

LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO*

* Los textos que se reúnen bajo este título fueron presentados en el *V Seminario Eduardo García Máynez* sobre Teoría y Filosofía del Derecho, organizado por el Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM), la Escuela Libre de Derecho, La Universidad Iberoamericana (UIA) y la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). El evento se llevó a cabo en la Ciudad de México los días 5, 6, y 7 de octubre de 1995.

LA JURISPRUDENCIA, INTERPRETACIÓN Y CREACIÓN DE DERECHO

*Carlos de Silva**

El vocablo “jurisprudencia” tiene diversas acepciones. De momento, debemos atender al concepto según el cual ésta consiste en el criterio contenido en las decisiones jurisdiccionales que adquiere la calidad de norma jurídica general.

Para la comprensión de la jurisprudencia como fuente formal de Derecho, resulta conveniente el estudio previo de la decisión jurisdiccional como norma individualizada de conducta, ya que es ésta la causa del establecimiento de la norma general jurisprudencial. La añeja discusión respecto de si la jurisprudencia es en efecto una fuente formal de Derecho o solamente material, parte, primero, de la previa determinación de si la función jurisdiccional implica o no la creación de Derecho y, segundo, de si el Derecho positivo de los distintos Estados acepta o no la obligatoriedad de la jurisprudencia.

No es posible concebir a la jurisprudencia, en tanto norma general, como un fenómeno aislado, sin atender al cúmulo de sus relaciones en el ámbito de lo jurídico. Es importante entenderla como actividad del Estado consistente, en suma, en la interpretación e integración de otras normas jurídicas independientemente del órgano que las haya producido. Es producto de la función jurisdiccional, pero comparte la naturaleza de las normas generales. Supone, en esencia, el ejercicio de facultades materialmente legislativas, aun cuando por circunstancias meramente accidentales se le puede distinguir de la legislación que proviene del Poder Legislativo y de las normas generales que emite el Ejecutivo.

Para el cabal entendimiento de la jurisprudencia en el sentido indicado, es indispensable la comprensión de las facultades legislativa y jurisdiccional en sus aspectos material y formal y el papel que juegan en la creación de Derecho; la naturaleza jurídica del acto jurisdiccional, sus causas y consecuencias. Por el momento, basta invocar las ideas de Kelsen en cuanto concibe al Estado como orden jurídico, y sostiene la unidad de Estado y Derecho al afirmar que “la esfera existencial del Estado posee validez normativa y no eficacia causal.”¹ Lo anterior, como punto de partida

* Instituto Tecnológico Autónomo de México.

¹ KELSEN, Hans, Teoría General del Estado, Editorial Nacional, 1983, p. 21.

para entender a la jurisdicción como creación de Derecho y no sólo como aplicación de normas jurídicas abstractas generales a casos concretos particulares.

Cuando la actividad del Estado produce situaciones jurídicas generales, está realizando su función legislativa, y cuando establece situaciones jurídicas particulares, según el caso, realiza las funciones administrativa o jurisdiccional. No está por demás señalar que la función administrativa supone la producción de hechos materiales además de actos jurídicos; es decir, la administración implica actividades que, aun cuando útiles, no trascienden de manera inmediata y directa a lo jurídico. En esto es posible encontrar una diferencia, aunque no determinante, entre las funciones administrativa y jurisdiccional, puesto que esta última siempre supone la producción de actos jurídicos. Para una adecuada distinción entre ambas funciones, es necesario acudir a otros elementos del acto jurídico, como son su motivo o fin determinantes. El acto se produce ante una situación que impulsa a la voluntad de quien lo realiza (motivo), a manifestarse externamente con la intención de que se produzcan determinadas consecuencias de Derecho (fin). Cuando se produce el ejercicio de la función materialmente jurisdiccional, existe para el Estado un motivo específico, diverso al de la función administrativa, que consiste en que se pone a su consideración la preexistencia de un conflicto o controversia respecto de la interpretación y aplicación de normas jurídicas, ya sean generales o particulares. En estas circunstancias, ante la acción de quien estima vulnerado el orden jurídico, el propio Estado persigue un fin preciso que puede ser el de constatar que ese orden no se ha alterado o, en caso contrario, restaurarlo o restablecerlo dentro de lo posible. La función materialmente administrativa no parte del supuesto de que la actividad del Estado deba producirse con el motivo y fin señalados.

Jellinek considera que “las funciones materiales del Estado nacen de la relación entre la actividad del mismo y sus fines. A causa de los fines jurídicos, tiene el Estado que dirigir su actividad a la implantación y protección del Derecho, actividad que se separa de las demás funciones que se proponen la afirmación de su poder y el favorecimiento de la cultura.”² Se puede, pues, concluir en el sentido de que para distinguir, desde el punto de vista material, las funciones del Estado, es correcto acudir a los conceptos de motivo y fin de los actos jurídicos que realiza. Si lo que el Estado persigue es la implantación del Derecho mediante el establecimiento de situaciones jurídicas generales y abstractas, estará ejerciendo la función legislativa; si lo que pretende es el establecimiento de situaciones jurídicas particulares y concretas, según el caso, las funciones administrativa

² JELLINEK, G., Teoría General del Estado, Editorial Albatros, Buenos Aires, Argentina, 1943, p. 496.

o jurisdiccional. Claro está que la tesis del fin o motivo determinante proporciona elementos de distinción importantes desde el punto de vista externo, pero no rompe con el principio de la unidad e indivisibilidad del poder del Estado, pues estimarlo así constituiría un error lógico. Más adelante habrá la oportunidad de hacer notar que tanto la legislación como la jurisdicción producen normas jurídicas y que no son más que etapas distintas del proceso de la creación del Derecho que no pueden entenderse la una sin la otra. Similar criterio puede sostenerse para considerar lógicamente errónea la pretensión de definir a la función administrativa tratando de encontrar únicamente sus características peculiares aislándola por completo y negando sus relaciones con las otras dos funciones del Estado.

La circunstancia de que la actividad del Estado se manifieste materialmente en las distintas formas señaladas, no implica el rompimiento de la idea de la unidad de ese poder que simplemente se exterioriza de manera diferente en distintas situaciones. Al respecto, Kelsen señala: “como quiera que el sentido auténtico de lo que se conoce de ordinario bajo el nombre de ‘poder estatal’ es la validez de un orden jurídico y, por tanto, implícitamente, la unidad de ese poder, mientras que la idea de la partición de esa validez es un absurdo, pueden predicarse también como consecuencias del concepto del poder del Estado la unidad e indivisibilidad del mismo.”³ Por su parte, Jellinek sostiene que “así como lo que es interiormente distinto tiende a exteriorizarse de un modo diferente, de igual suerte las diversas funciones propenden a mostrarse en órganos peculiares. La separación de las funciones corresponde a la división del trabajo entre los órganos. Esto quedará justificado en tanto refiramos la diferencia de los órganos a la de las funciones, que es lo que se ha venido haciendo durante toda la historia de la doctrina de éstas. El poder del Estado no se deja fraccionar en sus manifestaciones exteriores, de suerte que pueda hacerse una división de las funciones por los órganos correspondientes. Han sido más bien consideraciones acerca de los fines las que han determinado las funciones que a cada órgano se habían de encomendar.”⁴

Estas ideas permiten entender con claridad suficiente el fenómeno complejo de la pluralidad de funciones, tanto desde el punto de vista material como formal, dentro de un concepto esencial de unidad.

Para una buena administración de justicia es deseable que entre los diversos órganos jurisdiccionales existan criterios uniformes que, dentro de lo posible, generen seguridad jurídica; ello es lo que justifica el otorgamiento, a órganos judiciales, de facultades materialmente legislativas que se ejercen mediante el establecimiento de la jurisprudencia obligatoria.

³ *Op. cit.*, p. 299.

⁴ *Op. cit.*, p. 495.

Surge el problema de si el ejercicio de la jurisdicción implica una mera aplicación de normas jurídicas generales a casos concretos o si, por el contrario, constituye un verdadero proceso de creación de Derecho. A este respecto, Kelsen considera: “En primer lugar, no hay que identificar el concepto de creación de Derecho expresado en el concepto de legislación, *legis latio*, con la actividad de ciertos órganos históricamente individualizados, que realizan una tarea especializada, confundiendo de ese modo el concepto de Derecho con el de ‘ley’. Pero, en segundo término, urge advertir que la antítesis de legislación y jurisdicción, esto es, de creación y aplicación de Derecho, no es absoluta sino relativa.”⁵ El propio autor agrega que para que una norma general alcance un sentido concreto necesita de la individualización. “Precisa establecer si es dado in concreto el hecho que la norma general ha determinado *in abstracto*; y si el hecho existe, precisa establecer un acto concreto de coacción (esto es, un acto previamente dispuesto y, después, realizado), el cual se halla igualmente prescrito *in abstracto* en la norma general. La sentencia, el acto en que se traduce exteriormente la función judicial, recibe el nombre de ‘jurisdicción’, que significa ‘declaración del Derecho’, como si se limitase a hacer una declaración de lo que ya es Derecho en la norma general. Pero esta terminología no sirve sino para oscurecer el verdadero significado de la función jurisdiccional y de la misión del juez; y de seguro que andan de por medio intenciones políticas más o menos ocultas, pues la sentencia judicial crea por completo una nueva relación: determina que existe un hecho concreto, señala la consecuencia jurídica que debe enlazarse a él, y verifica en concreto dicho enlace. Así como los dos hechos -condición y consecuencia- van unidos por la ley en el dominio de lo general, tienen que ir enlazados en el ámbito de lo individual por las sentencias dictadas por el poder judicial. El enlace de los mismos no hace inútil la nueva unión verificada en la sentencia.”⁶ En efecto, la situación jurídica particular y concreta que determina la sentencia no es la misma que hipotéticamente establece la ley de manera general y abstracta. La sentencia establece la forma en que deben comportarse las partes ante el problema de derecho planteado; es decir, establece normas de conducta cuyo cumplimiento puede lograrse coercitivamente. Ciertamente se trata de normas jurídicas individualizadas, no generales, que son producto de un procedimiento de concreción del Derecho. Siguiendo la terminología kelseniana, puede válidamente concluirse en que la legislación y la jurisdicción no son sino etapas diferentes del proceso de creación jurídica, sin que ello implique que son los dos únicos medios de esa creación, pues obviamente existen otros procedimientos de concreción como es el de la

⁵ *Op. cit.*, p. 302.

⁶ *Op. cit.*, p. 304.

realización de actos jurídicos por los órganos de la administración pública o el de la celebración de actos jurídicos por los particulares.

La diferencia entre los diversos sistemas o procedimientos de concreción del Derecho no es esencial sino de grado, pues todos ellos suponen el paso de lo abstracto a lo concreto creando, así, situaciones jurídicas individualizadas o particularizadas distintas de las generales de la norma abstracta.

En los Estados modernos se acepta la existencia de una etapa inicial de creación que consiste en el establecimiento de una norma positiva general que determina las restantes formas de creación de Derecho. Esta norma básica o fundamental es la Constitución. En este sentido, la Constitución es aplicada por la ley.⁷ Recasens Siches distingue entre el modo originario y el derivativo de la creación de Derecho. La producción originaria “es aquella en que se crea la norma fundamental de un sistema u orden, y da nacimiento al mismo, sin apoyo en ninguna norma jurídica positiva previa.” La producción derivativa “tiene lugar cuando se producen normas, a tenor de lo dispuesto en un sistema jurídico ya constituido, por las competencias y según los procedimientos establecidos en éste; verbigracia: las leyes ordinarias dictadas por el poder legislativo que está consagrado por la constitución; los reglamentos decretados por las autoridades competentes para ello; las sentencias dictadas por los tribunales competentes, según lo previsto en las leyes aplicables; los contratos concertados por los particulares, que sean capaces, según la ley, dentro del campo por ésta admitido, etc.”⁸

La decisión jurisdiccional no constituye una simple aplicación mecánica del Derecho, pues no consiste solamente en la constatación de éste, de tal forma que nada agregue al orden jurídico ni en el campo de las ideas ni en la realidad fáctica. Aceptar lo contrario llevaría al absurdo lógico de confundir lo abstracto con lo concreto y desconocer el movimiento dialéctico que opera por el fenómeno de la concreción de las normas. Si la tesis (norma abstracta), produjera una antítesis (norma concreta), y la síntesis no fuera otra cosa que el regreso a la tesis original, carecería de significación jurídica el calificar a la jurisdicción como una de las funciones materiales del Estado, en tanto que nada estaría aportando ni en lo abstracto ni en lo concreto. Lo cierto es que al pasar de la antítesis a la síntesis se produce una nueva situación jurídica, diferente de la inicial, pues la sentencia no es idéntica a la norma en que se funda, pues la interpreta y, en ocasiones, la integra. Por otra parte, para el cumplimiento o ejecución de la sentencia, ésta debe ser interpretada como cualquier norma jurídica.

⁷ Cfr. la obra citada de Kelsen, pág. 306.

⁸ RECASENS SICHES, Luis, *Filosofía del Derecho*, Editorial Porrúa, Segunda Edición, 1961, p.297

Este fenómeno puede apreciarse con mayor claridad si se atiende a la figura de la jurisprudencia. La norma general (tesis), se hace concreta mediante la decisión jurisdiccional (antítesis), y, en determinadas condiciones, produce una nueva norma general que es la jurisprudencia (síntesis), cuyo contenido no es idéntico al de la norma inicial; de lo contrario, resultaría innecesaria la jurisprudencia si sólo fuera la reiteración de una norma preexistente.

Jellinek hace notar: “Si la decisión judicial sólo fuera la aplicación mecánica del Derecho, se podría predecir con toda certeza cuál habría de ser la solución de toda contienda jurídica, y no se podría concebir una contradicción en las decisiones judiciales. Mas existe en la decisión judicial un elemento creador que no se puede determinar por reglas, pues un principio de Derecho sólo puede ser plenamente desenvuelto mediante las decisiones judiciales, y sólo mediante ellas puede ser conocido todo el alcance de su significación.”⁹ Lo dicho por Jellinek en relación con la decisión judicial es aplicable a la jurisprudencia, en tanto que, de hecho, se producen tesis de jurisprudencia contradictorias entre sí aunque interpreten una misma norma; además, existe la posibilidad de que una misma tesis jurisprudencial sea interpretada en forma distinta por diversos órganos cuando pretenden aplicarla a casos concretos.

La corriente doctrinaria actual ha dejado atrás a teorías que se habían venido sosteniendo tradicionalmente, como aquéllas que consideran a la sentencia como un silogismo cuya premisa mayor es la ley, la menor el o los hechos constatados y, la conclusión, la decisión. A este respecto, Recasens Siches hace notar que el proceso lógico del silogismo no es el que opera en la mente del juzgador para llevarlo a una decisión. “Ante todo es necesario que el órgano jurisdiccional determine *cuál* es la norma aplicable al caso concreto planteado. Pero este punto, que, a primera vista y equivocadamente parece ser el primero, no es algo independiente del punto que en apariencia -errónea- podríamos creer que es el segundo: la constatación del hecho y su calificación jurídica. Hay una recíproca interrelación, simultánea e indisoluble, entre estos dos puntos: entre la constatación del hecho incluyendo su calificación jurídica y el hallazgo o la determinación de la norma aplicable. No se puede determinar *primero* la norma *aplicable* a unos hechos, si antes no se ha calificado en alguna medida esos hechos desde el punto de vista jurídico. Y no se pueden calificar jurídicamente esos hechos, si al mismo tiempo no tenemos a la vista el enfoque (que) de los mismos se sigue de acuerdo con lo establecido en la norma general. La determinación de la norma y la constatación del hecho o de los hechos, con su calificación jurídica, no son dos momentos diferentes y sucesivos en el proceso jurisdiccional, sino que son algo

⁹ *Op. cit.*, p. 504.

así como el anverso y reverso de una misma operación. Esa operación no se halla realizada de antemano en la norma general vigente.”¹⁰

Al abordar el tema de la “politicidad” y “creatividad” del juez constitucional, Cappelletti indica “...parto de la premisa del carácter *político*, en sentido lato, de la actividad judicial genéricamente entendida, incluyendo, por tanto, a la justicia ordinaria. Y ello al haber perdido toda credibilidad las anticuadas tesis que defendían la naturaleza mecánica, pasiva, ‘cognoscitiva’ y no creativa de la actividad judicial. Puede que hoy el problema quede reducido a una mera graduación *cuantitativa* del grado de creatividad. Esta será, en efecto, más acentuada en la actividad legislativa que en la judicial y más amplia en la justicia constitucional -donde el intérprete tiene inevitablemente una discrecionalidad mayor-, al ser más frecuentes e indefinidas en este campo las normas-principio que se deben aplicar, que en la justicia ordinaria.”¹¹

El contenido de las normas jurídicas se expresa mediante signos, generalmente lingüísticos. Pero no debe confundirse la norma en sí misma considerada con los signos de su manifestación externa. La norma es, en sí, el sentido de un acto de voluntad que prohíbe, prescribe o permite algo. Los signos externos, tangibles, pueden o no ser lo suficientemente precisos e indicativos de ese sentido. Kelsen, a este respecto, sostiene: “En vista de que es necesario distinguir... entre el *acto* de mandar, de prescribir, de imponer normas -que es un acto volitivo y por ello porta el carácter de un suceso, es decir, del *ser-*, por un lado, y por otro el mandato, la prescripción o la norma como el *sentido* de ese acto, lo cual quiere decir que esto último es un *deber ser*, resulta más correcto decir que la norma *es* un sentido a decir que la norma *tiene* un sentido. El acto volitivo como acto del ser ‘tiene’ el sentido de un deber ser. Este deber ser es la norma.”¹²

Naturalmente que para aplicar una norma resulta indispensable su interpretación, pues no es posible hacerlo sin desentrañar previamente el significado de los signos en los que exteriormente se manifiesta. No es posible atender exclusivamente a los signos de manifestación externa que, según se expresó, pueden o no ser realmente indicativos o significativos del sentido, del deber ser, en que la norma consiste. Aun en los casos en que el juzgador se incline por la aplicación literal de un determinado precepto, debe previamente llevar a cabo un proceso lógico que lo lleve a la elección de ese sistema de interpretación con exclusión de los restantes.

¹⁰ *Op. cit.*, p. 314

¹¹ CAPPELLETTI, Mauro *La Justicia Constitucional (Estudios de Derecho Comparado)*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1987, p 287.

¹² KELSEN, Hans, *Teoría General de las Normas*, Editorial Trillas, p. 43.

Es cierto que a lo largo de la historia se han acuñado conceptos como los de espíritu del legislador “razón de la ley”, “intención del legislador”, “propósito de la norma”, etc. Pero también lo es que el aplicador del Derecho interpreta la norma y descubre esos conceptos imprimiendo a su decisión sus propias características psicológicas e ideológicas, mediante sus propios procedimientos lógicos. La experiencia judicial hace patente que muchas decisiones producidas en casos particulares han interpretado de manera diferente y aun contradictoria, términos legales tales como “interés social” y “orden público”, lo que en gran medida se explica por la diferente personalidad, experiencia e ideología de los diferentes jueces que han pronunciado las resoluciones correspondientes. Esas diferencias y contradicciones son imputables a esos jueces y no necesariamente al legislador, quien seguramente pretendió usar esos términos, en una misma ley, con significado unívoco. No obstante, no puede negarse eficacia normativa, para cada uno de los casos particulares en que se produjeron, a esas decisiones judiciales.

En suma, puede concluirse que la eficacia de las normas jurídicas generales, en la realidad, no podría producirse si no operara el proceso de concreción. En otros términos, la ley carecería de sentido si no existiera la posibilidad de la creación de Derecho mediante el establecimiento, entre otras, de normas individualizadas por órganos del Estado, y en ello radica la importancia y trascendencia de la función jurisdiccional tanto desde el punto de vista material como formal. Aquí, es indispensable aludir al concepto material de la función, porque es posible el ejercicio de ésta por autoridades administrativas, incluso por tribunales no judiciales legalmente facultados para establecer jurisprudencia, como acontece en nuestro país. En la doctrina se conocen distintos sistemas de interpretación entre los que podemos señalar el auténtico, el histórico, el objetivo, el subjetivo, el sociológico, el psicológico, el pragmático, el teleológico, el sistemático, el analógico, el de mayoría de razón, el de *a contrario sensu*, etc. Pero se antoja imposible una tarea mediante la cual se pretenda determinar la existencia de un solo sistema de interpretación o simplemente que alguno de ellos deba estimarse *a priori* de aplicación preferente respecto de los demás.

Después del estudio de temas tan complejos como los que la interpretación jurídica supone, queda la impresión de que en la actualidad las teorías predominantes tienden a dar al aplicador del Derecho una considerable libertad, más que a encasillarlo mediante normas metodológicas o de argumentación demasiado rígidas. Pero lo cierto es que el tema de los “jueces legisladores” no puede estimarse agotado, pues aunque la doctrina quizá actualmente sea unánime en considerar a la jurisdicción, en principio, como creadora de Derecho, no acontece lo mismo respecto de la delimitación o de los alcances de esa función creadora, ni del papel

que en ella juega la interpretación, en tanto que no existe plena uniformidad en lo relativo a la posición que el juzgador debe adoptar al aplicar normas generales a casos especiales. Sobre el particular, no puede negarse que distintas teorías se encuentran francamente influidas por conceptos valorativos no siempre coincidentes. Se manejan cuestiones de justicia, de orden, de seguridad, de moralidad, de política, de utilitarismo, de intereses, etc., que en su conjunto presentan un panorama demasiado complejo. Baste citar, en este sentido, a Saavedra quien, entre otras cosas, sostiene: “Hay que dejar suficientemente claro... que en el proceso de búsqueda y fijación del sentido de la norma aplicable, así como en la reconstrucción de los hechos -procesos dialécticamente relacionados, especularmente referidos uno a otro- lo decisivo es que ese proceso está dirigido y orientado por una previa comprensión de la o de las posibles soluciones, más o menos difusa, pero real, por una anticipación del sentido de los textos, que tiene su razón de posibilidad en virtud de una conciencia prejurídica, ya previamente configurada, del intérprete. A ello no es obstáculo el hecho de que a la formación de esa conciencia de esas convicciones, que por supuesto pueden cambiar en el curso del proceso, contribuya el entendimiento usual del mismo ordenamiento.- Se trata de revisar la conciencia de sí del jurista como científico del derecho, de concienciarlo del carácter eminentemente constitutivo de su subjetividad, de sus prejuicios y de su tradición; por tanto de su ideología consciente o inconscientemente asumida, de su concepción de la sociedad, del Estado, de las relaciones humanas, de la historia... Se trata de asumir el carácter radicalmente político de la ciencia del derecho, del conocimiento normativo, tanto más cuanto más radicalmente político sea el carácter del sector de relaciones humanas de que se trate. Y hablamos de carácter político en el sentido amplio y elemental en el que se dice que es una cuestión política la organización de la vida en sociedad y, por consiguiente, los distintos proyectos que vehiculizan y en los que se concreta esa organización.”¹³

Se sostiene que el Derecho positivo de un país constituye un sistema integral que proporciona al intérprete las proposiciones jurídicas necesarias para resolver cualquier caso que en la práctica se le presente, aunque no se encuentre expresamente previsto en la legislación. A este respecto, quiero entender que ese sistema consiste en un conjunto de normas expresas o tácitas, de principios y proposiciones jurídicas, de tal forma interrelacionados entre sí, que se presentan como una unidad indisoluble y armónica que no permite o no debe permitir la existencia de contradicciones entre normas generales, entre generales y particulares o entre particulares,

¹³ SAAVEDRA, Modesto, *Interpretación del Derecho y Crítica Jurídica*, Distribuciones Fontamara, pp.20 y 21.

y que tales contradicciones, de producirse, serían sólo aparentes, pues el propio sistema proporciona las bases necesarias para resolver adecuadamente cualquier conflicto; al existir normas de la misma jerarquía que se contradigan entre sí, una de ellas estará fuera del sistema y, por ello, no deberá ser aplicada; si la contradicción se produce entre normas de diversa jerarquía, el propio sistema señalará cuál de ellas y en qué condiciones o circunstancias debe prevalecer.

También se ha recurrido a ideas como la del “legislador racional”, distinguiéndolo de las personas que materialmente integran los órganos legislativos. Es decir, se trata de un concepto teórico que supone que el legislador imprime a las normas que expide una razón que debe orientar al intérprete o aplicados, proporcionándole, así, las bases para lograr la uniformidad y armonía en la aplicación del Derecho.

Estas teorías no dejan de ser atractivas desde un punto de vista filosófico, pero la experiencia demuestra que, de hecho, se producen contradicciones entre normas que no siempre resultan sencillas de dirimir, y que no necesariamente una de las dos normas contradictorias se ve plenamente privada de eficacia por esa sola circunstancia; incluso, existe o puede existir, entre diversos aplicadores de esas normas contradictorias, discrepancia de criterio respecto de cuál de las dos es la que debe estimarse inaplicable por encontrarse fuera del sistema o por no corresponder a la “razón” del legislador.

En nuestro país se han suscitado críticas al sistema competencial del Poder Judicial de la Federación que permite que diversos órganos jurisdiccionales estén facultados para establecer jurisprudencia, aduciéndose que son frecuentes las contradicciones en que se incurre en detrimento de la seguridad jurídica, no obstante que se encuentran previstos procedimientos tendientes a resolver esas contradicciones, mediante los cuales la Suprema Corte de Justicia de la Nación puede determinar cuál es la tesis jurisprudencial que obligatoriamente debe prevalecer. Esas críticas podrán estimarse injustificadas o exageradas, pero dan una idea de los problemas que en la práctica se producen en la interpretación y aplicación del Derecho.

Claro está que las normales dificultades prácticas no deben llevar al jurista a adoptar posiciones de un absoluto escepticismo que nieguen toda posibilidad de una sistematización del Derecho y la existencia de una “razón” que oriente al intérprete. Un sistema jurídico puede manifestarse como imperfecto, pero ello no debe conducir a negar su eficacia o su calidad de perfectible.

La aceptación de la creación de Derecho por la vía del ejercicio de la función jurisdiccional no debe llevar, pues, al extremo de negar la existencia de un sistema o de la razón que orienta a la legislación, ni justificar una total anarquía dentro del orden jurídico. La resolución judicial no

necesariamente debe ser arbitraria en el sentido de contrariar deliberadamente la razonabilidad de un sistema normativo.

Dworkin hace notar: “Las teorías interpretativas de cada juez se basan en sus propias convicciones sobre el ‘sentido’ (al propósito justificador, el objetivo o principio) de la práctica legal como un todo y es inevitable que estas convicciones sean diferentes, por lo menos en detalle, de las de otros jueces. Sin embargo, una variedad de fuerzas mitiga estas diferencias y conspira hacia la convergencia. Toda comunidad posee paradigmas de derecho, proposiciones que en la práctica no pueden objetarse sin sugerir corrupción o ignorancia... Sin embargo, las influencias más poderosas hacia la convergencia son internas al carácter interpretativo. La práctica del precedente, que ningún juez que haga una interpretación puede ignorar, ejerce una presión para llegar a un acuerdo; las teorías de cada juez acerca de lo que es la práctica se incorporan por referencia a través de cualquier descripción y reestructuración de precedente en la que se apoye, aspectos de otras interpretaciones populares de la época. Los jueces piensan en el derecho pero dentro de la sociedad y no fuera de ella; el medio intelectual general, así como también el lenguaje corriente que refleja y protege dicho medio, ejerce restricciones prácticas sobre la idiosincrasia y restricciones conceptuales sobre la imaginación. El conservatismo inevitable de la educación legal formal y del proceso de seleccionar abogados como funcionarios judiciales y administrativos agrega una mayor presión centrípeta.”¹⁴ El propio Dworkin considera que no hay que exagerar la eficacia de estos elementos de unificación; pero queda en nosotros la idea de que no es la anarquía la única solución práctica a los problemas de la interpretación y aplicación del Derecho. Incluso, ideas como las expuestas hacen resaltar el importante papel que en ello juega la jurisprudencia.

Es bien sabido que el juzgador no puede dejar de resolver algún caso por la sola circunstancia de no encontrarse previsto en alguna norma general; está obligado a integrar las normas existentes y así encontrar una solución acorde con el sistema jurídico que lo rige. A este respecto, Fiedler considera que “el pensamiento jurídico está sometido al ‘principio de autoridad’, en varios sentidos. Por lo pronto, porque está ligado a las normas jurídicas existentes. En esto consiste precisamente la idea de codificación de las normas... es decir, en el hecho de que son completas y aspiran a crear, por sí mismas, las proposiciones jurídicas correspondientes.”¹⁵

La aceptación de la posibilidad de la creación de Derecho por la vía jurisdiccional no lleva implícita la de la idea de una verdadera y total anarquía jurídica. A este respecto, Kelsen aclara: “Entendiéndose aquí por

¹⁴ DWORKIN, Ronald, *El Imperio de la Justicia*, Editorial Gedisa, pp. 72 y 73.

¹⁵ FIEDLER, Herbert, *Derecho, Lógica, Matemática*, Distribuciones Fontamara, p. 11.

‘anarquía’ una completa falta de ordenación. Tampoco hay que ir tan lejos como a veces se hace al identificar el momento de lo ‘general’ con la ‘razón’ queriendo ver ya así lo ‘razonable’ en toda ordenación general; una tendencia desarrollada en la intención de hacer aparecer el Derecho positivo en cualquier circunstancia como razonable, esto es, como Derecho natural, y legitimarlo de ese modo.- !Sólo que la norma general (abstracta) es sólo *una* de las, pero no *la* forma de manifestación de la ordenación normativa! El error funesto, pero que por desgracia se ha hecho tradicional, de que el Derecho sólo sea existente en la forma general, de que todo Derecho se encuentre encerrado en normas generales y que la ‘Ley’, esto es, la norma general, sea idéntica al Derecho debe ser evitado a toda costa. Ha sido descubierto con todas sus consecuencias y, hay que esperarlo, definitivamente suprimido por la *teoría de la construcción gradual del Derecho*.¹⁶ En otros términos, la razonabilidad del Derecho no debe encontrarse únicamente en determinado tipo de normas, sino en la totalidad del sistema. Es por ello que al principio de mi exposición manifesté que no es posible entender a la jurisprudencia como un fenómeno aislado, pues obviamente supone la preexistencia de otras normas, generales y particulares, que le dan origen y permiten que, a su vez, se convierta en norma general para cuya aplicación es también indispensable su interpretación. La jurisprudencia se encuentra inmersa en un sistema de Derecho positivo determinado.

Pero según las ideas expuestas y atendiendo al sistema jurídico correspondiente a cada Estado, habrá de determinarse la fuerza que habrán de tener o no los precedentes; en los casos en que éste reconoce validez normativa a la jurisprudencia, es necesaria la conclusión en el sentido de que ésta es fuente de Derecho tanto material como formal.

La jurisprudencia es producto de la interpretación o integración de otras normas y al constituirse como una nueva norma general, adquiere cierta independencia respecto de las que le dieron origen. Esa independencia no es absoluta, sino relativa, pues si bien se trata de normas diferentes entre sí, no es lógicamente posible separar totalmente a la jurisprudencia de su origen, como se verá más adelante.

Según el sistema que en su Derecho positivo adopte cada Estado, las decisiones jurisdiccionales, independientemente de ser normas concretas, o bien pueden constituir meros precedentes (cuya fuerza para casos posteriores dependerá de lo convincentes que resulten sus argumentaciones), o bien, normas generales por la obligatoriedad que en determinadas circunstancias tengan los precedentes. Una sola sentencia podrá tener únicamente efectos particulares y concretos o generales y abstractos como acontece, por ejemplo, en los sistemas de Derecho positivo que aceptan

¹⁶ KELSEN, Hans, *La Idea del Derecho Natural*, Editora Nacional, p. 30.

la posibilidad de que los órganos de control de la constitucionalidad declaren, con efectos absolutos, la invalidez de normas generales. La jurisprudencia obligatoria podrá o no tener esos efectos absolutos pero, siempre, por definición, consistirá en normas jurídicas generales.

En la medida en que la jurisprudencia se integra por un conjunto de precedentes que establecieron normas particulares y que, por ello fueron creadores de Derecho, ella también lo es y juega un papel importante en la evolución jurídica, en tanto que impide que el contenido normativo de las leyes permanezca estático. No necesariamente la jurisprudencia se produce *contra legem*, aunque esto es posible en la práctica, pero en todo caso tiene la virtud de adecuar a la ley a las cambiantes situaciones políticas, económicas y sociales. Por otra parte, en la medida en que se constituye como norma general, orienta la actividad de la totalidad de los órganos jurisdiccionales creando un ambiente de seguridad jurídica. En estos aspectos, resulta de fundamental importancia el principio de la modificabilidad de la jurisprudencia.

El proceso de concreción de normas generales y, en consecuencia, el de integración de la jurisprudencia, necesariamente implican la interpretación de normas generales o bien de normas individualizadas o particularizadas. Las primeras establecen situaciones jurídicas abstractas; las segundas, emitidas por órganos del Estado, establecen situaciones jurídicas concretas, y, las terceras, producidas por los particulares, también situaciones concretas.

Existen varios tipos y sistemas de interpretación, pero de momento, nos detendremos en una clasificación que atiende a la fuente de interpretación, es decir, a quién es el que interpreta. Para ello, nos remitiremos a las ideas de Wróblewski. Según este autor, se pueden distinguir la interpretación auténtica, la legal, la operativa, la doctrinal y la que proviene de otras fuentes.

“En la interpretación auténtica, el legislador interpreta el texto que ha promulgado. De conformidad con lo que comúnmente se acepta, *eius est interpretata cuius est condere legem*, el legislador tiene competencia para una interpretación auténtica.”

“En la interpretación legal existe un órgano específico del Estado que tiene una competencia interpretativa especial... y esta interpretación goza de validez general.”

“En la interpretación operativa, el órgano que aplica el derecho interpreta las reglas utilizadas en el proceso de su aplicación al caso concreto. El ejemplo típico es el de la interpretación de las leyes por los jueces o el de la aplicación administrativa del derecho.”

“La interpretación doctrinal es aquella interpretación del derecho que se realiza en las ciencias jurídicas en general y en la dogmática jurídica en particular.”

“Existe, por último, en orden que no en importancia, la interpretación que surge de otras fuentes: la interpretación de las partes y de sus representantes en el proceso jurídico, la cual a menudo estimula la interpretación operativa; la interpretación hecha por la opinión pública, especialmente cuando se valoran el derecho y las decisiones aplicativas del derecho, lo cual es importante para identificar el contenido de la conciencia jurídica de los grupos particulares de una sociedad.”¹⁷

En la interpretación operativa, el juzgador, al emitir sus decisiones, se encuentra obligado a tener en consideración a la auténtica y a la legal; y aun cuando no se encuentre directamente obligado, podrá tener en consideración a la doctrinal y a la que proviene de otras fuentes, las que obviamente podrán influir en sus propias decisiones. Pero en algunos sistemas procesales de Derecho positivo, las interpretaciones de las partes o de sus representantes pueden resultar determinantes en las resoluciones, por ejemplo, cuando la ley relativa acepta el principio de estricto Derecho y en esa medida impide al juzgador invocar ciertas normas o producir argumentaciones que no fueron adecuada y oportunamente propuestas por la parte interesada, lo que puede producir una decisión que, aunque jurídicamente válida, es contraria al criterio del propio juzgador. En el dictado de las resoluciones, existen, pues, limitantes impuestas por el sistema legal como acontece en el ejemplo.

Las decisiones jurisdiccionales, en determinadas circunstancias y cumpliendo determinados requisitos, constituyen la jurisprudencia obligatoria. Es decir, la jurisprudencia se produce o puede producirse por la aplicación de todos los sistemas de interpretación aludidos y, una vez integrada, se convierte en una fuente de interpretación legal que goza de validez general.

A diferencia de la ley, la jurisprudencia encuentra sustento inmediato, no en normas abstractas, sino concretas; en decisiones jurisdiccionales que ya han sido dictadas en casos específicos anteriores. Ello, independientemente de que su origen remoto pueda consistir en normas generales.

La generalidad de la jurisprudencia lógicamente se encuentra limitada por las mismas limitantes que, en su caso, se produjeron en el momento de emitirse las resoluciones particulares que la originaron. La obligatoriedad de la jurisprudencia sólo opera para casos, si no idénticos, similares a los de su origen.

En la medida en que la jurisprudencia define de manera obligatoria la interpretación de normas generales, en principio, sólo opera respecto de esas normas generales y no de otras. Por dar un ejemplo al respecto, puede

¹⁷ WRÓBLESKI, Jerzy, *Constitución y Teoría General de la Interpretación Jurídica*, Editorial Civitas, Madrid, pp. 27 a 29.

citarse el caso en que la interpretación de una norma de una entidad federativa no necesariamente será la misma que la que habrá de darse a otra norma de distinta entidad. No obstante, puede discutirse la existencia de la jurisprudencia “temática”, es decir, aquella que debe ser aplicada a normas distintas de las interpretadas en los casos concretos que la produjeron, pero se refieren al mismo tema; esto es posible siempre y cuando el aplicador determine que existe identidad o similitud esencial en los dos contenidos normativos, lo que permite una aplicación analógica. Por otra parte, considero que no existe impedimento alguno para aplicar una jurisprudencia mediante su interpretación *a contrario sensu*.

La jurisprudencia, al igual que toda norma, requiere, para su aplicación, de interpretación de su sentido normativo. Según se vio, su interpretación se rige por los mismos sistemas de interpretación legal, pero siempre debe atenderse a los casos concretos que fueron materia de las resoluciones jurisdiccionales que le dieron origen y a las normas que en ella se interpretaron. Dos tesis jurisprudenciales pueden dar la apariencia de ser contradictorias, pero en realidad no lo serán si las resoluciones jurisdiccionales en que se sustentan obedecen a planteamientos jurídicos distintos. Por ello, se insiste, no es posible el total entendimiento de la jurisprudencia sin atender al cúmulo de sus relaciones en el ámbito de lo jurídico, ni menos lo es desarticularla de las normas individualizadas que, dictadas en casos concretos y específicos, le dan origen o sustento.

Cuando el aplicador se enfrenta a dos o más tesis contradictorias, al no poder aplicar todas ellas simultáneamente en el mismo caso, deberá elegir sólo a una, determinando su ámbito de aplicación, por ejemplo territorial, y definiendo cuál es la que debe considerarse dentro del sistema jurídico de que se trate o corresponde mejor al principio de razonabilidad de las normas; es decir, deberá elegir la que más adecuada al caso le parezca, pero siempre tendrá que aplicar una de ellas.

En materia de jurisprudencia únicamente opera el principio de que la posterior interrumpe o modifica a la anterior, cuando es el mismo órgano el que las emite o es un órgano jerárquicamente superior al que sostuvo el criterio diferente, pues en el caso en que las tesis de jurisprudencia contradictorias provengan de tribunales distintos pero de la misma jerarquía, no es factible determinar, *a priori*, que una de ellas carece de validez jurídica por meros motivos de temporalidad; es problema del aplicador decidir cuál es la aplicable, sin que necesariamente deba inclinarse por la posterior.

Como la jurisprudencia es una nueva norma obligatoria, distinta de la que interpreta, para efectos jurídicos tendrá necesariamente que aceptarse que se sustituye en la norma interpretada. El contenido de la norma inicial no puede ser otro que el que le atribuye la jurisprudencia mientras ésta no sea interrumpida o modificada. En éste sentido, la modificación

de la jurisprudencia es equivalente a la modificación o reforma de la ley que interpreta. Esta, la ley, conserva los mismos signos externos de su manifestación, pero su significado es distinto tanto cuanto se haya modificado un criterio jurisprudencial anterior. Es decir, aun cuando la ley se siga expresando mediante idénticos signos, mediante las mismas palabras, ésta no es vacío verbalismo pues es un sentido normativo, un deber ser, como dice Kelsen; cualquier alteración de ese sentido supone una alteración de la norma. Claro que la modificación de una norma mediante un proceso formalmente legislativo es distinta de su modificación por la vía jurisdiccional, pero esa distinción no es esencial sino de grado. No es posible válidamente sostener que el fenómeno indicado rompe con el principio de la división de poderes, puesto que las modernas concepciones de esta división aceptan, sin lugar a dudas, que es factible atribuir facultades materialmente legislativas a órganos administrativos y, como en el caso, a jurisdiccionales. Pero, de cualquier forma, como la norma jurisprudencial no puede desligarse de la ley interpretada, la abrogación o derogación de esta última normalmente priva de efectos a la tesis de jurisprudencia correspondiente. Únicamente en aquellos casos en que la tesis se apoye en, o establezca principios tan generales que continúen siendo aplicables para la interpretación de otras leyes, aunque ya no esté vigente la que fue objeto directo de la propia tesis, en esa medida, por tratarse de una jurisprudencia temática, la tesis relativa puede seguir siendo válida y aplicable.

No obstante que el principio de modificabilidad de los criterios jurisprudenciales es aceptable y aun deseable, la modificación de las tesis de jurisprudencia plantea problemas sumamente complejos desde el punto de vista de la interpretación legal y, sobre todo, de la aplicación de la ley. Si el cambio de jurisprudencia supone el del sentido normativo contenido en una ley, esto equivale, según se precisó, a una modificación de la ley misma. Surge entonces, de manera inevitable, la cuestión de la aplicación retroactiva de la jurisprudencia, tema respecto del cual no es posible, hoy por hoy, asegurar que la doctrina jurídica ha encontrado soluciones suficientemente aceptables. Es posible que al amparo de una determinada interpretación legal se adquieran derechos que puedan ser desconocidos por una diferente y posterior interpretación de la misma ley. Ello, porque aun cuando la ley permanece idéntica en sus signos de manifestación externos, su contenido ha cambiado. El problema real consiste en que el legislador parte de conceptos abstractos que incorpora a la norma que emite con la pretensión de que operen a futuro; en cambio, la jurisprudencia se produce, en todos los casos, por el juzgamiento de casos pasados y, por ello, su integración es, por naturaleza, retroactiva. Si se acepta que las tesis de jurisprudencia nuevas pueden válidamente ser aplicadas al pasado y destruir derechos adquiridos bajo la vigencia de una

tesis anterior, resulta más perjudicial el cambio normativo por la vía jurisprudencial, que la modificación de la ley por los órganos legislativos. Al menos en sistemas como el mexicano, este tema produce graves problemas de interpretación y aplicación, incluso, del orden constitucional. Ya señalé que la doctrina no ha encontrado soluciones plenamente satisfactorias, pero además, la dificultad y extensión del tema exceden a los límites de la presente exposición.

Dado que el criterio jurisprudencial se sustituye en la norma que interpreta, la jerarquía de la jurisprudencia será la misma que la de la norma interpretada. Si una tesis interpreta la Constitución, tendrá jerarquía constitucional; si a una ley, legal; si a un reglamento, reglamentaria, y así sucesivamente. Por tanto, para la adecuada interpretación y aplicación de la jurisprudencia, el aplicador deberá tener en consideración ese sistema jerárquico normativo, pues en la medida en que una norma debe ceder ante otra de superior jerarquía, también una tesis de jurisprudencia debe ceder ante la superior, aunque ambas provengan del mismo órgano jurisdiccional.

La presente exposición en modo alguno lleva implícita la pretensión de haber agotado ni menos resuelto todos los problemas que su solo título sugiere, pero espero haber hecho referencia a algunos de los más importantes, de tal manera que, ojalá, pueda ser útil para nuevos y más profundos estudios.