



Boletín Mexicano de Derecho Comparado

ISSN: 0041-8633

bmdc@servidor.unam.mx

Universidad Nacional Autónoma de México
México

Álvarez González, Rosa María

LAS FUENTES DE CONOCIMIENTO DE LO JURÍDICO

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, vol. XLVII, núm. 139, enero-abril, 2014, pp. 39-63

Universidad Nacional Autónoma de México

Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42730742002>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

LAS FUENTES DE CONOCIMIENTO DE LO JURÍDICO* *THE SOURCES OF LEGAL KNOWLEDGE*

Rosa María ÁLVAREZ GONZÁLEZ**

RESUMEN: La noción básica del derecho que se construyó a partir del concepto de la soberanía del Estado se ha transformado de manera tal, que esta noción ya no puede reconocerse como realidad política operante; a ello han contribuido los innumerables cambios sociales que la han ido transformando; a saber, el pluralismo político y social interno oponible a la idea de soberanía y de sujeción; la formación de centros de poder alternativos y concurrentes con el Estado; la institucionalización de contextos que integran sus poderes en dimensiones supraestatales y, por tanto, sustrayéndolos de la disponibilidad de los Estados particulares; así como la atribución de derechos a los individuos que pueden hacerse valer ante jurisdicciones internacionales. Desde esta perspectiva, en este trabajo se analizan las fuentes formales del derecho.

Palabras clave: creación del derecho; fuentes del derecho; fuentes formales del derecho; ley; costumbre; jurisprudencia; doctrina.

ABSTRACT: *The basic concept of law which was built on that of the State's sovereignty has been transformed in such a way that can be no longer recognised as operable in the reality of politics. A great number of social changes have contributed to such a transformation; such as politic and internal social pluralism, the latter contradicts the idea of sovereignty and cohesion; the establishment of alternative centres of power which coexist with the State; the institutionalisation of contexts integrate their branches of power beyond those of the State—and consequently, they are becoming unavailable both for individual States; and for individuals to claim their rights before international jurisdictions. This paperwork analyses formal legal sources from this perspective.*

Keywords: *The Creation of the Law; Legal Sources; Formal Legal Sources; Statutory Law; Custom; Jurisprudence; Doctrine.*

* Artículo recibido el 30 de mayo de 2013 y aceptado para su publicación el 31 de octubre de 2013.

** Investigadora en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El estudio de las fuentes en la doctrina jurídica*. III. *Clasificación de las fuentes del derecho*. IV. *Las fuentes formales del derecho en México*.

I. INTRODUCCIÓN¹

El tema de las fuentes del derecho juega un papel muy importante para el entendimiento y aplicación de todo sistema jurídico, pues tiene que ver con la vigencia jurídica de los sistemas normativos, dotados de validez ética o sociológica; en este sentido, las diversas corrientes del pensamiento jurídico han buscado respuesta al problema de la identidad y existencia de las fuentes.²

Durante largo tiempo predominó en la escena un esquema que respondió a la visión positivista del derecho; así, el estudio de las fuentes se refirió de forma tradicional a los tipos de regulación normativa del derecho, esto es, la ley, la jurisprudencia, la costumbre, la doctrina; en el caso mexicano con marcada preeminencia de ley, reconocida como la fuente jurídica por antonomasia.

En tal sentido, el principio de legalidad, característica del Estado de derecho, respondió durante largos años a la forma de ejercer el poder en un Estado liberal, en donde todo lo que no está prohibido está permitido; la ley, de cara a la protección de los particulares, no establecía lo que la administración no podía hacer, sino, por el contrario, lo que podía.³

Al respecto, es importante señalar las transformaciones que han operado en la teoría jurídica contemporánea,⁴ desde donde se cuestiona lo que hay detrás del derecho de los textos oficiales, es decir, las ideas generales, los métodos, las expectativas, las estructuras de pensamiento y los

¹ Dejo testimonio de mi particular reconocimiento a Cecilia Mondragón Herrada por su importante colaboración en la preparación de este artículo.

² Bobbio, Norberto, *Teoría dell ordinamento giuridico*, Italia, G. Giappichelli Editore, p. 30.

³ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 1995, p. 28.

⁴ La doctrina en general ha señalado la superación del principio de legalidad, sin restarle a la ley la importancia que como fuente formal tiene; sin embargo, se habla de la ley por un lado y de derechos por otro, la ley como regla establecida por el legislador, y los derechos humanos como pretensiones absolutas con independencia de la ley. *Cfr. Ibidem*, pp. 47 y ss.; Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, España, Ariel, pp. 65-83 y 158-198; Hart, *El concepto de derecho*, México, Editorial Nacional, s. f.

estilos jurídicos heredados del pasado y que ya no encuentran claramente su justificación en el presente, al pasarse de un Estado liberal de derecho a un Estado constitucional de derecho.

La noción básica del derecho que se construía tanto interna como externamente a partir del concepto de la soberanía del Estado, se ha transformado de manera tal, que esta noción ya no puede reconocerse como realidad política operante, a ello han contribuido los innumerables cambios sociales que la han ido transformando, a saber, el pluralismo político y social interno oponible a la idea de soberanía y de sujeción; la formación de centros de poder alternativos y concurrentes con el Estado; la institucionalización de contextos que integran sus poderes en dimensiones supraestatales —y, por tanto, sustrayéndolos de la disponibilidad de los Estados particulares—, así como la atribución de derechos a los individuos que pueden hacerse valer ante jurisdicciones internacionales.

La soberanía, como señala Luigi Ferrajoli, que había quedado vacía de contenido hasta disolverse en su dimensión interna con el desarrollo del Estado constitucional de derecho, decae también en su dimensión externa en presencia de normas inmediatamente vinculantes para los Estados miembros.⁵

Bajo esta perspectiva, el tratamiento de las fuentes del derecho adquiere un nuevo sentido,⁶ que tiene que ver precisamente con las fuentes del derecho y las normas sobre la producción jurídica.

II. EL ESTUDIO DE LAS FUENTES EN LA DOCTRINA JURÍDICA

Como se ha señalado, la doctrina jurídica ha estudiado de forma amplia el tema de las fuentes del derecho. Eduardo García Máynez hace uso de la metáfora del jurista francés Du Pasquier que la asemejó “al lugar en donde las aguas brotan de la tierra saliendo de las profundidades de la vida social, el derecho a la vida de la realidad”.⁷

⁵ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 2a. ed., Madrid, Trotta, 2001, p. 145.

⁶ *Cfr.* Un análisis panorámico del sentido actual de las fuentes del derecho, véase Cárdenas Gracia, Jaime, *Introducción al estudio del derecho*, México, Nostra, 2009, pp. 158 y ss.

⁷ García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 47a. ed., México, Porrúa, 1995, p. 52; una aguda crítica al uso de la metáfora y que la responsabiliza de la ambigüe-

En este sentido, la historiografía alemana del siglo XIX generó una técnica auxiliar para el estudio de la historia que no se refiere directamente al análisis del objeto sino a las fuentes del conocimiento mismo y lo llamó heurística,⁸ a través de esta disciplina se proporcionan las reglas y experiencias conducentes para la búsqueda, individualización, clasificación, crítica, interpretación, aprovechamiento y registro de datos que proporcionan las fuentes de conocimiento científico.⁹

Aníbal Bascuñán Valdez señala como fuente de conocimiento a “todo instrumento racionalmente aprehensible que nos ofrece los datos concretos requeridos para una conceptualización científica...”.¹⁰ Es en esa dirección que la teoría jurídica ha desarrollado toda una doctrina alrededor del tema de las fuentes del derecho.

Para Federico Savigny, las fuentes son las causas del nacimiento del derecho, las fuerzas creadoras del mismo, el espíritu del pueblo que en todos los individuos vive, actúa y produce el derecho positivo.¹¹ Para Giorgio del Vecchio, las fuentes del derecho son los principios inmutables de la justicia, como el derecho natural.¹²

Por su parte, los formalistas de la escuela kelseniana señalan a las fuentes del derecho como los fundamentos de validez del mismo, la razón última de jerarquía dentro de una gradación de normas que en su cúspide tienen la norma hipotética fundamental, esto es, la Constitución.

Rafael de Pina, en su obra *Elementos del derecho civil mexicano*, señala que las fuentes del derecho son subjetivas cuando atribuyen una facultad

dad que genera véase Aguilo Regla, Josep, *Teoría general de las fuentes del derecho (y el ordenamiento jurídico)*, Barcelona, Ariel, p. 22.

⁸ Heurístico, ca. (Del gr. εὑρισκειν, hallar, inventar, y 'tico). adj. Perteneciente o relativo a la heurística. || 2. f. Técnica de la indagación y del descubrimiento. || 3. Busca o investigación de documentos o fuentes históricas. || 4. En algunas ciencias, manera de buscar la solución de un problema mediante métodos no rigurosos, como por tanteo, reglas empíricas, etcétera. *Diccionario de la lengua española*, 22a. ed., Madrid, Real Academia de la Lengua Española, 2001.

⁹ Véase Bascuñán Valdez, Antonio, “Posibilidad del empleo del método empírico de investigación en el conocimiento del derecho”, *Boletín del Instituto de Docencia e Investigación Jurídica*, Santiago, Chile, año 2, núm. 8, septiembre de 1971, pp. 23 y ss.

¹⁰ Bascuñán Valdés, Aníbal, *Manual de técnica de la investigación jurídica*, 4a. ed., Santiago de Chile, Jurídicas de Chile, 1974, p. 52.

¹¹ Savigny, Friedrich Karl von, *Textos clásicos*, México, UNAM, 1981, pp. 23-26

¹² Vecchio, Giorgio del, *Filosofía del derecho*, 3a. ed., Barcelona, p. 321.

o potestad a un sujeto para hacer o dejar de hacer algo en razón de la existencia de una norma; en tanto que son objetivas las normas que establecen la potestad o facultades de los sujetos. Precisamente, dentro de la clasificación de este autor se alude a las fuentes del conocimiento del derecho, como el conjunto de elementos que permitan el acceso al objeto de conocimiento de lo jurídico en todas sus manifestaciones.¹³

Cada una de las apreciaciones anteriores aporta elementos a discutir, dado que para el conocimiento de un derecho específico, es preciso tener en cuenta que toda disposición jurídica tiene un origen histórico, un fundamento ideológico y una fuente formal.

Sin embargo, la cuestión no resulta ser sencilla pues además de presentar distintos matices, dada la diversidad de enfoques que se le puede dar, así como su pertenencia a un determinado sistema jurídico,¹⁴ se ha atribuido a la expresión fuentes del derecho una gran diversidad de significados, derivando en lo que se ha llamado un desorden conceptual.¹⁵

Así, pese a las críticas que ha recibido el uso de la metáfora “fuentes del derecho”, se ha reconocido la vigencia de la misma.

Atendiendo a la clasificación más generalizada las fuentes del derecho se conjuntan en tres grandes grupos, *formales*: procesos de creación de las normas jurídicas; *históricas*: evidencia de tipo histórico (historiográfica, tradición oral) que permite el conocimiento del derecho, o bien, se refiere a los actos o eventos pasados que dieron origen a las normas y principios jurídicos existentes; *materiales o reales*: tienen que ver con todos los hechos sociales que dieron origen a las normas. Como se ha señalado, los enfoques desde los que se trate de analizar el tema coinciden *grasso modo* con esta clasificación.

En dicho sentido, desde el punto de vista dogmático, las fuentes tienen que ver con los actos de ciertas instancias formales por los cuales determinadas disposiciones adquieren el carácter de derecho objetivamente especificado y exigible. En el más puro sentido técnico se habla de fuentes del derecho, al hablar de la ley, en sus diferentes formas de producción

¹³ Pina, Rafael de, *Elementos de derecho civil mexicano*, 11a. ed., México, Porrúa, 1983, t. I, pp. 86 y ss.

¹⁴ Para el estudio de los sistemas jurídicos, la consulta obligada es el libro de René, David, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, trad. de Pedro Bravo Gala, España, Aguilar, 1973.

¹⁵ *Cfr.* Aguiló Regla, Josep, *Teoría general...*, *cit.*, p. 21.

legislativa, parlamentaria y reglamentaria; a la costumbre; a la jurisprudencia y a la doctrina.

Sin embrago, es necesario señalar que en los órdenes jurídicos modernos se da la característica de la pluralidad de fuentes, cuestión que indudablemente tiene que ver con el carácter dinámico del sistema.

En tal sentido, la Constitución, las disposiciones constitucionales, los tratados internacionales en materia de derechos humanos; las leyes reglamentarias, las leyes ordinarias; las prácticas y decisiones judiciales; los decretos-ley; decretos y reglamentos; las prácticas gubernamentales; contratos-ley, contratos colectivos, usos y costumbres, entre otros, todos ellos forman parte del sistema, el cual a la vez, establece criterios al momento de la aplicación concreta de la norma, incluidos aquellos que atenderán a la resolución de un conflicto normativo.¹⁶

III. CLASIFICACIÓN DE LAS FUENTES DEL DERECHO

Como se observa, el estudio de las fuentes del derecho es de suyo complejo y aun cuando existe una diversidad de clasificaciones de las mismas, para efectos de este trabajo hemos de destacar la visión de Legaz y Lacambra acerca de los diversos sentidos que se le atribuyen a la expresión fuente del derecho y que aporta en términos generales la visión de dichas las clasificaciones: a) fuente del conocimiento de lo que históricamente es o ha sido el derecho, antiguos documentos, colecciones legislativas, etcétera; b) fuerza creadora del derecho como hecho de la vida social, la naturaleza humana, sociedades, el sentimiento jurídico, la economía, etcétera; c) autoridad creadora del derecho histórico o actualmente vigente, Estado, pueblo; d) acto concreto creador del derecho; legislación, costumbre, decisión judicial, etcétera; e) fundamento de la validez jurídica de una norma concreta de derecho; f) forma de manifestarse la norma jurídica: ley, decreto, reglamento, costumbre; g) fundamento de la validez de un derecho subjetivo.¹⁷

¹⁶ Para una mayor comprensión del sistema normativo y la resolución del conflicto de normas véase Huerta Ochoa, Carla, *Conflictos normativos*, México, UNAM, 2003; *id.*, *Teoría del derecho. Cuestiones relevantes*, México, UNAM, 2009, pp. 80-104.

¹⁷ Legaz y Lacambra, Luis, *Filosofía del derecho*, 4a. ed., Barcelona, Bosch-Casa Editorial, 1975, pp. 525 y 526.

En este sentido, los sistemas jurídicos han conocido la preponderancia de algunas de sus fuentes atendiendo a diferentes circunstancias y orientando el desarrollo del propio sistema en diferentes momentos. De este modo, existen aquellos en donde el derecho consuetudinario fue preponderante; aquellos, en donde la doctrina tuvo importancia decisiva; otros en donde el derecho creado por los jueces ha sido el rasgo distintivo; a más de aquellos en los cuales la legislación ha sido la fuente formal predominante.¹⁸

Así, las fuentes del derecho, como otros subsistemas sociales, tienen como premisa su carácter dinámico además de que contienen en sí mismas normas que permiten su propia creación y modificación, además de guardar una relación de supra a subordinación entre ellas mismas, lo cual se traduce en la jerarquía normativa del sistema jurídico.

Nuestro país no ha escapado a las transformaciones de las fuentes del derecho, en tal sentido para hablar de las fuentes del derecho en México se realizará un análisis de las mismas bajo la óptica de los órdenes jurídicos modernos en donde existe la característica de la pluralidad de fuentes, anotando las categorías que se han establecido de forma general para acceder al estudio de las fuentes de lo jurídico.

IV. LAS FUENTES FORMALES DEL DERECHO EN MÉXICO

La teoría jurídica contemporánea se ha desarrollado de forma tal que el estudio de las fuentes se ha ampliado de forma considerable, dado que el papel que tradicionalmente se le dio a cada uno de las formas de producción de la norma jurídica ha dejado de considerarse con preminencia de la ley.

La asunción del valor normativo que se ha reconocido a la Constitución en nuestros días, es de gran trascendencia, pues a diferencia de cualquier otra fuente, la Constitución reviste una serie de características formales, esto es, por su procedimiento de formación, de reforma, así como por su régimen jurídico especial, que la colocan por encima del resto de las leyes. Aunado a ello, las funciones de control del poder político y de dis-

¹⁸ Cfr. René, David, *Los grandes sistemas...*, *cit.*

tribución de los poderes al interior del Estado y de regulación de las relaciones entre el Estado y los ciudadanos.¹⁹

Al lado de estas características, se encuentra el de la supranacionalidad, a partir de la cual los Estados han asumido compromisos en el marco de la comunidad internacional que tienen que ver con el reconocimiento de principios por parte de los Estados que se comprometen a hacerlos efectivos dentro de su territorio.²⁰

En este sentido podríamos hablar de la ley, de origen parlamentario, en cuya base está la Constitución dada por el Poder Constituyente; los procedimientos de creación normativa y reforma constitucional; el control constitucional y jurisprudencia; la costumbre, la doctrina jurídica y la incorporación de los instrumentos de derechos humanos a nuestro sistema.²¹

De esta forma, las fuentes del derecho en la familia romano-germánica, pese a su identidad con las del resto de los sistemas jurídicos, presenta una selección que genera una obligatoriedad y exigibilidad jurídica distinta.

De acuerdo con la clasificación de Rafael de Pina sobre las fuentes del derecho en cuanto a las que llama formales y a las de conocimiento jurídico, es importante recordar, toda vez que son instrumentos de conocimiento obligado para los investigadores, las diversas fuentes formales del derecho en el sistema jurídico mexicano, que una vez que son identificadas en cuanto a su contenido y a los supuestos normativos que encierran, se convierten en fuentes de conocimiento de lo jurídico.

¹⁹ Cfr. Guastini, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2001, pp. 36-38; Huerta Ochoa Carla, *Teoría del derecho...*, cit., pp. 52-56.

²⁰ El establecimiento de los sistemas universal y regional de protección de los derechos humanos ha transformado significativamente los sistemas jurídicos nacionales, al ser necesario que los Estados a partir de la firma y ratificación de instrumentos jurídicos internacionales en la materia, atiendan a los principios que consagran. Para una revisión de tales instrumentos véase Pedroza de la Llave, Susana Thalía y García Huante, Omar, (comps.), *Compilación de instrumentos internacionales de derechos humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2004, 2 vols.; *id.*, *Compilación de instrumentos internacionales de derechos humanos*, México, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2006, 2 vols.

²¹ Carbonell, Miguel, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, 6a. ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008.

Aun cuando no existe norma expresa que dicte la jerarquía de las fuentes en el orden jurídico mexicano, a través de diversas disposiciones se puede acceder al sistema de fuentes formales. De esta forma, el artículo 10 del Código Civil Federal establece que: “contra, la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario”.

Por otro lado, el artículo 3o. del mismo Código, señala que las leyes, los reglamentos, las circulares o cualesquiera otras disposiciones de observancia general, según lo establece el precepto, obligan y surten efectos tres días después de su publicación en el periódico oficial.

Por su parte, el artículo 17 de la Ley Federal del Trabajo señala:

A falta de disposición expresa en la Constitución, en esta Ley, o en sus reglamentos o en los tratados a que se refiere el artículo 6o., se tomarán en consideración sus disposiciones que regulen casos semejantes, los principios generales que deriven de dichos ordenamientos, los principios generales de derecho, los principios generales de justicia social, que derivan del artículo 123 de la Constitución, la jurisprudencia, la costumbre y la equidad.

De las disposiciones citadas se pueden desprender las principales fuentes del derecho en nuestro sistema jurídico: ley, con la preminencia de la Constitución como fuente de la cual deriva todo el sistema jurídico y la cual contiene no sólo principios sino reglas de aplicación; la jurisprudencia, la costumbre, la doctrina jurídica y los principios generales de derecho.

Se procederá en este apartado a deslindar las principales características de estas fuentes como instrumentos de capacitación del fenómeno jurídico.

1. *Ley*

La ley es la fuente jurídica de carácter formal que constituye el instrumento por excelencia de creación de normas jurídicas en nuestro país. Las disposiciones de derecho escrito que emanan del Poder Legislativo o de la administración y que los juristas deben interpretar y aplicar a fin de hallar la solución justa que corresponde a cada situación, se presentan en los países de la familia romano-germánica en un orden jerárquico.²²

²² Cfr. René, David, *op. cit.*, p. 84.

Se trata de normas generales, abstractas e impersonales, que han sido producidas por órganos competentes para emitir las, y que rigen tanto en el orden federal como en el territorio de una entidad federativa o solamente en ésta. De forma general se reconocen a la Constitución; las disposiciones constitucionales; los tratados internacionales; las leyes reglamentarias; las leyes ordinarias; los decretos ley; decretos y reglamentos, es decir, el material jurídico que sin exceso ni deficiencia constituye una razón jurídica (un deber, una permisión) para actuar.²³

En el orden jerárquico se encuentra en primer término a la Constitución o leyes constitucionales; ellas cuentan con un prestigio especial dentro del sistema. Siendo la Constitución la norma suprema de un Estado y dado el avance que se ha tenido dentro del sistema jurídico mexicano se han desarrollado una serie de mecanismos que defienden y controlan el orden constitucional gracias al fenómeno de universalización de los derechos fundamentales.

Como sabemos, de forma histórica ha sido necesario que la Constitución imponga su jerarquía normativa frente a otras normas, así se ha desarrollado en el constitucionalismo contemporáneo sistemas que *defienden*²⁴ y *controlan*²⁵ el orden constitucional. En este sentido, para llegar a la aplicación concreta de los principios establecidos en el texto constitucional, deben accionarse los mecanismos jurídicos en defensa del contenido constitucional.

Como se ha señalado, el derecho —como otros subsistemas sociales— tiene como premisa su carácter dinámico, de tal forma que contiene en sí mismo normas que permiten su propia creación y modificación, además de guardar una relación de supra a subordinación entre ellas mismas, lo cual se traduce en la jerarquía normativa del sistema jurídico, a través de la cual se logra desplegar el sistema de defensa y control constitucional.

²³ Cfr. *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, 2a. ed., México, Porrúa, t. IV, pp. 142 y ss.

²⁴ De acuerdo con la doctrina, se defiende la Constitución cuando se asegura su permanencia, la pervivencia de su contenido y de forma particular, la de los principios que sanciona. Cfr. Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, 5a. ed., México, Porrúa, 2007, pp. 183 y ss.

²⁵ El control de la constitución tiene aspectos preventivos y correctivos tanto para contener los límites de la Constitución a toda la producción jurídica del Estado y, al tiempo, obligar a las autoridades a actuar conforme a lo prescrito en la norma fundamental. Cfr., *ibidem*, pp. 866 y ss.

A partir de la reforma constitucional de 1994 se introdujeron al sistema jurídico mexicano diversos mecanismos que dieron a la Suprema Corte de Justicia de la Nación facultades propias de los tribunales constitucionales.²⁶ De tal forma, se establecieron al lado del juicio de amparo y la hasta entonces casi inoperante controversia constitucional, las acciones de inconstitucionalidad que buscaron dar mayor eficacia al sistema de control de la constitucionalidad.

Asimismo, las reformas constitucionales del 6 y 10 de junio de 2011, modifican aspectos que tienen que ver precisamente con las fuentes del derecho en nuestro país, pues en ellas se trastocan los subsistemas jurisdiccional y recomendatorio de protección de los derechos humanos.

En este sentido, se introducen al sistema jurídico mexicano mecanismos tan importantes como la interpretación conforme,²⁷ la declaración general de inconstitucionalidad, ya no sólo a través de las controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad²⁸ sino también a través del mismo amparo bajo ciertos requisitos,²⁹ así como se reconocen a nivel constitucional todos aquellos derechos humanos contenidos en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.

Tanto la interpretación conforme como la declaración general de inconstitucionalidad son fuente del derecho, debido a que a través de ellas el máximo intérprete constitucional establece el sentido en que deben aplicarse los preceptos constitucionales. De tal forma, se distinguen actos

²⁶ Cfr. Rojas Caballero, Ariel Alberto, “Las acciones de inconstitucionalidad como un mecanismo de control constitucional”, *Responsa*, México, año 1, núm. 4, marzo de 1996, pp. 7-10.

²⁷ Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales sobre derechos humanos antes señalados. Cfr. Artículo 1o., pfo. segundo; véase *Diario Oficial de la Federación*, 10 de junio de 2011.

²⁸ El artículo 105, fracción II, se modifica, para ampliar los supuestos en que la Comisión Nacional de los Derechos Humanos puedan accionar la acción de inconstitucionalidad, esto es: “... en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos consagrados en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte”. De igual forma, “los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en los estados de la República, en contra de leyes expedidas por las legislaturas locales y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, en contra de leyes emitidas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal”. Véase *Diario Oficial de la Federación*, 10 de junio de 2011.

²⁹ Véase *Diario Oficial de la Federación*, 6 de junio de 2011.

creadores del derecho propiamente y actos por los cuales se declara (incorpora o confirma) un derecho.

A partir de las reformas al texto constitucional se incorporan al sistema jurídico todos aquellos derechos contenidos en los tratados internacionales exista o no la garantía respectiva a nivel constitucional; ahora, los tribunales federales están obligados a observar lo establecido en dichos instrumentos,³⁰ aunado a ello se contempla en la reforma, la obligación de toda autoridad a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, consecuentemente, el Estado está obligado a prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos.³¹

Es preciso mencionar que desde hace varios años la Corte había dilucidado diversas soluciones al problema de la jerarquía normativa que se originó a través de lo preceptuado en el artículo 133 de la Constitución, determinando en diversas tesis que la Constitución federal es la norma fundamental y las leyes deben emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano constituido, como lo es el Congreso de la Unión, en tanto que los tratados deben estar de acuerdo con la ley fundamental, estableciendo distintas fórmulas como es la supremacía del derecho federal frente al local y misma jerarquía de los dos, en sus variantes lisa y llana, y con la existencia de “leyes constitucionales”, y la de que será ley suprema la que sea calificada de constitucional;³² durante los últimos años la Corte consideró a los tratados internacionales en un segundo plano inmediatamente debajo de la ley fundamental y por encima del derecho federal y el local, de tal manera, la reforma establece formalmente a los tratados internacionales como fuente de derecho en México, obligando a su observación a los órganos jurisdiccionales federales.

³⁰ Así lo establece la nueva redacción del artículo 103, fracción I. “Los tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite: I. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte”.

³¹ Artículo 1o., pfo. tercero, *Diario Oficial de la Federación*, 10 de junio de 2011.

³² Tesis P. C/92, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, núm. LX, diciembre de 1992, p. 27; tesis: P. IX/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, núm. XXV, abril de 2007, p. 6; tesis P. LXXVII/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, núm. X, noviembre de 1999, p. 46.

Por lo que hace a la creación de normas en nuestro sistema jurídico la Constitución establece que el proceso legislativo tiene tres características:

1. Es un procedimiento para crear normas jurídicas generales;
2. El procedimiento debe observar formalidades determinadas, y
3. De conformidad con el orden jurídico mexicano, las leyes se integran jerárquicamente.³³

El investigador no solamente deberá conocer el manejo de la fuente sino también el órgano oficial en el cual se encuentran publicadas las mismas, toda vez que en los diversos momentos de la legislación: iniciativa, discusión, aprobación,³⁴ promulgación y publicación, lo que da la vigencia a dichos cuerpos normativos, es justamente su publicación en los instrumentos oficiales que en el caso de la Federación se denomina *Diario Oficial de la Federación*, y que toda vez que los estados en su carácter soberano y a través de su Poder Legislativo tienen facultades para expedir leyes, también mantienen un instrumento oficial encargado de la publicación de las mismas, por ello existen 32 órganos de información legislativa con diversos nombres: periódico oficial, boletín oficial, gaceta de gobierno, entre otros, los cuales gracias a las tecnologías de la información y la comunicación son de fácil acceso a través de los respectivos portales electrónicos.³⁵

Por otro lado, con base en lo establecido en el artículo 89, fracción I constitucional, el presidente de la República tiene, entre otras, “la facultad de promulgar y ejecutar las leyes que expida el Congreso de la Unión proveyendo en la esfera administrativa a su exacta observancia”.

En esta disposición se funda la posibilidad de existencia de otras normas de carácter general que son emitidas por el Poder Ejecutivo cuando ejerce sus atribuciones administrativas, o bien, cuando por delegación o

³³ Véase *Enciclopedia jurídica...*, cit., t. VI, p. 21; Fernández, Adolfo *et al.*, “El sistema legislativo mexicano”, *Diálogo sobre la informática jurídica*, cit., pp. 131 y ss.

³⁴ Para la consulta de los órganos de difusión del Senado de la República y la Cámara de Diputados véase <http://www.senado.gob.mx/>; <http://www.diputados.gob.mx/inicio.htm>

³⁵ Véase *Diario Oficial de la Federación*, <http://www.dof.gob.mx/>; para la consulta de los órganos de información legislativa de las entidades véase la página <http://www.ordenjuridico.gob.mx/> o a través del sitio en Internet de cada entidad federativa.

mandato de leyes formales, se le determina su intervención. A estas disposiciones se les denomina *normas reglamentarias*.³⁶

Las normas reglamentarias pueden ser los reglamentos, los acuerdos, los decretos y las circulares que expide el Ejecutivo federal y que son publicados en el *Diario Oficial de la Federación*.³⁷

Resulta importante señalar que dada la estructura político-administrativa de nuestro país, cada entidad federativa legisla en la esfera de su propia competencia conforme a lo dispuesto por los artículos 73, 115, 122 y 124 de la Constitución federal, en este sentido la producción normativa en nuestro país se multiplica por cada una de dichas entidades.

2. *La jurisprudencia*

En términos generales se entiende por jurisprudencia el conjunto de resoluciones emitidas por los tribunales para solventar los conflictos que le son sometidos a juicio. En términos particulares, la jurisprudencia es utilizada para designar la interpretación de los preceptos legales que con carácter obligatorio hacen los jueces:

En nuestro país, la jurisprudencia judicial es la interpretación firme, reiterada y de observancia obligatoria, que emana de las ejecutorias pronunciadas por la Suprema Corte de Justicia, cuando ésta funciona en pleno o por salas, así como por los tribunales colegiados de circuito. El artículo 94 constitucional establece los términos en los que la ley de la materia fijará los requisitos de obligatoriedad de la jurisprudencia en nuestro país.

De conformidad con el primer planteamiento, la jurisprudencia judicial consiste en la interpretación que hacen los tribunales competentes al aplicar la ley a los extremos de los conflictos que son sometidos a su conocimiento y decisión.

³⁶ Con base en la facultad reglamentaria del Poder Ejecutivo federal consignada en la fracción I del artículo 89 constitucional, para proveer en la esfera de lo administrativo a la exacta observancia y aplicación de la ley.

³⁷ En la actualidad, tanto el gobierno federal como las distintas instancias académicas y de la sociedad civil han sistematizado y automatizado la consulta de los textos normativos en nuestro país, existiendo una diversidad de recursos electrónicos que facilitan la consulta de tales disposiciones, ejemplo de ello son los siguientes: orden jurídico nacional, <http://www.ordenjuridico.gob.mx/>; Cámara de Diputados, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>; Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, <http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/>

Se trata de una figura procesal que se produce a partir del juicio de amparo y tiene como finalidad crear certidumbre jurídica para que casos que son puestos a consideración de juzgadores sean resueltos en igual sentido y así evitar criterios contradictorios.

En la nueva Ley de Amparo que regula las reformas constitucionales de junio de 2011³⁸ se establece la figura de la jurisprudencia.

En este nuevo texto se mantiene el principio de relatividad de las sentencias de amparo y se introduce la declaración general de inconstitucionalidad para atemperar sus efectos. De esta forma, la reforma constitucional señala que las sentencias que se pronuncien en los juicios de amparo sólo se ocuparán de los quejosos que lo hubieren solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere, en el caso especial sobre el que verse la demanda. No obstante, cuando en los *juicios de amparo indirecto* en revisión se resuelva la inconstitucionalidad de una norma general por segunda ocasión consecutiva, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo informará a la autoridad emisora correspondiente.

Así, cuando los órganos del Poder Judicial de la Federación establezcan jurisprudencia por reiteración en la cual se determine la inconstitucionalidad de una norma general, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo notificará a la autoridad emisora. Transcurrido el plazo de 90 días naturales sin que se supere el problema de inconstitucionalidad, la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitirá, siempre que fuere aprobada por una mayoría de cuando menos ocho votos, la *declaratoria general de inconstitucionalidad*, en la cual se fijarán sus alcances y condiciones en los

³⁸ Al momento de realizarse este estudio se encuentra pendiente de publicación el nuevo texto de esta Ley, para un análisis del proyecto, véase el Dictamen de las Comisiones Unidas de Justicia; de Gobernación; de Estudios Legislativos de la Cámara de Senadores a la Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se expide la Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los estados Unidos Mexicanos, la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, la Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos y la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República. Disponible en el sitio oficial de la Cámara de Senadores, <http://www.senado.gob.mx/index.php?ver=sp&mn=2&sm=2&id=11370&lq=61>

términos de la ley reglamentaria. Esto, sin embargo, no será aplicable a normas generales en materia tributaria —artículo 107, fracción II—. ³⁹

De acuerdo con el Dictamen a la Ley de Amparo, el título cuarto se destinará a regular lo relativo a la jurisprudencia y la declaración general de inconstitucionalidad. Dicho título regula la jurisprudencia por reiteración de criterios, la jurisprudencia por contradicción de tesis, la interrupción de la jurisprudencia, la jurisprudencia por sustitución, así como la propia declaración general de inconstitucionalidad, de acuerdo con lo señalado en la reforma constitucional. Conforme al dictamen de la Ley de Amparo, la jurisprudencia por reiteración se establece ya no a través de cinco sino de tres sentencias sobre el mismo tema resueltas en el mismo sentido de manera ininterrumpida.

Asimismo, también constituyen jurisprudencia las resoluciones que diluciden las contradicciones de tesis de salas y de tribunales colegiados. La jurisprudencia por contradicción de tesis tiene su inicio cuando se denuncian criterios divergentes o contrarios por las salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación o por tribunales colegiados de circuito.

Para que exista contradicción de tesis, es necesario que tenga lugar entre órganos de igual jerarquía, a diferencia de la jurisprudencia por reiteración, la jurisprudencia por contradicción de tesis no requiere que exista votación idónea para su formación. ⁴⁰

En los casos de integración de jurisprudencia el pleno, la sala o el tribunal colegiado respectivo deben aprobar el texto y rubro de la tesis jurisprudencial y numerarla de manera progresiva, por cada uno de los citados órganos jurisdiccionales; remitir la tesis jurisprudencial, dentro del término de quince días hábiles siguientes a la fecha de su integración, al *Semanario Judicial de la Federación*, para su publicación inmediata; remitir la tesis jurisprudencial, al pleno y salas de la Suprema Corte de Justicia y a los tribunales colegiados de circuito que no hubiesen intervenido en su integración; así como conservar un archivo, para consulta pública, que contenga todas las tesis jurisprudenciales integradas por cada uno de los citados órganos jurisdiccionales y las que hubiesen recibido de los demás.

³⁹ Véase *Diario Oficial de la Federación*, 6 de junio de 2011.

⁴⁰ La contradicción de tesis suscitada al interior de un mismo circuito serán resueltas a través de los plenos de circuito, cuya función será precisamente resolver los criterios contradictorios. Véase Dictamen de la Ley de Amparo, *cit.*, p. 42.

Ha sido a través del *Semanario Judicial de la Federación* que se han publicado mensualmente,⁴¹ en una gaceta especial, las tesis jurisprudenciales que recibe del pleno y salas de la Suprema Corte de Justicia y de los tribunales colegiados de circuito, publicación que es editada y distribuida tanto de forma impresa como digitalizada para facilitar el conocimiento de su contenido.⁴²

La publicación del *Semanario* se ha realizado por épocas y justamente la reforma constitucional en comentario marca una nueva etapa en el desarrollo de la actividad jurisdiccional en nuestro país.⁴³

De forma común se han venido publicando, además, al lado de las ejecutorias de amparo, los votos particulares de los ministros y de los magistrados de los tribunales colegiados de circuito, que se relacionen, siempre que se trate de las necesarias para constituir jurisprudencia o para contrariarla. De igual forma, se han publicado las ejecutorias que la Corte funcionando en pleno, las salas o los citados tribunales, acuerden expresamente.

Dada la falta de contexto en que se emiten las tesis y a efecto de homogeneizar los elementos que coadyuvan a interpretar el sentido de la misma, el dictamen señala los componentes que deben tener las tesis generadas por la actividad jurisdiccional: a) título que identifique el tema que se aborda; b) subtítulo que señale de forma sintética el criterio que se sustenta; c) las consideraciones interpretativas mediante las cuales el órgano jurisdiccional haya establecido el criterio; d) la identificación de la norma, en caso de que el criterio de interpretación se refiera a la misma, y e) los datos de identificación del asunto, el número de tesis, el órgano jurisdiccional que la emitió y las votaciones emitidas al aprobar el asunto, así como, en su caso, la relación con la postura sostenida en la tesis.

⁴¹ Artículo 195 de la Ley de Amparo.

⁴² El disco compacto *CD-ROM-IUS*, desarrollado al interior de la Suprema Corte de Justicia de la Nación es el resultado de un gran esfuerzo en el que se encuentran sistematizadas las tesis de jurisprudencia y de precedentes aislados, con base en lo establecido en el acuerdo del 13 de diciembre de 1988. *Cfr.* Tamayo y Salmorán, Rolando, "El disco compacto CD-ROM-IUS", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núms. 183 y 184, mayo-agosto de 1992, pp. 313 y ss.

⁴³ El magnífico trabajo de Guerrero Lara, Ezequiel, *Manual para el manejo del Semanario Judicial de la Federación*, en cuyo texto se puede encontrar un análisis histórico y una descripción y reglas de manejo del *Semanario* resulta de consulta obligada en el tema.

Aunado a lo anterior, cabe recordar que la Constitución dispone en el artículo 105, fracciones I y II, que las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad constituyen “vías” de las que emana jurisprudencia.

Además, en el sistema de derecho mexicano existen otros tribunales que tienen facultades legales para integrar y sentar jurisprudencia, a saber:

a) El Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación es la máxima autoridad en la materia; sus resoluciones y jurisprudencias son inatacables, incluso la propia Corte no puede emitir jurisprudencia al respecto, en términos del artículo 233 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, la jurisprudencia es obligatoria para su aplicación a los institutos electorales federal y locales así como a las autoridades jurisdiccionales electorales, en los casos en donde exista sustancialmente una regla igual o similar a la que ha sido materia de interpretación.

La reforma constitucional comentada ha dado pie a la actualización del acervo de jurisprudencia y tesis del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, marcando el inicio de la Quinta Época de la publicación de jurisprudencia y tesis de este órgano de administración de justicia.⁴⁴

b) El Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, cuya sala superior establece su jurisprudencia de conformidad con los artículos 75 a 79 de la Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo, además de que las tesis sustentadas en las sentencias pronunciadas por la Sala Superior, aprobadas por lo menos por siete magistrados, constituirán precedente una vez publicados en la *Revista del Tribunal*.

c) Tribunal Superior Agrario, de acuerdo con el artículo 1o. de la Ley Orgánica de los Tribunales Agrarios, éstos son órganos federales dotados de plena jurisdicción y autonomía para dictar sus resoluciones, la jurisprudencia se emite con base en lo dispuesto por el artículo 9 de dicha Ley.

d) Tribunales judiciales y jurisdiccionales locales, como se ha comentado, debido a nuestra organización político-administrativa, la función jurisdiccional se encuentra diseminada también en poderes judiciales locales que tienen asignada la función jurisdiccional, a su lado, como sucede

⁴⁴ Acuerdo General de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación número 4/2011, disponible en http://portal.te.gob.mx/sites/portal.te.gob.mx/files/acuerdo_general4-2011.pdf

a nivel federal, existen órganos que sin pertenecer al Poder Judicial local respectivo, realizan funciones materialmente jurisdiccionales.

De tal forma, los tribunales judiciales locales son aquellos que componen el Poder Judicial de la entidad federativa respectiva y a menudo su órgano máximo tiene facultad para emitir jurisprudencia, regularmente adoptan las mismas clases de jurisprudencia y exigen análogos requisitos para integrarla que los exigidos a nivel federal, en cada caso las tesis se deben publicar órgano encargado de la compilación y publicación de la jurisprudencia, similar a lo que sucede en el caso del Poder Judicial federal.

Por su parte, los órganos que sin pertenecer al Poder Judicial local realizan materialmente funciones jurisdiccionales, tienen en algunos casos reconocida la competencia para emitir jurisprudencia, lo cual debe ser en consonancia con la normatividad y jurisprudencia federal.

La jurisprudencia de los tribunales mencionados es considerada “de obligatoriedad restringida por exclusividad”, y no se encuentra comprendida en el artículo 94 constitucional.

Las decisiones judiciales, la jurisprudencia y las opiniones de las instancias internacionales

Las circunstancias políticas y sociales a partir de la segunda posguerra evidenciaron la necesidad de contar con estándares internacionales que establecieran órganos de supervisión y control de los derechos humanos ya reconocidos en diversos instrumentos internacionales y previstos en diversas Constituciones nacionales. La amarga experiencia que dejaron los gobiernos totalitarios, dio origen a un fuerte movimiento para llevar al ámbito del derecho internacional la tutela de los derechos humanos.⁴⁵

Esta internacionalización ha implicado la interacción de diversas ramas de la disciplina jurídica, a saber, el derecho internacional, el derecho constitucional y el derecho procesal, en aras de un fenómeno de integración en la protección de los derechos humanos.

El resultado de ello ha sido el establecimiento de un sistema universal y tres sistemas regionales: europeo; interamericano y africano⁴⁶ para

⁴⁵ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *op. cit.*, p. 519.

⁴⁶ Véase Fix-Zamudio, Héctor, “Reflexiones comparativas sobre los sistemas interamericano y europeo de protección de los derechos humanos”, en Méndez Silva, Ricar-

la protección de los derechos humanos, en los cuales se adopta una serie de medidas para garantizar el cumplimiento y realización efectiva de los derechos humanos, haciéndose necesaria la previsión jurídica de organismos, instituciones y órganos de carácter internacional; mecanismos y procedimientos que coadyuven no sólo a la promoción sino también a la protección de los derechos humanos, tanto a nivel mundial como regional.

De esta forma, como se ha mencionado, la noción básica del derecho construida a partir de la soberanía de la persona estatal no puede reconocerse como realidad política operante en este caso por la atribución de derechos a los individuos que pueden hacerse valer ante jurisdicciones internacionales.⁴⁷ En este sentido, Luigi Ferrajoli señala que:

La soberanía, que había quedado vacía de contenido hasta disolverse en su dimensión interna con el desarrollo del Estado constitucional de derecho, decae también en su dimensión externa en presencia de un sistema de normas internacionales que pueden ser caracterizadas como *ius cogens*, es decir, como derecho inmediatamente vinculante para los Estados miembros...⁴⁸

Lo anterior perfila de alguna manera una *dimensión transnacional de la jurisdicción constitucional*.⁴⁹

Así, se han creado sistemas judiciales que conocen en el ámbito internacional de la violación de derechos humanos, las decisiones emitidas por tales órganos obligan a los Estados que han reconocido la jurisdicción contenciosa de los mismos. En tal sentido, la jurisprudencia internacional se ha constituido como una fuente auxiliar del derecho internacional que deriva de la resolución de casos por parte de tribunales y cortes internacionales que aplican tratados específicos. México ha reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte Penal Internacional, de la Corte Internacional de Justicia y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

do (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, UNAM, 2008; Laviña, Félix, *Sistemas internacionales de protección de los derechos humanos*, Buenos Aires, Depalma, 1987.

⁴⁷ Cfr. Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, p. 11.

⁴⁸ Véase *Derechos y garantías. La ley del más débil*, *cit.*, p. 145.

⁴⁹ *Idem*.

La CIDH es el órgano jurisdiccional encargado de la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos para la protección de los derechos humanos en el continente y la jurisprudencia que emita es obligatoria para los Estados que, como México, han aceptado su competencia,⁵⁰ ello representa la culminación de una aspiración que converge nacional e internacionalmente para ampliar el fortalecimiento del sistema tutelar de los derechos humanos y que se consolida en la reciente reforma constitucional en esta materia y a la que se hizo mención.

3. *Costumbre*

Sin duda, la importancia de la costumbre como fuente del derecho ha sido subvalorada; el análisis de la costumbre se encuentra falseado por el dogma del positivismo legislativo que al lado del desarrollo de las ideas democráticas restringió la visión que juega la costumbre en los diversos sistemas jurídicos.

A pesar de esta restricción, es innegable que tanto el legislador, el juez, los juristas en general, son guiados de manera más o menos consciente por la opinión y la costumbre de la comunidad en la formulación y aplicación que realizan del derecho.⁵¹

Asimismo, la recta comprensión de la ley exige el concurso de la costumbre y en la actualidad su importancia como fuente de lo jurídico ha sido necesariamente revalorada.

La teoría tradicional clasifica la costumbre tomando en cuenta las relaciones que la misma guarda respecto de la ley, así como el modo de influir en ella, en este sentido se habla de:

a) Costumbre en ausencia de ley o *praeter legem*, en donde la costumbre puede llegar a constituir base fundamental y en ocasiones fuente única del derecho, es la costumbre la que se aplica cuando no hay ley exactamente aplicable al caso.

b) Convalidada por la ley o *secundum legem*, en este caso el legislador remite la solución a la costumbre. Así, la costumbre deja de ser una fuente subsidiaria para transformarse en fuente principal. Tales son los casos del artículo 1856 del Código Civil Federal: “El uso o la costumbre del país se

⁵⁰ El 16 de diciembre de 1998 se realizó el depósito del instrumento de aceptación de la competencia contenciosa de la CIDH.

⁵¹ Cfr. David, René, *op. cit.*, pp. 97 y 98.

tendrá en cuenta para interpretar las ambigüedades de los contratos”; así como del citado artículo 17 de la Ley Federal del Trabajo, que establece que la costumbre se tomará en consideración a falta de disposición expresa en la Constitución, en la propia ley o en su reglamento y en los tratados internacionales.

c) Costumbre en contra de la ley o *contra legem*, es aquella contra la ley o derogatoria, su eficacia depende de la solución que se dé a la jerarquía de la fuente. En el derecho moderno —donde la costumbre básicamente es una fuente subsidiaria, pues la fuente principal es la ley— es difícil admitir la vigencia de la costumbre *contra legem*.⁵²

Debemos expresar que la costumbre no implica el mero acto reiterado realizado por los sujetos; es decir, la *inveterata consuetudo*, sino también que esta forma de conducta que se repite para lograr un objetivo, no esté en contra del orden jurídico: *et opinio iuris seu necessitatis*.

Aunado a lo anterior es importante hacer notar que la revaloración de la costumbre como fuente de lo jurídico ha tenido que ver con la crisis del discurso positivista derivado de un fenómeno en el que los valores y los principios han marcado los rumbos a nivel global.

La aspiración a estadios de convivencia más armónicos tanto entre los individuos como con su entorno ha hecho que un cierto comportamiento sea general y constantemente repetido, así que dicho comportamiento repetido, sea advertido (en tanto juzgado, tenido, creído, sentido, reconocido, asumido, etcétera) como vinculante (como un comportamiento que *debe* ser realizado) y aún más que venga repetido precisamente *porque* sea advertido como vinculante.⁵³

Tal vez el ejemplo más claro de esta deseabilidad sea la costumbre en el derecho internacional, los Estados, al participar en el proceso de gestación de la costumbre han creado, modificado o puesto fin a sus respectivos derechos y obligaciones.⁵⁴

Más aún, el reconocimiento de la costumbre como fuente del derecho en el propio texto constitucional deja entrever la superación del paradigma positivista en cuyo centro se había colocado a la ley.

⁵² Cfr. *Enciclopedia Jurídica Mexicana, cit.*, t. II, pp. 663 y 664.

⁵³ Celano, Bruno, *Dos estudios sobre la costumbre*, México, Fontamara, 2000, pp. 16 y ss.

⁵⁴ Peñaranda, Antonio, *La costumbre en el derecho internacional*, España, Universidad Complutense, 1988, p. 28.

En el caso de las comunidades indígenas, se reconoce la composición pluricultural sustentada originalmente en los pueblos indígenas, que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas; así, son comunidades integrantes de un pueblo indígena, aquellas que formen una unidad social, económica y cultural, asentadas en un territorio con autoridades propias de acuerdo con sus usos y *costumbres*.

De tal forma que en el acceso a la jurisdicción del Estado, para garantizar ese derecho, en todos los juicios y procedimientos en que sean parte, individual o colectivamente, se deberán tomar en cuenta sus costumbres y especificidades culturales respetando los preceptos de nuestra Constitución.⁵⁵

Si bien, de acuerdo con lo señalado, la fuente principal es la ley, la cual deberá respetar siempre el orden jurídico establecido, sin duda la costumbre, como fuente subsidiaria, ha ampliado su campo de vigencia y aceptación.

Precisamente en este sentido, la Suprema Corte ha señalado a partir del citado artículo 17 de la Ley Federal del Trabajo, que es necesario para que la costumbre pueda invocarse como tal, y estar en posibilidad de reclamar su reconocimiento e implantación definitiva, que concurren las siguientes circunstancias: a) que se trate de una práctica reiterada e ininterrumpida por un tiempo considerable; b) que dicha práctica se realice con el consentimiento de las partes; c) que ese consenso se constituya como norma rectora de determinadas relaciones, y d) que tal práctica no contravenga disposiciones legales o contractuales.⁵⁶

En este último sentido, también se ha manifestado al señalar que no son de tomarse en consideración las costumbres que existan en cierta región ni la supuesta idiosincrasia de sus habitantes, para que se convaliden comportamientos delictuosos para repeler agravios, pues ello sería justificar actos de venganza de represión, sin que el hecho de punirlas conlleve a los infractores al desprecio público, dado que reconocer el derecho de causar daño por ofensas, si no pretéritas, sí evitables por otros medios,

⁵⁵ Véase el artículo 2o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁵⁶ Tesis I.6o.T.J/31, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Jurisprudencia, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, t. XI, junio de 2000, p. 492.

equivale a contrariar la norma de que nadie puede hacerse justicia por su propia mano.⁵⁷

4. *La doctrina jurídica*

Se entiende por doctrina jurídica, el conjunto de estudios que con objeto científico realizan los especialistas en el campo del derecho, ya sea para sistematizar los preceptos, fundamentar posiciones teóricas, o bien, para interpretar las normas legales o señalar las reglas de aplicación de las mismas.

La doctrina de los juristas ha sido discutida como fuente de derecho; sin embargo, durante largo tiempo ha sido el abrevadero gracias al cual la cultura jurídica se ha desarrollado en las familias del sistema jurídico romano-germánico, al igual que sucede con la costumbre, su peso ha sido falseado por el dogmatismo a ultranza

Aunque en nuestro sistema legal la doctrina no es una fuente formal del derecho, sí tiene en cambio una gran influencia no solamente en la formación de los juristas sino también en la evolución y transformación del derecho.

La doctrina expone la forma de aplicación práctica del derecho y se esfuerza, al mismo tiempo, en criticar o justificar tal derecho, evidenciando su historia, evolución y tendencias.

De acuerdo con la propia jurisprudencia, en nuestro sistema se reconoce como práctica reiterada acudir a la doctrina como un elemento de análisis y apoyo, con la excepción de interpretar con base en ella en materia penal, permitiendo que en todas las demás materias, con las variaciones propias de cada una, se atiende a la regla que el texto constitucional menciona con literalidad en cuanto propia de los juicios del orden civil.

Más aún, la función jurisdiccional, por naturaleza, exige un trabajo de lógica jurídica, que busca aplicar correctamente las normas, interpretarlas con sustento y desentrañar de los textos legales los principios generales del derecho para resolver las cuestiones controvertidas en el caso concreto que se somete a su conocimiento, siendo así es imprescindible acudir a la doctrina para integrar derecho, de acuerdo con la visión que

⁵⁷ Sexta Época, 1a. Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. 68, Segunda Parte, p. 18.

de ese valor se tenga en un sitio y época determinados, de esta forma el juzgador se encuentra ante la doctrina no de forma dogmática, sino analizando, objetiva y racionalmente, las argumentaciones jurídicas correspondientes, asumiendo en forma personal las que le resulten convincentes y expresando, a su vez, las consideraciones que lo justifiquen.⁵⁸

Aún más, en el caso de conceptos no definidos por ley, es regla acudir a la doctrina a efecto de interpretar.⁵⁹

⁵⁸ Tesis aislada 2a. LXIII/2001, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Segunda Sala, t. XIII, materia común, mayo de 2001, p. 448.

⁵⁹ Ejemplo de ello es la buena fe que se ha definido doctrinariamente como un principio que obliga a todos a observar una determinada actitud de respeto y lealtad, de honradez en el tráfico jurídico, y esto en tanto se ejerza un derecho como cuando se cumpla un deber. *Cfr.* Tesis IV.2o.A.119 A, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tesis aislada, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, t. XXI, enero de 2005, p. 1724.