establecimiento del principio de alternancia de géneros en la integración de órganos electorales es darles participación al hombre y a la mujer en condiciones de igualdad de oportunidades para ocupar cargos de consejeros electorales y desempeñen las funciones inherentes a la organización y desarrollo de los procesos electorales colaborando en la vida democrática del país. Así los criterios judiciales han llegado a sostener, por ejemplo, que en virtud

<sup>25</sup> Existe el registro de múltiples juicios en los cuales se han abordado no sólo las cuestiones de cuota de género, sino otros temas como: porcentaje máximo de cuota de género; equidad de género en la postulación; principio de alternancia de género, los criterios de paridad de género, así como el proceso democrático para la selección de candidatos, tutelado por el estatuto y sus reglamentos, basado en mecanismos previamente determinados y sujeto a dos condiciones: la equidad en la competencia y la paridad de género, paridad entre hombres y mujeres, etc; entre los expedientes están los siguientes: **RECURSO DE APELACIÓN:** SUP-RAP-004/2002; SUP-RAP-049/2002; SUP-RAP-028/2003; SUP-RAP-060/2005. **JUICIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES DEL CIUDADANO:** SUP-JDC-788/2002; SUP-JDC-338/2003; SUP-JDC-543/2004; SUP-JDC-701/2004; SUP-JDC-702/2004; SUP-JRC-396/2004 y SUP-JRC-398/2004 acumulados; SUP-JDC-058/2005; SUP-JDC-355/2005, SUP-JDC-378/2005, SUP-JDC-386/2005 y SUP-JDC-412/2005 acumulados; SUP-JDC-399/2005, SUP-JDC-400/2005, SUP-JDC-408/2005, SUP-JDC-409/2005 y SUP-JDC-410/2005 acumulados; SUP-JDC-093/2006. **JUICIO DE REVISIÓN CONSTITUCIONAL ELECTORAL:** SUP-JRC-084/2002; SUP-JRC-115/2003; SUP-JRC-128/2003; SUP-JRC-201/2003; SUP-JRC-303/2004, SUP-JDC-621/2004 y SUP-JDC-622/2004 acumulados; SUP-JRC-395/2004, SUP-JRC-400/2004 y SUP-JDC-700/2004 acumulados; SUP-JRC-028/2006; SUP-JRC-136/2006. **ASUNTO ESPECIAL:** SUP-AES-036/2001. **LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 2/2002** (Los partidos están obligados a impulsar la equidad de género, lo que significa la efectiva incorporación a la vida política de las mujeres).

de que el número de consejeros, tanto propietarios como suplentes fijados para integrar los consejos locales son por números impares (5 propietarios y 3 suplentes), ello conlleva a que siempre, en una y otra categoría, haya disparidad en cuanto al género, lo cual no se considera una falta de alternancia, sino que es consecuencia lógica e inevitable por la forma en que está construido legalmente el sistema de designación de los consejeros.<sup>26</sup>

#### 4. MÉXICO Y LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DE LA MUJER

La protección de los derechos de las mujeres en el ordenamiento jurídico internacional arranca con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Establece en primer término que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos” (Artículo 1); en segundo lugar, afirma que “toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión pública o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición” (Artículo 2), y que “todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley” (Artículo 7).<sup>27</sup>

Conscientes de esta desigualdad –mucho antes de declarar 1975 como el Año Internacional de la Mujer–, las Naciones Unidas y diversos países comenzaron el proceso de aprobación de varios

---

<sup>26</sup> Vid. Juicio de revisión constitucional electoral. SUP-JRC-28/2006. Partido de la Revolución Democrática, 12 de abril de 2006. Unanimidad. Ponente: Alfonsina Berta Navarro Hidalgo. Secretaria: Guadalupe Farías Flores.

<sup>27</sup> Cfr. Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

instrumentos internacionales, junto con la celebración de conferencias internacionales,<sup>28</sup> con la finalidad de garantizar la protección de los derechos humanos de las mujeres. Todo ello ha permeado al interior de los regímenes nacionales y México no es la excepción.

<sup>28</sup> Entre los más importantes destacan los siguientes (Cfr. BADILLA, Ana Elena, "La Discriminación de Género en la Legislación Centroamericana", en <http://www.arias.or.cr/fundarias7cph/estudio3.shtml> y Segunda Cumbre de las Américas: Mujer, en <http://www.summit-americas.org/Women/women-spanish.htm>.)

**La Convención Sobre Derechos Políticos de la Mujer:** Aprobada en 1952, la cual establece que las mujeres tienen derecho a votar en todas las elecciones y a ser elegidas para puestos públicos de elección en igualdad de condiciones que los hombres, sin discriminación alguna. En esta época, en la mayoría de los países centroamericanos, las mujeres lograron conquistar el derecho al voto, en el Salvador (1949), en Costa Rica (1949) y en México (1953). Si bien es cierto que, con la reformas de 1953, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconoció a las mujeres la categoría de ciudadanas mexicanas otorgándoles en consecuencia el derecho al voto, no podemos dejar de mencionar que, en los años 1923 y 1925 en Chiapas, Yucatán y Tabasco se concedió la igualdad política de la mujer para votar y ser votada en puestos de representación popular, con lo que años más tarde, concretamente el 6 de diciembre de 1946, el entonces Presidente Miguel Alemán, presentó una iniciativa en la que propuso reformar el artículo 115 constitucional, para quedar de la siguiente forma: "...En las elecciones municipales participarán las mujeres, en igualdad de condición que los varones, con el derecho de votar y ser votadas..." (Cfr. TUÑÓN PABLOS, Esperanza. "Mujeres que se organizan" en *El Frente Único Pro Derechos de la Mujer*, 1935-1938, México 1992, pág. 24).

**La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW):** Aprobada en 1979, la cual establece derechos de las mujeres en nuevas áreas o ámbitos, así como obligaciones para los Estados, a fin de lograr la igualdad entre mujeres y hombres. En la esfera política y pública, destaca el derecho al voto y a ser electas en elecciones públicas, a participar en la formulación de políticas gubernamentales, a ocupar cargos públicos, ejercer funciones públicas y a representar al gobierno internacionalmente.

**Conferencia Mundial de Derechos Humanos:** Realizada en Viena en 1993, en donde se afirmó que "la plena participación, en condiciones de igualdad, de la mujer en la vida política, civil, económica, social y cultural en los planos nacional, regional e internacional y la erradicación de todas las formas de discriminación basadas en el sexo son objetivos prioritarios de la comunidad internacional" y se pidió a la Asamblea General que aprobara el proyecto de Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer e insta a los Estados a que combatan dicha violencia.

**Conferencia Internacional de Población y Desarrollo:** Llevada a cabo en el Cairo en 1994, significó un paso importante en el avance de los derechos humanos de las mujeres a nivel mundial, y en consecuencia, para las centroamericanas. El esfuerzo y trabajo del movimiento mundial de mujeres tuvo resultados positivos en varias áreas, aún cuando las mujeres hubieran deseado lograr mucho más. Se señaló como meta decisiva la igualdad y equidad de género, siendo necesario para ello asegurar la educación de las mujeres, su plena participación en la formulación de políticas y en la toma de decisiones, así como la

eliminación de obstáculos que las discriminan en el empleo y la salud y promueven la explotación y la violencia. Destaca el área sobre la violencia contra la mujer cuyo programa de acción establece como uno de sus principios el promover la equidad y la igualdad de los sexos y los derechos de la mujer, así como eliminar la violencia de todo tipo contra la mujer y asegurarse de que sea ella quien controle su propia fecundidad, son la piedra angular de los programas de población y desarrollo.

**Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer**, de Belém do Pará Brasil, suscrita en el XXIV Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA el 6 de junio de 1994. Establece en sus artículos 4 y 5 que toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos, entre los que se encuentra el derecho a tener igualdad de acceso a las funciones públicas de su país y a participar en los asuntos públicos, incluyendo la toma de decisiones, así como ejercer libre y plenamente sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. Los Estados Partes reconocen que la violencia contra la mujer impide y anula el ejercicio de esos derechos (Cfr. Comisión Interamericana de Mujeres. Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, en <http://www.oas.org/cim/Spanish/ConvenciónViolencia.htm>).

**Comisión Interamericana de Mujeres.** La Comisión Interamericana de la Mujer celebró su XXIX Asamblea de Delegadas del 16 al 18 de noviembre de 1998 en la sede de la Organización de Estados Americanos (OEA) en Washington. Durante la reunión, las delegadas aprobaron 15 resoluciones, destacando entre otras, las siguientes: Derechos legales igualitarios para las mujeres; Plan de acción sobre la participación de la mujer en las estructuras de poder y toma de decisiones; Fortalecimiento y modernización de la Comisión Interamericana de Mujeres, y La Comisión Interamericana de Mujeres y la Sociedad Civil.

**XXIX Período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA.** En la XXIX Asamblea General de la OEA, celebrada en Guatemala los días 6 al 8 de junio de 1999, fue aprobada la resolución "Situación de la Mujer en las Américas y Fortalecimiento y Modernización de la Comisión Interamericana de Mujeres" en la cual se convocó a una reunión de Ministras o autoridades al más alto nivel, responsables de las políticas de las mujeres en los Estados miembros, que se realizó el primer trimestre del año 2000.

**Mujer de zonas rurales.** El 4 de octubre de 1999, se llevó a cabo en Roma, Italia, una sesión de Consultas de Alto Nivel sobre Mujeres de las Zonas Rurales e Información organizada por la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación.

**Tercer Período Ordinario de Sesiones,** del Comité Directivo de la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM). Se llevó a cabo en Washington los días 20 y 21 de enero de 2000. Como consecuencia de los mandatos de la Cumbre de las Américas, uno de los puntos focales del temario fue la presentación, por parte de la CIM, del borrador de un documento titulado "Programa Interamericano sobre la promoción de los Derechos de la Mujer y la Equidad de Género", en preparación de la Reunión de Ministros o autoridades de más alto nivel responsables de las políticas que afectan a las mujeres en los Estados miembros. En este documento se destaca la participación de la mujer en las estructuras de poder y adopción de decisiones y la educación, la eliminación de la violencia contra la mujer y la erradicación de la pobreza, como los cuatro ámbitos estratégicos prioritarios en que se procurará avanzar a través de proyectos nacionales y multinacionales de promoción de los derechos de la mujer y la igualdad de género.

**La mujer en el año 2000.** La Sesión Especial de la Asamblea General de las Naciones Unidas "La Mujer en el año 2000: Igualdad de Género, Desarrollo y Paz en el siglo XXI" se celebró en Nueva York del 5 al 9 de junio del 2000 en la sede de dicho Organismo a fin de examinar si los gobiernos, los organismos internacionales, las organizaciones no gubernamentales y el sector privado han cumplido los compromisos contraídos en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer en Beijing.

Se han adoptado compromisos internacionales para erradicar la discriminación por género. México firmó y ratificó el contenido de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación en contra de la mujer (CEDAW), se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 12 de mayo de 1981, y en el año de 2001 se dio inicio al trámite para la ratificación del Protocolo facultativo.

Así, la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México, como ya se dijo, ha sostenido en los últimos tiempos que la igualdad jurídica constituye el conjunto de posibilidades y capacidades imputables al sujeto o persona e implica una prohibición respecto a la instauración de distinciones o diferencias entre los seres humanos en cuanto tales, pues todo individuo está colocado en una misma situación, quedando prohibido a la autoridad realizar cualquier discriminación por razones del género, que atente contra la dignidad propia del ser humano y que tenga como consecuencia anular o menoscabar sus derechos y libertades.<sup>29</sup>

En resumen, uno de los principales retos en México es propiciar la participación de las mujeres en todos los niveles de gobierno y áreas de desarrollo, buscando su mayor y mejor inclusión en la sociedad.

---

**XXX Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA.** Durante la XXX Asamblea General de la OEA celebrada en Windsor, Canadá, en junio de 2000, los Gobiernos adoptaron una resolución mediante la cual instan a los Estados miembros a ratificar la Convención de Belém do Pará, y

**Sexta Conferencia Internacional sobre los Derechos de la Mujer.** Durante la Sexta Conferencia Internacional sobre los Derechos de la Mujer, que se celebró en Lima, Perú, en el mes de diciembre del 2000, los expertos líderes discutieron sobre los derechos de la mujer al empoderamiento económico y a la inclusión en todos los niveles de los procesos de toma de decisiones. Los expertos proveyeron capacitación práctica y teórica para 100 profesionales, en asuntos legales y políticos, de toda América Latina y el Caribe.

<sup>29</sup> *Cfr.* Sentencia recaída a la Acción de Inconstitucionalidad 2/2002, emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, el 18 de marzo de 2002.

Así, se han emitido en los últimos años diversos acuerdos y decretos que buscan la igualdad de oportunidades y tratan de erradicar las diferencias entre las personas, tales como:

- Acuerdo A/003/06 del Procurador General de la República, por el que se crea la Fiscalía Especial para la Atención de Delitos relacionados contra Actos de Violencia contra las Mujeres en el País. *Diario Oficial de la Federación* del jueves 16 de febrero de 2006.
- Acuerdo por el que el Consejo Consultivo de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos aprueba la creación del Programa de Igualdad entre Mujeres y Hombres. *Diario Oficial de la Federación* del martes 7 de marzo de 2006.
- Decreto por el que se expide la Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres. *Diario Oficial de la Federación* del miércoles 2 de agosto de 2006.
- Decreto por el que se expide la Ley General de Acceso de las Mujeres a una vida libre de violencia. *Diario Oficial de la Federación* del jueves 1 de febrero de 2007.

## 5. INSTITUCIONES PROTECTORAS DE LA MUJER EN MÉXICO Y LA REGULACIÓN DE ACCIONES COLECTIVAS<sup>30</sup>

La diversidad de la sociedad actual da lugar a que determinadas actividades afecten intereses de un considerable número de perso-

<sup>30</sup> Vid. ELIZONDO GASPERIN, María Macarita. "Género y Acciones de Clase", *op. cit.*



nas, por lo que cada vez resulta complejo conciliar estos intereses de manera individualizada cuando son de incidencia homogénea y para un determinado grupo de personas.

Es oportuno, introducir nuevos instrumentos procesales en el orden jurídico mexicano, para que al justiciable le resulte ser una modalidad adicional de acceso a la justicia y para que al juzgador le represente entre otras ventajas, la economía de esfuerzos.

México ha hecho importantes contribuciones y también ha adquirido compromisos claros internos y externos para combatir la discriminación por género. A lo largo de su historia constitucional moderna, han existido diversos campos en los que se ha reflejado paulatinamente ese beneficio.

El Instituto Nacional de las Mujeres, es un organismo público descentralizado que promueve la equidad de género e igualdad de derechos y oportunidades entre mujeres y hombres; cuyo objetivo general es promover y fomentar las condiciones que posibiliten la no discriminación, la igualdad de oportunidades y de trato entre los géneros; el ejercicio pleno de todos los derechos de las mujeres y su participación equitativa en la vida política, cultural, económica y social del país.

En México, el artículo 1o. constitucional prohíbe la discriminación motivada por origen étnico o nacional, el **género**, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Si constantemente son violentados los derechos de las mujeres, ¿por qué no considerar la conveniencia de introducir nuevos instrumentos procesales en el orden jurídico mexicano, que permitan un real acceso a la justicia?, no de manera individualizada, sino a través de acciones colectivas, las cuales tengan efectos generalizados, esto es, que impacten en todo ese sector de la población que ha sufrido un menoscabo en esos derechos y que mediante las acciones colectivas, puedan conocerse una pluralidad de asuntos a través de un solo caso.

En México (respecto al derecho de la no discriminación por cuestiones de género), se han dado las condiciones constitucionales y legales para avanzar hacia su auténtica defensa, por lo que debemos esforzarnos en romper viejas ataduras procesales y dar paso a **acciones de clase o colectivas** que refuercen la auténtica garantía procesal *erga omnes* en la reparación de dichos derechos reiteradamente vulnerados y que haya instituciones u organismos públicos (como INMUJER) que cuenten con la legitimación procesal activa para ejercerlas.

Tenemos el deber de construir en México un medio jurídico idóneo que no solo reconozca en su texto constitucional y legal el derecho de igualdad y a la no discriminación, sino que ofrezca las **vías procesales** o procedimientos adecuados para la promoción de acciones que:

1. Eviten la reiterada vulneración de esos derechos fundamentales;
2. Sean eficaces para extender los beneficios a todas aquellas personas implicadas en las mismas circunstancias,

3. Permitan interponerse por el afectado, el defensor del pueblo y/o las instituciones o asociaciones que propendan a esos fines y estén conforme a la ley;
4. Cuando la sentencia sea estimatoria, exista la inmutabilidad *erga omnes* de la cosa juzgada por tratarse de intereses difusos e individualmente homogéneos, por lo que impida nuevamente que una persona sea discriminada por ese mismo hecho;
5. El pronunciamiento único (sin necesidad de reiteración) implique la formación del precedente obligatorio para la responsable, servidor público o persona en general quien no podrá realizar la conducta ilegal e inconstitucional; y
6. Genere un proceso sumario de sólo aplicación del precedente en caso de reiteración de la conducta violatoria del derecho y de sanción pecuniaria al infractor, dada la existencia previa de una acción declarativa de inconstitucionalidad.

La no discriminación permite un ambiente sano y equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas de una Nación –integrada tanto por hombres como mujeres– satisfagan las necesidades sociales del presente sin comprometer y someter injustificadamente a las generaciones futuras.

Debemos estar cada vez más conscientes del rol que juegan los pronunciamientos judiciales en la formulación del ideal de igualdad.

Entendamos todas estas enmiendas legislativas y pronunciamientos judiciales más como un **proceso de transición** que una definición permanente, pues la preocupación del Estado mexicano debe encauzarse porque sea la misma sociedad la que paulatinamente vaya tomando conciencia y erradique viejos atavismos discriminatorios.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

ELIZONDO GASPERÍN, Ma. Macarita, “*Discriminación por género*”, *Revista Jurídica*, Instituto de Capacitación del Poder Judicial del Estado de Aguascalientes, Año XIII, No. 24, Nueva Época, agosto-octubre, 2002.

\_\_\_\_\_, “*Género y Acciones de Clase*”, *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica*, Porrúa, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 2003.

\_\_\_\_\_, “Realidad y perspectivas de la cuota de género en materia electoral. Postulación de cargos de elección popular y dirigencia de partidos”. En proceso de edición.

BADILLA, Ana Elena. *La discriminación de género en la Legislación Centroamericana*, en <http://www.arias.or.cr/fundarias7cph/estudio3.shtml> y “Segunda Cumbre de las Américas: Mujer”, en <http://www.summit-americas.org/Women/women-spanish.htm>.

TUÑÓN PABLOS, Esperanza, “Mujeres que se organizan” en *El Frente Único Pro Derechos de la Mujer*, 1935-1938, México, 1992.

*Tesis, jurisprudencia y precedentes*

*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tercera, Cuarta, Quinta, Sexta, Séptima y Novena Época.*

**RECURSO DE APELACIÓN:** SUP-RAP-004/2002; SUP-RAP-049/2002; SUP-RAP-028/2003; SUP-RAP-060/2005.

**JUICIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES DEL CIUDADANO:** SUP-JDC-788/2002; SUP-JDC-338/2003; SUP-JDC-543/2004; SUP-JDC-701/2004; SUP-JDC-702/2004; SUP-JRC-396/2004 y SUP-JRC-398/2004 acumulados; SUP-JDC-058/2005; SUP-JDC-355/2005, SUP-JDC-378/2005, SUP-JDC-386/2005 y SUP-JDC-412/2005 acumulados; SUP-JDC-399/2005, SUP-JDC-400/2005, SUP-JDC-408/2005, SUP-JDC-409/2005 y SUP-JDC-410/2005 acumulados; SUP-JDC-093/2006.

**JUICIO DE REVISIÓN CONSTITUCIONAL ELECTORAL:** SUP-JRC-084/2002; SUP-JRC-115/2003; SUP-JRC-128/2003; SUP-JRC-201/2003; SUP-JRC-303/2004, SUP-JDC-621/2004 y SUP-JDC-622/2004 acumulados; SUP-JRC-395/2004, SUP-JRC-400/2004 y SUP-JDC-700/2004 acumulados; SUP-JRC-028/2006; SUP-JRC-136/2006.

**ASUNTO ESPECIAL:** SUP-AES-036/2001.

**ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 2/2002.**

**JUICIO DE REVISIÓN CONSTITUCIONAL ELECTORAL.** SUP-JRC-28/2006.

*Otras fuentes*

*REFORMA*, Periódico, Sección Justicia. Jueves 4 de octubre 2007.

Código de Comercio de 1953.

*Diario Oficial de la Federación* de 18 de marzo de 2002.

Iniciativa de reforma al artículo 115 constitucional, de 6 de diciembre de 1946.

Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

Convención Sobre Derechos Políticos de la Mujer de 1952.

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) de 1979.

Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Viena, 1993.

Conferencia Internacional de Población y Desarrollo, El Cairo 1994.

Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, Belém do Pará Brasil, 6 de junio de 1994.

Comisión Interamericana de Mujeres. Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, en [http:// www.oas.org/cim/Spanish/ConvenciónViolencia.htm](http://www.oas.org/cim/Spanish/ConvenciónViolencia.htm).

Comisión Interamericana de Mujeres, XXIX Asamblea de Delegadas del 16 al 18 de noviembre de 1998.

XXIX Periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA, Guatemala, los días 6 al 8 de junio de 1999.

Consultas de Alto Nivel sobre Mujeres de las Zonas Rurales e Información organizada por la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, Mujer de zonas rurales, 4 de octubre de 1999, Roma, Italia.

Tercer Periodo Ordinario de Sesiones, del Comité Directivo de la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM), 20 y 21 de enero de 2000.

Asamblea General de las Naciones Unidas “La Mujer en el año 2000: Igualdad de Género, Desarrollo y Paz en el siglo XXI” se celebró en Nueva York del 5 al 9 de junio de 2000.

XXX Periodo Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA, junio de 2000.

Sexta Conferencia Internacional sobre los Derechos de la Mujer. Lima, Perú, diciembre de 2000.





# Repensar la jurisprudencia

José Ramón Narváez H.\*

Ved cómo las partes se unen entre sí  
en una regla armoniosa de derecho;  
Ved incontables ruedas que diversas leyes  
mueven claramente hacia un gran fin.  
*Blackstone*

Sumario: 1. Cuando la jurisprudencia existía. 2. Concepto (s) de jurisprudencia. 3. Acerca de la naturaleza de la jurisprudencia. 4. Breve referencia histórica sobre la fundamentación de sentencia en México. 5. La verdadera jurisprudencia histórica en México. 6. El nacimiento de la jurisprudencia formal en México. 7. Criterios para establecer la jurisprudencia en México. 8. Apéndice: Jurisprudencia sobre jurisprudencia. 9. Bibliografía.

## 1. CUANDO LA JURISPRUDENCIA EXISTÍA

Tan antigua como *Lex*, la jurisprudencia es un concepto rico y complejo a veces minusvalorado. Para explicar lo anterior convendría citar aquí el *Corpus iuris civilis* que la considera “la ciencia de lo justo y de lo injusto”<sup>1</sup> y si lo justo es dar a cada uno lo suyo, como lo refería Ulpiano, y lo injusto es exactamente lo contrario (no dárselo), entonces tenemos que la jurisprudencia es la ciencia de darle o no a cada uno lo suyo. Pero además he omitido a propósito una parte importante de la definición justiniana de

---

\* Cuenta con el doctorado europeo en investigación jurídica por la Universidad de Florencia, Italia. Actualmente es profesor del Programa de Posgrado en Derecho de la UNAM e investigador en el Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y de Promoción y Difusión de la Ética Judicial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

<sup>1</sup> *Digesto* 1, 1, 10, 2.

jurisprudencia en su calidad de conocimiento de las cosas divinas y humanas.

Combinando los anteriores elementos, tenemos que la jurisprudencia es *sapientia*, es saber, que en la antigüedad es intelectual y ético; el que sabe, sabe para hacer querer hacer, mueve la voluntad de los demás hacia aquello que les ofrece como un conocimiento más cierto y más válido. Cicerón llama a este saber *fronesis, rerum expetendarum fugiendarum scientia*<sup>2</sup> la ciencia que nos lleva a esperar unas cosas y huir de otras. La jurisprudencia entonces es un conocimiento profundo de la vida.<sup>3</sup>

#### Gayo decía de los jurisconsultos romanos

rendimos culto a la justicia y profesamos el saber de lo bueno y de lo justo, separando lo justo de lo injusto, discerniendo lo lícito de lo ilícito, anhelando hacer buenos a los hombres, no sólo por el temor de los castigos, sino también por el estímulo de los premios, dedicados si no yerro, a una verdadera y no simulada filosofía.<sup>4</sup>

La jurisprudencia es una actividad trascendente y permanente en sí misma, puesto que implica distinguir lo bueno de lo malo, lo justo de lo injusto; esta labor de selección<sup>5</sup> requiere de hombres prudentes, de hombres sabios y virtuosos.

<sup>2</sup> CICERON, *De officiis*, 1, 43, 153.

<sup>3</sup> IGLESIAS, Juan, *Derecho romano*, Barcelona, Ariel, 2004, 15a. ed., p. 59.

<sup>4</sup> *Institutas*, 1, 1, 4.

<sup>5</sup> Esta es una de las características que le atribuye Fritz Schulz a la jurisprudencia romana, el primer elemento de una ciencia, el distinguir. Citado por MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, *La senda de la jurisprudencia romanao*, México, UNAM, 2000, pp. 46 y ss.

De los párrafos que anteceden se puede deducir que la jurisprudencia en sus orígenes, como concepto jurídico, persigue fines muy altos que van más allá de la simple explicación de la ley.

En cualquiera de los casos, la jurisprudencia tiene que ver con una actitud de constancia, ya sea porque es ciencia de lo justo, ya porque está relacionada con dos virtudes, la prudencia y la justicia, y como virtudes suponen un hábito bueno reiterado “Otro de los grandes valores que manifiesta la jurisprudencia romana clásica es la observancia y respeto por la tradición, que simboliza una gran potencia en la vida jurídica romana, *gravitas* y *constancia* son para el romano las virtudes cardinales de la nación”.<sup>6</sup>

La jurisprudencia se precia de apoyarse en la tradición, en la experiencia; tal vez por eso Coke haya expresado su clásica frase “la vida del derecho no ha sido lógica, ha sido experiencia”; sin embargo, la jurisprudencia busca la mayoría de las veces innovar con base en esta experiencia. Lennin solía decir que “No hay en el mundo personas más reaccionarias que los jueces”; esta sutil paradoja es para el romanista español, Juan Iglesias, uno de los rasgos del derecho romano.

El sabio concierto entre tradición y progreso. El Derecho, según lo entienden los romanos, tiene su basamento en unos principios. Tales principios, enraizados, a su vez en un mundo de creencias, sentimientos, impulsos, necesidades políticas, económicas y de otra varia suerte, no se vierten del todo, con precisiones contables o mesurables, en lo jurídico positivo. Sin

---

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 188.

embargo, en el todo que es la vida colectiva actúan, difusa e impalpablemente, cual complementos que aseguran la razón de ser, la vitalidad y la validez misma del Derecho.<sup>7</sup>

Para concluir este punto hay que decir que, independientemente de los diferentes conceptos de jurisprudencia que se manejan a través de la historia, existen puntos comunes que derivan del origen mismo del concepto; estos son, por un lado, la idea de conformar un saber práctico, para saber hacer y para saber hacer querer; por otro lado este saber aspira a organizar de algún modo más general la práctica, a encontrar principios en ella, que puedan servir en un futuro; por último el uso de una experiencia acumulada de este saber práctico persigue como fin la mejora del conocimiento del derecho. De estas conclusiones podemos extraer una consecuencia histórica lógica: la jurisprudencia es una institución, pero también puede ser considerada como un método, como un arte, e incluso, en términos antiguos, como una ciencia, la ciencia de lo justo y lo injusto.

## 2. CONCEPTO(S) DE JURISPRUDENCIA

Podemos dividir los conceptos sobre jurisprudencia en dos grandes grupos. En el primero tenemos aquellos conceptos que hablan de la jurisprudencia como ciencia del derecho; en este sentido, suele apelarse a la etimología misma de la palabra que une las ideas de derecho y de prudencia, por lo que se entendería como el modo en que se descubre el derecho o lo justo, aplicando la virtud de la prudencia, el hacer lo que corresponde a cada situación. La imagen en cualquiera de los casos, al que hace referencia la jurisprudencia,

---

<sup>7</sup> IGLESIAS, Juan, *Derecho romano, op cit.*, pp. 54-55.

tiene que ver con un saber práctico basado en la realidad humana y en un ejercicio racional, que es el juicio.

Existe un segundo grupo de definiciones que hacen referencia a la jurisprudencia como conjunto de sentencias o criterios de los tribunales; así para la Suprema Corte de Justicia de la Nación la jurisprudencia “es la obligatoria interpretación y determinación del sentido de la ley...”; asimismo, la Corte ha dicho que “la jurisprudencia constituye un medio de desentrañar el sentido de la ley, para el efecto de que los juzgadores puedan aplicar esta última en forma debida y con criterio uniforme, precisamente cuando pronuncien el fallo correspondiente...”.<sup>8</sup>

Cabe hacer la advertencia, de que en el primer grupo se inscriben también definiciones, como la anglosajona, que entienden la jurisprudencia como teoría del orden jurídico positivo, por lo que *jurisprudence* equivale a explicar cómo y de qué manera surge el derecho en general.<sup>9</sup>

En sentido estricto la jurisprudencia es la reiteración interpretativa que los tribunales de justicia legalmente establecidos, hacen en sus resoluciones, y constituye una de las *fuentes del derecho* junto con la ley, la doctrina y la costumbre; cada país sigue determinadas reglas para establecer la obligatoriedad de los principios emanados de las sentencias. En otro sentido, se le denomina jurisprudencia al conjunto de *fallos* firmes y uniformes (cosa juzgada), dictados por los órganos jurisdiccionales de un Estado.

<sup>8</sup> *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1988*, 2a. parte, Salas y tesis comunes, p. 1696.

<sup>9</sup> MURPHY, Jeffrie G. y COLEMAN, Jules L., *The Philosophy of Law: An Introduction to Jurisprudence*, Boulder, CO. Westview Press, 1989.

En el derecho moderno se dice que la norma debe ser acompañada por su interpretación, por lo que hay que considerar el modo en que cada norma ha sido aplicada en determinado momento histórico. Para la historia del derecho resulta valioso el estudio de las variaciones de la jurisprudencia a lo largo del tiempo, pues es una de las mejores maneras de conocer la evolución o involución en la aplicación de las normas positivas, y de los criterios de interpretación de una determinada época; como podrá comprenderse, este conocimiento es más rico que el simple repaso de las distintas reformas a la ley, que en algunos casos no llegan a aplicarse realmente y constituyen lo que vulgarmente se llama letra muerta.

En otros sistemas de derecho como el *anglosajón*, la jurisprudencia es una fuente primordial debido a que los jueces deben fundamentar sus decisiones o *sentencias judiciales* mediante un estudio minucioso de los precedentes. William Blackstone en el siglo XVIII mencionó lo siguiente:

...los precedentes y las reglas deben ser seguidos a menos que sean netamente absurdos e injustos, porque, aunque su razón pueda ser aparente a primera vista, debemos a quienes nos han precedido la deferencia suficiente de no suponer que han resuelto sin razón. Así, el derecho y las decisiones de los jueces no son siempre una sola y misma cosa, puesto que, a veces, puede ocurrir que un juez se equivoque. En conjunto, sin embargo, podemos considerar como regla general que las decisiones de los tribunales de justicia son prueba del *common law*; de la misma manera que en el derecho romano debía ser perseguido en el porvenir.<sup>10</sup>

Surge así la *doctrine of binding precedent* (doctrina del precedente obligatorio) que posteriormente dará lugar al *stare decisis*.

<sup>10</sup> BLACKSTONE, William, *Commentaries on the Laws of England*, London, Strahan for T. Cadell y W. Davies, 1809, 15a. ed., p. 68 y ss.

Para un considerable grupo de autores que trabajan el concepto de jurisprudencia en México, el antecedente más evidente de la misma es de origen anglosajón, en específico, la regla del *stare decisis* (estar a la decisión) en el *common law*, tiene una fuerte influencia en nuestro derecho

La jurisprudencia mexicana tiene su fuente en el derecho inglés y en el derecho de Estados Unidos de América. En particular, durante los trabajos del Congreso que discutió el Proyecto de *Ley Orgánica* de 1861, el diputado oaxaqueño Ignacio Mariscal expuso a los congresistas el sistema de precedentes del *common law* y la fuerza casi legislativa que pueden tener, en virtud del *stare decisis*. Y aunque sus ideas no fueron totalmente aceptadas, en la Ley de ese año se establecieron tres artículos relativos a las sentencias de los tribunales, uno de los cuales (art. 32) obligaba a darles publicidad.<sup>11</sup>

El comprender mejor esta influencia, permitiría entender la conformación misma de nuestra jurisprudencia, que junto con el amparo, ha tenido inteligentes lectores del sistema anglosajón como García Rejón, Iglesias o Vallarta.

### 3. ACERCA DE LA NATURALEZA DE LA JURISPRUDENCIA

#### a. Primera cuestión

Tradicionalmente se dice que la jurisprudencia es una de las fuentes del derecho.

<sup>11</sup> RUIZ TORRES, Humberto Enrique, Voz: "Jurisprudencia", en *Juicio de amparo, Diccionarios jurídicos temáticos*, vol. 7, México, Oxford University Press, 2005, pp. 235-249, p. 236.

## Objeciones

1. La noción de “fuentes del derecho” es un asunto aún no aclarado y que sigue en discusión por parte de la doctrina, sin embargo la metáfora nos lleva a entender como tales, los hechos y actos que producen derecho.
2. Las fuentes suelen clasificarse de diferentes modos:

Primera clasificación: fuentes formales y materiales.

- a) Fuentes formales: las que están dispuestas así por el sistema jurídico específico.
- b) Fuentes materiales: todos los factores, aun los no legales, que producen derecho.

Segunda clasificación: fuentes legales y fuentes *extra ordinem*.

- a) Fuentes legales: las que producen normas jurídicas.
- b) Fuentes *extra ordinem*: las que influyen en la producción de normas jurídicas.

Tercera clasificación: fuentes de conocimiento y fuentes normativas.

- a) Fuentes de conocimiento: fuentes documentales de las cuales podemos extraer una noción del derecho en una determinada época histórica.



- b) Fuentes normativas: Documentos que no sólo informan sino contienen prescripciones que norman la conducta.
3. El derecho positivo mexicano, sugiere que la jurisprudencia es la interpretación de la ley, de observancia obligatoria, que emana de las ejecutorias que pronuncia la Suprema Corte de Justicia de la Nación funcionando en Pleno o en Salas, y por los Tribunales Colegiados de Circuito; por lo que no sería fuente del derecho sino interpretación de una de las fuentes del derecho que es la ley.
  4. La Constitución sólo establece que “la ley fijará los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia” (art. 94) lo que supone dos cosas:
    - a) que hay jurisprudencia no obligatoria,
    - b) que la jurisprudencia se ajusta a lo que la ley determine que sea.

#### Consideraciones (Sin embargo...)

1. La jurisprudencia sería fuente del derecho en tanto que lo produce.
2. La misma jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha aclarado que: **Jurisprudencia, Concepto de.** La jurisprudencia tiene facultades integradoras y va más allá de la norma, es decir, la verdadera jurisprudencia es aquella complementaria o integradora de las situaciones que no previó

el legislador, adecuando la norma al caso concreto, toda vez que en muchas ocasiones las circunstancias de hecho están dando opciones distintas a lo establecido en un precepto legal. La Suprema Corte y los Tribunales, al fijar un criterio en una tesis jurisprudencial, estudia aquellos aspectos que el legislador no precisó, e integra a la norma los alcances que, no contemplados en ésta, se producen en una determinada situación. *Semanario Judicial de la Federación*, 8a. época, t. VII, Pleno, Salas y Tribunales Colegiados de Circuito, enero de 1991, p. 296. **Jurisprudencia de la Suprema Corte. Subsana lagunas en materia de arrendamiento.** La jurisprudencia es fuente del derecho, por tanto no hay razón para pensar que la Suprema Corte no pudiera ejercer la función de suplir las lagunas y deficiencias del orden jurídico positivo [...]. *Semanario Judicial de la Federación*, 8a. época, Tribunales Colegiados de Circuito, enero-junio de 1990, 2a. parte, t. V, p. 593. y, **Jurisprudencia, concepto y obligatoriedad de la.** "...emerge de la fuente viva que implica el análisis reiterado de las disposiciones legales vigentes; en función de su aplicación a los casos concretos sometidos a la consideración de este Alto Tribunal, conforme a su competencia; y precisamente porque la jurisprudencia es fuente de derecho, de ahí dimana su obligatoriedad." Sexta Época instancia Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Tercera Parte, CXXIX, p. 28, Tesis Aislada, materia común.

3. La ley jamás establece un concepto único de jurisprudencia y mucho menos su naturaleza. El artículo 14 Constitucional dice que en los juicios de orden civil la sentencia definitiva estará a la letra de la ley o a la interpretación de la misma, y

a falta de ley se fundará en los principios generales del derecho; sin embargo, la jurisprudencia no sólo se ocupa de los juicios del orden civil; por otro lado, a falta de ley la Constitución prevé el uso de los principios generales del derecho, noción que es también compleja y que no resuelve nada en cuanto a la naturaleza de la jurisprudencia.

4. En cualquiera de los casos sabemos de donde proviene la jurisprudencia. El artículo 192 de la Ley de Amparo nos dice: “Las resoluciones constituirán jurisprudencia, siempre que lo resuelto en ellas se sustenten en cinco sentencias ejecutorias ininterrumpidas por otra en contrario, que hayan sido aprobadas por lo menos por ocho ministros si se tratara de jurisprudencia del pleno, o por cuatro ministros, en los casos de jurisprudencia de las salas. También constituyen jurisprudencia las resoluciones que diluciden las contradicciones de tesis de Salas y de Tribunales Colegiados.” Por tanto, la jurisprudencia proviene de las resoluciones judiciales cumpliendo ciertos requisitos (que sean cinco ininterrumpidas o resuelvan dos contradictorias, que sean votadas por los órganos idóneos).

#### **En conclusión:**

1. La jurisprudencia es un criterio rector de la decisión judicial, derivado de resoluciones anteriores que han reunido ciertos requisitos formales.
2. Es fuente del derecho en tanto que produce un orden social válido; si se considera al derecho como un conjunto de normas coercitivas, entonces la jurisprudencia no es fuente.

3. No obstante lo anterior, parece ser que la jurisprudencia es una fuente secundaria frente a la ley, pues o la interpreta o en su caso, la complementa; y de cualquier modo es sólo necesaria a falta de ley (por ejemplo en algunas constituciones de otros países se establece textualmente que a falta de ley el juzgador puede recurrir a la jurisprudencia). Eso nos lleva a la...

### *b. Segunda cuestión*

La naturaleza de la jurisprudencia no deriva de su jerarquía como fuente del derecho frente a la ley

### **Objeciones**

1. Se ha considerado que a falta de ley, el juzgador debe asumir la actitud del buen legislador y echar mano de instituciones que puedan dar solidez y justeza a su decisión. Pero esto puede acarrear inseguridad jurídica puesto que la creación del derecho se deja a la discrecionalidad del juez, con la atrocidad que significaría un juez legislador, según el principio de la división de poderes.
2. No se puede vulnerar el principio de legalidad pues supondría abatir todo el sistema jurídico, el juez tendría el dilema de juzgar más allá de la ley y correr el riesgo de su responsabilidad administrativa o bien dejar de juzgar y también correr el riesgo.
3. El juez carece de legitimidad democrática porque no ha sido elegido popularmente, por lo que su decisión carecería de potestad y tendría que esperar a que el legislador creara el derecho faltante.

### Consideraciones (Sin embargo...)

1. La costumbre que es otra fuente del derecho de gran repercusión, suele no considerarse así por el sistema positivo y no por esto podríamos decir que es menos que la ley, a la jurisprudencia podría sucederle otro tanto de acuerdo a este prejuicio legalista.
2. La jurisprudencia es un ejercicio argumentativo de igual o mayor envergadura que el de la ley, su productor es un técnico del derecho a diferencia de muchos legisladores que no lo son.
3. La jurisprudencia al igual que la ley, no debe fundamentarse y aun si se dijera que su fundamento es la Ley de Amparo, la práctica de más de cien años avala una situación jurídica notoria.
4. La jurisprudencia no busca en términos generales interpretar un precepto legal para ser utilizada sólo en caso de interpretación de ese mismo precepto, sus alcances son generales a pesar de derivar de asuntos concretos, y aplica incluso en casos diferentes, siempre y cuando haya el mismo razonamiento.
5. A partir de la reforma Constitucional de 1994, la Suprema Corte interpreta no la ley de manera aislada sino la constitucionalidad de las leyes, así, en cualquiera de los casos, la jurisprudencia estaría por encima de la ley y por debajo de la constitución.

### En conclusión:

1. Existe una contradicción en el sistema jurídico mexicano derivada de la mala conceptualización de ley, puesto que la cons-

titución es ley fundamental. Dependiendo de esta conceptualización, podemos establecer la posible jerarquía de la jurisprudencia según el sistema positivo mexicano.

2. Si consideramos que la jurisprudencia es interpretación de la constitución, entonces es más que las leyes secundarias, el problema es que una ley secundaria determina qué es la jurisprudencia, en cualquiera de los casos, la jurisprudencia derivada de las acciones de inconstitucionalidad y las controversias constitucionales es diferente a la jurisprudencia en amparo (porque se deduce de una sola sentencia, porque produce efectos *erga omnes*) lo que nos llevaría a considerar que tiene una naturaleza distinta a la que la misma ley le concede, y esto por cuenta de la Constitución.
3. Puesto que en términos de derecho positivo mexicano no es clara la naturaleza de la jurisprudencia, sería necesario plantearla en términos materiales, a partir de la observación, la investigación, la doctrina y la misma jurisprudencia.
4. De cualquier forma sería conveniente que la misma jurisprudencia y en un futuro la Constitución, determinaran la naturaleza de la jurisprudencia.

Todo esto nos lleva a pensar que es necesario recurrir a diversas fuentes hermenéuticas para poder definir de manera más certera lo que significa jurisprudencia, pues el ceñirnos al texto legal, hace demasiado pobre la reflexión.

#### 4. BREVE REFERENCIA HISTÓRICA SOBRE LA FUNDAMENTACIÓN DE SENTENCIAS EN MÉXICO

En México como en otros países de nuestra tradición continental europea, las sentencias se fundan y motivan, esto significa que se interpreta y se argumenta; ciertamente la fundamentación ha dado preferencia sólo a aquella interpretación literal, esto en vista de la búsqueda incesante por la mal denominada seguridad jurídica, que en realidad es certeza legal, es decir, ajustar el criterio judicial al texto normativo, en otras palabras, estar cierto de que se ha aplicado la ley. Lo anterior se debe a una confusión entre texto normativo y norma, entre disposición y aplicación; en cualquiera de los casos, es claro que el texto legal por si mismo no produce ningún efecto jurídico sino hasta el momento de su aplicación para lo cual se requiere la interpretación o, en otros términos, fundarse en una norma significa hacer coincidir el efecto de un hecho o acto jurídico con un criterio ordenador.

De acuerdo a lo anterior, la historia judicial ha estado siempre ligada a la historia de las fuentes del derecho. El juez intenta solucionar el conflicto que se le presenta recurriendo a normas que lo anteceden y que han sido avaladas de algún modo por la sociedad, de ahí que las partes sometan su destino jurídico a la decisión de un tercero. La discusión gira entorno a cuáles son estas normas, de dónde provienen y si existe una jerarquía entre ellas en caso de conflicto normativo; algunos ordenamientos o el poder político han buscado jerarquizar las normas, este es el argumento más poderoso para dar paso a la codificación del derecho, ya sea aquella antigua o esta moderna que originó el monismo legal y obligó al juez a circunscribirse al texto de la ley.

En México, esta idea de ajustar la conducta del juez a la ley se fue fraguando ya en el periodo novohispano, sobre todo en el siglo XVIII, favorecido por la mayor circulación de la Recopilación de 1681, y el aumento de la propaganda sobre la unificación del derecho propugnada por Ludovico Muratori (*Los defectos de la Jurisprudencia*, 1742) y Jeremy Bentham (*Introducción a los principios de la moral y la legislación*, 1780) así como la noticia de la elaboración de los primeros Códigos (entre otros: el programa codificador de Federico II de Prusia, dirigido por Samuel Cocceius exitoso en materia procesal, pero un fracaso en lo relativo al derecho sustantivo –*Project des Corporis Iuris Friedericiani*, publicado en 1749 y 1751–, este condujo al código prusiano de 1794 o *Allgemeines Landrecht*; en Austria, el *Codex Theresianus* de 1766 –que nunca entró en vigencia–, así como la codificación de José II - reglamento judicial civil de 1781, código penal de 1787, código de procedimiento penal de 1788 y la codificación civil, parcialmente publicada en 1787 y completada por el proyecto de Carl Anton Martini, promulgado con breve vigencia en 1797–; en Italia, el código penal leopoldino promulgado por Leopoldo I de Toscana en 1786).

En 1794 el Corregidor de Coyoacán solicita al Virrey que ordene que los jueces se apeguen a las Leyes de Indias; un abogado alega en el expediente testimoniado que esto no es posible puesto que las leyes son generales “y por consiguiente no pueden comprender el caso particular de algún privilegio o excepción de que gocen algún territorio o alguna persona cuando a aquella esta concedida la inhibición de la jurisdicción ordinaria”.<sup>12</sup>

<sup>12</sup> Archivo General de la Nación, Hospital de Jesús, Expediente 6, Año 1794, f. 2 reverso.



Ciertamente en el derecho indiano no existía “el sistema de precedentes (pero) sí hay una tendencia de los tribunales a reiterar su modo de fallar determinados casos”<sup>13</sup> esta tendencia que solía conocerse como “costumbre de los tribunales” tuvo fuertes pugnas durante las siguientes décadas con la idea de ajustar el criterio judicial a la ley escrita.

El 24 de marzo de 1813 se emitió un decreto de las Cortes Españolas, bajo la influencia de la Constitución liberal de 1812, en tal decreto se contenía la “Regla para que se haga la responsabilidad de los empleados públicos” en su capítulo I referente a “jueces y magistrados” el artículo 7 decía lo siguiente:

...el magistrado o juez que por falta de instrucción o por descuido falle contra ley expresa y el que por contravenir a las leyes que arreglan el proceso dé lugar al que haya formado a que se reponga por el tribunal superior competente, pagará todas las costas y prejuicios y será suspenso del empleo y sueldo por un año. Si reincidiese sufrirá igual pago y será privado de empleo o inhabilitado para volver a ejercer la judicatura.<sup>14</sup>

También en 1813 se originó un conflicto judicial que desembocó en una jurisprudencia muy peculiar: el 2 de junio fue detenido el cura de Huitlalpan, Mariano Ortega Moro, acusado de sedición; fue consignado a un juzgado militar de Puebla para que se le juzgara por su infidencia, pero una pugna en cuanto a la ley que debía seguirse para este caso originó una causa más o menos sustan-

<sup>13</sup> DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio, *Manual de historia del derecho indiano*, UNAM, México, 1994, p. 263.

<sup>14</sup> *Colección de los decretos y órdenes de las Corte de España que se reputan vigentes en la República de los Estados Unidos Mexicanos*, Imprenta de Galván, México, 1829.

ciosa; por un lado, el reglamento de enero de 1813 sobre juicios de infidencia y el Bando de 25 de junio de 1812, la cuestión era sobre ¿qué ley debía regir a los consejos de guerra permanentes? el fiscal nos dice que la disputa no se encontraba en la contradicción de leyes, y “más en la necesidad de interpretar la mente del legislador, ¿qué senda más segura puede excogitarse que ocurrir al Santuario de la misma Ley?” El obispo de Oaxaca, gobernador capitular de la diócesis de Puebla, don Ignacio Arancivia intercedió exigiendo al fiscal de la causa “se asociara con un comisionado eclesiástico, conforme a las leyes vigentes” se procedía a reponer la causa cuando falleció el reo, al parecer por heridas que recibió cuando fue capturado, en el expediente se determinó que “esta causa sirvió para fijar jurisprudencia en casos análogos”.<sup>15</sup>

Si bien es cierto que no existe, legalmente hablando, la institución de la jurisprudencia novohispana, si existe la idea de ligarse a una “práctica de los tribunales” que comienza a competir con la idea de fundar las decisiones con base en la ley

## 5. LA VERDADERA JURISPRUDENCIA HISTÓRICA EN MÉXICO

Es común pensar que no existió el concepto e incluso la institución de la jurisprudencia sino hasta el advenimiento de la ley correspondiente, y sin embargo, los tratadistas del derecho judicial mexicano en el siglo XIX, los manuales, y las mismas publicaciones oficiales y privadas, que tenían la finalidad de registrar la argumentación

<sup>15</sup> Archivo General de la Nación, Infidencia, vol. 45, expediente 7, fojas 80-127.

jurisdiccional, desmienten tal prejuicio legalista; así, nos encontramos con la verdadera jurisprudencia histórica, con la jurisprudencia “antes” de la jurisprudencia; esto se debe a que la misma ha estado íntimamente ligada a la idea de la publicación y el registro de las sentencias, al igual que lo ha estado en los países de derecho judicial:

Las resoluciones de las autoridades judiciales han sido objeto de múltiples valoraciones respecto a la importancia y trascendencia de sus efectos. Saber si estas resoluciones que emiten los jueces en las controversias entre particulares o aun entre entidades públicas, sobre un aspecto concreto del derecho, pueden ser tomadas en cuenta como criterios de interpretación válidos y vinculantes para futuros casos... Desde un principio se aprecia que la importancia de reportar los casos decididos por los tribunales fue sublimada por la presencia de impresores particulares que comenzaron a difundir las sentencias, independientemente del valor jurídico de las mismas.<sup>16</sup>

Decíamos que antes de la reglamentación de la jurisprudencia técnica, las sentencias se recogían en publicaciones no oficiales como *El Semanario Judicial* que era un periódico con formato de libro que se editó de 1850 a 1855; su contenido se dividía en cuatro partes: una que reportaba la legislación de la época, la segunda se refería a las resoluciones judiciales, la tercera reportes de la actividad jurisdiccional y una cuarta también encargada de legislación; además, *Variedades de jurisprudencia*, una publicación que iba más allá del hecho de reportar sentencias, y que se publicó de 1850 a 1855.

<sup>16</sup> GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, *La Jurisprudencia: su conocimiento y forma de reportarla*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2005, p. 16.

El 8 de diciembre de 1870 el Presidente de la República, Benito Juárez García decretó la publicación del periódico oficial llamado *Semanario Judicial de la Federación* en el cual se debían verter las sentencias definitivas pronunciadas por los Tribunales Federales desde el reestablecimiento del orden legal en 1867; los pedimentos del Procurador General de la Nación, del Ministro Fiscal de la Suprema Corte de Justicia y de los Promotores Fiscales de los Tribunales de Circuito y juzgados de Distrito; así como las actas de acuerdo del Pleno de la Suprema Corte y los informes pronunciados ante ella.

Desde entonces la jurisprudencia se precisa y se compila en el *Semanario*; esta publicación como podrá entenderse es importantísima no sólo para el juzgador, sino para el estudio del derecho judicial. Este periódico ha tenido diversos métodos para lograr el objetivo de reunir la jurisprudencia de los tribunales federales; además ha transitado por etapas en las que por diversas circunstancias ha debido ser suspendido o simplemente ha cambiado junto con alguna reforma constitucional; a estas etapas, la doctrina y ahora el Poder Judicial que ha recogido la doctrina, les ha llamado épocas, las cuales en sus diferentes contextos, manejan criterios diversos para la reunión del material jurisprudencial.

Podemos decir que la jurisprudencia moderna es una especie del género codificación. La idea de unificar el derecho y de crear un sistema completo, originó no sólo la unidad legislativa sino también la unidad de criterios jurisdiccionales. Cómo ya lo han estudiado algunos autores, la casación de origen francés, suponía casar las sentencias, que no es otra cosa más que unirlas, empatarlas; el problema que surgió en México es que el federalismo importado

de Estados Unidos, implicaba la autonomía judicial de las entidades federativas, al no existir una institución jurisprudencial federal, esta autonomía era posible, aunque más de alguno opinó, que esto suscitaba el caos.

En el primer número de *El Foro* se recogió, en la “Introducción” de José Linares, el siguiente concepto de jurisprudencia y por tanto el objetivo de la publicación que llevaba el subtítulo de *Periódico de jurisprudencia y legislación*:

Concretándonos a la ciencia del foro, en la que son tan diversos los principios de teoría especulativa de aquellos que sirven para la aplicación, es evidente que la práctica no llegaría a *uniformarse*, ni los resultados de la ciencia serían idénticos, aun cuando una sola fuese la legislación, si no se dan a conocer las variadas maneras con que una misma disposición ha sido comprendida por los numerosos tribunales encargados de aplicarla. El estudio que se hace de estos medios de aplicación es lo que se llama jurisprudencia.<sup>17</sup>

De este modo, podemos señalar que en un corto periodo, surgieron varias instituciones muy ligadas entre sí: una nueva regulación de amparo en 1869 por la cual “los jueces, según las circunstancias del caso usando de su prudente arbitrio y atendiendo a las ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia, admiten o desechan el recurso”,<sup>18</sup> el *Semanario Judicial de la Federación* en 1870, en este año también, el Código Civil; y detrás de todo ello, la figura del juez y sus sentencias.

<sup>17</sup> *El Foro. Periódico de jurisprudencia y legislación*, tomo I, número 1, p. 1.

<sup>18</sup> *Ibid.*, tomo I, número 13, p. 43.

## 6. EL NACIMIENTO DE LA JURISPRUDENCIA FORMAL EN MÉXICO

Ignacio Mariscal continuaba luchando por crear conciencia en lo que él consideraba impostergable, la inclusión de la figuras procesales del *common law*, es así, que el oaxaqueño presentó una iniciativa de Ley de Amparo el 30 de octubre de 1868, en cuya exposición de motivos argumentaba que los jueces al aplicar la ley de 30 de noviembre de 1861 habían emitido “interpretaciones contradictorias... han hecho multitud de consultas y hay aún algunos conflictos sin salida”. Después agregó que la idea central de los juicios de amparo “fue tomada de los Estados Unidos... pero la hemos puesto en práctica con muy notables diferencias...” Hizo alusión expresa al sistema norteamericano y después añadió

...aún cuando las sentencias de amparo no deban tener para otros juicios toda la fuerza de ejecutorias, no hay duda que servirán para ir fijando la inteligencia de la constitución... toda vez que el objeto principal, aunque indirecto de esos recursos, es comprometer al legislador a reformar su ley, o a las autoridades a abstenerse de ciertas providencias, por la repetición de las sentencias que las nulifiquen en determinados casos. Pero esa repetición no podrá darse, ni uniformarse la inteligencia de las disposiciones constitucionales si su interpretación corresponde a tribunales aislados, como lo son los de distrito y los de circuito. Natural es que éstos discrepen en muchos puntos por diferencia de opiniones... Mas una carta política, cuya interpretación es varia, insegura y mudable, según los lugares y los tiempos, apenas merece el nombre de constitución...<sup>19</sup>

<sup>19</sup> BUENROSTRO, Felipe, *Historia del primero y segundo congresos constitucionales de la República Mexicana*, México, Tipografía de F. Mata, 1874, t. III, pp. 282-287.

Hay dos aspectos que se han dejado un poco de lado en el análisis del origen de la jurisprudencia como institución oficial, el primero de ellos es su relación fundamental con la codificación; el segundo y no menos importante, es la reiterada práctica judicial, de la que hablábamos más arriba y que continuó en el siglo XIX, acerca de la fundamentación.

Respecto de la codificación podemos decir que existió un claro debate en torno a si el juzgador debía o no someter su criterio a la letra de la ley, como se manifiesta en el Proyecto elaborado por Justo Sierra a petición de Benito Juárez en 1860; éste último inmiscuido en los Códigos de su estado natal, Oaxaca<sup>20</sup> y como hemos dicho, en la idea de codificar la decisión judicial, creando el Seminario. El Proyecto Sierra no pudo ser aprobado para el Distrito Federal pero si para el estado de Veracruz en 1861. El Proyecto Sierra tiene como fuentes: El *Code*, el Proyecto español de García Goyena, los Códigos de: Luisiana, Holanda, Cantón de Vaud (Suiza), Piemonte/Cerdeña (Italia), Nápoles (conocido como de las dos Sicilias), Austria (AGB) Bavaria, Prusia (ALR), Suecia, Renania (Berna, Baden, Friburgo y Argovia) y Haití. Y las leyes hipotecarias de: Suecia, Wurttemberg, Ginebra (escrito como Génova) Friburgo, Saint Gall y Grecia.<sup>21</sup>

<sup>20</sup> Sería interesante un estudio que buscara el nexo entre los grandes líderes políticos y el Código Civil, Juárez, al igual que Bolívar y otros estadistas con claras vistas "políticas" siempre tuvieron claro que lo mismo que Napoleón, debían tener su Código. Para Juárez fue una de las cosas primordiales en su agenda: vid. MÉNDEZ, Luis, *Revisión del proyecto de Código Civil mexicano del Dr. Justo Sierra*, La Ciencia Jurídica, talleres de la Librería Religiosa, México, 1897.

<sup>21</sup> En realidad no es que Justo Sierra haya leído todos estos códigos sino que entonces circulaba un libro que hacía una comparación de todos ellos, se trata de las Concordancias de Saint Joseph.

En 1870 Juárez promulga el Proyecto Sierra con algunas modificaciones hechas por una Comisión integrada por Mariano Yañez, José María Lafragua, Isidro A. Montiel, Rafael Dondé y Joaquín Eguía. Sus fuentes: el *Code*, el Código de Piemonte/Cerdeña, el austriaco, holandés, portugués y la ley hipotecaria española de 1869. El nuevo Código contiene un artículo que es común a todos los códigos de su época, se trata de la interpretación literal a la que está obligado el juez (artículo 20) “Cuando no se pueda decidir una controversia judicial ni por el texto, ni por el sentido natural o espíritu de la ley, deberá decidirse según los principios generales de derecho, tomando en consideración todas las circunstancias del caso”, este precepto unido a aquellos otros como el octavo “La ley no queda abrogada ni derogada sino por otra posterior” y el noveno “Contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario”, conformaron el denominado legalismo heredado de la tradición francesa, donde el intérprete tenía una tarea solamente de reconocimiento de la norma codificada.

Por cierto, la inclusión de los principios generales como norma supletoria a falta de ley, había sido una moda impuesta al parecer por el código carloalbertino de Cerdeña de 1837<sup>22</sup> aunque el ABGB en 1811 había dispuesto la analogía y a falta de ésta los principios del derecho natural como supletorios a la ley (parágrafo 7), Seabra, el codificador portugués, habría propuesto en 1850

---

<sup>22</sup> Sin embargo Portalis había propuesto en su *Livre préliminaire* del proyecto un título quinto *De la application et de l'interprétation des lois*, el artículo 11 decía: “Dans les matières civiles, le juge, à défaut de loi précise, est un ministre d'équité. L'équité est le retour à la loi naturelle, ou aux usages reçus dans le silence de la loi positive.” Este libro no fue publicado junto con el código por considerarse demasiado teórico *Cfr.* FERRANTE, Ricardo, “Un ruolo per l'interprete: la scienza giuridica italiana tra Code Napoleón e ABGB” en *Forum Historiae iuris*, Artikel vom 30, januar, 2006.



que se incluyera a la equidad; finalmente el proyecto portugués con reformas, fue aprobado en 1867 con la expresión “los principios del derecho natural”.

En este contexto, la jurisprudencia tiene un papel muy específico. Se discutía en el siglo XIX si podía ser supletoria de la ley en el proceso interpretativo. Franz von Zeiller comentador del código austríaco opinaba en 1815 que “La jurisprudencia no debe ni puede, extraer inmediatamente sus principios de la filosofía. Ésta no debe olvidar la ley positiva. Ésta debe animar a la ley, pero no arrogarse una autoridad mayor que la suya”.<sup>23</sup> El debate acerca de la función del juez frente a la ley, entre quienes sugerían la inclusión de los principios ya sean generales o del derecho natural o en su caso la jurisprudencia, y aquellos otros que opinaban que la interpretación era facultad exclusiva del legislador; estos últimos por cierto, de formación iuspublicista.<sup>24</sup>

En cualquiera de los casos antes citados, tanto los códigos civiles como las Constituciones, para finales del siglo XIX, sometían a la jurisprudencia y a los principios a la ley, tal es el caso en México del artículo 20 del Código Civil de 1884, y el de Comercio de 1889 en el artículo 1324; finalmente, la Constitución de 1917 reconoce que a falta de ley, tratándose de sentencia definitivas en materia civil, se puede fundar la misma alternativamente, en la interpretación

<sup>23</sup> ZEILLER, Franz V., *Commentario sul Codice civile universale per tutti gli stat ereditari tedeschi della monarchia austriaca*, A.F. Stella- F. Baret, Milano, 1815, pp. 62-63.

<sup>24</sup> Recordemos que desde Cádiz (art. 131) la interpretación es facultad del parlamento, en 1824 el art. 64 de la Constitución Federal, disponía además los mismos requisitos de creación para la interpretación de una ley.

jurídica de la ley (que sería la jurisprudencia) y, a falta de estas dos fuentes, en los principios generales del derecho.<sup>25</sup>

La legislación local, incluida la del Distrito Federal autoriza en algunos casos a que los principios sean supletorios a la ley en caso de lagunas, cosa que no sucede con la jurisprudencia, que siempre tiene que derivar de la interpretación de algún precepto legal.<sup>26</sup> Esto tiene que ver con el propio inicio de la jurisprudencia, a raíz de la entrada en vigor del Código Civil de 1870, la Suprema Corte tuvo que resolver algunos asuntos referentes a la retroactividad del propio código y a la no literalidad en derecho civil, por lo que algunos juristas proponían mayor flexibilidad en esta materia y otros se ampararon ante la falta de legalidad de algunos jueces civiles, la Corte estableció diversos criterios en los que aclaró esta tendencia, al mismo tiempo Ignacio L. Vallarta escribió para detallar las diferencias entre las sentencias penales y civiles. Tanto la jurisprudencia del Alto Tribunal, como los escritos de Vallarta,<sup>27</sup> dieron paso a la futura inclusión de estos criterios en el texto constitucional.

La jurisprudencia obtiene su reconocimiento legal el 14 de diciembre de 1882 con la publicación de la *Ley Orgánica de los*

<sup>25</sup> Por lo que se podría prescindir de la ley al fundamentar, y usar sólo la jurisprudencia, como explica la tesis aislada de la Quinta Época con registro IUS: 341723 "Aun cuando la autoridad responsable no cita norma legal alguna para fundar su fallo, no incurre en violación del principio de legalidad, consagrado por los preceptos 14 constitucional y 19 del Código Civil, toda vez que lo ha satisfecho plenamente al fundar su fallo en derecho, expresando con claridad y precisión las razones jurídicas en que se sustenta, invocando los precedentes establecidos al respecto, por la Suprema Corte y la doctrina jurídica de tratadista autorizado".

<sup>26</sup> Ver por ejemplo la tesis aislada de la Quinta Época, con número de registro en IUS: 357113.

<sup>27</sup> Ver CABRERA, Lucio, *La Suprema Corte de Justicia a principios del porfiriismo (1877-1882)*, México, SCJN, 1990. p. 172.

*artículos 101 y 102 de la Constitución Federal de 1857*, que contenía a dicha institución en el artículo 47.

## 7. CRITERIOS PARA ESTABLECER LA JURISPRUDENCIA EN MÉXICO

La jurisprudencia es, por decirlo en algún modo, la interpretación legítima de nuestro sistema jurídico, por lo que los criterios para establecerla son de vital importancia.

Los conceptos inspiradores de la jurisprudencia mexicana parten de la gran necesidad que el estado moderno tiene de estabilizar un orden jurídico mediante normas de derecho objetivo claramente interpretadas, obligatorias para los órganos judiciales.<sup>28</sup>

Esta “seguridad jurídica impone que las decisiones sobre casos iguales sean también iguales y que los ciudadanos puedan en una cierta medida saber de antemano cuáles van a ser los criterios de decisión que han de regir sus asuntos”.<sup>29</sup>

Esta certeza que constituye lo ya decidido (cosa juzgada, el *stare decisis*), en México adquiere una forma bastante particular en el producto jurisdiccional denominado tesis, que es una formulación abstracta del principio jurisprudencial contenido en la ejecutoria. Esta enunciación normativa tiene efectos jurídicos inmediatos en los juzgadores y en algunas autoridades administrativas,<sup>30</sup>

<sup>28</sup> CASTRO, Juventino V., *Lecciones de garantías y amparo*, 7a. ed., México, 1991, p. 563.

<sup>29</sup> DÍEZ-PICASSO, Luis, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, 2a. ed., Ariel, Barcelona, 1987, pp. 242-243.

<sup>30</sup> Esto, me parece, no es sólo una tesis es una realidad al menos legislativa; muchas leyes secundarias prevén en la creación de distintas instituciones la obligación de dar un seguimiento a la jurisprudencia en los temas específicos de la institución, por lo que ya

e indirectos en los particulares. En este punto suele citarse el artículo 14 constitucional que menciona que es fuente del derecho la ley y su interpretación, pero más allá de esta referencia textual, está la práctica del derecho, que en nuestro país convive con las tesis o enunciaciones normativas jurisprudenciales, curiosamente no como: la ley y su interpretación sino como la ley o su interpretación; que podría también enunciarse como: si no está en la ley, puede estar en la jurisprudencia. La razón de lo anterior es porque en el paso de la ley a su aplicación la interpretación es una, luego del paso de la interpretación ejecutoriada a la tesis hay una nueva interpretación; y aquí está la pobreza/riqueza de nuestro sistema, pues teniendo la jurisprudencia en México la posibilidad inconmensurable de ser una fuente distinguida del derecho, es menospreciada; y no quiere decir que reduzcamos la crítica a la forma normativa que acoge deficiente o no, sino que también es menospreciado el proceso previo, en México no se leen (a diferencia de la mayoría de países en el mundo) las sentencias; y alguien aquí podría alegar la riqueza de nuestro sistema jurisprudencial diciendo que se nos ahorra trabajo porque en la tesis tenemos ya la fórmula a aplicar; fórmula que por cierto se reformula continuamente.

Como sabemos, en México existen dos modos en los que puede una tesis convertirse en un criterio obligatorio, el primero es por reiteración de criterios que para el caso de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los Tribunales Colegiados de Circuito debe alcanzar cinco enunciados normativos análogos, mientras que en el caso de otros tribunales como el Electoral del Poder

---

se genera una obligación en este tema, que es la recopilación de la jurisprudencia y en algunos casos se habla de su acatamiento.

Judicial de la Federación<sup>31</sup> o el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa con tres criterios basta,<sup>32</sup> el Tribunal Superior Agrario, también requiere de cinco criterios.<sup>33</sup> Todos ellos tienen reglas de votación, suspensión y modificación de la jurisprudencia y, finalmente todos persiguen una cierta certeza que da la continuidad.<sup>34</sup>

Además la Suprema Corte ha sustentado en su propia jurisprudencia, que no es necesario que se trate de la misma norma en la misma ley, sino que puede ser una norma materialmente igual en distintas leyes, a esta particular reiteración se le denomina por la doctrina jurisprudencia temática.<sup>35</sup>

El segundo modo en que se produce jurisprudencia es resolviendo una contradicción de tesis, también los otros tribunales

<sup>31</sup> *Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación*, artículo 232 fracc. I; en el caso de las Salas regionales es el art. 232 fracc. II, deben ser cinco criterios pero además es necesario que sea ratificada por la Sala Superior.

<sup>32</sup> *Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo*, artículo 76, esto se refiere al Pleno de la Sala Superior, en caso de las Secciones deben ser cinco criterios.

<sup>33</sup> *Ley Orgánica de los Tribunales Agrarios*, art. 9.

<sup>34</sup> Hay casos también de tribunales locales como el Tribunal Superior de Tlaxcala en cuya ley orgánica (art. 108) prevén también jurisprudencia (precedente le llama) a partir de cinco criterios; por lo que respecta a los tribunales locales está todo por hacerse.

<sup>35</sup> Algunos asuntos que han llegado a constituir jurisprudencia por esta vía son: el arresto mayor a 36 horas, los arraigos de 90 días, la invasión de comunicación privada, las multas fijas o el cobro de alumbrado público, por ejemplo: **ALUMBRADO PÚBLICO, DERECHOS POR SERVICIO DE. LAS LEYES O CÓDIGOS LOCALES QUE ESTABLECEN COMO REFERENCIA PARA SU COBRO LA CANTIDAD QUE SE PAGA POR EL CONSUMO DE ENERGÍA ELÉCTRICA SON INCONSTITUCIONALES PORQUE INVADEN LA ESFERA DE ATRIBUCIONES DE LA FEDERACIÓN.** (Texto de la tesis aprobado por el Tribunal en Pleno el jueves veintitrés de junio de mil novecientos ochenta y ocho. Unanimidad de veintiún votos de los señores Ministros: Presidente Carlos del Río Rodríguez, Carlos de Silva Nava, Felipe López Contreras, Raúl Cuevas Mantecón, Samuel Alba Leyva, Mariano Azuela Gutiérrez, Noé Castañón León, Ernesto Díaz Infante, Luis Fernández Doblado, Francisco H. Pavón Vasconcelos, Victoria Adato Green, Santiago Rodríguez Roldán, José Martínez Delgado, Manuel Gutiérrez de Velasco, Atanasio González Martínez, José Manuel Villagordo Lozano, Fausta Moreno Flores, Angel Suárez Torres, Sergio Hugo Chapital Gutiérrez, Juan Díaz Romero y Ulises Schmill Ordóñez. México, D. F., a 27 de junio de 1988. Octava Época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación*, I, Primera Parte-1, Enero a Junio de 1988, Tesis: P/J. 6/88, Página: 134.).

mencionados lo hacen; algunos juristas han criticado este sistema puesto que dicen, falta mayor certeza pues es un solo criterio el que determina jurisprudencia; sin embargo, es claro que aquí también se persigue una certeza que no cambia por el número de razonamientos que la sustentan sino por la *ratio decidendi* que se consigue con la argumentación y la convicción de quien enuncia el criterio.

En algunos casos existen instituciones mexicanas judiciales o jurisdiccionales y no jurisdiccionales, que comienzan a guiarse por sus propios precedentes de manera material sin tenerlo reglamentado; esta práctica obedece a una verificación de la razón práctica que busca prudencialmente, un reforzamiento en la toma de decisiones. Las reglas pueden variar, lo importante es que esta práctica no sólo puede ser medible sino también enriquecida y mejorada.

A manera de conclusión provisional quiero terminar con una provocación; es verdad que la tradición jurisprudencial en México es ya bastante, claro que no se compara con una tradición como la del *common law*, o la propia del sistema continental europeo, a la cual pertenece por cierto nuestro sistema, pero ¿no sería preciso reconsiderar la jurisprudencia?, y no me refiero sólo a realizar los cambios legislativos necesarios para aprovechar mayormente una fuente casi olvidada, sino en general a estudiarla, a proponer su mejora en foros judiciales y académicos; y no es una moda, me parece que toda una historia demuestra que es una necesidad.

## 8. APÉNDICE: JURISPRUDENCIA SOBRE JURISPRUDENCIA

**Jurisprudencia, Concepto de.** La jurisprudencia tiene facultades integradoras y va más allá de la norma, es decir, la verdadera jurisprudencia

dencia es aquella complementaria o integradora de las situaciones que no previó el legislador, adecuando la norma al caso concreto, toda vez que en muchas ocasiones las circunstancias de hecho están dando opciones distintas a lo establecido en un precepto legal. La Suprema Corte y los Tribunales, al fijar un criterio en una tesis jurisprudencial, estudia aquellos aspectos que el legislador no precisó, e integra a la norma los alcances que, no contemplados en ésta, se producen en una determinada situación. *Semanario Judicial de la Federación*, 8a. época, t. VII, Pleno, Salas y Tribunales Colegiados de Circuito, enero de 1991, p. 296.

**Jurisprudencia de la Suprema Corte. Subsana lagunas en materia de arrendamiento.** La jurisprudencia es fuente del derecho, por tanto no hay razón para pensar que la Suprema Corte no pudiera ejercer la función de suplir las lagunas y deficiencias del orden jurídico positivo [...]. *Semanario Judicial de la Federación*, 8a. época, Tribunales Colegiados de Circuito, enero-junio de 1990, 2a. parte, t. V, p. 593.

**Jurisprudencia. Concepto, clases y fines.** La jurisprudencia es la interpretación de la ley, de observancia obligatoria, que emana de las ejecutorias que pronuncia la Suprema Corte de Justicia de la Nación funcionando en Pleno o en Salas, y por los Tribunales Colegiados de Circuito. Doctrinariamente la jurisprudencia puede ser confirmatoria de la ley, supletoria e interpretativa. Mediante la primera, las sentencias ratifican lo preceptuado por la ley; la supletoria colma los vacíos de la ley, creando una norma que la complementa; mientras que la interpretativa explica el sentido del precepto legal y pone de manifiesto el pensamiento del legislador. La jurisprudencia interpretativa está contemplada en el artículo 14 de la

Constitución Federal, en tanto previene 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 la jurisprudencia tiene una función reguladora consistente en mantener la exacta observancia de la ley y unificar su interpretación, y como tal, es decir, en tanto constituye la interpretación de la ley, la jurisprudencia será válida mientras esté vigente la norma que interpreta. Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XVIII, Octubre de 2003, p. 1039, IX.1o.71 K. Tesis Aislada, materia común. PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL NOVENO CIRCUITO. **Precedentes:** Amparo en revisión 299/2003. Funerales la Ascención, S.A. de C.V., 3 de julio de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: F. Guillermo Baltazar Alvear. Secretario: Esteban Oviedo Rangel.

**Jurisprudencia, concepto de la. Su aplicación no es retroactiva.** Es inexacto que al aplicarse jurisprudencia surgida con posterioridad a la comisión del delito a la ley entonces vigente, se viole en perjuicio del acusado el principio jurídico legal de irretroactividad, pues la jurisprudencia no constituye legislación nueva ni diferente sino sólo es la interpretación correcta de la ley que la Suprema Corte de Justicia efectúa en determinado sentido y que se hace obligatoria por ordenarlo así disposiciones legales expresas, de suerte que su aplicación no es sino la misma de la ley vigente en la época de realización de los hechos que motivaron el proceso penal. Octava Época, instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación* XIV, Julio de 1994, p. 644, Tesis Aislada, materia común. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO. **Precedentes:** Revisión fiscal 36/91. Productos de Concreto de Poza Rica, S. de R.L. 16 de enero de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo



Calvillo Rangel. Secretario: Jorge Alberto González Álvarez. Véase: Apéndice de Jurisprudencia 1917-1988, Jurisprudencia 1062 de la Segunda Parte, pág. 1695.

**Jurisprudencia, concepto y obligatoriedad de la.** No se puede equiparar la jurisprudencia con el “uso”, “costumbre” o “práctica en contrario” de que habla el artículo 10 del Código Civil del Distrito y Territorios Federales, en virtud de que la jurisprudencia de la Suprema Corte no se origina ni se funda en ellos, sino que emerge de la fuente viva que implica el análisis reiterado de las disposiciones legales vigentes; en función de su aplicación a los casos concretos sometidos a la consideración de este Alto Tribunal, conforme a su competencia; y precisamente porque la jurisprudencia es fuente de derecho, de ahí dimana su obligatoriedad en los términos del artículo 193 bis de la Ley de Amparo. Sexta Época instancia Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Tercera Parte, CXXIX, p. 28, Tesis Aislada, materia común. **Precedentes:** Amparo en revisión 4086/61. Compañía de Fianzas México, S. A., 15 de marzo de 1968. Cinco votos. Ponente: Jorge Iñárritu.

## 9. BIBLIOGRAFÍA

*Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1988*, 2a. parte, salas y tesis comunes.

BLACKSTONE, Williams, *Commentaries on the Laws of England*, 15a. ed., London, Strahan for T. Cadell and W. Davies, 1809.

CICERON, *De officiis*, 1, 43, 153.

*Digesto* 1, 1, 10, 2.

IGLESIAS, Juan, *Derecho romano*, 15a. ed., Ariel, Barcelona, 2004.

*Institutas*, 1, 1, 4.

MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, *La senda de la jurisprudencia romana*, México, UNAM, 2000.

MURPHY, Jeffrie G. y COLEMAN, Jules L., *The Philosophy of Law: An Introduction to Jurisprudence*, Boulder, CO. Westview Press, 1989.

RUIZ TORRES, Humberto Enrique, Voz: "Jurisprudencia" en *Juicio de amparo, Diccionarios jurídicos temáticos*, vol. 7, México, Oxford University Press, 2005.

# Argumentación jurisdiccional y jurisprudencia \*

María del Carmen Platas Pacheco \*\*

Agradezco al señor Ministro don Juan Díaz Romero, Director del Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y de Promoción y Difusión de la Ética Judicial, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y al Rector de la Universidad Cristóbal Colón, Francesc Fuster Ángel, por su invitación a participar en este Primer Simposium Internacional sobre Jurisprudencia, agradezco también a los colegas académicos, a los estudiantes y al foro de juristas por su presencia y la atención que dispensen a mis palabras. Me siento muy honrada de compartir con ustedes algunas reflexiones acerca de la Prudencia en la Argumentación Jurisdiccional.

Saludo y agradezco la presencia de los doctores Javier Esquiaga Ganuzas y Santiago Nieto, es un honor compartir esta sexta mesa con ustedes.

---

\* Versión escrita de la ponencia leída el día 20 de octubre de 2007.

\*\* Doctora en Derecho por la Universidad Panamericana.

Señoras y señores abogados:

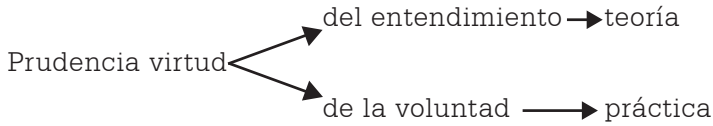
Al tener el honor de dirigirme a ustedes en este selecto foro de colegas, en la generosa hospitalidad de este hermoso y cálido Estado de Veracruz, me siento especialmente agradecida por la oportunidad que advierto también como un reto.

Esta es una ocasión especial, y lo es porque acuden a este Primer Simposium, abogados del foro, servidores judiciales del Poder Judicial, docentes y alumnos de esta hermosa universidad unidos por el afán y la ilusión de generar los espacios propios de reflexión que permitan mejorar la calidad de la impartición de justicia en nuestro país.

Las reflexiones que deseo compartir con ustedes han sido escritas con la intención de esclarecer los límites y alcances de la prudencia en la argumentación jurisdiccional, que sirvan a las mujeres y a los hombres que se desempeñan en la función judicial para resolver en justicia las demandas del justiciable.

## 1. PONENCIA

1. La prudencia es en primer lugar una virtud del entendimiento y, en segundo, de la voluntad. Con esta afirmación me propongo, desde el inicio de estas reflexiones, evitar entender a la prudencia como exclusivamente teórica y, en consecuencia, como objeto de estudio de profunda reflexión filosófica que poco o nada tiene que ver con la práctica de la argumentación jurisdiccional, con frecuencia apremiante, precisamente porque está sujeta a las exigencias procesales.

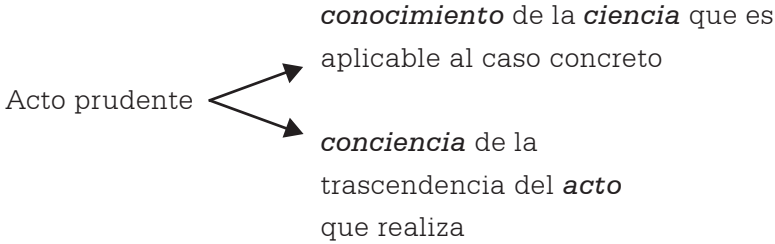


2. La prudencia es virtud del entendimiento porque los actos del ser humano, en tanto que racional, están precedidos del conocimiento, es decir, el hombre no es un ser sometido al instinto sin más, como es el caso de los animales; el hombre, cuando actúa, lo hace desde cierto conocimiento, a veces deficiente, pero en cualquier caso sus acciones, lo mismo que sus omisiones, le son imputables. Con este primer supuesto ya podemos afirmar que la distancia que separa al acto prudente del imprudente es el conocimiento suficiente.

Acto prudente —————> conocimiento  
suficiente

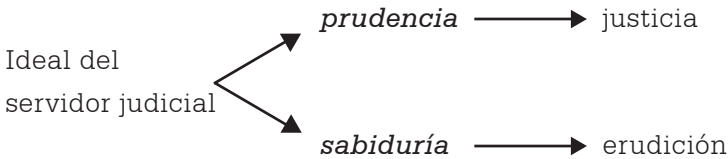
Acto imprudente —————> conocimiento  
deficiente

3. En un segundo momento, la prudencia es virtud de la voluntad, esto supone que para actuar profesionalmente bien, no basta con poseer el conocimiento suficiente en relación con la naturaleza del acto que se va a realizar, es necesario, además, que el acto se oriente a la construcción del bien social, de manera que el juez prudente cada vez que actúa lo hace conociendo no sólo la ciencia que es aplicable al caso concreto, sino también la trascendencia de la acción que realiza, y como ésta se inscribe o no en la construcción del bien personal y social.



4. La delicada labor que realizan los abogados del foro y los servidores judiciales, y de manera particular los jueces, conociendo de los casos concretos controvertidos, exige conocimiento de la ciencia del Derecho para restablecer el orden y actuar en justicia, dando a cada quien lo suyo según su mérito o su demérito; esta función hace necesario cultivar la virtud de la prudencia como condición de la justicia, no basta con capacitarse y estar actualizados en los repertorios legislativos que nos rigen. Más importante que ese conocimiento técnico, lo es la formación en la virtud de la prudencia para argumentar de manera justa; de poco o nada aprovecha al ciudadano que acude a los tribunales cuando el juez conoce las normas, pero decide de manera imprudente.

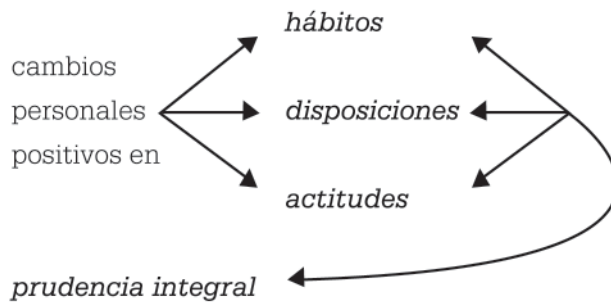
La máxima aspiración del buen juez es la de ser prudente en sus argumentaciones y no la de ser sabio o experto en el manejo de los códigos y los procedimientos.



5. La prudencia es virtud de totalidad, precisamente porque compromete a la persona en la integridad de sus actos tanto los que

realiza en el ejercicio de su profesión, como aquellos propios de su vida privada, de manera que se va avanzando o retrocediendo en ella a fuerza de vivir y de adquirir, para bien o para mal, la experiencia de las consecuencias y la trascendencia de las acciones, nadie nace prudente, es necesario dedicar tiempo para conocerse y profundizar en las motivaciones y afectos para lograr por la vía del estudio y la reflexión serena los cambios personales en los hábitos, en las disposiciones y en las actitudes; para hacer de los abogados del foro y de los servidores judiciales, profesionales competentes en la ciencia del Derecho y prudentes a la hora de argumentar, ya que por la naturaleza de sus decisiones, impactan significativamente al justiciable y a la sociedad.

Estudio y reflexión serena



6. La importancia de entender con profundidad estas distinciones es determinante en la vida del juzgador; la prudencia como virtud integral, como expresión de la ética en plenitud, permite comprender la ineludible responsabilidad que cada persona tiene en relación con sus actos.

La prudencia judicial no se reduce simplistamente, como pretenden algunos, a ofrecer e imponer a los servidores judiciales

un formulario o catálogo de restricciones y prohibiciones que garanticen la argumentación y el comportamiento “ético” de los integrantes del Poder Judicial.

La prudencia jurídica a la que aquí nos estamos refiriendo, se opone a ese sucedáneo diluido, que bien podríamos llamar prudencia *lighth*, cuidadosa de las apariencias y las formas, una especie de prudencia de ficción, ajena al compromiso del ejercicio profesional en plenitud, propio de quien se desempeña como servidor público.

Prudencia integral —→ compromete la **totalidad**  
de la persona

Prudencia legal —→ actitud externa, **ficción**  
de cumplimiento

7. La prudencia jurídica como virtud integral del servidor judicial supone dos aspectos, a saber;

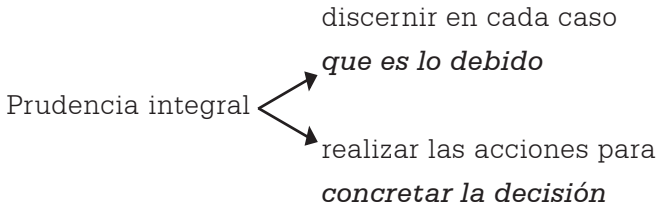
- a) el conocimiento de la ciencia aplicable al caso concreto, porque sin ciencia no hay conciencia, dirían los clásicos, y
- b) el orden en los actos de la voluntad para concretar en el caso concreto lo que es debido.

El juez podrá alcanzar la justicia en las argumentaciones que plasma en sus sentencias en la medida en que previamente sea prudente, toda injusticia es en sí misma una imprudencia, un desorden que supone violencia.

Entre los estudiosos clásicos de esta virtud existe unanimidad en considerar que lo propio de la persona prudente es juzgar y

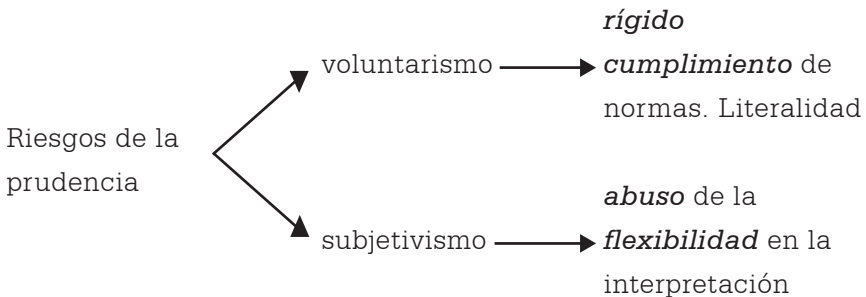


decidir rectamente, para conseguirlo es necesaria una actitud personal de sinceridad para conocer la verdad y adecuar la conducta a ella.



8. Con frecuencia, dos riesgos o extremos impiden entender en plenitud la virtud de la prudencia al argumentar, éstos son

- a) el dogmatismo, que consiste en pretender identificar la decisión judicial con unos preceptos rígidos e inflexibles; se trata de un riguroso cumplimiento de normas que vuelve intransigente y rigorista el servicio de impartición de justicia, y
- b) el oportunismo, éste consiste en pretender que la buena intención y la flexibilidad excesiva supla las carencias o deficiencias en la prestación del servicio de impartición de justicia, de todos es sabido que no basta con buenas intenciones para responder con excelencia al derecho del justiciable.



9. La virtud de la prudencia en el entendimiento de la argumentación jurisdiccional requiere de cinco elementos que el servidor judicial, si se propone ser prudente, debe esforzarse por cultivar, a saber;

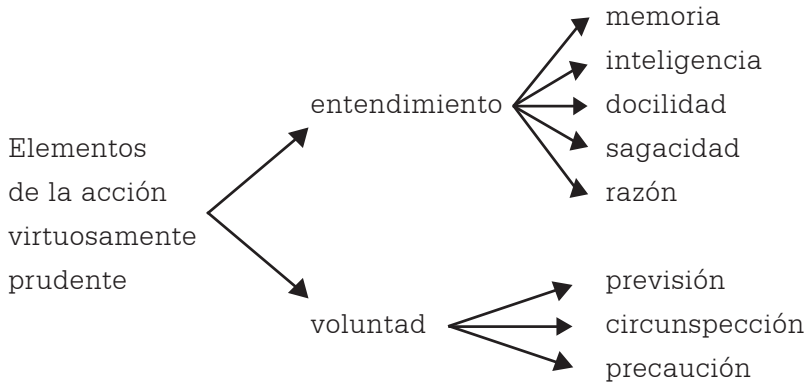
- **memoria**, para conservar la experiencia de lo estudiado y aplicado
- **inteligencia**, para aplicar el Derecho pertinente al caso concreto
- **docilidad**, para saber escuchar a quien tiene mayor experiencia
- **sagacidad**, para resolver con oportunidad, en tiempo
- **razón**, para argumentar de manera correcta

En la voluntad, la virtud de la prudencia requiere de tres hábitos que es necesario cultivar, a saber;

- **previsión**, para actuar valorando los diferentes escenarios
- **circunspección**, para considerar adecuadamente las circunstancias que inciden en los actos, y
- **precaución**, para actuar con la consideración y el cuidado que cada caso exige.

La armoniosa conjunción de estos ocho elementos de la prudencia argumentativa, da como resultado que para el juez sea posible

encontrar, conocer y elegir la acción que aquí y ahora, en estas circunstancias concretas, constituye el medio adecuado para decidir en justicia.

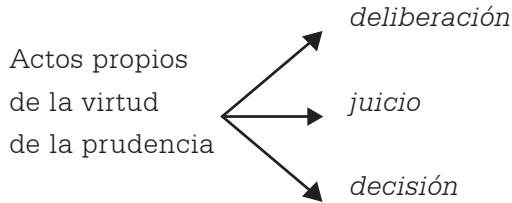


10. Formalmente tres actos pertenecen a la virtud de la prudencia, a saber,

- **deliberación;** el juzgador indaga los medios conducentes al bien que es la justicia del caso concreto
- **juicio,** el juez valora y determina cuáles son los medios idóneos para concretar la justicia, y
- **decisión o sentencia,** el juez da cumplimiento de las acciones ya deliberadas y juzgadas, de manera que pronuncia con prudencia su sentencia.

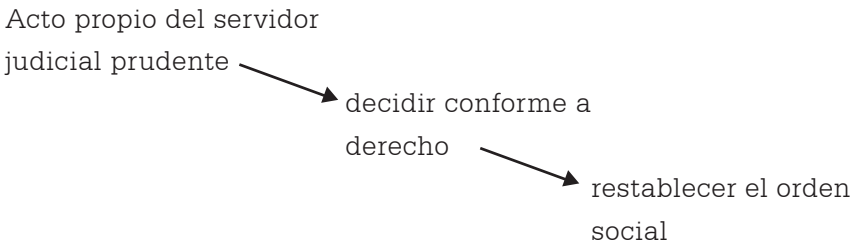
Es de la experiencia de todo juez que los obstáculos que se presentan en la actividad jurisdiccional sólo pueden superarse con decisión, porque no se juzga a distancia de una acción pretérita o

futura, sino presente, el juez decide lo que debe hacerse aquí y ahora y lo expresa imperativamente, como es propio de la sentencia. De manera que articular prudencia y justicia en el ejercicio de la función jurisdiccional, es el reto de toda decisión justa.



11. La acción de decidir el Derecho que el juez concreta en cada sentencia, consiste esencialmente en establecer un orden en los actos que deben realizarse, mandando lo que corresponde hacer u omitir, ésta es la característica más significativa en la argumentación jurisdiccional.

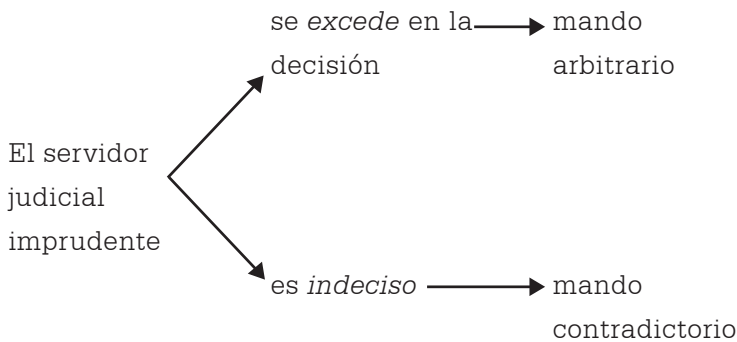
Conviene recordar, como enseña Justiniano<sup>1</sup> que la palabra ley procede de elección, y que la sentencia que dicta el juez debe ordenarse al cumplimiento prudente de los preceptos legales aplicables.



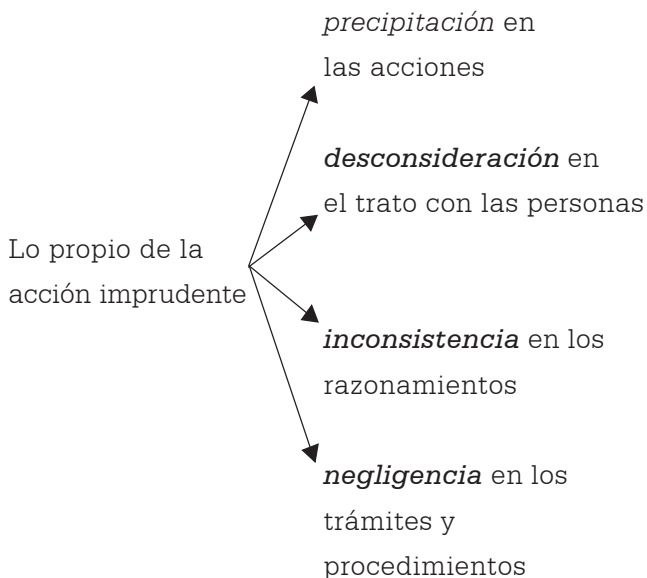
<sup>1</sup> *De Legibus*, I, 6.

12. Donde la argumentación jurisdiccional alcanza su plenitud es en el juez prudente, que ni se excede en la decisión, ni se queda corto en ella. En cambio, el juez imprudente cae siempre o en un excedente de legalidad o en un déficit de autoridad. Y con exceso o con defecto la existencia humana será siempre irregular y deforme, precisamente porque la frivolidad es carencia de decisión o decisión precipitada, dejándose llevar por preocupaciones diversas que le impiden descubrir soluciones que no pueden encontrarse a fuerza de apresurar o retardar el tiempo.

Para en verdad servir al justiciable, el reto ético que tienen por delante los juzgadores consiste en adquirir la virtud de la prudencia para ejercer con justicia; conviene entonces esclarecer los límites entre la prudencia y la imprudencia en la argumentación.



13. Ninguno de los actos que constituyen lo que todo el mundo entiende por imprudencia son propios del funcionario al que damos la categoría de juez, una imprudencia es un acto de precipitación, de desconsideración, de inconsistencia o de negligencia, estas cuatro faltas no pueden atribuirse a la persona que con dignidad y jerarquía llamamos juez.



14. El juez prudente puede perder su virtud y seguir beneficiándose de su nombre, puede no haber sido prudente en su vida y pasar como tal ante sus semejantes, y no por mera equivocación de quienes le conocen, sino por algo efectivo en su conducta y que en las apariencias le hermana con el legítimo prudente. Es la falsa prudencia: la astucia, el dolo, el fraude, la solicitud frívola y engañosa.

Prudencia → virtud: **construye** el orden social

Astucia → vicio: **destruye** el orden social y genera **corrupción**

15. Entre la astucia y la prudencia jurisdiccional existe una similitud muy estrecha, que permite poner a ésta el mismo nombre de aquélla y llamar prudente al que sólo es astuto. Esta semejanza consiste

en la habilidad para prever los acontecimientos y preparar los medios, disponiendo hábilmente las acciones para la obtención de un fin, es el culto a las apariencias que todo y a todos confunde, de esta manera el astuto es a su habilidad para obtener ventajas personales, lo que el prudente para realizar el bien en que la justicia se concreta.

El poder de los conceptos sobre la mente humana es prodigioso, las metáforas juegan un papel significativo en la vida del hombre; lo dramático del caso es que no siempre se distinga lo que se dice en sentido propio, de lo que se dice en sentido metafórico. Y entonces el hombre se hace víctima de sus propias metáforas y acaba por vivir entre sombras, por ello nos advertía el clásico Lope de Vega: los vicios ponen a los ojos vendas y a las manos riendas.

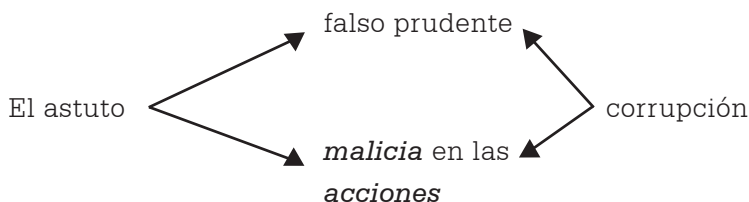
Esto significa que el vicio de la astucia hace de la simulación la venda que impide ver las obras no honestas de las manos hábiles para la simulación y el engaño.

Es triste para la cultura jurídica actual estar ajena al estudio y reflexión sobre la necesidad de cultivar la prudencia en el ejercicio de la argumentación jurisdiccional, hoy el concepto de prudencia está tan desconocido y devaluado que se identifica preferentemente con la noción de falsa prudencia, que es la astucia.

**La astucia es el vicio de la apariencia y de la simulación**

astucia       $\longrightarrow$       culto a la *simulación* que todo lo confunde

16. El falseamiento de la prudencia abre espacios seguros y confortables al astuto, en la medida que dirige sus acciones a la adulación y al servilismo, con el fin de obtener beneficios que con frecuencia rebasan lo justo debido. De manera que el astuto o falso prudente encamina sus acciones a la apariencia de una ficción de justicia, que en el fondo consiste en la obtención de ventajas particulares que lesionan el orden social y generan ocasiones de corrupción.



17. Lo que se dice metafóricamente y con sentido traslaticio no se puede entender sin conocer previamente lo que se expresa con sentido propio. El símil sólo se descubre viendo el modelo; la sombra, percibiendo el cuerpo; la virtud fingida, conociendo la virtud real; la prudencia que ilumina al juez virtuoso y la astucia que medra en la oscuridad de las acciones corruptas.

El máximo exponente de la astucia como sucedáneo de la prudencia es Maquiavelo; él recomienda a los servidores públicos “aprender a saber no ser buenos”, sin embargo, confunde dos cosas muy distintas, a saber:

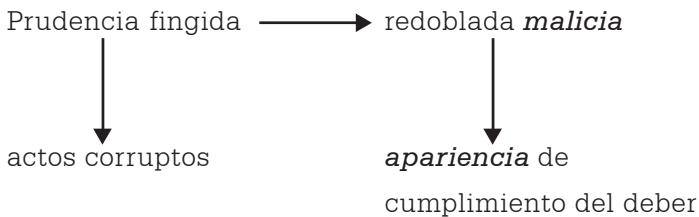
Una cosa es que todo funcionario público, en este caso todo juez, deba ser cauteloso y conocer las argucias de los abogados litigantes y de los justiciables para prevenir sus emboscadas y no dejarse sorprender, y otra que él mismo deba ser malo, y adquirir los defectos y los vicios aprendiendo a saber no ser bueno.



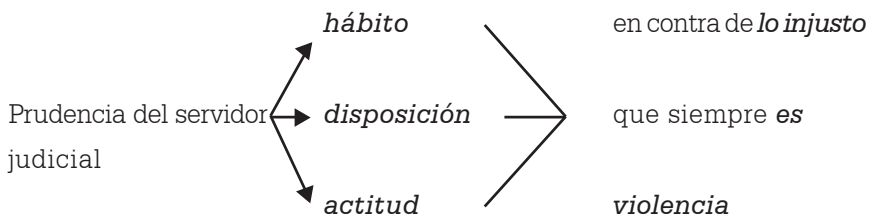
Prudencia → virtud del *servidor judicial honesto*

Astucia → vicio del *servidor judicial corrupción*

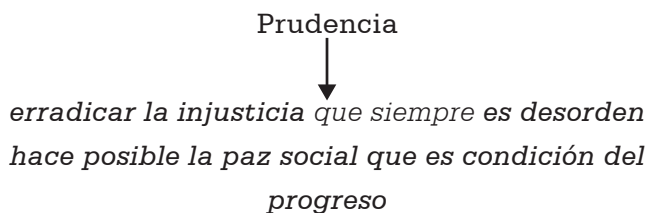
18. Lo primero es muy necesario al juez, pero lo segundo es tan nocivo que resulta absurdo hasta pensarlo. ¿Cómo proponer como norma de vida a los funcionarios públicos adquirir los vicios que deben evitar?, por esta vía fácilmente se descubre que la prudencia fingida, es redoblada malicia.



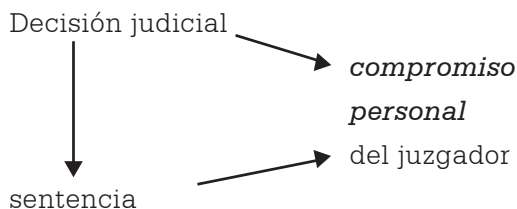
19. Para el ejercicio de la argumentación prudente es necesario desarrollar en la persona del juzgador un hábito o tendencia en contra de lo injusto, de manera que en todos sus actos ha de quedar plasmado este objetivo, especialmente en la reflexión pausada y serena de sus resoluciones, que siempre son trascendentes, no sólo por el impacto en la vida de personas concretas, sino porque con frecuencia inciden en el rumbo del país.



20. El juez y el justiciable provienen de una sociedad que vive momentos difíciles en todos los aspectos de la vida nacional, con frecuencia el orden y respeto a las instituciones se ve amenazado porque la injusticia se hace presente como un monstruo de mil formas que todo lo hiere y descompone. Ante este estado de cosas, el juez prudente posee el hábito y la oportunidad de erradicar con sus decisiones la injusticia en los asuntos que sean de su competencia.

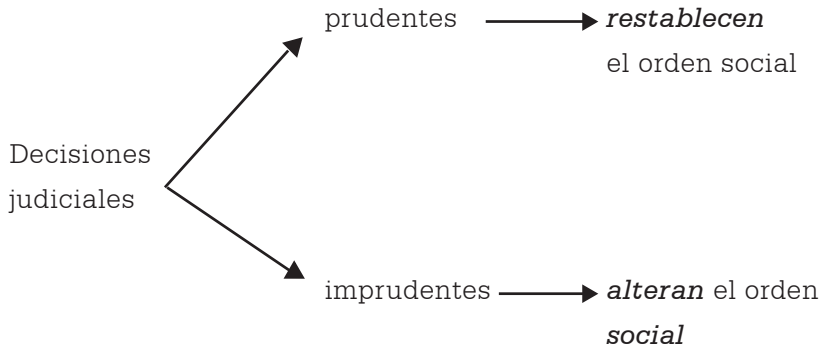


21. Decidir, judicialmente hablando, equivale a ejercer en plenitud la libertad de juzgar conforme a Derecho, y esta acción supone siempre un compromiso y una responsabilidad personal y social, de manera tal que con propiedad podemos afirmar que el juez se va haciendo, va configurándose en cada sentencia que dicta.



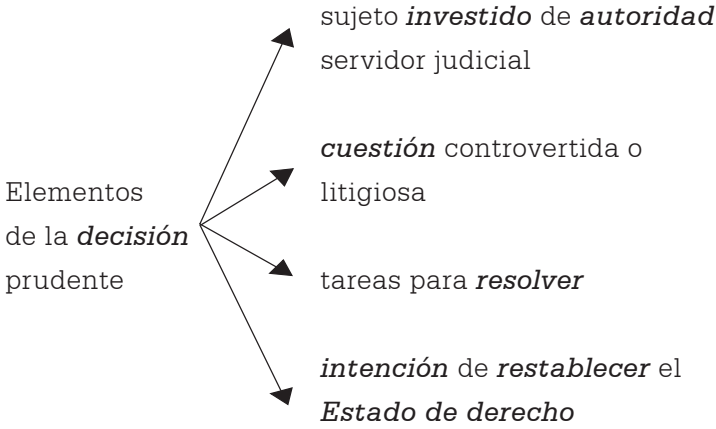
22. Toda argumentación jurisdiccional implica un compromiso cuya trascendencia rebasa con mucho los límites de la mera legalidad, precisamente porque posee una obligatoriedad que incide en el rumbo de la sociedad, sobran ejemplos en la historia mundial y na-

cional donde se puede advertir el impacto estabilizador o disruptor del orden social que alcanzan las decisiones judiciales.

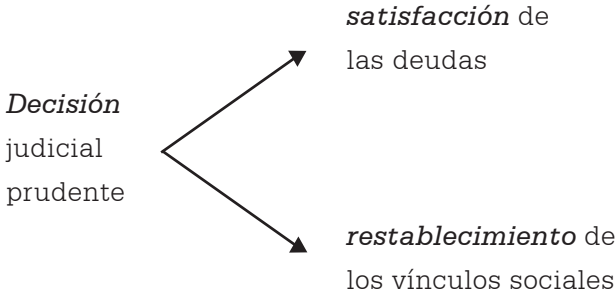


23. Desde una perspectiva filosófico-jurídica, la decisión supone cuatro elementos, a saber:

- Un sujeto que posee el encargo de decidir, precisamente porque está investido de autoridad para que por medio del imperio de la ley que él prescribe, se restablece el orden que todo conflicto rompe.
- Una cuestión controvertida o litigiosa que es de su competencia atender para resolver.
- La realización de una serie de tareas en orden a esclarecer la cuestión planteada en el marco del Derecho que es aplicable.
- Un ánimo de resolver prudentemente, es decir, con intención de concretar la justicia y, en consecuencia, restablecer el Estado de derecho.

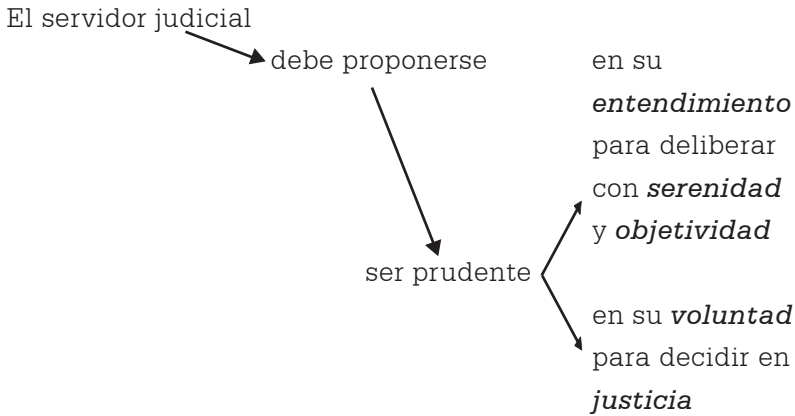


24. Así entendida, la responsabilidad de decidir del juzgador supone un gran esfuerzo y dedicación personal que se orienta no sólo a prescribir la satisfacción de las deudas, sino que la trascendencia de la argumentación judicial se encamina a la restitución de los vínculos sociales, de manera que después de haber dado cabal cumplimiento a la sentencia, el actor y el demandado no tienen más entre ellos una desavenencia.



25. Tener el privilegio de servir a México en el Poder Judicial, es un honor que compromete absolutamente la vida del juzgador en cada decisión que plasma en una sentencia, se trata de una responsabi-

lidad que ha de entenderse como una vocación de vida que existencialmente lo compromete, de manera que el ejercicio de la función jurisdiccional no sólo es un medio para ganarse la vida.



26. El juez, al responder a la delicada responsabilidad que el Estado le ha conferido, transforma su vida e impacta el entorno social en cada sentencia que dicta, esto significa que al juez lo juzga la ciudadanía y lo juzgará la historia, no por sus buenas intenciones, ni por la erudición de sus conocimientos, sino por la capacidad de concretar en los hechos las decisiones justas que en cada caso la prudencia aconseja.





# El derecho jurisprudencial y la casación en la experiencia jurídica europea del siglo XIX

Massimo Meccarelli \*

**E**l derecho jurisprudencial hoy en Europa continental vuelve a ser reconocido como un instrumento para la construcción del orden jurídico. El dato es particularmente interesante si se considera que la experiencia jurídica de los últimos dos siglos en aquellas regiones, tuvo por largo tiempo una caracterización legicéntrica; se trata contemporáneamente de un perfil ordenante y de un comportamiento cultural, muy radicados y persistentes.

Reflexionar en una perspectiva histórico-jurídica sobre el proceso que condujo a la exclusión del derecho jurisprudencial desde el listado de las fuentes del derecho hasta el nacimiento del prejuicio adyacente antijurisprudencial, es un modo para comprender las razones de algunas interrogaciones que se nos planteaban y de algunas dificultades que encontramos en la fase actual, midiéndonos con las nuevas fronteras del derecho.

---

\* Doctor en derecho. Profesor de la Universidad de Macerata.

El momento inicial de esta historia reciente es el siglo XIX, cuando a través de la codificación de los derechos nacionales, se dió un encuadramiento jurídico a un nuevo orden social, económico y político. Desde un punto de vista jurídico esto influyó particularmente en los procesos de generación del derecho. Se verificó una verdadera y propia sustitución del baricentro sistemático: imponiéndose el primado de la ley y una correspondiente marginalización de la jurisprudencia.

La historiografía ha indagado sobretodo los aspectos peculiares de la forma del código, los caracteres del nuevo sistema de las fuentes del derecho y los caminos a través de los cuales ese se ha ido concretizando.

Pero también es posible estudiar el tiempo de la codificación del derecho haciendo de las vicisitudes del derecho jurisprudencial un terreno de investigación privilegiado. Semejante perspectiva, en efecto, permite indagar dos perfiles que de otra forma quedarían inexplorados: se puede verificar la recaída de la transformación legislativa sobre el derecho aplicado; se pueden, además conocer con mayor precisión los modos de la conformación del derecho jurisprudencial en el nuevo orden.

En el primer caso se trata de indagar las orientaciones de las jurisprudencias practicadas, para determinar el grado en que se encuentra involucrado el nuevo derecho jurisprudencial en la edificación de los derechos nacionales codificados.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Por ejemplo véase en MONTAZEL, L., *Entre fait et droit: histoire d'un pouvoir judiciaire. Les techniques de la cassation civile en France et en Allemagne au XIXème*



En el segundo caso se trata de averiguar cómo se ha transformado la representación teórica de los caracteres del derecho jurisprudencial y de los procesos que gobiernan su desarrollo en concreto. Se trata además de considerar, dentro de la vertiente de la jurisdicción, los instrumentos empleados para conferir al programa de la codificación del derecho, la fuerza de un cambio.

En las páginas siguientes me gustaría concentrarme justamente en este segundo perfil, esto es, en los modos de conformación del derecho jurisprudencial al nuevo orden, estudiando las interacciones entre empleo del instrumento de la *cassation* y naturaleza del derecho jurisprudencial.

Antes que nada trataré de ilustrar sintéticamente los rasgos peculiares del derecho jurisprudencial en la experiencia anterior al cambio de las codificaciones; luego individualaré el diseño programático colocado en el instrumento de la casación y verificaré de qué forma este mensaje ha entrado en los nuevos circuitos sistemáticos construidos en torno al primado de la ley y a la centralidad del código; para finalizar, individualaré las connotaciones que ha asumido el nuevo derecho jurisprudencial, con base en estas nuevas impostaciones sistemáticas.

## 1.

Es sabido que la idea de *cassation*, vista a la luz de una perspectiva sistemática legicéntrica, era consagrada para asegurar la

---

*siècle*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1998; FALK, U., y MONHAPUT, H. (coord.), *Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter. Zur Reaktion der Rechtsprechung auf die Kodifikation des deutschen Privatrechts (1869-1914)*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2000.

superación de una concepción del derecho jurisprudencial muy arraigada, aunque con variaciones, en toda la Europa continental de la tardía edad moderna.

Se trata de una tradición jurisprudencial que había surgido en la tardía Edad Media en el horizonte conceptual y cultural del *ius commune*; en aquella, el derecho jurisprudencial se desarrollaba, según los casos, las zonas geográficas y según las fases históricas, a través de una elaboración científico-doctrinal o práctico-forense o consuetudinaria; en cualquier caso aquel extraía su propia razón de ser por el hecho de apoyarse en una dimensión historicista. El derecho jurisprudencial, en sintonía con el devenir histórico de la sociedad, se mantenía, de alguna forma, en contacto directo con las necesidades y las idealidades de la sociedad, sin la necesaria mediación de un derecho legislativo definido por las autoridades políticas.<sup>2</sup> Por esta razón tenía un fuerte carácter nomopoiético.

Podríamos hablar a tal propósito de una autosuficiencia del derecho jurisprudencial respecto del poder político. Lo anterior no quiere decir que fuera extraño a las lógicas suyas, a sus exigencias, sino que aquel derecho jurisprudencial era autónomo, podía seguir desarrollos propios, incluso en contraposición con los poderes políticos operantes en la sociedad.

Si queremos declinar diversamente esta matización podemos decir que la dimensión social reflejaba las propias exigencias

---

<sup>2</sup> GROSSI, P., *L'ordine giuridico medievale*, Bari-Roma, Laterza, 1995; *cf.*, del mismo *Società, diritto, stato. Un recupero per il diritto*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 97 y ss.

sobre la jurídica, no exclusivamente a través del poder político. Otros sujetos gobernaban el espacio del derecho jurisprudencial; en particular un rol de primer nivel era desempeñado por el jurista.

La ciencia jurídica en efecto muestra, durante los siglos de la Edad Media y Moderna, un singular proceso de apropiación conceptual del derecho jurisprudencial, con base en el cual son los saberes doctrinales los encargados de regularlo y no las normas dictadas por el legislador; las categorías descritas por aquella<sup>3</sup> en efecto funcionan como instrumentos para el desarrollo de la jurisprudencia y para el reconocimiento del campo de valores y principios relevantes.

Cierto se trata de instrumentos que encontramos ampliamente empleados por el poder político en la propia legislación, pero no para definir la función, sino más bien para hacer uso de la función atribuida a estos instrumentos para la doctrina.

Está claro que un derecho jurisprudencial de semejantes características –intrínsecamente autosuficiente– hubiera podido reconducir a un cuadro sistemático legicéntrico, solamente a través de una profunda mutación.

Para obtenerla no era suficiente intervenir sobre el terreno de la reorganización del derecho legislativo en la forma de un

<sup>3</sup> Piénsese en categorías clave como *aequitas*, *iurisdictio*, *arbitrium*, *consuetudo*. A propósito véase SBRICCOLI, M., *L'interpretazione dello statuto. Contributo allo studio della funzione dei giuristi nell'età comunale*, Milano, Giuffrè, 1969; COSTA, P., *Iurisdictio. Semantica del potere*, Milano, Giuffrè, 1969; MECCARELLI, M., *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Milano, Giuffrè, 1998; GARRÈ, R., *Consuetudo. Das Gewohnheitsrecht in der Rechtsquellen- und Methodenlehre des spätem ius commune in Italien. (16-18- Jahrhundert)*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2005.

código de tipo autointegrativo; era necesario acompañar a tales presupuestos sistemáticos nuevos, un mecanismo que actuase en las dinámicas concretas del desenvolvimiento de la jurisprudencia, determinando una necesaria desnaturalización del derecho jurisprudencial.

La primera realización de un tipo de intervención similar la tenemos en Francia en 1790, justo a través de la introducción de la *cassation* en el ordenamiento procesal y judicial.<sup>4</sup> Con ella se pretendía defender la hegemonía del nuevo poder legislativo de la jurisprudencia de los *Parlements*, aquellos grandes tribunales que habían tenido siempre un deber de primer nivel en el gobierno del orden jurídico.

La *cassation* introducía dos novedades que iban a impactar directamente en la naturaleza del derecho jurisprudencial: la primera consistía en dar relevancia, en el proceso, a una inédita separación entre cuestión de hecho y cuestión de derecho, de modo que el juicio del juez supremo se restringiese sólo a ésta última; la casación, se decía, no ha sido diseñada para sancionar las decisiones injustas; ha sido pensada más bien para sancionar las violaciones de la ley.

<sup>4</sup> Ver, entre otros, CALAMANDREI, P., *La cassazione civile*, Milano-Torino-Roma, Bocca, 1920, vol. I, ahora en *Opere giuridiche*, vol. VI, Napoli, Morano, 1976, pp. 377 ss; TROPER, M., *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, LGDJ, 1973; HALPERIN, J.-L., *Le Tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, Paris, LGDJ, 1987; CLAVERO, B., "Lo spazio dei diritti e la posizione dei giudici tra costituzione e codice" en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XIX, 1989, 1, pp. 112 y ss; MONTAZEL, L., *Entre fait et droit*, op. cit., pp. 1-89; MECCARELLI, M., *Le Corti di cassazione nell'Italia unita. Profili sistematici e costituzionali della giurisdizione in una prospettiva comparata*, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 127 y ss; ALVAZZI DEL FRATE, P., *Giurisprudenza e référé législatif in Francia nel periodo rivoluzionario e napoleonico*, Torino, Giappichelli, 2005.

La segunda novedad consistía en transformar el juicio de frente al juez supremo en un espacio procedimental desde el resultado meramente rescisor; el de la Casación no sería ya más un juicio de tercer grado: el juez supremo –cada vez que descubriría una violación de ley– estaba obligado a reenviar la sentencia al juez de mérito para la decisión.

La cuestión de derecho, establecida de esta manera, además no podía considerarse vinculante. A nivel de procedimiento esto abría el campo a la posibilidad de una querrela interpretativa entre juez de la casación y juez ordinario; esta eventualidad tenía que ser resuelta a través del *référé législatif*, es decir recurso a la interpretación del legislador.

La idea guía puesta en tal concepción de la *cassation*, era por tanto la de defender el interés de la ley y la voluntad del legislador, controlando el mecanismo judicial de la aplicación del derecho, a través de una actividad jurisprudencial que, sin embargo, no podía transformarse en fuente de interpretación de la ley.

De esta forma la jurisprudencia no habría podido ponerse en contraste con las opciones del legislador, ni habría podido desarrollarse según dinámicas autónomas de aquellas opciones. Así acababa por reflejar una concepción mecanicista de la aplicación de la ley.

El perfil programático de la *cassation* está, como se observa, muy bien delineado. Sobretodo es gracias a este perfil neto, que la idea de la casación se convierte en un modelo de referencia para todos los Estados europeos que afrontan en el siglo XIX el reto de

la renovación del propio sistema jurídico, apostando sobre el principio de la legalidad.

## 2.

Vamos a comprobar qué realización ha tenido tal diseño programático durante el transcurso del siglo XIX. Como veremos, los resultados concretos se distancian sensiblemente –aunque sin traicionar el espíritu– de aquella línea programática; la idea original de *cassation* funcionó en realidades muy diversas entre si y su sencillez no la habría puesto a salvo de relativizaciones.

Es decisivo el cuadro distinto que, en los diversos países europeos, acompaña y produce los procesos de unificación jurídica nacional.

Observemos por tanto los distintos modos de reorganización del proceso y del ordenamiento judicial que toman vida en Europa a partir del modelo de la casación.

Afrontaré aquí la cuestión circunscrita al punto de vista que nos interesa, es decir, aquel de las transformaciones del derecho jurisprudencial. En particular me concentraré en tres áreas particularmente significativas al respecto: Francia, Alemania e Italia.<sup>5</sup>

<sup>5</sup> En este punto 2 se replantea sintéticamente todo lo ya ilustrado en MECCARELLI, M., *Le Corti di cassazione*, op. cit., pp. 125 y ss., y tb. “Cassation, Révision et tâche de la juridiction: une comparaison entre France, Allemagne et Italie au cours du XIX siècle” en HAUTEBERT, J., y SOLEIL, S., (coord.), *Modèles français, enjeux politiques et élaboration des grands textes de procédure en Europe*, Tomo I, Paris, Editions juridiques et techniques, 2007, pp. 153-164. A ellos se remite para mayor abundamiento y más acabadas referencias a las fuentes y a la bibliografía.

a.

En la Francia del siglo XIX la jurisprudencia de la *cassation* no asume una connotación meramente negativa tal como fue concebida en 1790.<sup>6</sup> La pérdida de tal característica, se produce como consecuencia de algunas modificaciones de la disciplina procesal originaria: la principal consiste en la abolición del *référé législatif* y la introducción del instituto del juicio en *Chambres reunies* en 1837.

Con el sistema de las *Chambres reunies* la querrela entre el juez del reenvío y Casación era resuelta por la misma Corte suprema reunida en sus diversas Salas; la decisión emanada sobre la cuestión de derecho habría sido esta vez vinculante para el juez del reenvío.

Es evidente que con semejante mecanismo la *Cour de cassation* asumía un rol de primer nivel en el desarrollo del derecho jurisprudencial; aquella tenía capacidad para producir orientaciones jurisprudenciales vinculantes y promover la uniformidad de la jurisprudencia. Existe un significativo paralelismo con la tendencia progresiva a interpretar extensivamente la categoría de la violación de ley: en la versión originaria de la casación la violación de ley era considerada en el sentido de una contravención expresa de la ley; la *Cour de cassation*, sostenida por la doctrina,

<sup>6</sup> Debe recordarse que el *Tribunal de cassation* en su funcionamiento concreto, aún confesando los presupuestos fundacionales, no se ha conformado del todo a aquella connotación limitada. Ver a este respecto HALPERIN, J.-L., *Le tribunal de cassation et la naissance de la jurisprudence moderne* en BADINTER, R., (coord.), *Une autre justice. 1789-1799*, Paris, Fauard, 1989, pp. 227-234, y del mismo, *Le Tribunal de cassation et les pouvoirs*, *op. cit.*, p. 95-97.

habría en cambio entendido la noción de violación de ley en el sentido más sutil (y por tanto más amplio) de falsa aplicación, y de falta de fundamento legal, hasta llegar a la categoría límite del defecto de motivación de la sentencia<sup>7</sup>.

Tal transformación de la casación está unida a mi entender a la codificación civil de 1804. No hace falta hablar de la gran autoridad reconocida a la codificación napoleónica. Este código era el símbolo de un cambio político, pero sobretodo –siendo en el nivel sistemático no heterointegrable<sup>8</sup> era el instrumento jurídico con el que se hacía irreversible el nuevo orden socio-político surgido de la caída del mundo del *Ancien régime*, y de las cenizas de la Revolución.

A partir del *Code Napoléon* entonces era posible imaginar un espacio activo para la jurisprudencia, sin temer por las elecciones de valor y las orientaciones ideológicas apuntadas por el legislador en el propio derecho. Es más, se podía utilizar la jurisdicción suprema como instrumento de conformación de la jurisprudencia a aquellos valores y a aquellas orientaciones ideológicas.

<sup>7</sup> Ver por ejemplo BONCENNE, P., *Théorie de la procédure civile*, Paris, Videcoq, 1837, pp. 501-507; CREPON, T., *Du pourvoi en cassation en matière civile*, Paris, Larose & Forcel, 1892, vol. III, pp. 3-6 e 47-48, 95-129; FAYE, E., *La Cour de cassation*, Paris, 1903 (reedición, Paris, Auvermann, 1970), pp. 127, 134-135, 186-196; DE LA GRASSERIE, R., *De la fonction et des juridictions de cassation en législation comparée (évolution, comparaison critique, réforme)*, Paris, LGDJ, 1911, p. 17; CALAMANDREI, P., *La cassazione civile*, op. cit., pp. 505 y ss.

<sup>8</sup> Cfr., entre otros, CAVANNA, A., *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, vol. 2, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 566-569; FERRANTE, R., *Un ruolo per l'interprete. La scienza giuridica italiana tra Code Napoléon e ABGB*, en *Forum Historiae Iuris, Erste europäische Internetzeitschrift für Rechtsgeschichte* (<http://www.forhistiur.de>), 30 Januar 2006.



La función 'antijurisprudencial' de la casación en efecto no se cuestiona. Permanece la idea que no constituya una tercera instancia, así como queda el punto de la separación entre cuestión de facto y de derecho y el límite rescindente del efecto de sus sentencias (incluso cuando la decisión se toma por las Salas reunidas).<sup>9</sup>

Para volver al punto que nos interesa: si bien es verdad que en Francia la Corte de casación controla directamente el propio derecho jurisprudencial y con éste orienta y uniforma el de los tribunales inferiores, también lo es que la interpretación toma forma a partir de un texto de ley según un procedimiento lógico abstracto totalmente ajeno al hecho.

Aquí el código viene ciertamente sometido a un proceso de adaptación por parte de la jurisprudencia; sin embargo, el espacio jurisprudencial en el que el código puede desarrollarse no modifica las impostaciones originarias ideológicas ni pone en discusión su centralidad. La *Cassation* francesa del siglo XIX permanece como un medio estratégico para hacer irreversible el cambio legicéntrico.

**b.**

Tomemos ahora en examen un ejemplo diverso, el de Alemania. Aquí la vía de la codificación y de la creación de un derecho

<sup>9</sup> CREPON, T., *Du pourvoi en cassation*, op. cit., vol. III, pp. 5-6 e 582 y ss; BONCENNE, P., *Théorie de la procédure civile*, op. cit., pp. 547-548. La introducción del instituto de las *Chambres reunies*, además, sucede después de treinta años de la emancipación del *Code Napoléon*, esto es, en una fase en la cual aquel cambio podía decirse bien consolidado.

nacional unitario no se realiza a través de una adaptación del modelo francés. El itinerario ha sido distinto: ha consistido en un proceso de edificación realizado en primer lugar a nivel doctrinal, a través de la *Pandektenwissenschaft* y más tarde a nivel legislativo. Por otra parte no debemos olvidar que la unidad nacional alemana se logra a partir de la segunda mitad del siglo XIX; el problema de cómo unificar el derecho positivo alemán se plantea con renovada actualidad a partir de 1870, muchos decenios después del ‘encuadramiento de la cuestión’ desde un punto de vista doctrinal.

Incluso después de 1870 no se pensó en seguida en la codificación. En efecto era necesario afrontar el problema de la diversidad de sistemas jurídicos que caracterizaban las diversas regiones unificadas; en este caso la estrategia ha sido la de promover, a través del derecho jurisprudencial, un proceso de armonización del derecho.

De nuevo, pero a título distinto respecto a Francia, volvía al centro de la cuestión la jurisdicción suprema. Ésta se construyó alrededor de una Corte suprema unitaria –el *Reichsgericht*– que, dividida en Salas competentes por territorio, operaba sobre los diversos ordenamientos jurídicos regionales; de tal modo que favoreció la penetración y al mismo tiempo el resurgir de un derecho nacional: una jurisprudencia unitaria, se decía, para conseguir un derecho unitario.<sup>10</sup>

---

La tarea de la Corte Suprema, lo recordaba todavía en pleno siglo XX SALOME, Y., *Les pouvoirs de contrôle de la Cour de cassation en matière de conflits des lois*, Syrey, Paris, 1938, p. 18, sería la de «réaliser l'unification de la jurisprudence dans la mesure nécessaire au maintien de l'unité de législation».

<sup>10</sup> Ver por ejemplo WEISMANN, J., *Einheitliches Recht und einheitliche Rechtsprechung*, en *Zeitschrift für deutschen Civilprozess*, IX, 1886, pp. 169-190. Cfr. LUIG, K., *Rechtsve-*

El instrumento procesal de una jurisdicción suprema no habría podido ser el de la casación; se eligió en efecto el de la *revisio in iure*: un juicio de tercer grado que no se limitase a reexaminar la cuestión de derecho, sino capaz de producir efectos incluso rescisorios aplicando la cuestión de derecho al hecho .

La *Revision* alemana, parece que se desarrolló a imagen de los tribunales de tercera instancia del antiguo régimen; no obstante áquella presenta dos perfiles que caracterizan la idea de la casación: concentrar el control de la jurisdicción suprema en la violación de ley, limitar las competencias del juez supremo con base en una distinción entre cuestión de derecho y cuestión de hecho. Esos son propuestos de forma actualizada.

Sobre el primer punto: a falta de un código y en presencia de sistemas jurídicos diversos entre sí, la violación de ley está considerada en sentido amplio como “derecho material”, que comprende también la costumbre.<sup>11</sup>

---

*reinheitlichung durch Rechtsprechung in den Urteilen des Reichsgerichts von 1879 bis 1900 auf dem Gebiete des Deutschen Privatrechts*, en *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 5, 1997, pp. 762-779; GLÖCKNER, H.P., *Die Rechtsprechung des Reichsgerichts: Thema mit Variationen*, en *Ius commune*, XXV, 1998, pp. 391-425; HENNE, Th., *Richterliche Rechtsharmonisierung. Startbedingungen, Methoden und Erfolge in Zeiten beginnender staatlicher Zentralisierung. Analysiert am Beispiel des Oberhandelsgerichts*, en THIER, A., PFEIFER, G., y GRIZMEK, P. (coord.), *Kontinuitäten und Zäsuren in der Europäischen Rechtsgeschichte*, Frankfurt am Main, Lang, 1999, pp. 335-355; KLEMMER, M., *Gesetzesbindung und Richterfreiheit. Die Entscheidung des Reichsgerichts in Zivilsachen während der Weimarer Republik und im späten Kaiserreich*, Nomos, Baden-Baden, 1999; ZIMMERMANN, R., *Das Bürgerliche Gesetzbuch und die Entwicklung des Bürgerlichen Rechts*, en SCHMOECKEL, M., RÜCKERT, J., y ZIMMERMANN, R. (coord.), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, Band I, Tübingen, 2003, pp. 1-33.

<sup>11</sup> Entre otros, *cfr.* ENDEMANN, W., *Der deutsche Civilprozeß. Erläuterungen des Gerichtsverfassungsgesetzes und der Civilprozessordnung des Deutschen Reichs*, Band II, Berlin, Weidemannsche, 1879, pp. 456-457; SONNENSCHMIDT, F.H., *Über das Rechtsmittel der Revision nach der Zivilprozessordnung für das deutsche Reich von 30. Januar 1877*, en *Zeitschrift für deutschen Zivilprozess*, 1880, II, pp. 440-447; ERYTHROPEL, *Zur Lehre*

Sobre el segundo punto: la separación entre cuestión de derecho y cuestión de hecho es mas bien un criterio de economía de la decisión; no tiene una valencia antijurisprudencial como en el caso de la casación y permite al *Reichsgericht* operar en terrenos que en el sistema francés están prohibidos a la Corte de casación.<sup>12</sup> Aquí la distinción entre cuestión de hecho y de derecho no sirve para distinguir entre sanción de la decisión que viola la ley y sanción de la decisión injusta; en todo caso sirve para hacer que el juez de tercera instancia tome a la cuestión de la justicia substancial sólo como cuestión de derecho.

En la medida en que la violación de ley engloba también el problema de la justicia substancial, la jurisdicción suprema adquiere una capacidad de discernimiento del derecho unitario. Tal actividad jurisprudencial creativa, por tanto, no es incompatible con un horizonte de derecho codificado, es más, ha sido pensada justo en esa perspectiva.

Subrayo este dato porque, si bien es verdad que de la Alemania del siglo XIX se propone un tipo de derecho jurisprudencial diverso del que contemporaneamente emergía del nuevo orden sistemático francés, también lo es que aquél no representa un modo de perpetuación de la vieja tradición del *ius commune*; más bien es en sí mismo un producto de la modernización del derecho, que se está realizando en el signo del primado de la ley.

---

*von der Revision*, en *Zeitschrift für deutschen Civilprozess*, III, 1881, pp. 116-122; HELLWIG, K., *System des deutschen Zivilprozessrechts*, Teil I, Leipzig, Deichert, 1912 (reedición Aalen, Scientia, 1980), pp. 852-855.

<sup>12</sup> Ver por ejemplo ENDEMANN, W., *Der deutsche Civilprozeß*, *op. cit.*, pp. 452-453; STAHL, F., *Zur Lehre von der Revision*, en *Archiv für civilistische Praxis*, 67, 1884, pp. 95 y ss; ROCHOLL, C., *Die Revision in buergerlichen Rechtsstreitigkeiten und ihre Grenzen*, en

No es casual por tanto encontrar en la reflexión doctrinal alemana sobre la Revisión una progresiva tendencia a valorizar los perfiles publicistas de la misma, con todas las consecuencias que ello comporta en orden a la pérdida de autonomía de la jurisprudencia respecto a las elecciones del poder político.

c.

Observemos ahora un tercer escenario: el italiano. También aquí, como en Alemania, tenemos una tardía unificación territorial nacional (1860), de un territorio en el cual se han consolidado a lo largo de los siglos diversas tradiciones y sistemas jurídicos. Pero el nuevo estado unitario entiende dotarse rápidamente de un derecho nacional unitario,<sup>13</sup> debe responder a la urgencia política de consolidar la frágil unificación territorial. Para obtener este resultado se renuncia a pasar a través de un camino de armonización de las tradiciones jurídicas regionales. La codificación se realiza con rapidez en 1865 (se habla al respecto de “codificación al vapor”).

A nivel de la jurisdicción y del ordenamiento procesal se introduce un sistema de casación según las reglas consolidadas en Francia: actividad orientada al control de la violación de ley; mero efecto rescindente de la sentencia de la casación; obliga-

---

*Zeitschrift für deutschen Civilprozess*, X, 1887, pp. 313-314; BOLZE, A., *Über die Zulässigkeit der eigenen Auslegung von Rechtsgeschäften durch den Revisionsrichter im Civilprozess*, en *Zeitschrift für deutschen Civilprozess*, 14, 1890, p. 417; BOYENS, W., *Grenze zwischen Tatsfrage und Rechtsfrage in der Zivilsenate des Reichsgerichts*, en *Die ersten 25 Jahre des Reichsgerichts*, Leipzig, Rosbergische Verlagsbuchhandlung, 1904, pp. 154-202.

<sup>13</sup> SOLIMANO, S., “*Il letto di Procuste*”. *Diritto e politica nella formazione del codice civile unitario. I progetti Cassinis, (1860-1861)*, Giuffrè, Milano, 2003, y del mismo, *L'edificazione del diritto privato italiano: dalla restaurazione all'Unità*, en *Forum Historiae Iuris, Erste europäische Internetzeitschrift für Rechtsgeschichte* (<http://www.forhistiur.de>), 17 de Mayo de 2005.

ción de reenvío; valor no vinculante de la decisión; pronunciación a Salas reunidas, esta vez con valor vinculante, en caso de litigio entre Sala de la casación y juez del reenvío.

La fidelidad al modelo francés no debe engañar: en realidad se da lugar a una originalísima idea de *cassation* híbrida.<sup>14</sup>

Cito sólo dos perfiles: en Italia funcionan hasta 1923 cinco Cortes supremas de casación civil; ellas ejercitan su propia jurisdicción sobre territorios distintos y en modo autónomo entre sí. Además, si bien la actividad que llevan a cabo se funda en la separación entre cuestión de hecho y de derecho, los motivos de recurso efectivamente previstos por el código resultan más amplios respecto al previsto en Francia; esto permite a las Casaciones practicar ingerencias sobre la cuestión de hecho.

Las razones de tal hibridación son complejas; la principal hay que buscarla en los caracteres asumidos de la codificación. Hay un defecto de origen, la 'codificación al vapor', que ha creado un derecho nacional unitario no resultante de una armonización de las diversas tradiciones regionales. Después existe un hecho inadecuado: en la segunda mitad del Ochocientos Italia se encuentra en una profunda transformación del sistema económico

---

<sup>14</sup> Cfr. CALAMANDREI, P., *La cassazione civile*, op. cit., pp. 669 y ss; TARUFFO, M., "Cassazione e revisione: un problema nella storia delle istituzioni giudiziarie" en *Il vertice ambiguo*, Bologna, il Mulino, 1991, pp. 27-50; SCIUMÉ, A., "Fra revisione e cassazione: modelli di organizzazione giudiziaria e politica dell'unificazione nella lombardia postunitaria" en *Ius mediolani. Studi di storia del diritto milanese offerti dagli allievi a Giulio Vismara*, Milano, 1996, pp. 979-1050; CIPRIANI, F., "La scomaparsa di Carlo Lessona e La cassazione di Piero Calamandrei" en *Il giusto processo civile*, 2008, 1, pp. 3-40.

y social (son los decenios de la Revolución industrial) que obligan a una revisión del derecho privado.<sup>15</sup>

La articulación regional de la jurisdicción suprema, y el hecho de poder operar en parte con márgenes de desarrollo jurisprudencial mas en contacto con los hechos y la operatividad del derecho, son vistos como recursos para llenar lo inadecuado del derecho legislativo.<sup>16</sup>

También aquí obviemos especificaciones ulteriores y concentremos nuestra atención en el punto que más nos interesa: ¿qué derecho jurisprudencial se deriva? Pues bien, podemos decir que esta original interpretación de la casación favorece la instauración de una relación dialéctica entre derecho codificado y jurisprudencia; esto para hacer frente a los problemas de estructuración del sistema jurídico no resueltos (o no resolubles) a nivel legislativo.

<sup>15</sup> GROSSI, P., *Scienza giuridica italiana, Un profilo storico*, Milano, Giuffrè, 2000; CAZZETTA, G., *Critiche sociali al codice e crisi del modello ottocentesco dell'unità del diritto*, en CAPPELLINI, P., y SORDI, B. (coord.), *Codici. Un riflessione di fine millennio*, a cura di, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 309-348.

<sup>16</sup> Sólo por referirnos a algunos ejemplos véase MARCHETTI, R., "Terza istanza e cassazione" en *Relazioni e deliberazioni del Circolo legale romano sulle tesi proposte al primo Congresso giuridico italiano*, Roma, Mugnoz, 1872, pp. 179-180; BRUSA, E., "Dell'unità di Cassazione penale" en *Annuario delle scienze giuridiche sociali e politiche*, 4, 1883, pp. 276-277; SANGIORGI, A., "Relazione della Commissione istituita per studiare un Progetto di costituzione della suprema magistratura del Regno" en *Il circolo giuridico*, XXII, 1891, p. 290 y ss; ORLANDO, V. E., *Sull'unificazione della Cassazione civile*, Palermo, Flli Vena, 1893, pp. 8-13; MORTARA, L., *Commentario del Codice e delle leggi di procedura civile*, Milano, Vallardi, s.d., tercera edición, vol. I, pp. 67-77; ZANARDELLI, G., "Relazione al disegno di legge sull'ordinamento giudiziario" en *Atti della Camera dei Deputati*, Documenti, Legislatura XXI, 2a. Sessione 1902-1903, Roma, 1903, doc. 294, pp. 2-37; GABBA, B., "Sul progetto di legge per la riforma giudiziaria" en *Monitore dei tribunali*, XLIV, 1903, pp. 225 y ss; GIANTURCO, E., "Sulla riforma giudiziaria (1904)" en *Opere giuridiche*, Roma, Libreria dello Stato, 1947, vol. I, pp. 280 y ss; DEGNI, F., *L'interpretazione della legge*, Napoli, Jovene, 1909, pp. 129-132 e 160-161; CARNELUTTI, F., "Limiti del rilievo dell'error in iudicando in Corte di cassazione" en *Rivista del diritto commerciale*, XIII, 1915, I, pp. 801-809.

Tal derecho jurisprudencial está, por tanto, en posibilidad de relativizar el derecho codificado; sin embargo, al mismo tiempo, es la resultante de una jurisdicción suprema que se interpone entre derecho codificado y jurisprudencia ordinaria, con una caracterización antijurisprudencial. En tal sentido el derecho jurisprudencial de las Cortes de casación se acerca al derecho codificado, a los fundamentos que lo sustenta, defendiéndolo de un probable y mas incisivo proceso de erosión.

### 3.

Tratemos ahora de sacar algunas conclusiones de esta rápida reseña de formas de uso de la idea de *cassation*.

A mi me parece que el programa de fondo ha sido respetado en su finalidad principal, aquella de determinar una desnaturalización del derecho jurisprudencial; sin embargo, semejante desnaturalización no ha consistido, como se pretendía en origen, en dar forma a una concepción meramente mecanicista de la aplicación de la ley. Las nuevas Cortes supremas —a pesar de la diversidad de los sistemas legislativos que establecen el rol y caracterizan la función del derecho jurisprudencial respecto al derecho legal— expresan todas un poder acuñado con una fuerte potencialidad creativa.

Esto no tiene que hacer pensar que se ha producido un renacer de la dimensión del derecho jurisprudencial custodiada en la tradición del *ius commune*.

La pausa permanece tal cual, porque los nuevos derechos jurisprudenciales han sido pensados para operar detrás de la pan-



talla del primado de la ley y en función de esto; es decir, dentro de un orden sistemático rígido, definido respecto a la forma del código.

Queriendo hacer una síntesis podemos decir que éste es un derecho jurisprudencial cuyos márgenes creativos están destinados a expresarse en un horizonte nomofiláctico aunque no nomopoiético.<sup>17</sup>

Decisivo me parece el punto sobre el que se fundamenta la separación entre cuestión de derecho y cuestión de hecho. En los tres sistemas analizados podemos decir que ésa se interpreta diversamente. No obstante, en los tres, el derecho jurisprudencial nace de un proceso de asunción del hecho en el derecho, y no, como en la tradición de *ius commune*, de una puesta en contacto del nivel de la historicidad con aquel de la actualidad.

Es diversa por tanto la función de la jurisprudencia respecto al desarrollo del derecho: si en el modelo antiguo la jurisprudencia tiende a conservar un grado de movimiento al derecho (usa el derecho histórico en una perspectiva actual y progresiva), en el contemporáneo la jurisprudencia tiende a estabilizar el derecho; es decir sea que aplique fielmente la voluntad del legislador (*cassation* francesa), sea que predetermine las condiciones para que aquella pueda expresarse eficazmente (*Revisión* alemana), sea que lo contextualice mejor la tendencia (casación italiana).

<sup>17</sup> Obviamente, debe ser recordado, que son también significativas sensibilidades iusliberistas que en cambio apuntan a atribuir a la jurisprudencia una función efectivamente nomopoiética. Piénsese, en Italia, en Francisco Degni o Ludovico Mortara. Me parece sin embargo, que en la doctrina (por ejemplo Piero Calamandrei, Giuseppe Chiovenda, Mariano D'Amelio) es preferente la propensión a concebir la función de la casación en clave nomofiláctica. Cfr. MECCARELLI, M., *Le Corti di cassazione*, op. cit., pp. 159-182 e 201 y ss.

Es un derecho jurisprudencial que refleja la relación distinta que en la edad contemporánea se estructura entre la pregunta de validez y aquella otra de efectividad del derecho: en la época del *ius commune* el primer requisito es la efectividad; sólo en la medida en que es satisfecha es posible justificar también la condición de validez. En los ordenamientos de derecho codificado, en cambio, la pregunta de validez encuentra respuesta autónomamente (al prescindir) de aquella de la efectividad. El punto de la efectividad del derecho en efecto se convierte en objeto de valoración política mas que jurídica.

Todo esto hace del derecho jurisprudencial del siglo XIX un instrumento no sólo compatible sino también funcional al primado de la ley. Bajo el aspecto cualitativo la actividad de las jurisdicciones supremas da lugar a un derecho jurisprudencial que está en el horizonte ideológico expresado por el poder político.<sup>18</sup> La función judicial permanece separada de la sociedad, desarrollando su actividad creativa dentro de una dimensión formal.

Pasar de la idea de una jurisdicción suprema con mera función negativa a la de una jurisdicción que realiza además una función proactiva no representa, a bien ver, una discontinuidad; reafirma de forma actual el mismo programa de reorganización del orden

<sup>18</sup> MONTAZEL, L., *Entre fait et droit*, op. cit., pp. 88 y ss. Tal observación a nuestro parecer, vale también para Alemania donde además se busca obtener que el derecho nacional tramite la *Rechtsharmonisierung*. No por nada algunos juristas alemanes denuncian el vicio formalista de la jurisprudencia del *Reichsgericht*. Piénsese en las páginas en las que KOHLER, J., *Ein "juristischer Kulturkampf"!*, en *Archiv für Rechts und Wirtschaftsphilosophie*, 1912-1913, VI, pp. 275-281 –una de las primeras voces europeas que sostiene la exigencia de una interpretación evolutiva de la ley– amonestaba a los juristas de la *Freirechtsbewegung* respecto a los riesgos de refundar el 'derecho libre' desde el punto de apoyo de la mera decisión judicial.

jurídico alrededor del primado de la ley y a través de la forma del código.

La verdadera rotura del circuito formalístico que engloba el desarrollo del derecho jurisprudencial se produce, a mi entender, en los últimos cincuenta años del siglo XX, con la aparición de la jurisprudencia constitucional.<sup>19</sup>

En aquellos años se creó una jurisdicción *ad hoc*, la constitucional, separada de la ordinaria; no se actuó en cambio a través de una intervención sobre la Casación. Esto permitió superar la mera lógica de la separación entre cuestión de hecho y cuestión de derecho, para introducir una lógica inspirada en la distinción entre jurisprudencia ordinaria y jurisprudencia constitucional.

Otro punto fundamental es el hecho de haber unido la acción jurisprudencial de la Corte constitucional a una base normativa de referencia abierta: la Constitución.

Con ella se pretendía favorecer el desarrollo libre y democrático de las relaciones sociales y políticas:<sup>20</sup> por esta razón

<sup>19</sup> Cfr. ZAGREBELSKY, G., *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino einaudi, 1992, pp. 84 y ss; GROSSI, P., *Società, diritto, Stato, op. cit.*, pp. 198 y ss; véase también el número dedicado a las Cortes constitucionales de la revista *Ratio juris*, 16, 2, 2003, y en particular el ensayo de STOLLEIS, M., *Judicial Review, Administrative Review, and Constitutional Review in the Weimar Republic* (pp. 266-280), asimismo el número monográfico de la revista *Giornale di storia costituzionale*, 11, 2006, *Storia, giustizia, costituzione. Per i cinquant'anni della Corte costituzionale*.

Bajo un plano más general, después, la integración de los Estados en dimensiones de ordenamiento supranacional tiene lugar un fenómeno de estructuración de una 'justicia multinivel. Cfr. CLAVERO, B., *Lo spazio dei diritti*, cit., pp. 121 ss; NARVÁEZ HERNÁNDEZ, J.R., *Historia social del derecho y de la justicia*, México, Porrúa, 2007, pp. 162 y ss.

<sup>20</sup> Cfr. ZAGREBELSKY, G., *Il diritto mite, op. cit.*, pp. 10 y ss y 167 y ss; GROSSI, P., "Le molte vite del giacobinismo giuridico" en *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano,

se definían y fijaban los valores y los principios fundamentales: para garantizar las coexistencias posibles, sin fijar ningún arreglo social en concreto. Cosa muy distinta se pensó hacer con la codificación del derecho: aquí en cambio sí que se tuvieron en cuenta los principios y valores, en relación a un rígido proyecto ordenante y conformante de la sociedad.<sup>21</sup>

Considerando todo lo referido arriba, si al código le correspondía una jurisprudencia por estabilizar el derecho, ahora en cambio con la Constitución, la función de la jurisprudencia constitucional consistía de nuevo en una puesta en movimiento del derecho, a través de la búsqueda de la dimensión jurídica material correspondiente al principio constitucional.

Bajo este aspecto si el código operaba una reducción del derecho en la ley, la Constitución restituía el derecho a la jurisprudencia reconociendo a esta última un deber nomopoiético.

---

Giuffrè, 2005, pp. 135 y ss.; FIORAVANTI, M., "Stato e costituzione" en FIORAVANTI, M. (coord.), *Lo Stato moderno in Europa*, Roma-Bari, Laterza, 2003, pp. 32 y ss; y del mismo, *Costituzione*, Bologna, il Mulino, 1999, pp. 157 y ss; HABERMAS, J., "On Law and Disagreement. Some Comments on 'Interpretative Pluralism'" en *Ratio iuris*, 16, 2, 2003, pp. 187 y ss.  
<sup>21</sup> Entre otros ver CARONI, P., *Saggi di storia della codificazione*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 66-76 e pp. 22-37; CAZZETTA, G., *Critiche sociali al codice*, op. cit., pp. 312 y ss; HALPERIN, J.L., "Codes et traditions culturelles" en CAPPELLINI, P. y SORDI, B. (coord.), *Codici*, op. cit., pp. 223-261; GROSSI, P., "Code civil: una fonte nuovissima per la nuova civiltà giuridica" en *Il bicentenario del Codice napoleonico*, (Atti dei Convegni Lincei 221), Roma, Bardi, 2006, pp. 19-42, y en el mismo volumen CAPPELLINI, P., "'Napoleone contro Montagne'. Il modello napoleonico e lo sguardo dell'altra Europa", pp. 43-53. Con referencia a los reflejos en América Latina veáanse NARVÁEZ HERNÁNDEZ, J. R., *La persona en el derecho civil (historia de un concepto jurídico)*, México, Porrúa, 2005, pp. 297 ss.; FONSECA, R.M., *Modernidade e contrato de trabalho. Do Sujeito de direito à sujeição jurídica*, São Paulo, LTR, 2002; LÓPEZ BÁRCENAS, F., "Ensayo sobre la ceguera... jurídica. Las teorías jurídicas y el derecho entre los ñuú savi" en CORREAS, O. (coord.), *Pluralismo jurídico*, México, Ediciones Coyoacán, 2007, pp. 67 y ss.

Pero se trata de un tema que solamente puedo insinuar; un examen mas profundo nos conduciría fuera de nuestro objeto. Aquí me limito a observar que el tema de la casación y estos mas recientes desarrollos de la experiencia jurídica, confirman que, en el fondo, la transformación del derecho jurisprudencial depende en gran medida de la transformación de las distintas formas de pensar el derecho jurisprudencial.

Es un dato a tener presente, hoy , mientras el tiempo incierto de la globalización nos demanda mayores conocimientos del derecho jurisprudencial originales, capaces de entender las tendencias en curso y de definir éstas la dimensión ordenadora.



Esta obra se terminó de imprimir y encuadernar en abril de 2009 en los talleres de Ediciones Corunda, S.A. de C.V., Panteón núm. 209, Bodega 3, Col. Los Reyes Coyoacán, Delegación Coyoacán, C.P. 04330, México, D.F. Se utilizaron los tipos Serifa Lt Bt de 11, 9, y 8 puntos y Serifa Bt de 18 y 11 puntos. La edición consta de 2,000 ejemplares impresos en papel bond de 75 grs.

