Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx www.derecho.unam.mx

JURISPRUDENCIA OBLIGATORIA Y SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE, EN MATERIA PENAL, ADMINISTRATIVA Y CIVIL

Por el Lic. Teófilo OLEA Y LEYVA, Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

"El día en que los jueces tienen miedo, ni un solo ciudadano puede reposar tranquilo..." *"Porque la Constitución vive en tanto que se aplica por los jueces:* cuando ellos desfallecen, ya no existe más..." "Lo decía con palabras de metal el texto del Rey visigodo: la salud del pueblo es tener derecho y mantenerlo".

(Eduardo J. Couture. *Estudios de Derecho Procesal Civil.* Tomo I, págs. 95 y 157).

Planteo del problema

1. Mi permanencia en la Corte Suprema de la Nación sólo se justificará mientras pueda pensar y votar como hombre libre e independiente; pues como lo expresé en otra ocasión, el Presidente Dn. Manuel Avila Camacho, al proponerme para desempeñar el alto cargo de Ministro, expresó con voz de estadista, que en la Presidencia él pensaría con su cabeza y yo en la Corte solamente con la mía, cual hombre de buena fe que me consideraba.

Con tan honrosa consigna, es como me vi comprometido a vestir la toga del Juez, y en defensa de la Carta Fundamental he pasado ya largos once años de mi vida, y solamente abandonaré el más alto tribunal del País cuando me falten las fuerzas, o me sea imposible cumplir con los deberes de Ministro libre e independiente.

Se plantea ahora, el problema de cómo la jurisprudencia puede ser obligatoria para los Ministros y esto no es sino *un falso problema;* porque la reforma constitucional contenida en la fracción XIII del artículo 107 en vigor, no expresa sino un llamamiento, un grande anhelo de orden, una exhortación a la seriedad, un propósito de unidad en los fallos que deben abrigar todos los jueces, cuyo es el de que todos los juzgadores respeten la jurisprudencia, la que, según la Ley Orgánica del Amparo, debe definirse por cuatro votos en cinco ejecutorias de las Salas, y catorce en el Pleno. Es bien sabido que no todas las disposiciones legales contienen a la vez normas primarias o principales, y normas secundarias o sancionatorias como ha dicho Salvador Pugliatti, [1] y aun en los Códigos Penales no siempre existen esas normas secundarias como sanciones pecuniarias o corporales; sino que se encuentran otras (como en los arts. 51 y 52 del Código Penal) que son verdaderos criterios de moralidad y racionalidad que hablan a la dignidad, al honor y a la responsabilidad humana. De estas normas son, sin duda alguna, las que previenen la obligatoriedad de la jurisprudencia, como garantías de certidumbre jurídica y fijeza en las relaciones humanas que todos anhelamos, y, como el que más, nos sentimos obligados por ella como presunción de sabiduría y ciencia.

Las fuentes del Derecho objetivo y subjetivo

2. La voluntad colectiva y el espíritu popular son los elementos que crean el derecho positivo. La fuente del derecho objetivo está, a su vez, en la conciencia del pueblo, como enseñó Savigny. Las formas en que el derecho positivo se realiza, toman su determinación concreta en la necesidad jurídica, expresada por el pueblo en la *costumbre* o, por un precepto universal producido por los órganos del Estado en su función legislativa, *en la ley.* De aquí se sigue que ley y costumbre dan el sentido al *derecho escrito y al no escrito,* sin que por ello no puedan existir costumbres escritas y sin que, a su vez, los usos y costumbres puedan llegar a ser ley en muchos casos.

Algunos jurisconsultos señalan, además, como fuentes del derecho, a la jurisprudencia, a los principios generales del derecho, a la equidad, al negocio jurídico y a la naturaleza de las cosas (*ex facto oritur ius*). La alta autoridad de De Ruggiero estima que fuera de la costumbre no es posible admitir en el ordenamiento jurídico actual otra fuente de derecho mediata o indirecta. "No es tal la equidad que se reduce a una suavización o templanza de la norma; no lo son los principios generales en cuanto se consideren éstos como dictados por la razón o por el derecho ideal o natural; sí lo son si se consideran como tal de un determinado sistema del derecho positivo vigente; porque entonces *son leyes* por estar contenidos implícitamente en un sistema y derivar directamente de un conjunto de normas; ni, finalmente, la *Auttoritas rerum similiter iudicatorum,* por cuanto por mucha que sea la autoridad de la cosa juzgada, jamás tendrá el valor de una norma obligatoria y universal, y sólo puede tener eficacia para encauzar al legislador por el camino de las reformas

---

1 *Introducción al Estado del Derecho Civil,* págs. 11 a 17. Trad. de Alberto Vásquez del Mercado. En el mismo sentido Calamandrei, *Instituciones de Derecho Procesal,* pág. 56.

e innovaciones del mismo modo que ocurre con la ciencia del derecho." [2] (La doctrina de los jurisconsultos).

El mismo legislador debe tener en cuenta la equidad, "*permitiendo expresamente al juez recurrir a ella*" en los casos no previstos; mas en defecto de tal permiso, no puede el juez bajo el pretexto de "sumun ius summa injuria", dejar de aplicar la norma jurídica; *porque usurparía el juez la función del legislador*, atribuyéndose la facultad que tenía el pretor romano que no cabe en la actual distinción de los poderes y funciones del Estado moderno, y debe atenderse a la máxima: "*dura lex, sed lex*".

La norma jurídica legal o consuetudinaria, tiene como carácter fundamental el de ser *universal y abstracta*, y tener eficacia general, puesto que el caso previsto por el legislador es siempre un tipo ideal abstracto y tanto más perfecta será la técnica legislativa, cuanto más se prescinda en su formulación de los casos concretos que se tienen presentes por el legislador, al dictar el precepto, de modo que éste resulte tan amplio que abarque todos los casos futuros. Por el contrario, el caso que un juez resuelve, aun cuando aplique una norma por él creada, es siempre un caso particular, ya que en la regulación del mismo se agotan sus funciones y su sentencia no tiene eficacia sino para el caso concreto que decidió. Tal sentencia, como no obliga a los demás jueces, tampoco obliga al juez mismo que la ha dictado, siendo libre para variar en casos idénticos la solución dada al primero, si existe una mejor y fundada motivación.

El saber jurídico acumulativo del derecho judicial ofrece aquel dato con el fenómeno de la jurisprudencia que Carlos Cossío entiende como "*el hecho actual o potencial de sentencias de sentido concordante, cualquiera sea su jerarquía*"; *y juzga un error, de origen metodológico, creer que la jurisprudencia consiste en la creación de normas generales.* [3]

Los juicios de valor que consagra la jurisprudencia se ponen de relieve al examinar la diferencia entre *ideología* y *verdad estimativa* (Cossío) y nada parece más adecuado que recordar que en la Edad Media, *el buen prestamista era quien prestaba sin interés*. Este *juicio de valor* fué de una ideología real y efectiva, sobre el valor del dinero y el interés, ese era el *deber ser*; y cuando advino la sociedad capitalista, dice Mannheim [4] el dinero adquirió otras funciones, dejó de ser verdad, y aun la Iglesia tuvo que abandonarla y aceptó el préstamo con interés limitado, cambiando su valoración.

Es verdad que existen en el Derecho positivo, derechos, hipótesis excepcionales, en las cuales se confiere al Juez una potestad creadora de normas; pero según la opinión de De Ruggiero debe resolverse negativamente, pues aun cuando el caso está disciplinado de modo incompleto por la norma conferida al juez, la facultad de disciplinarlo más completamente, la regulación concreta, es querida por la ley misma y, además, no da origen a una norma general y obligatoria por la facultad permanente que siempre se reserva al juez de aplicar una diversa a casos idénticos.

---

2 *Instituciones de Derecho Civil*, pág. 78.

3 *Las Lagunas del Derecho*, pág. 94.

4 *Ideología y Utopía.*

Dos son en consecuencia las únicas fuentes del derecho objetivo: la ley y las costumbres.

No es fuente de derecho la jurisprudencia, aun siendo uniforme y constante; porque la función del poder judicial no puede confundirse con la del poder legislativo.

No es, pues, la necesidad jurídica sino sólo la sabiduría y la prudencia de los jurisperitos la que hace que los ciudadanos y los mismos magistrados observen la jurisprudencia constante, a la manera o como si fuese la ley; "*pero a las veces bien está que lo recordemos, es no sólo útil, sino hasta moralmente obligatorio, rebelarse contra dicha autoridad, sacudir semejante yugo cuando la conformidad de las decisiones judiciales obedece a la sola fuerza de la inercia sin tener en su apoyo los principios del derecho, la razón y acaso ni la moral...*" "*Constituye la jurisprudencia-ley no el ejercicio del derecho sino abuso de poder.*" [5]

Pugliatti, al estudiar las verdaderas fuentes del Derecho objetivo, enseña que *se las confunde con las fuentes de derecho subjetivo*, como es el "negocio jurídico" (tal el contrato) que sólo puede ser antecedente inmediato de derechos subjetivos, y como antecedente anterior se encuentra la norma de la ley. "*Menos aun es fuente de derecho objetivo, la sentencia del magistrado; la sentencia no es por regla general tampoco, fuente de derechos subjetivos porque declara y afirma solamente el derecho preexistente.* La sentencia en efecto, por su función propia, no atribuye, no crea derechos subjetivos, sino que solo los declara". [6] Empero "las sentencias constitutivas" que no son sino excepción a la regla, sólo crean entre partes una situación jurídica, dan nacimiento a esa situación sólo entre los sujetos interesados, como enseña Chiovenda.

En resumen: la ley y la costumbre son las únicas fuentes del derecho objetivo; la jurisprudencia, los principios generales del derecho, el negocio jurídico y demás institutos señalados, sólo son fuente de interpretación del derecho, *y a lo sumo fuentes de derechos subjetivos*, pero *inter-partes* y no *erga omnes.* [7]

Finitud lógica y jerárquica del Derecho

3. El Magistrado debe juzgar *secundum legis* y nunca *de legibus. Judex non de legibus, sed secundum legis, debet judicare*, según frase consagrada de Ulpiano; pero en cuanto a examinar la constitucionalidad en la actuación de la ley en el caso concreto, el juez constitucional puede, *sin hacer declaración general como legislador*, juzgar de la constitucionalidad de una ley. Cuánto más podrá hacerlo respecto de la jurisprudencia, cuyos requisitos internos y externos son diversos de los de la ley, que sin negar el valor constructivo de la jurisprudencia, si le niega el rango y condición de fuente de derecho objetivo, toda vez que no constituye norma jurídica *per se.*

Principios generales del Derecho

4. Los principios generales del derecho, como la costumbre y la jurisprudencia, pueden tener mayor fijeza, arraigo y respetabilidad que la misma ley, ya que, como

---

5 Nicolás Coviello, *Teoría General del Derecho Civil*, pág. 36.

6 *Introducción al Estudio de Derecho Civil*, pág 60.

7 Nicolás Coviello, *op. cit.*, pág. 34.

decía Gómez de la Serna: "los principios no son sólo leyes, sino que pueden llegar a ser leyes de leyes, de orden superior por ser la ciencia misma, y no han menester de la solemnidad de promulgación que nadie necesita para conocerlos".

Dice Del Vechio que *"los principios generales del derecho son el aval de toda disquisición jurídica*; ellos amparan los razonamientos jurídicos aunque éstos tomen por base un precepto de ley o costumbre, sirviéndoles de altísimo fundamento". [8]

Ellos realizan con el Juez la "plenitud hermética del orden jurídico" que complementan la obra del legislador, *"que es muy dado a pensar que su obra es perfecta"*; empero, los principios, son la cartera inagotable donde el legislador y el juez se surten de los materiales que necesitan para restaurar el derecho positivo.

La base de los códigos es una serie de normas o principios, más amplios y profundos como lo son las garantías constitucionales; tal como la división de poderes, y ocupa el primer lugar el que afirma el respeto absoluto de la personalidad humana y derecho de señorío.

"Una jurisprudencia ayuna y desprovista de principios filosóficos sería —según el ejemplo de Kant, tomado de la antigüa fábula— semejante a una cabeza sin sesos."

Jurisprudencia y filosofía no pueden marchar separadas.

Couture, en la apología que hizo de Irureta Goyena refiriéndose a la dilatada cultura de su maestro, cual un jurisperito de Atenas que no se concebía sino con le socorro de todas las ciencias y las artes, dijo que el lema del maestro era: "que el jurista que se precia de no saber mas que derecho, no sabe ni siquiera derecho"; como puede también decirse que el Juez que se ufane de aplicar solamente la ley, sin los principios de doctrina que la informan, ni siquiera entiende a su ley. [9]

Por menospreciar los principios generales del derecho en un desorbitado nacionalismo, que los tilda de doctrinas exóticas, y que solamente acusa pereza mental, en México se han podido conservar prestigios de constitucionalistas eméritos o de penalistas insignes, cuando se desconoce el principio de "funcionalidad o de unidad de todo el derecho", creyendo que se puede ser sustantivista de cualquier rama del derecho, ignorando y despreciando olímpicamente la teoría general del proceso, que llevó a Carnelutti a exclamar: [10] *"Se pena porque se procesa y se procesa porque se pena, aun cuando muchas veces se procese para no punir"* y que obliga, por ejemplo, en Francia, a Garraud, y en Italia a Florián, a ser tan grandes sustantivistas como sapientísimos procesalistas.

Pero en México nuestro desencanto llega a lo indecible cuando vemos que don Emilio Rabasa [11] hablando de las *"sutilezas y convencionalismos del derecho civil"*, agrega "la menos profunda y la más grosera de las ciencias jurídicas"...

Retórica pura que logra una frase por demás infortunada del señor Rabasa, pues la verdad es otra: las garantías, en un aspecto sustantivo constitucional, están contenidas en el electo de derechos del hombre, en los "veintinueve *superartículos* de la Constitución; y su aspecto procesal se encuentra en el juicio de amparo *que es la*

---

8 *Los principios generales del Derecho*, pág. 7.

9 *Inureta Goyena. Discurso de Ingreso a la Academia Nacional de Letras*, de Eduardo J. Couture, pág. 28.

10 En su *Teoría General del Delito*, pág. 31.

11 En la pág. 157 del *Arítuclo 14 Constitucional*, de dicho autor.

garantía de las garantías, como concepto sistemático de *garantía jurisdiccional* que es el instituto de la teoría general de todo proceso, que comprende desde el proceso civil hasta el proceso constitucional, con las diferencias de grado necesarias; pero instituto de derecho público y procesal siempre. [12]

En nuestro Colegio de Estudios Penales, tratamos de superar los campanarios nacionalistas mediante la síntesis filosófica de los principios, pues pensamos con Couture que el derecho es, desde luego, "la manifestación más profunda de la cultura" y un tender constante por superar la polémica de las escuelas, sin desconocer jamás sus aportes valiosísimos; pero con el propósito decidido de combatir todo sectarismo que sea la propaganda de "sin verdad", en la búsqueda constante de los principios generales que informan a los diversos institutos jurídicos, a través de la génesis racional e histórica, la cuidadosa escogitación de sus problemas lógicamente sistematizados, para llegar por fin al principio, o conjunto de principios, que constituyen la dogmática científica que, al decir de Ihering, "es el arte plástico de la jurisprudencia".

Valor normativo de la jurisprudencia

5. Sin duda que uno de los puntos más espinosos ha sido el de saber si, además de la ley y la costumbre, debe omitirse toda referencia a la *doctrina jurisprudencial* con valor normativo. En torno de este problema, la *opinión científica* no se ha manifestado uniforme. La jurisprudencia es una regla de conducta que puede guiar por su propia autoridad intrínseca a los juzgadores; pero sin condicionarlo como "*precedente obligatorio*", como construcciones que haga en torno a la ley, una jurisprudencia irresponsable: "*como derecho justo*", en Stammler; "*norma de cultura*" con Mayer; "juicio de valor", en Rumelín, dando a los jueces un poder individual de creación, que al margen de la ley y, hasta en contradicción con ella, dispensen la justicia en nombre de la Escuela del "*Derecho Libre*" según los corifeos de tal doctrina.

El valor normativo de la jurisprudencia, se ha dicho que es perjudicial en cuanto puede detener, aniquilosándolo, el proceso constructivo que, en torno de la ley, debe llevar a cabo; o bien, se reputa, en cambio, a la jurisprudencia anárquica y anarquizante, en lo que excede de una *científica interpretación* supliendo las inevitables lagunas de la ley. Cuando no se excede de esos límites la jurisprudencia, tiene un valor insuperable y contribuye a forjar la certeza, que es la garantía del orden jurídico todo, dando unidad y uniformidad y declarando los dogmas jurídicos aceptados por la jurisprudencia de los *usus fori*.

La encendida discusión que llegó a su clímax, acerca del valor como *fuente legal* de la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, culminó con la disconformidad en la ponencia de Joaquín Costa que llevó al Congreso Jurídico de Barcelona de 1888, sobre el tema: *Condiciones que debe reunir la jurisprudencia para disfrutar de la autoridad de la doctrina legal*. La autoridad del ilustre jurista aragonés pugnó por sentar, que: "*la formación de la jurisprudencia, acompaña necesariamente a la función de interponer y aplicar judicialmente las leyes*: y por consecuencia deben concurrir a ella todos los tribunales de la Nación, de cualquier orden y grado que

---

12 Ver Calamandrei, ***Instituciones de Derecho Procesal Civil***, pág. 54.

sea". "La existencia de un Tribunal Supremo, lejos de regular, perturba la formación de la jurisprudencia, y es incompatible con la vida normal de la misma."

La cuestión candente se llevó a la discusión y el ilustre don Augusto Comas pudo decir, compartiendo el pensamiento de Costa, que *"era muy general la opinión de los que consideraban la jurisprudencia como una fuente de derecho muy peligrosa y ocasionada a que la doctrina jurisprudencial susbtituyese a la autoridad de la ley"*.

Se ha procurado hacer compatible en la investigación de los juristas las dos tendencias: *negando por un lado a la doctrina de los tribunales, valor de fuente legal*; pero considerándola, en cambio, fuente de interpretación. [13]

Se niega así a la jurisprudencia valor como fuente directa y sustantiva de derecho objetivo; pero ante la falta de fijeza de la costumbre y las inevitables interpretaciones de la ley, que no puede prever todos los casos posibles, obliga a la jurisprudencia a corregir esas imperfecciones y contribuir así, a la elaboración del derecho como fuerza integradora, y en caso de contradicción o inevitable colisión de normas, llega hasta la *interpretatio abrogans*.

En definitiva, estamos frente al problema doctrinal sobre la *absoluta separación* entre el acto legislativo y el acto jurisdiccional, que Kelsen [14] y la escuela de Viena resuelven en el fondo *como una cuestión de jerarquía* de normas, no siendo posible asimilar *la norma legal strictu sensu* a la *doctrina jurisprudencial* en el *"diagnosis jurídico"*, como dice Calamandrei. Históricamente, fué acaso el juez primero que el legislador; pero en tal supuesto el juez no dicta sus sentencias con la intención de legislar, sino que se contenta con resolver el caso concreto que se ha sometido a su decisión; en la medida que no contradiga la voluntad del legislador que es la voz del espíritu y la voluntad del pueblo, órgano distinto del poder judicial que en su nombre ejerce la jurisdicción.

La realidad mexicana, sin embargo, que en el artículo 133 de la Constitución establece la supremacía del propio código fundamental a pesar de las disposiciones en contrario contenidas en norma de cualquier género, impone entre nosotros una situación relevante en relación con estos problemas: ninguna ley o tratado pueden estar por encima de las disposiciones constitucionales. La coercibilidad de las normas legales ordinarias, y de los compromisos internacionales, tiene como límite insalvable o insuprimible a la Constitución, que es la base y fundamento de todo el orden jurídico nacional.

Dicho está ya que, en la jerarquización de los mandatos legales, la jurisprudencia no tiene las características de universalidad, generalidad y abstracción, que tiene la ley. Con tanta mayor razón cuando hablamos de leyes constitucionales. ¿A quién corresponderá la supremacía y la obligatoriedad, en caso de colisión entre una jurisprudencia inconstitucional y un mandato de la Constitución? ¿Si ninguna ley o tratado pueden tener validez en contradicción con la Constitución, si puede la jurisprudencia tener valimento jurídico en una contradicción tal? ¿La jurisprudencia puede derogar o contradecir a la Constitución?

Obvias son las contestaciones a tales interrogantes y fuerza es reconocer que la obligatoriedad de la jurisprudencia establecida en los artículos 193 y 193 bis de

---

13 Manuel de la Plaza, *La Casación Civil*, págs. 167 a 218.

14 Hans Kelsen, *Teoría General del Estado*, págs. 169 a 227.

nuestra Ley de Amparo recientemente reformada, tiene como primera y principal excepción la de que los fallos que la integran, respeten y cumplan con la ley suprema de la Unión: nuestra Constitución Política.

Libertad de discutir y de votar de los ministros y magistrados.

6. Empero, se ha querido hacer decir a la Ley Orgánica del Amparo lo que no dice, lo que no puede decir: que los Ministros y Magistrados Colegiados están obligados a votar en contra de sus convicciones; o, a hablar en un sentido y a votar en otro, es decir, *votar con reservas mentales.*

En otras palabras: que existiendo cuatro votos en determinado sentido de acuerdo con jurisprudencia firme, el quinto Ministro no puede votar sino conforme al criterio nivelador de los cuatro Ministros restantes, pudiendo darse el caso de que en la Sala de cuatro Ministros, uno solo de ellos que esté de acuerdo con la jurisprudencia y tres en contra, sin embargo, los tres Ministros que forman una mayoría democrática de la mitad más uno de los presentes, se verían obligados a votar en el mismo sentido que sostiene la jurisprudencia; y esa interpretación barroca y aberrante no puede ni debe atribuirse a la reforma constitucional ni a la reforma de la Ley de Amparo, que tan sólo ha querido fijar en cuatro votos y en cinco ejecutorias ininterrumpidas *una presunción de acierto* en el mayor número de votos y en un grupo más o menos numeroso de ejecutorias; lo cual no es óbice ni puede serlo para que el Ministro o Magistrado que no está de acuerdo con esa jurisprudencia por indocta e infundada, o inconstitucional, pueda votar de acuerdo con su criterio expuesto públicamente en audiencia. No es posible hacer tal deshonor a nuestro legislador constitucional, es una injuria que no puedo hacer tampoco a nuestro legislador reglamentario; porque aun en el caso en que se prescribe la forma de cómo es posible modificar o cambiar la jurisprudencia, con cuatro votos y cinco ejecutorias en contrario; ni aun en ese caso, los exégetas letristas de aplicación mezquina de la ley "al pie de la letra", podrían inferir, inducir o deducir, que un Ministro o Magistrado disidente esté obligado a votar de acuerdo con una jurisprudencia que estime obtusa, aberrante o inconstitucional. Sólo con lógica de falacias y gramática parda se puede inferir que cinco menos uno es igual a cinco. Es decir, que si cinco Ministros piensan —cuatro de ellos igualmente—, el quinto que no piensa así, debe, sin embargo, votar en el mismo sentido de los otros cuatro.

Es que las ejecutorias no son unidades homogéneas para prestarse a operaciones aritméticas y la jurisprudencia es obligatoria y uniforme el criterio de los jueces "*no por ley conminatoria, ni por cuenta de tendero*" como decía Rabasa,[15] porque la jurisprudencia se impone por su ciencia, por la autoridad de su sabiduría, como la gracia de Dios, como la honestidad, como el heroismo, como la santidad; obras humanas son que se imponen de por sí como se impuso para el futuro la jurisprudencia de precedentes de un Marshall o los votos particulares de un Vallarta, jueces perínclitos, sabios intérpretes de sus respectivas Constituciones.

15 *Memoria del Congreso Jurídico de 1921*, pág. 23.

Que las recientes reformas constitucionales así como las leyes de amparo y Orgánica del Poder Judicial de la Federación no han impuesto a los Ministros de la Suprema Corte y a los Magistrados Colegiados la obligación de votar en contra de sus convicciones o a hablar en un sentido y a votar en otro, se desprende de los mismos textos de la reforma y de los no modificados.

Así, una primera prueba de tal aserto lo constituye lo dispuesto en los artículos 195 y 195 bis de la Ley de Amparo. Tales artículos prevén los casos en que los Tribunales Colegiados, entre sí, o las Salas de la Suprema Corte, entre ellas, sostengan tesis jurisprudenciales contradictorias, y fijen las bases para establecer un criterio jurisprudencial definitivo. En este primer ejemplo de alcances limitados, se prevé un caso de jurisprudencia firme de una sala o tribunal colegiado, que no resulta obligatorio para otra sala o tribunal que se encuentran fijando una jurisprudencia contraria, y que al fin la establecen, surgiendo el conflicto previsto por los artículos mencionados.

Un segundo ejemplo está contenido en los artículos 197 del ordenamiento citado. En él se establece la publicidad de las ejecutorias necesarias para constituir jurisprudencia o para contrariarla, así como los *votos particulares de los Ministros que con ello se relacionan*, claramente se está refiriendo esta disposición a la posibilidad de contrariar una jurisprudencia, mediante el *voto* particular de un Ministro, que no puede ser más que un dicente.

La tercera argumentación legal tiene una relación directa e indirecta con las consecuencias del voto de un Ministro contra el criterio sustentado en una tesis jurisprudencial. Ni en el capítulo relativo a la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, ni en el referente a la responsabilidad de los funcionarios que conozcan del Amparo, la Ley Orgánica de los artículos 103 y 107 constitucionales establece sanción alguna por el hecho de que los Ministros voten contra jurisprudencia firme. En cambio, y en relación con el problema ya apuntado de la posible colisión entre una disposición de la Constitución y una jurisprudencia que un Ministro juzgue inconstitucional, resulta aplicable el artículo 83 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, que dice: "*Los Ministros de la Suprema Corte de Justicia sólo serán responsables al establecer o fijar la interpretación de los preceptos constitucionales en las resoluciones que dicten cuando se compruebe que hubo cohecho o mala fe*". Disposición que debe relacionarse con el artículo 78 de la propia ley, que al señalar la protesta de los funcionarios y empleados del Poder Judicial de la Federación, impone a ellos como obligación fundamental la de "*guardar y hacer guardar la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y las leyes que de ella emanen, mirando en todo por el bien y prosperidad de la Unión*". (Art. 28 de la Constitución Federal.)

El control constitucional sobre la jurisprudencia

7. El artículo 133 de la Constitución obliga, y, también concede, el derecho a los jueces, a separarse de las leyes inconstitucionales; con mayor razón a los Ministros de la Corte Suprema, que son los guardianes y últimos intérpretes de la Constitución, y si se pueden apartar de una ley inconstitucional, con cuanta más razón podrán apartarse de una jurisprudencia que estiman contraria a la Constitu-

ción Federal. Y este es un derecho inalienable de un Ministro de la Suprema Corte de la Nación.

Con apoyo en la disposición constitucional citada, hemos dicho ya, todo Juez puede dejar de aplicar —naturalmente, bajo su más estricta responsabilidad—, una ley que en su concepto sea inconstitucional. Tal disposición, que algunos juristas mexicanos dicen establece un *"control difuso"* o *"defensa subsidiaria"* de la Constitución en realidad es *"control y defensa directos"*, ya que obliga directamente a los jueces a apegarse a la Carta Fundamental, a las leyes que de ella emanen y a los tratados que en la misma forma no la contradigan, *"a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados."*

Al apartarse un juez de una disposición legal que considera inconstitucional, en verdad no deja en arbitraria indefensión a quien le favorezca la ley, ya que *un doble control (directo o indirecto)* opera en esos casos sobre los actos de la autoridad; porque si viola garantías constitucionales con su apartamiento de la ley, el agraviado puede indirectamente recurrir en juicio de amparo ante el Poder Judicial Federal, para obtener la anulación del acto del Juez; y, en todo caso, éste queda sujeto a sanciones legales, en la medida de la responsabilidad que le resulta de acuerdo con las leyes respectivas, dentro de las cuales las más efectivas lo son las que prevén las leyes penales.

El control y defensa constitucional establecido para los jueces por el artículo 133, no empece que los directamente agraviados indirectamente reclamen de la Corte Suprema la final interpretación; todo lo cual indica *claramente que el amparo no es el único proceso de conocimiento* sobre constitucionalidad de la ley, toda vez que, se llegaría al absurdo de que es menester esperar a que un ciudadano pida o reclame la inconstitucionalidad, la cual se consumará a ciencia y paciencia de los encargados de aplicar las leyes, aun cuando ellos la adviertan anticipadamente, con toda claridad.

Y es que el error de los glosadores "al pie de la letra" es querer confundir a la jurisprudencia con la ley; como cometerían el mismo error confundiendo la ley *con la costumbre, con la equidad, o con los principios generales del derecho.* De aquí resulta, que no es obstáculo para que una jurisprudencia científica y sabia recogida por el legislador, se eleve a la categoría de ley, y así también se puede recoger a la costumbre, a la equidad concretada y manifiesta en un precepto legislativo, y también a los principios generales del derecho, que en número crecidísimo han llegado al rango inconfundible de la ley. Pero la ley no es, no puede ni debe confundírsele, con la jurisprudencia, porque *el principio de gravitación universal del derecho, contenido en la "tripartición de imperio del dogme político trino de Montesquieu"*,[16] lo prohibe expresamente. La ley tiene su técnica formación en dos cámaras y por mayoría absoluta de votos expresa en ellas la representación del pueblo, su voluntad soberana, para la generalidad de los casos; en tanto que la jurisprudencia la fijan los tribunales *"en la actuación de la ley en el caso concreto"* (Chiovenda). *"El derecho legislativo"* no es igual que *"el derecho judicial"* (Calamandrei). La infinitud de casos concretos hace imprevisible al hom-

16 Alejandro Groppali, *Doctrina General del Estado.* (Trad. de Alberto Vásquez del Mercado), pág. 222.

bre una decisión igual a otra, a menos que así las avalore el juez; en tanto que la ley fija en la generalidad de los casos, la uniforme y general obligación de su acatamiento. El juez y su jurisprudencia suplen el silencio y las aparentes o supuestas lagunas de la ley, que no puede prever todos los casos de la "creación fluente de la vida". La ley y la jurisprudencia, en suma, son inconfundibles; la misión de ambas es sólo correlativa y complementaria, y cuando se las quiere confundir, se llega a la monstruosidad de crear *una jurisprudencia supralegal y aun superconstitucional,* si se declara intocable y cristalizada, o si se aplica sin discernimiento.

La Asociación Alemana de Jueces en su famosa instancia de 8 de enero de 1924 dirigida al Tribunal Supremo del Reich, provocó, dice Radbruch,[17] la respuesta del Ministro de Justicia del Tercer Reich, en la que se vigorizó *"la idea de que el juez no debe convertirse en legislador ni crear nuevo derecho en oposición a la ley"*, sino que, por el contrario, está llamado tan sólo a aplicar el derecho vigente. Ya Montesquieu se afanaba en hallar la expresión más aguda posible para caracterizar la naturaleza no creadora de derecho legal en la actividad decisoria del juez. Las sentencias, decía, no deben ser más que "una copia fiel de la ley ... para esto no se necesita más que ojos ... la boca sólo debe pronunciar las palabras de la Ley". Nuestra época, empero, ya no lo cree así y pugna por establecer la diferencia entre la creación del *"derecho legislativo"* y la creación del *"derecho judicial"*, que, en su correlación inevitable ajustan o acoplan el derecho a la "realidad fluente de la vida social", nos recuerda la judicatura más acreditada del mundo como es la de Inglaterra, que sólo se adquiere por el cultivo milenario del sentido jurídico, comparable a la de aquel otro gran pueblo de jurisconsultos, que fué Roma, con el pretor. Ambos pueblos plantearon la antítesis entre el derecho de origen románico y el "common law"; el derecho romano que se reduce a principios generales y el *"common law"* que se funda en precedentes; el derecho codificado y el derecho en su historia; pero ambos derechos persiguen la reiteración de un precedente que por sabiduría y ciencia forja la jurisprudencia en el trasiego de la vida diaria.

Sin duda, *"la repetición del precedente"* y su *persistencia, generan la condición sine qua non,* para que pueda existir la jurisprudencia. Las Leyes de Partidas exigían treinta fallos en el mismo sentido durante diez o veinte años, y de acuerdo con la edición de Gregorio López, se dice que bastaban dos años. Con todo acierto, en la doctrina moderna, ya no se requiere la conformidad de la jurisprudencia en el tiempo, porque "sería absurdo pretender que la jurisprudencia fuese cristalizada y contenida en su libertad, movimiento y expresión", como ha dicho Calamandrei.

Respecto a las sentencias de los jueces naturales

8. ¿Cómo debe entonces entenderse la obligatoriedad de la jurisprudencia? Seguramente que no lo es de manera directa. Los jueces no son legisladores, como se ha dicho y vale la pena de repetirlo hasta el cansancio; no pueden por vía de interpretación, a pretexto de salvar lagunas, silencio u obscuridad de la ley, fijar normas generales para el futuro, y la propia Suprema Corte de Justicia, al de-

17 *Introducción a la Ciencia del Derecho,* pág. 153.

clararse respetuosa de los fallos de los jueces naturales de primero y segundo grados, que no pequen contra las reglas de la prueba, las leyes de la lógica, ni contra la Constitución, está declarando implícitamente, que los tribunales comunes inferiores tienen facultad de hacer su propia jurisprudencia aplicando las leyes de los Estados de la Unión, tal como ellos crean que deben ser interpretados, recurriendo a todos los procedimientos científicos de interpretación, según su ciencia y conciencia, conforme al principio de la "*inmediación*" o "*inmediatividad*", como terreno que está vedado al juez federal. Lo expresado hasta ahora, nos hace patente el pensamiento de Joaquín Costa, de que la jurisprudencia no es solamente la de los tribunales supremos que muchas veces son perturbadores, sino que existe y debe subsistir la jurisprudencia de los tribunales inferiores, reservando únicamente a los tribunales supremos la jurisprudencia limitada a sus funciones en defensa de la Constitución, con el amparo entre nosotros, o en interés de la pureza o exacta aplicación de la ley si se trata de casación; ya que el Tribunal Supremo o la Suprema Corte, no son tribunales de tercera instancia, no tienen *res integra*, sino limitado a la garantía violada en perjuicio del hombre y del ciudadano, *para no entrar a saco en las sentencias de los jueces comunes.*

Así lo han reconocido con toda claridad los artículos 193 y 193 bis de la Ley de Amparo vigente, que disponen la obligatoriedad de la jurisprudencia tan sólo cuando ésta se refiere a interpretación de la Constitución, leyes federales o tratados celebrados con potencias extranjeras, creándose en esta forma una nueva limitación a la obligatoriedad de la jurisprudencia.

"No se concibe que la misma situación jurídica sea al mismo tiempo resuelta en diverso sentido por un mismo Tribunal", exclama Calamandrei. Por ello la responsabilidad se exige y debe siempre exigirse del juez, cuando cambie de opinión sin fundamento, por supuesto error, dolo o violencia de ley; pero también debe conservar el juzgador su libertad de pensar, discutir y votar conforme a su leal saber y entender, porque nunca podrá decirse *a priori* quien tiene la razón; la verdad sabida a ciencia y conciencia no es mucho muy diversa de la verdad sabida y buena fe guardada. Seguirá por siempre la justicia siendo como enseñó el Rey Sabio: La razón en mente de buen varón.

La condición de la jurisprudencia, no puede ser la de constituir un dogma, un fetiche o un tabú. La idolatría de una jurisprudencia congelada debe ceder ante la realidad cambiante y dinámica de la vida jurídica, por multitud de motivos razonables y elevados de opinión, "rectificar errores, es más que una facultad, un deber impuesto por nuestra probidad mental y moral". [18]

Fallar inveteradamente por hábitos mentales en la aplicación de la ley, tal como lo hicieron nuestros antepasados muchas veces remotos, en ciertos casos, es "*el gobierno de los vivos por los muertos*", de que habla Spencer, estancándose así el derecho, y haciendo de los jueces funcionarios autómatas y negligentes, porque les basta con remitirse a la jurisprudencia del superior.

---

18 Manuel Ibáñez Procham, *Los Recursos en el Proceso Civil*, págs. 177-185.

Necesaria asociación de los jueces

9. Por eso nuestro Colegio de Estudios Penales, que no es otra cosa sino una asociación de jueces, al convocar a los jueces y litigantes de los foros de los Estados de la República, para oír sus objeciones razonadas en torno de nuestras leyes y nuestra jurisprudencia, ha hecho posible la intervención en muchos casos de nuestro Colegio para que se acepten múltiples ponencias que han sido enviadas y aprobadas por la Comisión Legislativa de la Secretaría de Gobernación; lográndose así que el abogado más humilde y el Juez más modesto de algún rincón apartado del territorio nacional, pueda tener la satisfacción de ver modificada por su iniciativa, nuestra jurisprudencia, al combatirla profundizando su estudio y, afinando la Corte Suprema su criterio.

Volvemos a insistir en que la jurisprudencia sí es obligatoria para los Ministros que la dictan; pero es obligatoria como jurisprudencia, como la costumbre es obligatoria como tal; la equidad como equidad, y los principios de derecho como tales principios. Mas de ninguna manera se puede confundir la obligatoriedad de la jurisprudencia, la costumbre, la equidad, o los principios del derecho, con la obligatoriedad que corresponde y sanciona única y exclusivamente la ley; aun cuando no se descarta y antes bien se confirma este criterio, por el hecho frecuente de que las elaboraciones jurisprudenciales, a veces maravillosas por su ciencia y sabiduría son recogidas por el legislador, aun por el constituyente, para hacer o rehacer la ley que no prevé el caso en su silencio o en sus lagunas. El camino es de jerarquía, de abajo hacia arriba, la jurisprudencia puede llegar a ser ley; pero no toda jurisprudencia, por serlo, es ley, en una confusión imposible de las funciones tripartitas de los poderes del Estado democrático.

Suplencia de la queja y jurisprudencia

10. Tal ha sido, por ejemplo, el honor altísimo que la Primera Sala de la Suprema Corte recibió de la iniciativa Presidencial de reformas constitucionales, en la fracción II del artículo 107, al elevar al rango de ley constitucional la jurisprudencia sentada sobre la suplencia de la queja deficiente, concedida antes con interpretación *topográfica* sólo en amparo penal directo ahora extendida al amparo indirecto y como tutela de la clase trabajadora, haciendo de la Corte Suprema de México uno de los Tribunales más humanos del mundo. Nuestro reconocimiento cívico por ello no tiene reservas y la buena fe de las reformas está manifiesta: la jurisprudencia de la Primera Sala llegó por su propia gravedad, acaso por su ciencia, hasta los cánones de la Constitución. Empero, no puede asegurarse que otras jurisprudencias sentadas merezcan tan notable distinción y deben quedar en libertad los Ministros que impugnan aquella que estimen, fundadamente, como lo hicieron con la suplencia de la queja, inconstitucional; porque si el amparo puede concederse contra actos de toda autoridad y aun contra leyes que sean violadoras de los derechos del hombre, con mayor razón pueden los Ministros impugnar y votar contra una jurisprudencia que estimen anticonstitucional.

De acuerdo con las recientes reformas constitucionales, la deficiencia de la queja podrá suplirse en materia penal (en amparo directo e indirecto), y se ha

hecho extensiva a la materia laboral, cuando el quejoso lo sea la parte obrera. Pero hay más: de conformidad con el segundo párrafo de la fracción II del artículo 107 constitucional, también se autoriza una suplencia general (aún en materia civil y administrativa) "cuando el acto reclamado se funda en leyes declaradas inconstitucionales por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia". ¡He ahí un claro ejemplo de cómo una jurisprudencia sabia, jurídicamente fundamentada, logra por su solidez científica obtener la reforma de la ley, y nada menos que de la ley constitucional, que va más allá de lo jurisprudencialmente declarado:

No existen grilletes ni mordazas, en las reformas constitucionales.

11. Se pretende por algunos Ministros, que la reforma constitucional impone "grilletes" a la conciencia de los Ministros y Magistrados, y que éstos sólo tienen *"el derecho del pataleo"*, es decir, a "glosar" e "impugnar" una jurisprudencia de cuatro votos en cinco ejecutorias; mas no a votar en contra de tal jurisprudencia cuando la estimen anticonstitucional, argumentación que ya ha sido examinada; y por eso dichos Ministros ya votan conforme a la jurisprudencia, aunque la tachen de inconstitucional. Yo creo en la buena fe de la reforma, y basado en ello no puedo hacerle la ofensa de creer que se haya hecho para amordazar a los Ministros; más aun, en tal supuesto, y si yo lo creyera así, también votaría en contra de la jurisprudencia inconstitucional; pero jamás podrán convencerme de que el *"reenvío"* que hace la fracción XIII del artículo 107 constitucional para que la Ley Orgánica del amparo establezca "los términos y casos en que sea obligatoria la jurisprudencia de los Tribunales de la Federación, así como los requisitos para su modificación", se entiende que esos requisitos, que no son más que el de que se resuelva por cuatro votos en cinco ejecutorias, quiera decir *que todos los Ministros están obligados á votar conforme al voto de esos cuatro.* Eso no lo dice ni la reforma constitucional, ni las reformas de la Ley Orgánica del amparo, y además la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, en sus artículos 4º y 20, expresan con toda claridad que las resoluciones del Pleno y de las Salas, en su caso, se tomarán por mayoría de votos de los Ministros presentes, cuyos votos hacen sentencia, y tienen el valor de la cosa juzgada.

Los exégetas "al pie de la letra" de la ley, han querido hacer un salto mortal entre dos puntos inconciliables, a saber: el de que existe jurisprudencia válida por cuatro votos y cinco ejecutorias ininterrumpidas, y el de que los Ministros sólo deben votar en el mismo sentido de esos cuatro votos. Se ha querido confundir la manera de votar para hacer la jurisprudencia, con la falcultad de pensar y de expresar libremente las ideas de los Ministros, y votar conforme a ellas. En lo que debe ser jurisprudencia plural, presuntiva de sabiduría, se quiere confundir lo que puede ser voto individual en votos particulares que le dieron la fama, y muy noble, a nuestro gran juez constitucional Don Ignacio León Vallarta, en lo adelante, a los Ministros, con tal criterio, les estaría vedado hacer verdaderos votos particulares, y serían entonces votos con reservas mentales y, esos tiempos obscuros de la historia ya fueron largamente superados por el Estado democrático, liberal, republicano, en que se fincó nuestra Carta de 1917.

Y no se diga, como argumento *ad hominem*, que el cuerpo legislativo que hizo la reforma constitucional, es el mismo que ha producido la Ley Orgánica del Amparo, porque además de que a esa ley se le quiere hacer decir lo que no dice, debemos pensar que ese mismo cuerpo legislativo que produjo la reforma constitucional y la ley de Amparo, para reformar la Constitución, tuvo la venia y autorización de las Legislaturas de los Estados; mas no la tuvo para hacer una Ley Orgánica reglamentaria que, en el peor de los casos, que no es éste por cierto, bien pudo hacer una Ley Orgánica con preceptos anticonstitucionales, apartándose del espíritu y de la letra de la Constitución, como ha sido de explorado derecho en nuestro medio jurídico. [19]

Por todas estas consideraciones y fundamentos, estimo y seguiré pensando que la jurisprudencia es y ha de ser debidamente observada y puntualmente cumplida por los Ministros de la Corte Suprema, sólo en tanto que la jurisprudencia no sea violadora de la Constitución Federal; pues creo firmemente que los Ministros, siendo como son fieles intérpretes y guardianes de la Constitución, pueden decir como lo expresó en histórica divisa el Magistrado Iglesias, —que nunca será bastante repetir—, la que escribiera con sangre mexicana en la "Batalla de los Adobes", resultando a la postre víctima propiciatoria de su misma sentencia: "Sobre la Constitución, nada; sobre la Constitución, nadie".

---

19 Luis Cabrera, *Estudio leído en la Academia de Legislación y Jurisprudencia*, publicado en la "Revista General de Derecho y Jurisprudencia", del Lic. Alberto Vásquez del Mercado, tomo III, págs. 271-291.