

# Jurisprudencia y creación del derecho

Rafael Lozoya Varela

Estas notas contienen reflexiones sobre aspectos referentes a la Constitución, entendida no como norma jurídica (o no únicamente como tal), sino como hecho político, como esquema de distribución del poder. Tal visión lleva a aludir a la ubicación en la vida pública de la judicatura federal y, dentro de ella de manera especial, la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Los datos que se manejan para lograr ese objetivo, aunque son apreciaciones personales, tratan de tener un sustento empírico (o cuando menos de no estar encerrados en el enrarecido mundo del deber ser), como son las resoluciones que han emitido dichos órganos judiciales. Puede ser cierta la frase de que los jueces hablan por sus sentencias. Sin embargo, lo que debe tomarse en cuenta no son sus palabras, sino los efectos sociales de sus decisiones, incluida la ideología que deriva del discurso con el que se pretende legitimarlas. De ahí que sea aconsejable adoptar una posición crítica sobre la retórica que adorna los considerandos de las piezas forenses. Las decisiones de los tribunales colegiados de circuito y las de la Corte no son sólo determinaciones obligatorias para las partes contendientes. Exceden tal proyección. Toda vez que las directrices normativas que sustentan los fallos (las *rationes decidendi*) son, o pueden llegar a ser, jurisprudencia. Esto es: Prescripciones, de carácter general, tan obligatorias como las Leyes, lo que sugiere que la judicatura es titular de potestades equiparables a las de las legislaturas federales y

estatales. Nuestras observaciones se centrarán, por tanto, sobre el poder de crear derecho despersonalizado mediante el ejercicio de la jurisdicción.

Primeramente se hará referencia a los usos del vocablo jurisprudencia, que ha incrementado con el tiempo su versatilidad semántica. Luego se formularán algunos apuntes sobre la aparición en el sistema jurídico mexicano de la jurisprudencia, como fuente oficial del derecho, así como de su proceso evolutivo. Enseguida se traerán a cuenta algunos datos que sugieren el desbordamiento del derecho jurisprudencial de sus iniciales estrecheces. En el apartado siguiente se intentará destacar lo que son, en los hechos, la interpretación y demás manejos de textos jurídicos que se asimilan a ella. Actividades que, a nuestro juicio, tienen una importancia destacada para evaluar la discrecionalidad de los operadores jurídicos en la aplicación de la Ley y la creación de la jurisprudencia. Después se tratará de comparar estos dos órdenes jurídicos, los acercamientos que pudieran advertirse como productores de derecho y la solución de las eventuales contradicciones entre las normas de uno y otro. Y por último se expresarán algunas fórmulas más o menos sintéticas que pudieran ser consideradas como algo que se parece a las conclusiones.

### **1. Un cambio del significado: La jurisprudencia como orden normativo**

#### **1.1. La jurisprudencia de arrêtes, en el Antiguo Régimen francés**

Como es sabido, en su origen la palabra jurisprudencia no se utilizó para designar normas jurídicas sino para aludir a un saber sobre ellas<sup>1</sup>. Posiblemente la transformación del significado del vocablo pueda rastrearse en el Antiguo Régimen francés, en la práctica social de los tribunales regionales: Los parlamentos (que, en lo político, representaban los intereses de los poderes locales de cara a la autoridad del monarca). De sus sentencias se extraían las

---

*1 En las Instituciones de Justiniano se le alude como ciencia sobre lo justo y lo injusto. En el Derecho Romano la expresión tiene otro contenido, no menos importante, que sin embargo no podemos abordar en esta ocasión: Dictámenes de jurisconsultos sobre la solución de situaciones litigiosas que se les planteaban, mismos que en un principio sólo tenían la fuerza que les daba el prestigio de su autor, aunque en épocas posteriores se les dio carácter oficial. Un ejemplo claro de esto es la llamada Ley de Citas de 438 D.C., incorporada al Código Teodosiano.*

reglas que les servían de apoyo y estas directrices cobraban presencia por su utilización reiterada, hasta ser entendidas como usos. Las que se aceptaban, en alguna medida, en el mundo forense, donde se les atribuía cierta fuerza obligatoria para enjuiciar casos similares. Fue la llamada jurisprudencia de arrêtes «considerada no como una fuente del derecho, sino como una <autoridad>, <dependiendo de los jueces seguirla o no>». Como puede observarse, un vocablo originalmente empleado para describir cierta actividad: El actuar de los juristas incorporó en Francia, en la época aludida, una referencia normativa: Nombrar un vasto conjunto de prescripciones susceptibles de aplicarse a situaciones futuras. Idea que corresponde a la noción moderna de jurisprudencia (o al menos la que es usual en nuestro medio): Creación de preceptos de derecho de carácter general, establecidos a través de la práctica de los jueces<sup>2</sup>.

Sin embargo, la jurisprudencia de arrêtes tenía una enorme dosis de discrecionalidad, debido a la pluralidad y a la laxitud del derecho que operaban los parlamentos; no era uniforme, dado que se trataba de tribunales regionales, y su difusión fue desordenada e imperfecta. Por lo que no es extraño que suscitara críticas, especialmente en una época de inconformidad política, como fue la de finales del siglo XVIII. Finalmente, en vísperas de la Revolución, quedó desacreditada, y después, cuando se disolvieron los parlamentos, desapareció.

### 1.2 La primacía de la Ley como consigna revolucionaria

Paralelamente, en un ámbito diverso a lo forense, en el mundo de los filósofos, de los teóricos y de los pensadores políticos se generaba una nueva mentalidad antitradicionalista: La de la Ilustración. Esta cultura propuso el paradigma de un nuevo Estado, basado en criterios de racionalidad, opuestos al pensamiento medieval. Entre tales planteamientos figuró la centralización del poder político en la persona del monarca, su fortalecimiento frente a la Iglesia, la nobleza y las castas judiciales, por lo que se consideró que la Ley, entendida como mandato del soberano, era uno de los

---

2 J. L. HALPERIN: *Orígenes de la Noción Moderna de Jurisprudencia. Una Obra Jurídica del Tribunal de Casación Bajo la Revolución Francesa. En Carlos Petit (Coordinador): Derecho Privado y Revolución Burguesa. Madrid, Marcial Pons, 1990, p. 136.*

instrumentos básicos para esos propósitos de modernización<sup>3</sup>. Además, la legislación como fuente formal prioritaria del orden jurídico era el instrumento «necesario para actuar profundas reformas sociales que responda a principios de racionalidad y de justicia: La ley debe ser general y abstracta y la certeza del derecho debe ser garantía porque sólo así pueden ser respetados los derechos del hombre»<sup>4</sup>. Estos lineamientos, políticos y jurídicos, que llevaban a abatir la autoridad de los jueces como creadores de normas jurídicas ancladas en lo pretérito, fueron divulgados por influyentes pensadores, entre otras, por Montesquieu y Beccaria, quienes propusieron reducir la jurisdicción a un puntual acatamiento de las palabras del legislador, en esta operación de mera obediencia judicial que no tendría cabida la labor interpretativa. Ya que interpretar, como una labor de creación jurídica, era una atribución reservada a la potestad del soberano, a quien se identificaba con el monarca<sup>5</sup>.

Dentro de estos lineamientos, la Revolución Francesa fue la exaltación de la Ley, a la que rindió culto como expresión de la voluntad popular. Consecuencia de tal postulado fue la abolición de los parlamentos del Antiguo Régimen, símbolos y bastiones del despotismo judicial.

### 1.3. La nueva jurisprudencia

En 1790 se fundó el Tribunal de Casación, creado casi como apéndice del Poder Legislativo y concebido, más que como órgano jurisdiccional, como instrumento de vigilancia de la legalidad. Estaba facultado para anular (casser) las sentencias que quebrantaran la Ley, sin atribuciones para pronunciarse sobre el fondo del litigio, cuestión esta última que correspondía al juez de origen. Simultáneamente se instituyó el *référé législatif*, procedimiento que abría la posibilidad de acudir ante el Cuerpo

---

3 L. PRIETO SANCHIS: *La Filosofía Penal de la Ilustración*. México, INACIPE, 2003, pp. 19-20. En este texto se plantea que la Ley fue entendida por los ilustrados como refuerzo del poder del monarca de cara a otros poderes políticos, al tiempo que como límite ante los súbditos.

4 M.A. CATTANEO: *Iluminismo y Legislazione*. Milán, Edizione di Comunità, 1966, p. 24. 5. Los textos, de sobra conocidos, son: *El Espíritu de las Leyes*, Libro Undécimo, Capítulo VI, donde se señala que los jueces sólo son la boca que pronuncia las palabras de la Ley. Y por otra parte en *De los Delitos y de las Penas*, Capítulo IV, se plantea, a través de preguntas retóricas, que no es el juez quien debe interpretar la Ley sino el soberano, «depositario de la actual voluntad de todos».

Legislativo para que se pronunciara, con efectos vinculatorios, sobre la interpretación de un texto legal controvertido ante los tribunales<sup>6</sup>. Durante sus primeros años de existencia, el Tribunal de Casación fue parco. Se concretó a establecer, sin dar mayores razones, si la sentencia combatida incurría en contravención flagrante a algún texto de la Ley, mismo que transcribía de manera literal. Sin embargo, a partir de 1792 desarrolló de manera discreta una labor de creación jurídica. A la que se vio orillado por la necesidad de amoldar la aplicación de la nueva legislación revolucionaria, fraccionada y dispersa en sus primeras manifestaciones, con el derecho preexistente de carácter consuetudinario en el que además abundaban referencias al derecho romano. A partir de este material se elaboraron «verdaderas teorías jurisprudenciales». «Ya no se trataba sólo de explicar una expresión o una disposición de la Ley, sino de extraer, mediante combinación de varios artículos, principios o normas implícitamente contenidas en la Ley, aun cuando no estuviesen expresamente detalladas»<sup>7</sup>. La jurisprudencia que se rechazó en el siglo XIX fue la del Antiguo Régimen, no la del Tribunal de Casación. Esta, en contraste con aquélla, resultaba uniforme, libre de contradicciones, apegada a la Ley y eficazmente divulgada por publicaciones oficiales y particulares.

Contribuyeron a darle mayor presencia: La supresión en 1800 del *référé* obligatorio y cuando en 1837 se votó una Ley que atribuía autoridad a la ahora llamada Corte de Casación sobre los jueces de instancia. Debe consignarse, sin embargo, que 1815 a 1830 los tratadistas de derecho no aceptaron la doctrina del Tribunal, lo que se atribuyó al florecimiento de la escuela de la exégesis y al espíritu reaccionario de cierto número de magistrados, nombrados durante la Restauración<sup>8</sup>. Más adelante, empero, se pudo leer en el *Journal du Palais* un testimonio que destacaba la influencia jurisprudencial en la creación del orden jurídico, la que rivalizaba con la de la legislación. «La jurisprudencia no es solamente, como se repite a diario, el comentario y el complemento de la Ley existente, pues, entonces, tendría como único objeto mantener y consolidar la Ley, mientras que la jurisprudencia ejerce contra la Ley una acción

---

6 CALAMANDREI, P: *Casación Civil. Buenos Aires, EJEJA, 1959, pp. 33-34.*

7 HALPERIN, obra citada, p. 144.

8 HALPERIN, obra citada, p. 155.

9 Referencia en HALPERIN, obra y página citadas en la nota anterior.

## **Tribunal Estatal Electoral**

disolvente, y ampliándola sin cesar aspira a reemplazarla»<sup>9</sup>.

Aunque el orden jurídico francés estuvo basado fundamentalmente en la legislación y más aún fue el paradigma de la codificación, el derecho general y abstracto construido en el quehacer judicial no dejó de tener importancia. Es más, se ha sostenido con apoyo en situaciones atendibles que «la jurisprudencia moderna nació bajo la Revolución» y que la actividad del Tribunal de Casación fue la que la marcó con los «nuevos caracteres que han quedado fijados hasta nuestros días»<sup>10</sup>.

De acuerdo con estos datos es posible entender que esta fuente de producción normativa no careció de importancia y de significación en el derecho que siguió al movimiento revolucionario y que se extendió durante el siglo XIX, no obstante que ese orden jurídico tradicionalmente se ha considerado como un sistema basado fundamentalmente en la legislación.

## **2. Referencias históricas sobre la jurisprudencia en México**

### **2.1. La jurisprudencia mexicana y las primeras leyes sobre el juicio de amparo**

En el llamado mundo occidental, o más precisamente europeo-americano, se encuentran dos tradiciones jurídicas: La romanística (o del civil law) y la anglosajona (o del common law), que en términos generales corresponden a las naciones de Europa Continental y Latinoamérica, por una parte, y a Inglaterra y a Estados Unidos por la otra. Una opinión simplista, que sólo se puede aceptar con muchas reservas, establece la diferencia básica entre esos sistemas se encuentra en el predominio de diversas fuentes de producción jurídica. En el civil law domina el derecho establecido por las legislaturas, representativas de la voluntad popular, mientras que en el common law, el de origen judicial, esto es, el basado en el stare decisis<sup>11</sup>. De acuerdo a estos supuestos resulta extraño, cuando menos, la relevancia que tiene en México el derecho producido por vía de jurisprudencia, aunque tales premisas explican la razón por la cual se desconoce o se pretende ignorar su importancia,

---

<sup>10</sup> HALPERIN, *ob. cit.* p. 156.

<sup>11</sup> J.H. MERRYMAN: *La Tradición Jurídica Romano-Canónica. México, Fondo de Cultura Económica, 1971, pp. 13-21.*

especialmente en ámbitos académicos. De aquí que sea conveniente aludir a los antecedentes sobre el tema y sobre todo intentar valorar la significación actual de esta forma de producción normativa.

Un primer acercamiento sugiere que el desarrollo del derecho jurisprudencial está vinculado al juicio de amparo. Que cobró significación en la medida en que el uso de este procedimiento se convirtió, desde el punto de vista constitucional, en el instrumento medular del sistema. Tal instrumento procesal, producto del liberalismo federalista que fue la ideología triunfante de la segunda mitad del siglo XIX, se asentó de manera permanente en la Constitución Federal de 1857. Los objetivos explícitos que se le atribuyeron fueron los de anular, mediante resolución de los tribunales, los actos de gobierno y las Leyes que vulneraran los derechos del hombre o rebasaran la órbita de competencia entre Federación y entidades federativas. Sin embargo, el sentido de uno de los textos básicos constitucionales, el que se ha dado en llamar la «cláusula Otero», resultaba poco propicio para el progreso jurisprudencial. Dado que proscribió otorgar efecto general a las declaraciones de inconstitucionalidad y redujo su eficacia al «caso especial sobre el que verse el proceso». Este lineamiento fue recogido en las primeras Leyes sobre el juicio de amparo de 1861 y 1869, que establecieron que las sentencias de amparo «sólo favorecen a quienes hubieren litigado... (y) nunca podrá(n) alegarse por otros como ejecutorias, para dictar las Leyes o las providencias que las motivaron». Sin embargo, tales vetos formales no parece que hayan eliminado la existencia, aunque fuere poco visible, de las normas creadas por la práctica de la Suprema Corte. La aceptación de la jurisprudencia, por el contrario, fue estimulada por otros dispositivos jurídicos. La Ley de 1869 instituyó a ese Tribunal como la instancia última de todos los juicios de amparo y al año siguiente se creó el Semanario Judicial de la Federación, que sirvió de medio efectivo para la divulgación oficial de las sentencias (cuya difusión en la prensa había sido ordenada desde 1861). De aquí que deba considerarse viable que con base en la autoridad del Máximo Órgano Judicial de la Nación, y en la repetición de sus decisiones hubieran impuesto, por vía de costumbre, la observancia de sus criterios normativos. Emilio Rabasa (1856-1930), a quien puede considerarse como informado testigo de lo ocurrido en los medios forenses de la

época, alude a que «algunas resoluciones de la Corte fueron sentando precedente en la buena época, resoluciones que ella misma mantenía en sus fallos y citaba en sus discusiones; con los precedentes iba fijándose la interpretación de preceptos constitucionales y llenándose los vacíos de las Leyes del procedimiento». Más adelante señala que: «El derecho consuetudinario... indispensable para complementar la Ley escrita, no se forma sino por la repetición de actos que consagran una doctrina, un principio, una interpretación»<sup>12</sup>.

La jurisprudencia en esos tiempos fue un modo de construcción jurídica que operó, aunque no fue reconocido por el derecho institucionalmente promulgado (e incluso a pesar de que este orden jurídico, de alguna manera, lo reprobó). Desde luego no fue fuente formal de derecho, sino *extraordinem*, sustentada no en actos sino en hechos normativos<sup>13</sup>.

### 2.2. El reconocimiento legal de la jurisprudencia

La necesidad de uniformar el derecho constitucional dio lugar a que se reconociera expresamente que la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación fuera obligatoria para los demás órganos de la judicatura federal. En 1778, Ignacio Mariscal, quien había sido ministro del presidente Juárez, publicó un folleto sobre *Algunas Reflexiones Sobre el Juicio de Amparo*. Uno de sus comentarios fue que para entender y aplicar la Constitución, su «intérprete final y decisivo» debe ser ese Cuerpo Judicial en sus resoluciones sobre la materia. Que las sentencias de amparo «tienen dos fines: El uno directo, resolver el caso que se presenta; el otro indirecto, fijar el derecho público o constitucional, con la inteligencia que en ellas se diere a la Constitución»<sup>14</sup>. Posteriormente, Ignacio Vallarta desarrolló esta idea en 1881 al lamentar que ni siquiera los tribunales han entendido el «efecto indirecto» de las sentencias de amparo de «determinar el sentido, la inteligencia de un texto constitucional dado, fijando así el derecho público de la Nación. Y

---

12 *El Juicio Constitucional* (Nueva York, 1924). Reproducción facsimilar en el *Artículo 14 y el Juicio Constitucional*, México, Porrúa, 1955, pp. 309-310.

13 N. GASCON DEL AVELLAN: *El Concepto de Fuentes de Derecho. La Naturaleza Política del Sistema de Fuentes*. En J. Betegón y otros: *Lecciones de Teoría del Derecho*. Madrid, McGraw-Hill, 1997, p. 207.

14 *El estudio de Mariscal fue reimpresso en la Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia de la Universidad de México*, t. VI, enero-junio de 1944, Nos. 21-22. El texto citado corresponde a la página 231.

es que entre nosotros está enraizada la preocupación, la creencia de que las cuestiones constitucionales no se resuelven sino por actos legislativos». En cambio, los norteamericanos «con menos Leyes orgánicas que las que nosotros pedimos, y con más vacíos en su Constitución que los que la nuestra contiene, poseen en las ejecutorias de sus tribunales la jurisprudencia constitucional más completa que un pueblo puede desear. Allá una opinión de Marshall vale tanto como una Ley»<sup>15</sup>.

La Ley Orgánica de los artículos 101 y 102 de la Constitución Federal de 1882 recogió los planteamientos que, al respecto, formuló Vallarta. La Exposición de Motivos del Proyecto señaló que la Suprema Corte de Justicia de la Nación es el «supremo intérprete constitucional» y que llevar esa verdad al campo de la realidad conduce a aceptar, como criterio de decisión, la jurisprudencia que finque a través de sus resoluciones. Al promulgarse el Artículo 70 estableció que los jueces de distrito incurren en delito por: «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 trató realmente de un precepto punitivo del que podía derivarse como norma la obligatoriedad, por reiteración de criterios, de la jurisprudencia. A la que, con tal disposición, se le confirió la condición de fuente formal del orden jurídico (o sea de un procedimiento válidamente instituido por el derecho para la creación de las propias normas del sistema).

### 2.3. Las legislaciones sobre amparo anteriores a la vigente

Sin embargo, el Código de Procedimientos Federales de 1897, que emitió el presidente de la República en uso de facultades delegadas, donde se reguló el aspecto procesal del juicio de amparo, desautorizó el orden jurisprudencial. Sin siquiera hacer alguna referencia a éste, en los trabajos preparatorios, suprimió el dispositivo que hubiera correspondido al texto transcrito. Si se tiene en cuenta que el ordenamiento aludido fue emitido en pleno porfirismo, resulta verosímil entender que esa directriz estaba encaminada a reforzar el esquema presidencialista, dado que debilitaba el protagonismo

---

<sup>15</sup> *El Juicio de Amparo y el Writ of Habeas Corpus (1881). Reimpreso en México, Porrúa, 1975, pp. 321-322.*

## **Tribunal Estatal Electoral**

de la judicatura federal al privarla de funciones de creación jurídica<sup>16</sup>.

El Código Federal de Procedimientos Civiles de 1908, expedido bajo la misma autorización del Congreso, restauró la jurisprudencia como fuente formal. La razón que se dio sobre el particular fue la necesidad de uniformar las resoluciones judiciales para evitar que «donde hallamos una ejecutoria para fundar un derecho, encontramos otra para destruirlo». Los preceptos de la nueva Ley fueron menos represivos para los jueces de distrito. Por una parte, no consideró delictuoso que se apartaran de los lineamientos fijados por la Corte y, por la otra, estableció a cargo de los litigantes la invocación de la norma jurisprudencial, lo que debió aligerar la obligación de aquéllos de someterse a la disciplina impuesta por sus superiores. El derecho derivado del ejercicio jurisdiccional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación entrañó «una limitación tanto a la idea de que las sentencias sólo producen efectos entre las partes, como al principio de que el amparo no beneficia mas que al quejoso»<sup>17</sup>. No obstante, su ámbito de operación fue pobre: Sólo podía referirse a los textos constitucionales y Leyes federales, y únicamente obligaba a órganos judiciales del fuero federal. Según el informe del Ejecutivo que acompañó a la nueva Ley, si se desbordaran tales límites se invadiría la autonomía de los Estados, y si la labor de los tribunales fuera más allá de colmar omisiones y aclarar dudas legislativas «valdría tanto como suplantar la Ley expresa con la jurisprudencia y, esto, sobre ser un atentado, importaría la subversión llevada al último grado del absurdo».

La Ley de Amparo de 1919 siguió en lo esencial los lineamientos de la precedente, incluso en el sentido de que únicamente el Pleno de la Corte podía sentar jurisprudencia, la que debía versar sobre Leyes federales y, se añadió, sobre «tratados celebrados con las potencias extranjeras». La que, en estas materia, debía ser acatada incluso por los tribunales de las entidades federativas.

---

16 L. CABRERA ACEVEDO. *La Jurisprudencia. En Suprema Corte de Justicia de la Nación: La Suprema Corte y el Pensamiento Jurídico, México, 1985, p. 248.*

17 CABRERA, *ob. cit.* p. 251.

## 2.4. La legislación vigente

### 2.4.1. Texto primitivo

Al promulgarse la Ley de Amparo vigente (D.O.10.01.36) reguló la materia con esquemas similares a las dos que le precedieron. En su texto primitivo, sin embargo, facultó a las Salas de la Corte para establecer jurisprudencia por reiteración (Artículo 193). Y añadió a la lista de tribunales que debían someterse a la jurisprudencia a las juntas de conciliación y arbitraje (Artículo 194). Prevalció la regla de que esa fuente formal «sólo podrá referirse a la Constitución y demás Leyes federales» (Artículo 192). No obstante esta limitante, el derecho producido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a través de sus resoluciones en juicios de amparo, adquirió importancia notable en el foro mexicano.

Como testimonio de este hecho pueden servir las referencias contenidas en un libro sobre el tema, escrito a finales de la primera mitad del siglo XX, en el que puede leerse que: Dado que tal juicio procedía incluso por «infracción a la Ley común», la labor jurisprudencial de la Corte abarcaba la interpretación de textos legales de todo orden, inclusive los de las legislaciones estatales, por lo que las directrices marcadas por ella resultaban obligatorias, aunque no lo señalara la Ley, para todas las autoridades, «por lo inútil que resultaba en último extremo actuar en contrario». La disidencia de cualquier autoridad judicial sería una rebeldía estéril y finalmente sofocada por los tribunales federales<sup>18</sup>.

Hubo en algunos círculos académicos e inclusive judiciales un rechazo de baja intensidad a la aceptación del derecho jurisprudencial, que carecía de legitimidad derivada de la Constitución y cuya imposición se debía a las prácticas de los órganos judiciales. Una manifestación de esta índole aparece en un artículo periodístico elaborado por un profesor de la Universidad de México.

---

18 . R. LEON ORANTES: *El Juicio de Amparo*. México, Editorial Constanca, S.A., 1951 (2ª edición), p. 354. El pasaje citado corresponde a la primera edición de 1941.

19 H. FIX-ZAMUDIO: *Breves Reflexiones acerca del Origen y de la Evolución de la Jurisprudencia Obligatoria de los Tribunales Federales*. *Lecturas Jurídicas*, Universidad de Chihuahua, No. 41, Oct-Dic 1969, pp. 93-94, alude a alude a publicación de Eduardo Pallares, maestro de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, en el *Diario El Universal* de 31 de enero de 1950. Cabrera Acevedo, en la obra citada, p. 264 se refiere, aunque no de primera mano, a un sentencia del magistrado Enrique Colunga, de octubre de 1937, «en la que estimó inconstitucional la jurisprudencia por invadir facultades del Poder Legislativo...»

## **Tribunal Estatal Electoral**

Y hay referencias de que un magistrado del Tribunal Superior del Distrito Federal rechazó en sentencia la obligatoriedad de la jurisprudencia<sup>19</sup>.

### 2.4.2. Las reformas a la Constitución y a la legislación

#### A) Las reformas de 1951

A mediados de siglo hubo importantes reformas a las bases constitucionales del juicio de amparo (D.O.19.02.51), entre ellas la de elevar al nivel de la Ley Fundamental la jurisprudencia. Con lo que se purgaban los escrúpulos sobre el que se consideraba como su vicio de origen: No estar consagrada en el ordenamiento supremo de la República. En la fracción XIII del Artículo 107 de éste se estableció que: La legislación secundaria establecería «los términos y casos» de su obligatoriedad.

En esa misma ocasión hubo otra enmienda importante para el tema que nos ocupa: La creación de tribunales de circuito a los que se asignó competencia para la resolución de juicios de amparo, con el fin de aligerar la carga de trabajo que gravitaba sobre a la Suprema Corte. El funcionamiento de estos órganos jurisdiccionales planteaba, desde luego, la posibilidad de que hubiera resoluciones basadas en criterios antagónicos; para superarlos se facultó a ese Tribunal para que determinara la tesis que debía prevalecer, sin que tal decisión incidiera sobre casos ya juzgados.

Las disposiciones legislativas mediante las que se instrumentó la reforma, publicadas simultáneamente con las enmiendas a la Constitución, establecieron al lado del procedimiento casi consuetudinario de formación de jurisprudencia por reiteración, el de superación de tesis contradictorias (artículos 195 y 195 bis), mismo que puede considerarse cualitativamente distinto del anterior. Al margen de lo dispuesto en los preceptos constitucionales relativos, en la Ley se facultó al Pleno para conciliar las tesis contradictorias que susceptibles de producirse entre las salas (Artículo 195 bis). Irregularidad que posteriormente se saneó mediante la reforma constitucional de 1967.

#### B) Las reformas de 1967-68

Las normas relativas a la formación de jurisprudencia fueron expulsadas de su sitio original en el Artículo 107 de la Constitución,

sede de las reglas básicas del juicio de amparo, e incorporadas al 94 de ese ordenamiento, lugar reservado para las diversas atribuciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en lo diversos asuntos a su cargo (D.O.25.10.67). Mudanza que significó emancipar del procedimiento que había dado origen a esa fuente formal y hacerla operativa en cualquier litigio de la jurisdicción federal. Sin embargo, no fue un traslado meramente literal, dado que se dispuso que «la Ley fijara los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los tribunales del Poder Judicial de la Federación sobre la interpretación de la Constitución, Leyes y reglamentos federales o locales y tratados internacionales», texto que simplemente reconoció lo ocurrido desde hacía décadas en la práctica social: a) subordinación del orden jurídico del país, federal o estatal, público o privado, al filtro de su reformulación por la judicatura federal y b) centralización del control judicial al someter a la totalidad de los órganos de la judicatura nacional más que a los textos legislativos, federales o locales, a su interpretación por la Corte y por los colegiados de circuito.

Al implementar los cambios constitucionales en la legislación (D.O.01.02.68) se atribuyeron a los tribunales colegiados de circuito la potestad de crear jurisprudencia por reiteración de criterios (Artículo 193 bis), con vigencia limitada a los órganos judiciales «que funcionen dentro de su jurisdicción territorial»<sup>20</sup>. Y en el Artículo Noveno Transitorio se les facultó para interrumpir la que previamente había consolidado la Suprema Corte, en la época en que le correspondía juzgar de cuestiones que luego fueron del ámbito competencial de los colegiados<sup>21</sup>.

### C) La Suprema Corte como poder político

Una tradición cuyo nacimiento puede ubicarse en la segunda mitad del siglo XIX y que prosiguió durante casi todo el siglo XX se centró en la idea de que los tribunales no debían tener injerencia en

---

20 En la actualidad el texto aparece en el Artículo 193 y la referencia al ámbito territorial que se entrecomilló fue suprimida con posterioridad (D.O.05.01.88).

21 Fue la llamada, en el lenguaje usual del foro, «jurisprudencia congelada». Esto es: La que instituyó en el pasado la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre cuestiones que habían sido de su competencia, pero luego, con motivo de la creación de los tribunales colegiados y la ampliación de su ámbito de conocimiento, le fueron ajenas. Tesis que, de respetarse estrictamente la superior jerarquía de aquel Tribunal, no podían ser modificadas por éstos.

cuestiones políticas, especialmente las electorales. Esta ideología, en la que se consagra lo jurídico como perteneciente a un ámbito idealizado cuya pureza debía preservarse a toda costa, sirvió, en realidad, como uno de los pilares de la cultura del presidencialismo autoritario. Correspondió a la mentalidad característica del gobierno porfirista y que continuó con los regímenes revolucionarios que, pese a su aversión al general Díaz, la aprovecharon de manera ejemplar. Fue la prédica de mantener la pureza del templo mayor de la justicia mexicana, la Suprema Corte, de salvarla de la contaminación del lodo producido por las contiendas por el poder. Incluso algún constitucionalista de prestigio no vaciló en acudir a la retórica destinada a acuñarse en frases de bronce al expresar que «si la Corte interviniera en la política electoral con intención de sanearla, podría contraer la enfermedad pero no curarla»<sup>22</sup>.

Esta tradición cedió, sin embargo, desde las últimas décadas del siglo pasado, en coincidencia con el desmoronamiento del presidencialismo mexicano. Primeramente se cambió el texto del Artículo 104 Constitucional, que atribuía a la Corte el enjuiciamiento de controversias que se suscitaban entre los poderes de la Federación y de los Estados, cuestiones que debido a la uniformación política de la República desde los años treinta a los setenta del siglo XX sólo en casos extremos se le habían planteado (DO.31.12.94.). La novedad fue incluir, entre los sujetos involucrados en tales disputas, a los ayuntamientos municipales, lo que, aunado al emergente pluralismo partidista, estimuló el surgimiento de esta clase de juicios.

Por otra parte, se instituyeron las llamadas acciones de inconstitucionalidad, que fueron mecanismos jurídicos novedosos de control de la regularidad de las Leyes. Se trata de procedimientos judiciales activados por reclamaciones de minorías legislativas o del procurador general de la República, ante el Pleno de la Suprema Corte de Justicia, y su objetivo es el impugnar por su mera promulgación (no por su ocasional aplicación) normas generales emanadas del Congreso de la Unión o de las legislaturas de las entidades federativas que pudieran contrariar la Constitución y otras

---

22 : La expresión es de Felipe Tena Ramírez en su libro *Derecho Constitucional Mexicano* (1944). Se consultó la undécima edición, México, Porrúa, S.A., 1983, p. 549. Los diputados constituyentes de 1917, Hilario Medina y Paulino Machorro Narváez, utilizaron expresiones similares; al respecto véase, entre otros, a Miguel González Avelar: *La Suprema Corte y la Política*, México, UNAM, 1979, pp. 26-27.

de menor rango. Se estableció, en la Ley Reglamentaria, que las sentencias, votadas con mayoría calificada, en las que se reprobaran esas disposiciones, tendrían como efecto su derogación. El texto del 94 señaló que no procedía acción de inconstitucionalidad contra las Leyes electorales. Sin embargo, esa exclusión se levantó con la reforma de agosto de 1996 (a la que aludiremos en el párrafo siguiente), que habilitó a los partidos políticos para controvertir esas piezas legislativas.

El síntoma más claro del desplome del escrúpulo abstencionista de las autoridades jurisdiccionales en política fue el establecimiento de tribunales para resolver los conflictos surgidos en elecciones federales (ejemplo que fue seguido, casi como una obligación rutinaria, por los Estados). Ante los defectos de la legislación en materia de procesos comiciales, fue significativa, para la elaboración de criterios de decisión de las contiendas, la producción jurisprudencial de esos órganos. La que primeramente fue poco perceptible, aunque no menos eficiente, y con el tiempo cobró presencia destacada. En el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales de agosto de 1990 se facultó expresamente a las instancias de mayor jerarquía del Tribunal Federal Electoral para crear jurisprudencia obligatoria, ya fuera por reiteración de criterios o por superación de tesis contrapuestas, e incluso por revalidación de las tesis emitidas con anterioridad. Y finalmente, la aludida reforma constitucional de 1996 (D.O.22.08.96) planteó una significativa transformación de la jurisdicción electoral. Creó el Tribunal Electoral como integrante del Poder Judicial de la Federación al que dotó de facultades relacionadas con la calificación de elecciones de los poderes federales, inclusive la del presidente de la República. Le confirió competencia para juzgar controversias planteadas por los ciudadanos, con motivo de sus derechos para asociarse con fines políticos, para sufragar y acceder a cargos de representación popular. También lo facultó para resolver, mediante juicio de revisión, cuestiones electorales locales. Y, sobre lo que interesa a nuestro tema, la autorizó para crear normas jurídicas impersonales, esto es para «fijar criterios de jurisprudencia obligatoria en la materia» (Artículo 99, párrafo sexto).

Aquí habría que considerar una importante limitación: Quedó

## **Tribunal Estatal Electoral**

excluida de su jurisdicción el pronunciarse sobre la constitucionalidad de las Leyes electorales, atribución que, como ya se hizo notar, se asignó al Pleno de la Suprema Corte, al que también se le confirió potestad para superar las tesis contradictorias que pudieran surgir entre el Tribunal Electoral y los órganos de mayor jerarquía de ella (Artículo 99, párrafo Quinto y 105, Fracción D).

### **3. La expansión del derecho jurisprudencial**

La evolución de la jurisprudencia de los tribunales federales ha mostrado un incremento aceleradamente expansivo. Basta recordar su origen, que puede remontarse a la época de la segunda Ley de Amparo (1869), donde sólo tuvo una presencia clandestina y compararla con su expresión actual, en que ha sido elevada a los textos legales y legitimada por la propia Ley Fundamental. Este desarrollo histórico, que se intensificó desde fines del siglo XIX coincidió, sobre todo en las últimas fechas, con el fortalecimiento político del Poder Judicial de la Federación y en especial con el de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Un recuento superficial permite poner de manifiesto los siguientes indicadores que revelan esa transformación.

A) Han aparecido, dentro de la judicatura federal, nuevas agencias facultadas por textos constitucionales, para crear derecho por vía judicial. En un principio fue atribución del Pleno de la Corte, posteriormente de sus salas, enseguida de los múltiples tribunales colegiados, distribuidos a lo largo y a lo ancho del territorio nacional, y por último, del actual Tribunal Electoral.

B) El derecho jurisprudencial cobró paulatinamente aplicación obligatoria y sometió a todos los tribunales del país, lo que significó la centralización de la justicia a costa del desvanecimiento del esquema federalista.

C) La legislación, como materia prima del quehacer jurisprudencial, abarcó no sólo textos de la Ley Fundamental, normas federales y tratados internacionales, como en un principio, sino Leyes de los Estados e inclusive reglamentos municipales. Lo que, llevado al extremo, significa que: Sólo es derecho efectivo el que ha pasado por el filtro de reconocimiento de la judicatura federal.

D) Con el correr de los tiempos emergieron nuevos procedimientos, más amplios y más flexibles, para formalizar la jurisprudencia como fuente de derecho. El método tradicional fue el de la incidencia de «cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario», establecido por Ignacio Vallarta. La legitimidad de este orden jurídico descansaba en la costumbre judicial. Las reglas generales, que podían extraerse mediante un ejercicio de abstracción del fallo judicial, estaban matizadas por las específicas circunstancias que habían rodeado el litigio.

Luego apareció el esquema de fijar jurisprudencia mediante la superación de criterios opuestos de tribunales subordinados a la Corte, lo que obedeció a una dinámica diferente. En la que se minimizaba la influencia de lo concreto, de los hechos que habían provocado los criterios opuestos de las resoluciones en pugna. Puede pensarse que, de esta forma, la elección de la directriz que debía prevalecer tiende a orientarse no a lo ocurrido sino a las situaciones que podían ocurrir. No al pasado, como la sentencia, sino a lo porvenir, como la Ley. Actitud que muestra ostensibles afinidades con el procedimiento legislativo, que se guía por los lineamientos parlamentarios que tienden a considerar la regla desde una óptica abstracta. Lo que vendría a ser una fuente formal que pudiera clasificarse como deliberada, en el sentido de que se trata de un acto ejecutado con la intención de establecer reglas jurídicas generales, en oposición a las normas derivadas del ejercicio jurisdiccional que tiene carácter espontáneo, creado no a propósito sino por vía colateral<sup>23</sup>. En vista de que el trabajo judicial tiene como finalidad decidir un conflicto mediante la construcción de una norma personalizada y sólo de manera eventual acuñar una regla general.

A lo anterior cabría agregar que la propia jurisprudencia amplió de manera poco ortodoxa las atribuciones de la Corte para dirimir tesis contradictorias. El Artículo 197 de la Ley de Amparo faculta al Pleno para decidir «cuál es la tesis que debe observarse», con

---

23 C.S. NINO: *Introducción al Análisis del Derecho*. Barcelona, Editorial Ariel 1987, p. 151. Al respecto señala que «es válido afirmar que los jueces en conjunto pueden dar origen a normas jurídicas generales. No quiere ello decir que el cuerpo judicial sancione deliberadamente normas de esa índole (como sí lo hace con las sentencias). Los precedentes surgen a través de las razones que determinaron cierta decisión (lo que se llama la ratio decidendi del fallo) y que son obligatorias en casos análogos para los tribunales inferiores o de menor jerarquía».

clara referencia a las que están en contradicción y dicho Tribunal, sin tomar en consideración esta concordancia gramatical, entendió la expresión como permiso «para acoger un tercer criterio, el que le parezca correcto...»<sup>24</sup>.

Finalmente, dentro de los procedimientos de controversias constitucionales y de acciones de inconstitucionalidad apareció otro modo, que pudiera calificarse de instantáneo, de generar jurisprudencia, mediante la emisión de una sola sentencia del Pleno de la Corte, votada por mayoría calificada, que declare la invalidez de una norma legal<sup>25</sup>. El uso de este procedimiento de derogación judicial del derecho legislado supuso el abandono de la costumbre judicial como sustento de la jurisprudencia y el debilitamiento de la llamada «cláusula Otero», con la que se había pretendido hacer del juicio de amparo un instrumento discreto y prudente, de solventar en forma apacible los conflictos de los poderes fundamentales de la República.

A pesar de las mitologías en uso, la Suprema Corte de Justicia siempre ha estado involucrada en la política nacional, pese a que su presencia hubiera sido poco visible. Sin embargo, a partir de las reformas constitucionales de los años noventa no se pudo disimular su papel protagónico, dado que, entre otras funciones, se convirtió en instancia de decisión de las reclamaciones de los municipios a Estados y Federación, así como de las inconformidades de las minorías legislativas y partidos políticos<sup>26</sup>.

---

24 *Jurisprudencia sentada en los años 1990 y 1991 por la que fue la Cuarta Sala, publicada en el Apéndice al Semanario Judicial de la Federación del año 2000, tomo VI, p. 99, bajo el rubro: «Contradicción de tesis. No tiene que resolverse invariablemente declarando que debe prevalecer uno de los criterios que la originaron, puesto que la correcta interpretación del problema jurídico puede llevar a establecer otro» (R. 917656). En adelante, el Semanario Judicial de la Federación se mencionará mediante sus iniciales y, por lo regular, sólo se hará referencia al rubro y al número del registro de la tesis en los discos compactos editados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.*

25 *Las fracciones I y II del Artículo 105 Constitucional disponen que las declaraciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre invalidez de normas tendrán efectos generales, si son aprobadas por una mayoría calificada.*

26 K. ANSOLABEHERE: *La Suprema Corte de Justicia y la Política; Arbitro sin Contrapesos. En Nexos, Año XXVII, No 329, Mayo 2005, p. 41.*

#### 4. Jurisprudencia e interpretación

##### 4.1. Los modos de entender la interpretación

El proceso de interpretación de los textos jurídicos ha sido entendido a través de la historia de modo diferente, los que pueden reconducirse a dos modelos teóricos extremos: El formalista y el realista<sup>27</sup>. El primero entiende esa labor como el descubrimiento de la norma jurídica preexistente que el legislador plasmó en el enunciado legislativo que decidió promulgar (o que aprobó el constituyente o el titular de la facultad reglamentaria). De acuerdo a esta perspectiva, la labor del intérprete es fundamentalmente intelectual, cognoscitiva; trata de descubrir, de recrear algo dado de antemano. El precepto legal expresa un deber ser establecido previamente, que puede estar manifiesto o escondido en la fraseología con que se le expresa. Si se aceptan estas premisas debe entenderse que sólo hay una interpretación correcta, o más precisamente una sola verdadera; las otras que pudieran derivarse del texto, aunque se ajusten a su literalidad, son falsas por no corresponder, por traicionar, el pensamiento de quien creó (o de quienes instituyeron) el imperativo legal.

La idea anterior con frecuencia se complementó en los sistemas europeos decimonónicos (especialmente los codificados), con el dogma de la plenitud del orden jurídico, bajo la premisa de que si éste no contiene reglas específicas para todos los problemas que pudieran presentarse, su manejo por juristas expertos es capaz de develarlas. El juez está sometido a las Leyes claramente escritas en los textos o susceptibles de extraerse de ellos; su deber es aplicarlas en las situaciones que se le plantean. No está facultado para crear normas generales, hay una separación rígida entre jurisdicción y legislación.

El esquema realista ostenta rasgos opuestos a los señalados. Da por entendido que lo que se interpreta no es el derecho sino las frases, las palabras que aprobó el cuerpo legislativo. Que las normas jurídicas no son el presupuesto de la interpretación sino su resultado.

---

27 G.R. CARRIO: *Sobre la Interpretación en el Derecho. En Notas Sobre Derecho y Lenguaje.*- Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1994, pp.56-70, y R. GUASTINI: *Estudios Sobre la Interpretación Jurídica.* México, UNAM y Editorial Porrúa, 2004, pp. 13-19. *A quien seguimos en estas distinciones con algunas licencias.*

Los enunciados jurídicos, entre ellos los legislativos (que son los que tomaremos de referencia), no están troquelados en lenguaje absolutamente riguroso, como pudiera ser el simbólico de la lógica o la matemática, sino en el ordinario. Las expresiones de éste padecen irremisiblemente de ambigüedad, esto es de pluralidad de significados, y de vaguedad, entendida como indefinición del campo al que pudieran aplicarse. El habla del derecho es necesariamente porosa y sus expresiones pueden ser entendidas de maneras diferentes, por lo que es el operador jurídico quien decide cuál, entre las varias opciones normativas que derivan de un enunciado, es la que debe observarse en el caso. Es él quien produce las normas, que (si no están institucionalizadas por la práctica social anterior) se construyen simultáneamente con el momento de la subsunción. Los diversos métodos que se han creado para interpretar no resuelven el problema, por el contrario, lo complican. Cada uno de ellos privilegia criterios diversos y no es extraño que esas metodologías conduzcan a resultados dispares. Algunas de ellas se basan en la literalidad del texto, que no siempre es concluyente, y otras rechazan tal acercamiento, evocando algún espíritu, de ordinario inasible. Otras se orientan por la pretérita (y discutible) voluntad del legislador, mientras que otras más buscan actualizar las disposiciones legislativas al indagar en ellas una mítica voluntad de sus palabras, que proviene de la racionalidad intrínseca del derecho. El argumento a contrario lleva a una solución pero, en términos generales, no elimina la posibilidad de que mediante analogía se llegue a una conclusión opuesta.

Por otra parte, no puede soslayarse un dato revelado por la historia: Las interpretaciones de una regla han sido diversas en épocas diferentes e incluso contrapuestas, sin que su literalidad haya sufrido cambio. Las decisiones de los jueces no están sujetas de manera exclusiva a la legislación, gozan de un amplio margen de discrecionalidad. Se pudiera decir que legislan (en el sentido de que elaboran preceptos generales y abstractos) al enjuiciar los hechos del proceso, desde el momento en que en la sentencia modelan una pauta general bajo la cual los subsumen. Que formulan preceptos entre las oquedades que deja la Ley, o en ausencia de ésta e incluso contra su tenor literal. Muchas veces ni siquiera son conscientes del poder que ejercen. Al sentenciar no sólo crean normas

individuales, sino también proponen o sugieren prescripciones potencialmente aplicables a situaciones futuras.

Todas estas ideas, que tienden a exaltar la producción normativa de los órganos judiciales y a minimizar la creación jurídica de los parlamentos, han tenido poca difusión en nuestro medio. Aunque pudieran ser extremosas no puede negarse su agudeza y es innegable que explican mejor lo que ocurre en la práctica social del derecho. Aunque exagerada puede aceptarse (desde luego con reservas) la afirmación de O.W. Holmes al identificar como derecho, nada más y nada menos, «que las profecías acerca de lo que los tribunales harán en concreto»<sup>28</sup>.

El primero de los modelos descritos es, a nuestro juicio, una construcción ideológica. No intenta explicar lo que en los hechos practican los tribunales, sino que pretende preservar los dogmas de la división de poderes y de seguridad jurídica. Alimenta una ilusión de la que no queremos prescindir y sólo es «un autoengaño lleno de contradicciones»<sup>29</sup>.

No podemos desconocer, sin embargo, que este esquema formalista puede explicar situaciones marginales, que se producen con ocasión de los llamados casos fáciles. O sea: Cuando se trata de operar, ante un hecho evidente, un texto absolutamente categórico, inequívoco y que sólo admite una lectura. Sin embargo, las ocasiones en que se presentan tales coyunturas no son frecuentes. En cambio sí lo son (o cuando menos se hacen sentir mucho más) los casos conflictivos. De aquí que el paradigma que hemos calificado de realista puede considerarse de mayor aceptación, siempre que no se le dé un rango absoluto, sino que se tenga presente que el derecho (entendido como reglas generales) es creado por los que lo aplican pero no exclusivamente por ellos. Que suele haber interpretaciones pacíficamente compartidas por la comunidad, muchas de las cuales han sido forjadas e institucionalizadas por la jurisprudencia. Ya sea que se le regule como fuente formal, como es nuestro caso, o bien se le admita, al igual que la doctrina, como fuente de conocimiento.

---

28 O.W. HOLMES: *La Senda del Derecho* (1898). Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1975, p. 21.

29 H. KELSEN: *Teoría Pura del Derecho* (1960). México, Editorial Porrúa, 1993, p. 353.

#### 4.2. La interpretación jurisprudencial

Casi es un lugar común enlazar jurisprudencia e interpretación, como se desprende de lo dispuesto por el Artículo 94 de la Constitución. De esta correspondencia se ocupa, en gran parte, una reciente publicación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: *La Jurisprudencia en México*<sup>30</sup>. Que, por no señalar la autoría de ningún escritor en particular e incluso por su tono apologético (casi promocional), puede considerarse como una expresión de la institución.

A pesar de la amplia información que maneja y de que elude formular planteamientos categóricos sobre el concepto de interpretación jurídica, puede considerarse, con base en diversos pasajes, que en la obra prevalece la visión que hemos calificado como formalista. O al menos que no se le desecha de manera tajante. Asume que la jurisprudencia «complementa el ordenamiento jurídico, a través de los procesos de interpretación e integración que lleva a cabo el órgano jurisdiccional, al momento de aplicar una regla al caso concreto»<sup>31</sup>. Plantea que es instrumento de perfección y actualización del sistema jurídico<sup>32</sup>. Sin embargo, a pesar de esta adecuación histórica a la sociedad sostiene que «no crea normas jurídicas nuevas y distintas: Las complementa y perfecciona cuando las interpreta, y crea derecho aplicable al caso específico cuando las integra; pero este derecho de ninguna manera es una norma general y abstracta como lo es el derecho que elabora el Poder Legislativo; es una norma concreta y específica que sólo es obligatoria para las partes en el conflicto que resuelve el juez, y así lo ha reconocido nuestro Máximo Tribunal... Si bien la jurisprudencia aventaja tanto a la Ley como a la costumbre, no debemos olvidar que aquélla siempre se basa en la Ley y, en ocasiones, en la costumbre»<sup>33</sup>. Se admite que la jurisprudencia «es creación del derecho... (mas) no es creación libre, sino que se encuentra vinculada a los casos concretos, donde los tribunales son los encargados de

---

30 PODER JUDICIAL DE LA FEDERACION. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN: *La Jurisprudencia en México*. México, 2002.

31 *Ob. cit.* p. 242.

32 *Ob. cit.* p. 229 y 241.

33 *Ob. cit.* pp. 221-223.

establecer la regla de solución para cada uno»<sup>34</sup>. El cometido especial de la jurisprudencia es esclarecer disposiciones legales bajo la idea de: «Desentrañar el sentido verdadero de la legislación aplicable»<sup>35</sup>.

Estos párrafos inducen a pensar que la interpretación de los tribunales implica preservar la legalidad promulgada de antemano. Lo que no obsta para que también sea moderadamente creativa, en cuanto precisa y fija el alcance de los preceptos oscuros, en especial cuando colma sus vacíos y que sirva para amoldar las Leyes a las nuevas condiciones de la vida de una comunidad. Sin embargo, lo paradójico es que esta labor, de innovación, se desarrolla de manera subordinada, sin apartarse de la norma construida por el legislador. Si se pretende conciliar estos extremos habremos de entender que el creador por excelencia del derecho abstracto son los parlamentos y que los jueces, cuando más, pueden colaborar de manera secundaria al hacer explícito el orden normativo, sobreentendido en los textos. La labor principal de ellos es observar las órdenes y prohibiciones del legislador y establecer en sus sentencias sólo normas personalizadas. Interpretar, desde este punto de vista, equivale al hallazgo, al descubrimiento de la regla amadrigada en las palabras de la Ley. Estas, por tanto, sólo son susceptibles de una interpretación correcta, que únicamente los iniciados (o los iluminados), los que dominan la técnica jurídica, pueden captar. Las demás opciones que pudieran fluir de los enunciados legislativos son inexactas y falsas (por no decir heréticas).

#### 4.3. Lo que hacen los jueces al interpretar

El esquema anterior resulta insatisfactorio, ya que, como se ha dicho, no capta la realidad del derecho en ejercicio. No hace inteligible, entre otros fenómenos, el que en el sistema angloamericano se ha denominado mutación constitucional. Que alude a una forma solapada, encubierta, de reforma de la Constitución, en la que paradójicamente el texto respectivo

---

34 *Ob. cit.* pp. 233 y 234.

35 *Ob. cit.* p. 240. *Más adelante se lee que una justa ponderación de los criterios interpretativos «representa el modo más seguro para llegar a una interpretación que posea un valor de verdad y rectitud» (p. 348).*

permanece idéntico, mientras que lo que se transforma<sup>36</sup> es su interpretación vinculante, es decir, la que construyen los tribunales. Este cambio entraña la desaparición de la norma establecida por la interpretación original y la creación de otra, hasta entonces inédita, o más bien dicho no reconocida. Aunque esa manera de renovación es propia de los sistemas en que predomina la regla del *stare decisis*, no es inusitado que existan algunos casos en nuestro país. Posiblemente la situación más clara se encuentre en el sentido que se ha dado al texto del Artículo 133 de la Constitución que, al establecer la supremacía de sus propias prescripciones, previene a los jueces estatales para que se «arreglen» a ella «a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o Leyes de los Estados». Sobre este precepto el Pleno de la Suprema Corte decidió en 1998 que no era atendible su «sentido literal», como previamente ella misma se había pronunciado, ya que un interpretación sistemática y concorde con los principios constitucionales lleva a comprender que el texto no autoriza a las «autoridades que ejercen funciones materialmente jurisdiccionales» a realizar un control constitucional sobre las Leyes<sup>37</sup>. En otra ocasión, a propósito del mismo numeral, el Pleno en 1992 estimó que hay la misma jerarquía entre tratados y Leyes federales, pero después sostuvo que aquéllos se «ubican» en un rango superior a éstas<sup>38</sup>. En un caso fallado en 1999, ese mismo órgano de la Corte admitió a la posibilidad de impugnar, ante ella, reformas a la Constitución, si se cuestionan vicios del procedimiento que se siguió para aprobarlas. Sin embargo, tres años después, rechazó tal posibilidad afirmando que la reforma constitucional es una «función soberana, no sujeta a ningún tipo de control externo»<sup>39</sup>.

---

36 K. LOEWENSTEIN: *Teoría de la Constitución*. Barcelona, Caracas México, Editorial Ariel, 1979, p. 164 y 165.

37 *La jurisprudencia responde al rubro: Control Difuso de la Constitucionalidad de Normas Generales. No lo Autoriza el Artículo 133 de la Constitución*. SJF, 9º, t X, agosto 1999, p. 5 (R. 193425).

38 *La jurisprudencia responde al rubro: Control Difuso de la Constitucionalidad de Normas Generales. No lo Autoriza el Artículo 133 de la Constitución*. SJF, 9º, t X, agosto 1999, p. 5 (R. 193425).

39 *El precedente de 1999 es: Reforma Constitucional, amparo contra su proceso de creación. El interés jurídico deriva de la afectación que produce en la esfera de derechos del quejoso, el contenido de los preceptos modificados*. SJF, 9º, t X septiembre 1999, p. 11 (R. 193249). *El de 2001: Procedimiento de reformas y adiciones a la Constitución Federal. No es susceptible de control constitucional*. SJF, 9º, t XVI septiembre 2002, p. 1136.

Por otra parte, no han faltado casos en los que las palabras del enunciado legal o constitucional difícilmente puede servir de cobertura a la norma que los tribunales derivan de ellas. Estas incidencias, si fueran descritas en términos estrictamente formalistas, serían: Una clara contradicción entre Ley y su lectura jurisprudencial. Como es el caso aludido en líneas anteriores sobre el control difuso de constitucionalidad de Leyes. Otro ejemplo, ya históricamente superado, de una interpretación discrepante de las palabras de la Ley, se presentó bajo la vigencia del Código Penal para el Distrito Federal de 1931, que reprimía a quien favoreciere la evasión de un detenido (Artículo 150 de su texto original). Tesis en la que se conceptuó la expresión favorecer (en jurisprudencia que se consolidó en 1958, antes de que fuera reformado), no sólo como ayudar a propósito a quien se fuga, sino propiciar la huida por descuido del agente<sup>40</sup>. Otro asunto más reciente, aunque también más complicado, se produjo con relación con el procedimiento de amparo. En el articulado original de la Ley se estableció que las acciones de amparo contra actos de los tribunales unitarios de circuito (que con anterioridad carecían de competencia en cuestiones constitucionales) eran del conocimiento de los jueces de distrito (órganos burocráticamente de rango inferior a aquéllos), lo que con el tiempo se estimó como una heterodoxia, por lo que se intentó reformar la fracción XII del Artículo 107 Constitucional para subsanar tal inconsecuencia. Sin embargo, este propósito, si se le valora en los términos del texto constitucional que se aprobó, quedó truncado. Dado que el pasaje, luego de aludir a reclamaciones de «violación de las garantías de los artículos 16, en materia penal, 19 y 20» de la Constitución atribuyó jurisdicción (entre otros órganos) a los tribunales unitarios de circuito. Ahora bien, como esos preceptos se refieren a derechos del gobernado en el proceso penal, la forma más inmediata de comprender el sentido del párrafo era que los unitarios eran competentes para enjuiciar en amparo los actos de otro tribunal de esa categoría, emitidos en esa materia pero no en las demás. La Ley Orgánica del Poder Judicial Federal (Artículo 29, Fracción I) formuló, sin embargo, una propuesta diferente en su Artículo 29, en el sentido de que «los tribunales unitarios de circuito

---

*40 Evasión de presos, delito de, imprudencial. Apéndice de 1955, tomo II, p. 88 (R. 390023).*

## Tribunal Estatal Electoral

conocerán: I De los juicios de amparo contra actos de otros tribunales unitarios de circuito que no constituyan sentencias definitivas...» Esta regla fue seguida por algunos órganos de la jurisdicción federal, pero que otros no la compartieron, sino que se atuvieron al enunciado constitucional que entendieron que sólo habilitaba a los unitarios para conocer de amparos contra tribunales similares exclusivamente en materia penal. Mas el criterio final de la Suprema Corte, al superar las contradictorios pronunciamientos que se presentaron, fue que la competencia de los tribunales unitarios en amparo no se limita a lo punitivo, ya que «debe atenderse al espíritu que inspiró su adición (se refiere a la prescripción constitucional) para darle el verdadero alcance que impide que un juez de distrito, aún como juez de amparo, juzgue los actos de quien jerárquicamente es su superior»<sup>41</sup>.

Sin embargo, pudiera objetarse que tal espíritu, que posiblemente fue mencionado en los documentos preparatorios de la enmienda, no quedó plasmado, sino excluido del enunciado de la Constitución. Otro caso que en este mismo sentido pudiera citarse es la tesis del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en el sentido de que debe reconocerse interés procesal a los partidos políticos para controvertir «actos preparatorios» a la elección, pese a que no les afecta de manera particular, dado que pueden ejercer acciones tuitivas de intereses difusos cuando que no existe regla expresa en tal sentido y, por otra parte, los actos susceptibles de impugnación son «dos que causen perjuicio a algún partido político... que teniendo interés lo promueva» (Artículo 40.1.b de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral). Texto que establece, de manera inmediata, una relación causal relevante entre perjuicio al partido e interés para accionar, de acuerdo con la manera usual de entender tales expresiones en derecho constitucional<sup>42</sup>.

---

*41 La lectura que al respecto hizo el Tribunal Colegido del Segundo Circuito, que es la que nos parece más ajustada al texto de la Constitución, tiene como rubro: Jurisdicción concurrente en amparo indirecto. SJF, t III marzo 1996, p. 962 (R. 202996). La jurisprudencia del Pleno tiene como rubro: Tribunales Unitarios de Circuito. Su competencia para conocer del juicio de amparo no se limita a la materia penal. SJF, t VIII julio 1998, p. 29 (R. 195859).*

*42 Partidos Políticos Nacionales. Pueden deducir acciones tuitivas de intereses difusos contra los actos de preparación de elecciones. Compilación Oficial de Jurisprudencia.- Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2002. Tribunal Federal Electoral del Poder Judicial de la Federación, pp. 155-157.*

#### 4.4. Los principios del derecho como licencia para la creación judicial

##### 4.4.1. Los principios generales del derecho: Concepto y clasificaciones

Una coyuntura que ha contribuido a extender el campo de la jurisprudencia como fuente formal del derecho radica en el uso de los principios generales del derecho, que de acuerdo con el texto del Artículo 14 constitucional pueden sustentar las sentencias del orden civil si la letra de la Ley o su interpretación jurídica resultaren insuficientes. Criterio que, dicho sea de paso, no se ha limitado a este ramo del orden jurídico, sino que se ha extendido a todo el sistema, alusión que lleva a tratar de aclarar la noción escurridiza de principios generales del derecho, que sugiere la presencia de normas latentes que «no son siquiera reconducibles a los criterios de validez (o reconocimiento) propios del orden jurídico»<sup>43</sup>.

Una referencia menos elemental que aquí exponemos rebasa los propósitos del tema que nos hemos propuesto, por lo que sólo haremos una mención sumaria sobre ese tópico. De esta manera cabe señalar que los principios del derecho (entre ellos los de índole general) son normas jurídicas, en tanto que funcionan como pautas de solución de conflictos utilizables por los tribunales.

De esta manera se puede discriminar entre reglas y principios. Estos a su vez han sido clasificados (entre otros criterios) en expresos e implícitos<sup>44</sup>. La base de tal distinción radica en su estructura lingüística, o sea en el modo en que suelen expresarse sus enunciados, independientemente de los problemas que pudiera plantear su interpretación. Las reglas, catalogadas como de detalle, son prescripciones (esto es textos previamente escritos) cuyo sentido puede reformularse mediante enunciados hipotéticos compuestos de dos partes: La mención de situaciones fácticas descritas de manera impersonal y abstracta (prótasis) y la descripción de las consecuencias jurídicas atribuibles a los acontecimientos que

43 R. GUASTINI: *Distinguiendo: Estudios de Teoría y Metateoría del Derecho*.- Barcelona, Gedisa, 1999, p. 144. L. PRIETO SANCHIS: *La Doctrina de los Principios Generales del Derecho y la Distinción Entre Reglas y Principios*. En J. Betegón y otros: *Lecciones de Teoría del Derecho*.- Madrid, MacGraw-Hill, 1977, p. 336.

44 Tratan estas diferencias con criterios concurrentes en los fundamental, aunque con discrepancias importantes en detalles, las obras citadas en la nota anterior y además: M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO: *Las piezas del Derecho*. Barcelona, Ariel, 1996, pp 1-44, y G. ZAGREBELSKY: *El Derecho Dúctil*. Madrid, Eitorial Trotta, 1997, pp. 109 y ss.

llegaran a encarnar tales previsiones (apódosis). En cambio, en su presentación textual los principios (según la teoría que nos parece más convincente) «configuran el caso en forma abierta», o de plano «carecen de <supuesto de hecho>»<sup>45</sup>. Puede cuestionarse el grado de determinación de las expresiones que corresponden a reglas y principios, que en ocasiones se acercan estrechamente, pero al menos en casos extremos resulta claro ese deslinde. Si un enunciado, al que usualmente se ha denominado principio, configura con relativa precisión la hipótesis en que puede ser aplicado, no lo entenderíamos como tal. Sino que, a nuestro parecer, no habrá inconveniente en considerarlo como regla, toda vez que funciona como una de ellas, como sería el de que: «No hay delito si no está previsto en la Ley». Sin que sea obstáculo para esta apreciación el que pudiera estar inserto en la Constitución, ejemplo: «A ninguna Ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna». Como lo expresan Atienza y Ruiz Manero en el pasaje que se destacó, «el tipo de indeterminación que aqueja a los principios es, pues, más radical que el de las reglas (aunque, desde luego, entre uno y otro tipo de indeterminación puede haber casos de penumbra)».

Goza de mayor tradición y resulta menos controvertida la separación conceptual entre principios implícitos y expresos. Un apunte sobre su cronología destaca que los primeros cobraron presencia relevante en el siglo XIX con la aparición de las codificaciones europeas, y tenían como objetivo apuntalar la idea de la plenitud de la Ley, de ahí que se convirtieran en uno de los postulados de la doctrina del positivismo legalista. Fueron «una especie de último recurso», de la más «lejana frontera hasta la que pueda caminar el juez sin convertirse en creador de Derecho; con ellos se suponía que quedaba cerrado el sistema de fuentes, <rellenando> todos los huecos o vacíos que hubieran podido dejar la Ley o la costumbre»<sup>46</sup>.

---

45 El primero de esos señalamientos corresponde a Atienza y Ruiz Manero, p. 9; el segundo a Zagrebewsky, pp. 110-111.

46 PRIETO: *La Doctrina*. p. 335-336.

#### 4.4.2. Los principios expresos

En cambio, los principios expresos surgieron con el constitucionalismo del siglo XX, con el Estado benefactor, como promesas, normalmente vagas y en ocasiones retóricas, tendientes a lograr objetivos considerados socialmente valiosos<sup>47</sup>. Por su calidad de meros compromisos o de textos programáticos, su expresión fue de mayor vaguedad que las normas de detalle. Sin embargo, en esto hay una paradoja: Su significado, a diferencia del de éstas, no es necesariamente ambiguo (aunque no faltan casos en que lo sea), ya que su contenido suele captarse, en lo esencial, de manera inmediata, sin necesidad de acudir a «los variados y virtuosistas métodos de interpretación jurídica» propios de las disposiciones de detalle<sup>48</sup>. No obstante su sentido padece de vaguedad extrema, toda vez que su campo de aplicación se presenta como potencialmente difuso en sus situaciones límites e incluso las circunstancias fácticas susceptibles de caer en el concepto pueden llegar a ser inabarcables. Así, en la Constitución Federal Mexicana se les encuentra en frases tales como: «El varón y la mujer son iguales ante la Ley» (Artículo 4o.), la emisión de resoluciones por los tribunales «de manera pronta, completa e imparcial» (Artículo 17), la «no intervención» como «principio normativo» de la política exterior (Artículo 89, Fracción X), la función electoral de los Estados sometida a los «principios rectores de legalidad, imparcialidad, objetividad, certeza e independencia» (Artículo 116, Fracción IV).

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, principalmente, y los tribunales colegiados de circuito en forma más reducida, disfrutaron al aplicar esta clase de principios de la discrecionalidad que ejercen al identificar, sin ninguna limitación expresa, las situaciones de hecho en que aplican tales imperativos. Para decirlo con otras palabras: Si en la Constitución o en la legislación están acuñadas reglas, la sujeción del juez a las instancias parlamentarias resulta más estrecha, aunque de ningún modo absoluta, dado que la decisión judicial está limitada por el supuesto y las consecuencias normativas prescritas. En cambio, si se apoya en principios puede elegir, con cierta libertad,

---

*47 Están fuera del campo de nuestras observaciones las llamadas directrices, o mandatos de optimización, que indudablemente son parte del nuevo constitucionalismo y en especial del constitucionalismo mexicano. No pretendemos impugnar su condición de principios jurídicos, sólo destacamos que son prescindibles para nuestros propósitos.*

*48 ZAGREBLESKY, obra y lugar citados.*

el campo en que estima que han de aplicarse. En cierta manera, con los principios expresos, se delega a los tribunales la potestad de crear la prótasis que condiciona la operatividad de la apódosis de la norma correspondiente.

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha aprovechado estas posibilidades para declarar inválidos algunos preceptos legislativos, siguiendo una política que con frecuencia resulta cuando menos discutible, a nuestro juicio. Ha aplicado, a contracorriente, el principio de igualdad de la Ley entre varón y mujer, sin ponderar que fue establecido en beneficio de la población femenina. Con tal criterio tachó de inconstitucional la regla de que: En la burocracia federal los esposos de las servidoras públicas sólo de manera estrecha (tener más de 55 años de edad o incapacidad física) tienen acceso a los servicios de asistencia médica, ya que tal disposición contrasta con la de que las esposas de los servidores públicos no están sometidas a tales cortapisas. En el mismo tono ha entendido que resultan inadmisibles, de acuerdo a ese principio, las medidas cautelares de separación de los cónyuges decretadas en la Ley con motivo del procedimiento de divorcio si en ellas se dispone que el varón debe abandonar el domicilio conyugal para que quede depositada la mujer en ese local<sup>49</sup>.

Han sido frecuentes además sus descalificaciones de disposiciones electorales de entidades federativas, en vista de que, a su juicio, chocan con los principios aludidos en la citada Fracción IV del Artículo 116 Constitucional. Consideró contrario al de imparcialidad establecer la posibilidad de que el Instituto Federal Electoral pudiera capacitar a los miembros de un partido político. Entendió que violaba el de independencia, como calidad necesaria de un tribunal electoral, que la Ley estableciera la no reelección de sus magistrados, y que se quebrantaba el de certeza si el ordenamiento legal no instituía «plazo

---

49 *Trabajadores al Servicio del Estado. El Artículo 24, fracción V, de la Ley del Instituto, viola la Garantía de Igualdad. SJF, Pleno, 9º, t X agosto 99, p. 58 (R193437). Y Separación de Cónyuges y Depósito de la Mujer. El Artículo 287 del Código Procesal Civil del Estado de Morelos... SJF, Primera Sala 9º, t. XIII mayo 01, p. 286 (R. 189570).*

50 *Distrito Federal. El Artículo 61 de su Código Electoral vulnera los principios rectores. SJF 9º, t X agosto 99, p. 5*

51 *(R. 193457). Independencia Judicial. Los artículos 69 de la Constitución y 78 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ambos del Estado de Jalisco. SJF, 9º t. XV febrero 02, p. 592 (R. 187778). E Instituto Electoral del Estado de Quintana Roo. Los artículos 30, fracción III, y 38 de su Ley Orgánica. SJF 9º t. XVII, febrero 03, p. 618 (R 184 873).*

específico» para la designación de presidente sustituto del instituto electoral<sup>50</sup>.

#### 4.4.3. Los principios implícitos

Los principios expresos cuando menos han sido promulgados y tienen, por tanto, soporte en la letra de la Constitución o de la Ley; en cambio, los implícitos no han sido mencionados ni en una ni en otra. Son normas que simplemente se suponen y derivan de un «presunto derecho latente... que no se capta del mismo modo que se captan la Ley y la costumbre... algo bastante difícil de comprender»<sup>51</sup>. No sólo se trata de preceptos cuyo ámbito de aplicación es abierto sino de «disposiciones que están privados de toda formulación»<sup>52</sup>. Son normas extraídas de otras normas. Confieren un amplio margen de arbitrio a quien los aplica, por lo que la potestad del juez, cuando los maneja, rebasa por mucho al que utiliza con los principios expresos y con las reglas. Su sujeción a los textos está en relación inversa con la discrecionalidad que se le confiere y en proporción directa con el poder político que adquiere. No son fruto de la interpretación sino de la «integración del derecho por obra de los intérpretes»<sup>53</sup>. Un caso claro de este poder de creación jurídica, por vía jurisdiccional, equiparable al Legislativo, se encuentra en una sentencia de jurisprudencia obligatoria sentada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que atañe a regulación del juicio de amparo. Como es sabido ese procedimiento tiene como objetivo combatir los actos de autoridad que pudieran vulnerar derechos fundamentales. El tribunal al que se atribuye la resolución impugnada tiene la condición de autoridad responsable. El Artículo 87 de la Ley de Amparo previene que las autoridades responsables «podrán interponer recurso de revisión contra las sentencias que afecten directamente el acto que de cada una de ellas se hayan reclamado». Sin embargo, en esa tesis se hizo una interpretación restrictiva de tal enunciado al considerar que las autoridades judiciales que intervienen como demandadas, en particular las del orden penal, no están legitimadas para hacer valer ese recurso. Los razonamientos del Tribunal

---

51 PRIETO SANCHIS: *La Doctrina*. p.336.

52 GUASTINI: *Distinguiendo*. p. 148.

53 GUASTINI: *Distinguiendo*. p. 156.

Supremo del país fueron en el sentido de que la imparcialidad de los jueces, establecida por el Artículo 17 Constitucional, es una de las cualidades inseparables de su oficio. Y es incompatible con la persecución de los delitos, atribución que compete en exclusiva Ministerio Público. Que si bien es cierto que una de las funciones del juez es «velar por el interés público», tal misión «se encuentra limitada a su actuación como rector del proceso»<sup>54</sup>. Del sumario publicado en el Semanario Judicial de la Federación puede entenderse que la imparcialidad judicial, que deriva del texto aludido, desautoriza que los tribunales en materia penal impugnen la concesión de amparo al inculpado. Sin embargo, el precepto invocado sólo plantea que los jueces deben administrar justicia de manera imparcial, no alude como regla a que deban guardar esta actitud en los casos en que no ejerzan autoridad sino que funjan como partes sometidas a la jurisdicción de otros. Pese a ello, se dio a entender que en ese texto está implícito el principio de imparcialidad judicial aunque se actúe como parte (lo que más que un juego de palabras es una paradoja). Y ese lineamiento (con todo lo discutible que pudiera resultar) se utilizó como norma constitucional para reducir el ámbito de aplicación del dispositivo contenido en la Ley de amparo. Esta derivación fue un ejercicio jurídicamente libre; casi soberano, de política constitucional mediante el se trazaron lineamientos a la dinámica del juicio de amparo, tendientes a restringir el uso de recursos. En sus efectos, tuvo el mismo resultado de una enmienda legislativa que estableciera una excepción al enunciado correspondiente al Artículo 87 a que se aludió<sup>55</sup>. Fue una creación discrecional de una norma jurídica bajo la forma de aplicación de un principio de derecho.

#### 4.4.4. Las sentencias manipulativas

La creación de normas generales y abstractas, a través de la vía jurisdiccional, resulta no sólo clara sino de ejemplar evidencia a través del ejercicio que suelen a realizar los tribunales

---

*54 Revisión en contra de las Sentencias de Amparo Directo e Indirecto. Los Organos Judiciales y Jurisdiccionales, inclusive los del Orden Penal, carecen de Legitimación para Interponerla. SJF, 9ª t. XVIII, julio 2003, p. 23, (R. 183709).*

*55 En ese sentido puede entenderse la expresión de que a los jueces constitucionales «los han convertido en legisladores últimos; ahora la Constitución sólo es flexible para los intérpretes». P. Salazar Ugarte.- Justicia Constitucional y Democracia: El Problema de la Última Palabra. En nexos, año XXVII, No 329, p. 30.*

constitucionales. Lo que en un principio justificó su actividad fue depurar la legislación ordinaria de los vicios de inconstitucionalidad. Su actividad, ajustada en lo posible al principio de división de poderes, fue meramente reactiva, por decirlo de alguna manera. Implicaba privar de validez disposiciones legales opuestas a preceptos de la llamada Ley fundamental. Su labor se entendió como la de un legislador negativo, cuya injerencia sería exclusivamente de limpieza, de eliminación, de censura. Sin embargo, la práctica jurídica europea, y en especial la española, rebasó tales propósitos y ha tendido, en algunos casos, a asumir funciones equiparables a las de la legislación. Sus interpretaciones han desembocado en las llamadas, con sentido peyorativo, sentencias manipulativas, mediante las que han generado disposiciones inéditas en la Ley y que significan una adición a su texto. Estas resoluciones judiciales «suponen la extensión del contenido normativo de un precepto a un supuesto de hecho no previsto en el mismo, con lo que el Tribunal Constitucional claramente introduce en el ordenamiento una norma que es Ley para los jueces y tribunales ordinarios, pero que no ha sido querida por el legislador»<sup>56</sup>.

En nuestro medio no han faltado los casos de este tipo de sentencias emanadas del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, las cuales se han producido con motivo de la observancia del principio de igualdad, que si bien está expreso respecto a género, equidad impositiva, salario y, en cierta medida, en la prohibición de discriminaciones, puede considerarse implícito dentro del sistema, por lo que es susceptible de ser aplicado para reprobar diferencias que, la discreción judicial, pudiera considerar irrazonables. La producción cuasi-legislativa de nuestro Tribunal Constitucional se ha manifestado, entre otros casos, en la resolución, ya comentada, que atribuyó a los esposos de las empleadas al servicio del Gobierno Federal acceso irrestricto a los servicios médicos. En otra ocasión consideró inconstitucional un dispositivo de la Ley del Impuesto Sobre la Renta que establecía tratamientos diferentes, sin que

---

*56 Renta. El Artículo 109, Fracción XI de la Ley del Impuesto Relativo, es violatorio del principio de equidad tributaria al otorgar trato distinto a los trabajadores de la Federación, respecto de los trabajadores al servicio de la Iniciativa Privada. SJF, 9º Pleno (J), 1 XVI diciembre 02, p. 6 (R. 185332). Y Tenencia o uso de Vehículos, Impuesto Sobre. La exención establecida viola el principio de equidad tributaria. SJF, Pleno (J) 1. XII diciembre 00, p. 416 (R. 190842).*

mediara «justificación objetiva y razonable», entre trabajadores que sirven a los órganos gubernamentales de la nación y los que laboran con particulares, dado que concedía a los primeros exención del gravamen por la totalidad de sus ingresos recibidos por concepto gratificaciones, aguinaldo y prima vacacional, mientras que a los segundos sólo los eximía parcialmente de tributar por esas prestaciones. Como consecuencia, al otorgar el amparo de la justicia federal se dispuso extender la norma aludida a quienes estaban sujetos a relaciones laborales con entidades de la Iniciativa Privada. Otra exención tachada de inigualitaria por el Pleno fue la relativa al Impuesto Sobre Tenencia y Uso de Vehículos, que excluía de esa contribución a los «inmigrantes o inmigrados rentistas», tenedores de automóviles, sin que esa exclusión beneficiara a los nacionales, no obstante que «sus situaciones tributarias pueden considerarse iguales sin que exista (entre ellas) una justificación objetiva y razonable»<sup>57</sup>.

## **5 Legislación y jurisprudencia**

### **5.1. Acercamientos**

Los casos descritos sugieren varias afinidades y aproximaciones entre legislación y jurisprudencia. A) Que tanto una como otra son fuentes formales del derecho, en el sentido estricto de la expresión, dentro del sistema mexicano (aserción sobre la que considero que no hay desacuerdo). B) Que ambas pueden crear normas impersonales que, aunque suelen ser complementarias, también han sido discrepantes e incluso contradictorias (premisa que no es aceptada de manera apacible). Y C) Que ha habido un acercamiento del proceso de creación jurisprudencial con el Legislativo. En páginas precedentes se han aportado datos que revelan que la jurisprudencia se ha emancipado parcialmente del procedimiento original que ha regulado su exteriorización, el que tradicionalmente consistió en la creación casuística y paulatina de preceptos, cuyos contenidos delataban el influjo de los particulares perfiles del hecho concreto sometido al juicio de los tribunales. Y su legitimación estuvo anclada

---

57 M. GASCON ABELLAN: *Interpretación y Creación Judicial del Derecho. La incidencia del Tribunal constitucional en el Sistema de Fuentes. En Betegón y otros, Lecciones de Teoría del Derecho, citada en la nota 34, p. 373.*

en la costumbre judicial generada mediante la repetición de sentencias, «conformes de toda conformidad». Sin embargo, la Suprema Corte de Justicia al lado de esa manera, que con alguna licencia pudiéramos llamar de producción artesanal (y que es la que todavía practican los colegiados), disfruta de la posibilidad, casi legislativa, modernizante, pues, de crear normas en abstracto (esto es mediante procesos en los que no hay un condicionamiento relevante de casos enjuiciados). Tal como ocurre cuando el Pleno de la Corte se pronuncia sobre la superación de tesis contradictorias de los tribunales colegiados o controversias entre las principales entidades gubernamentales o, sobre todo, en las acciones de inconstitucionalidad de normas generales. Con la particularidad este último caso excluye la problemática que resulta de la aplicación de Leyes, dado que el eventual conflicto se plantea con la sola promulgación de la disposición tildada de contraria a un texto superior.

## 5.2. Enfrentamientos

Los anteriores procedimientos revelan una tendencia que lleva a equiparar las fuentes anteriores en lo que se refiere a sus aspectos funcionales, aunque formalmente su origen sea diverso. De aquí que sea factible que haya discordancia entre las reglas que emanan de estos dos procesos de producción. Lo que da pie para formular una serie de cuestiones que pueden resultar interesantes: En caso de contradicción ¿cuál de las normas, la legislativa o la jurisprudencial, es la que prevalece? O para decirlo de manera bélica o deportiva, ¿qué es más fuerte, la jurisprudencia o la Ley?, ¿el Parlamento o la Judicatura?, ¿la Asamblea Legislativa democráticamente legitimada o un cuerpo judicial que en todo caso tiene prestigio profesional?

Un primer acercamiento a las respuestas de esas interrogantes tiene que llevar a considerar que las reglas del juego jurídico son las que derivan del derecho efectivo, en este caso el establecido por los tribunales. Que el orden jurídico instituido por las Leyes, si no se actúa por órganos judiciales o administrativos, sólo es una promesa, aunque solemnemente promulgada. Que los enunciados legales, por sí mismos, son sólo prédicas y no prácticas. Si se lleva al extremo la comparación puede decirse que los congresos aprueban textos,

mientras que los tribunales profieren mandatos o autorizaciones reales o cercanas a la realidad. Que además de decidir el caso concreto, debido a la autoridad burocrática o al prestigio de quienes los emiten, son potencialmente aceptables para regir situaciones que se presenten en lo porvenir. Y que estos imperativos no siempre concuerdan con las palabras de la Ley que, de acuerdo a una opinión generalizada, se asume como su necesario soporte normativo.

### 5.3. Jurisprudencia sobre la jurisprudencia

La superioridad que tienen en la práctica social las normas impersonales creadas a través de decisiones judiciales, sobre las que aprueban asambleas parlamentarias, resulta bastante clara si consideramos las directrices establecidas por la propia jurisprudencia emitida al respecto, lo que convierte a la Suprema Corte de Justicia de la Nación en una entidad jurídicamente autónoma, en el sentido de que es capaz de construir no sólo reglas primarias sino también las que disciplinan el proceso de su construcción, entre ellas algunas que les confieren aplicación prioritaria a los textos aprobados por las legislaturas.

Entre los preceptos de los que se desprende que las normas jurisprudenciales tienen mayor fortaleza que las disposiciones legislativas pueden apuntarse los siguientes:

A). La Ley de Amparo establece las formalidades que han de cumplir a las partes, en juicios de amparo, para invocar la jurisprudencia (Artículo 196). Dispone que expresarán: Rubro, número y órgano. Estas exigencias pueden considerarse operantes cuando la norma se invoca en procedimientos que pudieran calificarse como ordinarios (esto es, aquéllos que no tienen carácter constitucional).

Sin embargo, el Tribunal Colegiado de Sexto Circuito estableció que en la jurisdicción del «orden común» los tribunales correspondientes deben hacer valer de oficio el derecho jurisprudencial, ya que están obligadas a acatarlo<sup>58</sup>, planteamiento que, independientemente de que sea aceptable como adecuado,

---

*58 Cita de Oficio de la, por la Autoridad del Orden Común. SJF, 9º, 1 XII agosto P. 1065 (R191453). Ahí mismo se indica que la jurisprudencia «no constituye una doctrina o una norma legal nueva o especial, sino únicamente la interpretación de las ya existentes, dado que emana del análisis reiterado de las disposiciones legales en función de los casos concretos sometidos a su consideración...»*

mediatiza y vuelve inaplicable el precepto legal aludido.

B). Las decisiones de los tribunales de la Federación también rebasan la propia legislación de amparo al mandar que no sólo a la jurisprudencia consolidada resulta obligatoria, sino también los simples precedentes, los que bien pueden «servir de sustentación a las sentencias», ya que no existe ningún precepto legal que lo impida<sup>59</sup>.

C) Dentro de la enumeración que formula la Ley de los órganos de autoridad que deben observar la jurisprudencia aparecen prácticamente todos los tribunales del país, mas no las autoridades administrativas.

Sin embargo, existe precedente en el que se adiciona el texto legislativo, al incluirlas de manera explícita y directa como obligadas (y no sólo constreñidas por vía de consecuencia).

En la tesis se indica que esos agentes del Ejecutivo no sólo deben aplicar la Ley al caso concreto sino deben hacerlo «del modo en que en que ha sido interpretada con fuerza obligatoria por los órganos constitucional y legalmente facultados para ello»<sup>60</sup>.

D). El Artículo 14 de la Constitución de la República establece que «a ninguna Ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna». Sin embargo, la prohibición no es aplicable a normas jurisprudenciales, según las directrices jurídicas creadas por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que se basa en argumentaciones que a nuestro parecer resultan cuando menos discutibles<sup>61</sup>.

En el texto formulado por ese Tribunal se parte de la idea de que «la materia de la jurisprudencia» es la interpretación. Que aquélla, aun cuando pudiera llenar las lagunas de la Ley, «no constituye una norma jurídica de carácter general», en vista de que no tiene su origen en el arbitrio del juez sino «en el espíritu de otras disposiciones legales». Que, por tanto, «no constituye una norma jurídica nueva equiparable a la Ley, ya que no cumple las características de generalidad, obligatoriedad y abstracción», por lo que «es inconcluso que al aplicarse no viola el principio de retroactividad» .

---

59 Tesis de la Suprema Corte que no Integran Jurisprudencia. Es correcto apoyarse en los criterios sustentados en ellas. SJF, 9º, t. II diciembre 95, p. 470. (R. 203701). Hay además un precedente relativo a las tesis de los colegiados (R. 222335).

60 Jurisprudencia. Es obligatoria para las autoridades administrativas en acatamiento al principio de legalidad. SJF, 9º; SJF t VIII diciembre 98, (R. 195004).

61 Jurisprudencia. Su aplicación no viola la garantía de irretroactividad de la Ley. SJF, 9º, t. XIIdic, p. 16 (190663).

En todo caso, lo que interesa es destacar que mientras la creación de legislativa está sometida a la prohibición de retroactividad, la jurisprudencial está exenta de esta restricción.

E). Otro contraste entre se refiere a la posibilidad de invalidación de normas legislativas y normas jurisprudenciales cuando pudieran reñir con la Constitución. Como ya se vio, puede impugnarse la validez de Leyes por no estar ajustadas a la Carta Fundamental, ya sea mediante juicio de amparo, acciones de inconstitucionalidad y, eventualmente, en función de las llamadas controversias constitucionales. Incluso, aunque la práctica jurídica de los tribunales de la Federación no ha sido constante, éstos se han pronunciado sobre la posibilidad de poner en tela de juicio la regularidad de las propias reformas constitucionales por vicios en el procedimiento de su creación<sup>62</sup>.

En cambio, las reglas y principios jurídicos construidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación escapa a estos mecanismos de censura, dado que deben «reputarse siempre acordes a los principios constitucionales»<sup>63</sup>. Por tanto, puede entenderse que gozan de mayor solidez y su vigencia resulta menos precaria, en vista de que su validez es casi inatacable, por algún otro poder de la República.

F). Otra comparación en la que resultan disminuidos los textos legales frente a los de la jurisprudencia incide sobre su divulgación oficial. Los enunciados de Leyes, para cobrar vigor, requieren de su publicación en los periódicos o gacetas gubernamentales. En cambio, el Pleno de la Corte llegó a establecer que la «redacción, control y difusión» de las normas jurisprudenciales formadas por reiteración no es elemento necesario para su observancia obligatoria, sino que sólo tiene efectos publicitarios<sup>64</sup>.

---

62 Véase la tesis citada en la nota 39.

63 *Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. No es reclamable a través del juicio de garantías.* SJF. 8º, t. 71 noviembre 93, p. 40 (R. 200520).

64 *Jurisprudencia. Se constituye por lo resuelto en cinco ejecutorias, por lo que las obligaciones de redacción, control y difusión sólo producen efectos publicitarios.* SJF, 9º, t. V mayo 97, p. 166 (R. 198709). Debe reconocerse, sin embargo, que la Segunda Sala emitió posteriormente una valoración diversa, en el sentido de que no puede exigirse la aplicación de la norma jurisprudencial sino a partir de su publicación. SJF. 9º, t. XII agosto 00, p. 364 (R. 191339).

G). Las posibilidades de abolir una tesis de jurisprudencia firme es reducida. Existen procedimientos que pudieran calificarse como internos, ya que los tribunales que la establecieron pueden interrumpirla o cambiarla (Artículo 194 de la Ley de Amparo). La otra vía es la externa, o sea la provocada por órganos ajenos al Poder Judicial, que resulta menos simple. Entraña la modificación de la Ley que sirvió de sustento a la tesis, con el fin de desautorizar su legitimidad, o incluso habría que acudir al trámite más complejo, previsto en el Artículo 135 de la Constitución, para enmendar el enunciado constitucional en que pudiera haberse apoyado. No sólo cuando este sustento derive de una regla relativamente precisa, sino también de un principio constitucional expreso o, en casos extremos, cuando solamente se le hubiera conjeturado por los tribunales como implícito, esto es, sin base en ningún texto escrito en la Constitución.

Algo semejante a esto se produjo a propósito del texto original del Artículo 49 de la Constitución de la República, en el que para atenuar la prohibición de depositar el Poder Legislativo «en un solo individuo» dejaba a salvo el otorgamiento de «facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión, conforme a lo dispuesto en el Artículo 29», concesión que únicamente sería factible en casos de «invasión, perturbación grave de la paz pública o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto...» Sin embargo, pese a tan precisa restricción, la jurisprudencia de la Suprema Corte validó Leyes emitidas, en tiempos normales, por presidentes de la República, «porque esa delegación se considera como cooperación o auxilio de un poder a otro y no como una abdicación de sus funciones por parte del Legislativo»<sup>65</sup>.

Para desautorizar esas directrices hubo necesidad de que en la iniciativa de la propia Presidencia se aprobara un añadido al primero de los artículos citados, en el que se agregó que: «En ningún otro caso se otorgarán al Ejecutivo facultades extraordinarias para legislar»

(D.O.O8.12.38), texto que si se le juzga desde una óptica semántica fue redundante, pero desde una perspectiva política resultó necesario para eliminar una norma jurisprudencial que, para los formalistas, debía condenarse por impura.

---

65 F. TENA RAMIREZ, *ob. cit.* pp. 235-236.

## **6. Notas que pudieran entenderse como conclusiones**

Los planteamientos que a continuación expondremos derivan del material expuesto y no tienen la pretensión de ser aserciones definitivas, sino simples hipótesis de trabajo para discusiones posteriores. No van más allá de ser resúmenes de algunas de las apreciaciones formuladas en el curso de este trabajo.

A) La jurisprudencia, ya sea como fuente formalmente instituida para la creación de derecho o como fuente de conocimiento que (al igual que la dogmática) sugiere normas que pudieran ser aplicadas por los jueces, ha estado presente de ordinario en los sistemas jurídicos modernos. Incluso en aquéllos en que la legislación es la que domina la creación del derecho. Un caso ejemplar fue el de Francia durante el siglo XIX, donde se dio a la expresión de jurisprudencia su significado más moderno.

B) En nuestro país ocurrió un desarrollo similar al anterior, aunque su intensidad fue mayor, debido al concurso de una serie de variables históricas.

En un principio el derecho creado por los tribunales, sustentado sólo en la costumbre de la judicatura federal, no fue ostensible. Sin embargo, por la influencia del Sistema norteamericano se le utilizó como instrumento para complementar el derecho público nacional, a través del ejercicio del juicio de amparo. La Ley de 1882 estableció que las directrices contenidas en las sentencias del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, si fueran reiteradas en cinco ocasiones, obligaban a los jueces. La transformación del juicio de garantías de contralor de la constitucionalidad, como originalmente fue proyectado, a custodio de la mera legalidad trajo como consecuencia que ese Tribunal tuviera la posibilidad de emitir la decisión última en cuestiones que abarcan la aplicación global de la totalidad derecho mexicano.

C) La evolución de la jurisprudencia ha sido para afirmarse en la vida institucional de México. En sus orígenes fue, como ya se hizo notar, una fuente de producción jurídica no reconocida oficialmente. Luego, a finales del siglo XIX tuvo la condición de fuente formal, instituida en las Leyes (salvo en el Código de Procedimientos Federales de 1897). Posteriormente a mediados del siglo XX, obtuvo

legitimación en la Carta Fundamental, y a finales de la centuria se amplía la producción de jurisprudencia a través de diversos procesos contenciosos establecidos en la Constitución, lo que incrementa la injerencia del Poder Judicial de la Federación en la vida nacional.

D) El ámbito de aplicación del derecho creado a través de la jurisprudencia se ha extendido notablemente en los últimos 120 años, en lo que se refiere:

a) A los órganos jurisdiccionales habilitados para la producción de normas: Pleno y salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tribunal Electoral y tribunales colegiados.

b) A los tribunales sometidos a la obediencia a tales dispositivos, que son todos los del país, tanto federales como estatales, administrativos como jurisdiccionales.

c) A los insumos empleados para la elaboración jurisprudencial, que alcanza a todo el derecho mexicano, público o privado. Y

d) A los procedimientos para generarla.

E) La jurisprudencia no se limita a interpretar la legislación, si se entiende esta operación como desentrañar el sentido inmanente de un texto, y a complementarla. Aunque generalmente no se reconoce por jueces y juristas, la interpretación actualiza, transforma e incluso crea y deja sin efecto enunciados legales. Incluso no es insólita la posibilidad de enmiendas constitucionales por vía interpretativa. Los tribunales facultados para crear jurisprudencia ejercen una función equiparable, en alguna medida, a la de las legislaturas. Producen normas generales y abstractas en los intersticios de la Ley y a veces en contra del sentido más inmediato de sus palabras. Sus decisiones no pueden reprobarse ni aprobarse en bloque, deben valorarse de manera individual en la medida en que incorporan criterios de bienestar social. La aplicación cada vez más frecuente de los principios generales de derecho ha expandido el margen de la judicatura federal para la construcción y abolición de normas jurídicas. Estas actividades inequívocamente políticas, en el sentido de dar preponderancia a determinados intereses frente a otros, se ocultan mediante discursos ideológicos, que promueven la neutralidad de la judicatura. En ellos lo jueces se presentan como siervos de la Ley o como pontífices con acceso exclusivo a la única solución correcta que puede extraerse de las palabras de la Ley.

F) Las normas jurisprudenciales de la Suprema Corte de Justicia

### **Tribunal Estatal Electoral**

de la Nación tienen mayor eficacia que los textos aprobados por las legislaturas, no por ser las que aplican preferentemente los tribunales, sino porque no son susceptibles de controvertirse por ningún procedimiento jurídico. La única posibilidad de que queden sin efecto por la acción de otras agencias del poder público es modificar la disposición legislativa que se invoca como sustento o, en algunos casos, el precepto constitucional de donde derivan.