

CAPÍTULO SEXTO

Las fuentes del derecho

En términos contemporáneos, sobre las fuentes del derecho existen tres enfoques: el explicativo o social; el justificativo o valorativo y el sistemático o formalista. El explicativo o social da cuenta de los factores sociales que explican la génesis y el contenido de las normas jurídicas; el justificativo o valorativo entraña los valores o bienes que justifican a las normas jurídicas, y el sistemático o formalista implica el régimen jurídico de la creación de las normas jurídicas.

I. Introducción

Dice García Máynez que en la terminología jurídica la palabra fuente tiene tres acepciones, ya sea que se trate de fuentes formales, reales o históricas. Por fuente formal se suele entender el proceso de creación de normas jurídicas; fuente real son los factores y elementos que determinan el contenido de tales normas, y fuente histórica son los documentos que encierran el texto de una ley o conjunto de leyes.²⁶⁹ En términos más contemporáneos Josep Aguiló Regla establece que sobre las fuentes del derecho existen tres enfoques: el explicativo o social; el justificativo o valorativo y el sistemático o formalista. El explicativo o social da cuenta de los factores sociales que explican la génesis y el contenido de las normas jurídicas; el justificativo o valorativo entraña los valores o bienes que justifican a las normas jurídicas, y el sistemático o formalista implica el régimen jurídico de la creación de las normas jurídicas.²⁷⁰ Lo anterior significa que en esos tres niveles existen fuentes diversas del derecho: fuentes de carácter sociológico, axiológico o justificativo, y fuentes formales.

Las ideas expuestas de García Máynez y de Aguiló nos aclaran que dentro de la temática de las fuentes formales del derecho hablamos de la problemática en torno al cómo y dónde nacen las normas. La cuestión no es

sencilla porque fuente formal del derecho incluye a la persona o personas con facultad jurídica para crear normas jurídicas, las formas de regulación normativa o hasta las manifestaciones concretas de las formas o tipos de regulación normativa (por ejemplo, la Ley de Salud). En general, la teoría jurídica tradicional se refiere a los tipos de regulación normativa del derecho como sinónimo de fuentes: la ley, la costumbre, el precedente judicial, el contrato, la sentencia, la doctrina, etcétera.

En el contexto de las ciencias sociales, el problema del origen de las normas jurídicas es político y sociológico. Político porque la determinación de dónde existe una fuente y el establecimiento de una jerarquía entre ellas, supone el reconocimiento de un centro de emanación del poder, que suele ser producto de los conflictos por el poder; así en la Edad Media la lucha entre la ley y la costumbre era la expresión de la lucha entre el rey y los señores feudales. Éstos privilegiaban las costumbres locales por encima de normas generales que pretendían imponer los monarcas medievales. Durante la Revolución francesa la ley se defendió como la emanación de la voluntad general respecto a los intereses de la antigua aristocracia que reclamaba el cumplimiento de las costumbres tradicionales. Hoy en día, la lucha entre la ley y los derechos humanos, implica la lucha entre la clase política que aboga por la ley frente a los ciudadanos que reclaman principalmente el cumplimiento de la Constitución y los derechos que ella contiene. Desde el plano sociológico, estas pugnas indican la materialización de distintos intereses sociales que se enfrentan en aras de alcanzar la hegemonía y perdurar sobre las visiones alternativas.

Parece obvio decir que en el origen de las normas jurídicas existe siempre una fuerza social, grupos de presión o de interés que se hacen presentes frente al Estado y frente a la sociedad. Si se reconoce lo anterior, queda pendiente el tema de hasta dónde esas normas que surgen responden al sentir social, a sus intereses, a los derechos humanos o a la democracia, cuestión que tiene que ver con la legitimidad de las normas. También queda pendiente el tema de la eficacia de las normas, esto es, el problema de hasta dónde se cumplen. Ambos asuntos, el de la legitimidad y el de la eficacia, tienen relación con el problema del origen de las normas. Las normas que nacen democráticamente, coinciden con el sentir social y se orientan a la protección de los derechos humanos, tienen más posibilidades de ser acatadas y respetadas por los ciudadanos que aquellas otras que no tienen ningún vínculo con estos factores.²⁷¹

Si analizamos la expresión fuente del derecho desde su terminología jurídica podemos encontrar tres significados. En el primero podemos referirnos a fuente como facultades o poder de creación normativa de autoridades

y particulares. En el segundo, fuente como norma de segundo grado para la producción de nuevas normas o fuente como el derecho objetivo mismo. En el tercero, fuente como origen del conocimiento jurídico. Generalmente se emplea la expresión fuente en su segunda acepción, esto es, como las normas de derecho objetivo que permiten la producción de otras normas jurídicas (NSP) o, como el tipo de regulación normativa —Constitución, ley, tratado, reglamento, etcétera— y hasta como las manifestaciones específicas de los tipos de regulación normativa (la ley “X” o el reglamento “Y”).

En la historia de la teoría jurídica²⁷² se atribuye a Savigny y a la Escuela Histórica la formación de la moderna teoría de las fuentes.²⁷³ Las fuentes son para este autor las causas del nacimiento del derecho, tanto las instituciones como las reglas jurídicas. Para Savigny el derecho se origina en el “espíritu del pueblo” y las fuentes no son más que la manifestación de esa conciencia común. De tal suerte que fuente no sólo es la causa del nacimiento del derecho sino también su manifestación concreta. Por su parte, DelVecchio distingue tres tipos de fuentes: las que son causa del nacimiento del derecho, las que se deducen de los principios de justicia, y las fuentes técnicas que se refieren al derecho positivo. Según Del Vecchio el origen del derecho está en la naturaleza humana y en la conciencia individual; las que se deducen de los principios de justicia se obtienen del derecho natural y de la razón, y en cuanto a las fuentes sociales, éstas son manifestación de la voluntad social preponderante y se reducen a dos principales —la ley y la costumbre—, una tercera —la jurisprudencia— y otras secundarias.²⁷⁴

Gény sostuvo que la ley no agota el origen del derecho. El intérprete siempre puede hurgar en otras fuentes —la costumbre o la tradición— y cuando se agotan puede acudir a los materiales que suministra la libre investigación científica. Con Gény inicia la lenta crisis de la ley como fuente preponderante o fundamental del derecho. Gény estaba consciente que la codificación de su época y la ley no podían proporcionar todas las respuestas posibles que urgía el intérprete para resolver los casos sometidos a su consideración, de ahí la crisis de la ley como fuente predominante del derecho pero también del método de interpretación basado en su aplicación gramatical y mecánica.²⁷⁵ Es Gény un precursor de la idea de que la interpretación y el razonamiento jurídico también constituyen una fuente del derecho.

Con Stammler, el problema de las fuentes no se plantea en sentido genético sino sistemático. Es decir, lo importante no es el problema de cómo se origina el derecho, sino las formas en que se pueden resumir universalmente las formas de creación del derecho en la historia.²⁷⁶ A partir de Stammler la doctrina sobre las fuentes no había tenido hasta ahora grandes variaciones y se había ocupado tradicionalmente de las formas o expresio-

nes jurídicas en las que se manifiesta el derecho. Hoy en día esta concepción se encuentra en crisis.

Son varias las razones que dificultan una concepción de las fuentes en sentido tradicional, entre ellas las siguientes: 1) la imposibilidad de elaborar una teoría general de las fuentes con la pretensión de validez en todos los ordenamientos jurídicos; 2) la dificultad para perder de vista que los modos de producción jurídica o fuentes son mecanismos sociológicos y políticos de legitimación del poder; 3) la diferencia entre las familias jurídicas que conceden a ciertas fuentes un lugar privilegiado; así en la familia romano germánica, la ley tenía una función fundamental, y en el *Common Law*, lo tiene el precedente; 4) la diversidad de teorías de las fuentes del derecho en los sistemas jurídicos orientales, tales como en el derecho hindú o en el derecho musulmán; 5) la existencia de posiciones jurídicas pluralistas que establecen fuentes diversas a las que se originan en los centros de producción jurídica del Estado; 6) la posición que en los sistemas jurídicos contemporáneos y democráticos tiene la Constitución, los principios y los valores jurídicos; 7) el rol que desempeña el modelo argumentativo del derecho; 8) la influencia de la globalización jurídica, vía la importancia creciente de los tratados y decisiones de autoridades supranacionales; 9) el fortalecimiento de los centros de emanación jurídica locales y regionales, y 10) el paso del Estado liberal de derecho centrado en la ley al Estado constitucional de derecho centrado en la Constitución.

II. El sentido actual de la teoría de las fuentes del derecho

La doctrina tradicional de las fuentes está en crisis, en parte porque no analizó a profundidad todos los modos de producción jurídica, se concretó principalmente a la ley y a la costumbre como las fuentes por excelencia del derecho. La costumbre en nuestra época es una fuente residual del derecho y la ley es una fuente en decadencia. Se dice que son básicamente dos las causas por las que la ley ha perdido hoy su posición central en el sistema de fuentes: por un lado, como consecuencia “indirecta” de la crisis de la estatalidad del derecho; por otro, como consecuencia “directa” de la atribución de carácter normativo a la Constitución, con el consiguiente desplazamiento de la ley.²⁷⁷

En cuanto a la crisis de la “estatalidad” del sistema de fuentes, los fenómenos de supraestatalidad normativa —derecho de origen internacional— y de la infraestatalidad —derecho de origen local y municipal— llevan aparejada una pérdida de centralidad del derecho del Estado y, por consiguiente, de

la ley, que era su máxima expresión normativa. El derecho de origen estatal debe convivir con otras manifestaciones jurídicas distintas: normas de organizaciones internacionales o supranacionales y con normas municipales o estatales. Además, el derecho de origen estatal participa en la regulación de las conductas con normas que tienen su origen en sindicatos, partidos, organizaciones empresariales, Iglesias, o hasta normas pertenecientes al ámbito deportivo.²⁷⁸

Respecto a la crisis de la “centralidad” de la ley en el sistema estatal de fuentes, debe decirse que uno de los rasgos más relevantes del Estado constitucional de nuestro tiempo es la asunción del valor normativo de la Constitución. La Constitución, concebida como auténtica norma jurídica, ha venido a ocupar la posición de centralidad que en el Estado liberal correspondía a la ley. La consecuencia es evidente, en el Estado constitucional la ley está sometida a un nivel más alto de derecho que es la Constitución, cuya vinculatoriedad se garantiza a través del principio de supremacía constitucional que en nuestro sistema está recogido en el artículo 133 de la Constitución y con los medios de control o de defensa de la Constitución.

Además de lo anterior existe una crisis de certeza y de racionalidad de la ley, pues la sobreabundancia de leyes, ciertamente, produce dos efectos igualmente negativos: por un lado, hace que el ciudadano común y los mismos operadores jurídicos estén cada vez más desorientados ante la inflación legislativa de nuestra época, con el consiguiente déficit en el conocimiento del derecho; por otro, es evidente que la superproducción de leyes disminuye también la posibilidad de su formación esmerada y ponderada, y propicia la creación de leyes no contundentes, ambiguas, farragosas, y en este sentido irracionales que producen inseguridad jurídica e injusticia.

La decadencia de la ley también obedece a que ésta ha perdido sus características de generalidad y abstracción. La ley que en el Estado liberal decimonónico era la expresión de la homogeneidad de valores culturales de la burguesía tiene que ser en nuestros días la expresión de valores e intereses heterogéneos que a su vez son la manifestación de la pluralidad de fuerzas políticas y sociales que participan en el proceso legislativo. Las leyes se contractualizan, se negocian, se pactan y no se presumen como el producto de valores fuera de duda o conflicto ni se estiman como capaces de representar el interés general sino tan solo la fuerza de las mayorías. Por lo anterior la coherencia, generalidad, abstracción y racionalidad de la ley ceden paso a leyes sectoriales, ocasionales y temporales.²⁷⁹

Sin embargo, aunque la ley debe ser interpretada y aplicada a la luz de los principios y valores de la Constitución, sigue siendo una fuente fundamental del sistema, pero sin la posición de privilegio que en el pasado tuvo.

La ley está en relación con otras fuentes como la Constitución, los tratados, las decisiones judiciales y el carácter argumentativo del derecho.

De lo expuesto queda en evidencia que la disciplina de las fuentes del derecho se extiende actualmente a la consideración del proceso global de producción y aplicación del derecho —supranacional, nacional y subnacional—, en donde las normas de producción jurídica o de cambio, en la terminología de Hart, deben ser la materia principal de objeto y de análisis de cualquier teoría de las fuentes. Igualmente, la interpretación, la aplicación y el razonamiento jurídico desempeñan un papel central en la teoría de las fuentes, pues la interpretación y aplicación de las normas son fuentes en sí mismas y no pueden ser entendidas en un sentido mecanicista. El concepto de fuentes no debe limitarse a contemplar las diversas categorías normativas por su origen, sino que debe analizarlas en virtud de su relación con otras categorías, es decir, la confluencia de varios órganos, diversidad de procedimientos de producción, etcétera. Lo que significa que cualquier teoría de fuentes es parte de la teoría del ordenamiento, en la que la Constitución como fuente principal del sistema, desempeña funciones de unificación, validación y de supremacía respecto al resto de las otras fuentes.²⁸⁰

Debe decirse que la teoría de las fuentes del derecho pone también sobre la mesa los modelos que sobre el derecho existen. Josep Aguiló en un ejercicio de síntesis y a propósito de las fuentes y del modelo de derecho preferible, propone dos modelos de derecho que son antagónicos: en el primero, el derecho es visto como un conjunto de normas, y en el segundo, el derecho es considerado como argumentación, como razonamiento justificativo.²⁸¹

Las teorías del primer modelo —principalmente Hart— construyen la unidad del derecho desde las normas —desde arriba, desde la regla de reconocimiento—. Consideran que el legislador es el protagonista central del derecho, que el origen del deber jurídico se halla en la relación de sujeción y/o de autoridad, y que el derecho tiene su origen en la autoridad del Estado. Estas teorías estiman que el género subalterno en el derecho es la moral y han tratado de excluir la moral del derecho. En consecuencia, han enfatizado la distinción entre estándares jurídicos y no jurídicos y han tendido a sostener que el carácter jurídico de un determinado estándar puede independizarse de su calidad moral. Para poder cerrar o unificar el derecho por abajo recurren a la discrecionalidad, esto es, las indeterminaciones del derecho son vistas básicamente como delegaciones de poder para que las autoridades jurisdiccionales actúen como legisladores. En estas posiciones resulta central la idea de que el orden jurídico es un orden social, es decir, la estructura y el contenido del orden jurídico dependen del uso que la

gente hace del mismo: el derecho es una práctica social. Esta práctica social incorpora los criterios últimos de validez de las normas jurídicas y suele desembocar en el reconocimiento de ciertas autoridades últimas, que son las autoridades no delegadas, autoridades soberanas, como el pueblo en las Constituciones democráticas, que son autoridades reconocidas. Lo básico en el derecho es la convergencia en el reconocimiento de la legitimidad de las autoridades últimas; todo lo demás ya es secundario, interno, derivado, relativo o, en definitiva, convencional. La función del jurista práctico es ser el guardián de las estructuras legítimas de poder normativo, y por otro ser el reproductor de la convención social que es producto de aquéllas. Sobra decir que todas las fuentes del derecho en el primer modelo derivan de la regla de reconocimiento y de las sucesivas delegaciones normativas de autoridad que existen a partir de la misma.²⁸² Es decir, las fuentes del derecho en sentido técnico son las normas que regulan la producción jurídica.

El segundo modelo se distingue por construir la unidad del derecho desde las soluciones de los casos —desde abajo— y se asume que el género rector del derecho es la moral —Dworkin—. En consecuencia el protagonista central del derecho es el juez, el sentido del deber jurídico es la protección de ciertos bienes y/o valores morales, el derecho tiene naturaleza axiológica, y que son jurídicos aquellos estándares que proveen la solución correcta y coherente para el caso que se trata de resolver. En el segundo modelo se desdibuja la distinción entre moral y derecho y el ordenamiento jurídico es una prolongación del razonamiento moral. Estas teorías han considerado que el género subalterno en el derecho es la política y han tratado de cerrar el derecho por abajo, en la decisión judicial, a la discrecionalidad. Las supuestas indeterminaciones del derecho y las lagunas normativas no son tales, los estándares jurídicos no provienen sólo de actos de poder realizados por autoridades, el derecho se cierra por arriba a través de los elementos axiológicos que en el derecho existen o que provienen de la moral. La coherencia o la unidad valorativa es el criterio para identificar los estándares jurídicos. El carácter jurídico de una norma no puede independizarse de la moral. El derecho también aquí es una práctica social, en donde el derecho es el resultado de la convergencia de los miembros de la sociedad en torno al reconocimiento de ciertos bienes y/o valores morales básicos, los cuales no son constituidos por el derecho sino reconocidos por él. El papel del jurista es ser el guardián de los valores y/o bienes morales. En cuanto a las normas y la relación entre ellas, no es que no importen, pero son un elemento secundario que depende a fin de cuentas de la coherencia valorativa de los elementos jurídicos. Las fuentes del derecho en este modelo son desde luego axiológi-

cas y se reconocen a través del razonamiento jurídico y/o moral.²⁸³ La fuente del derecho más importante en este modelo es la argumentación jurídica.

III. Clasificaciones de las fuentes del derecho

Existen diversas clasificaciones de las fuentes del derecho. Una primera distingue entre fuentes directas e indirectas. Las directas son las que encierran en sí la norma jurídica, las que la contienen. Tradicionalmente, las directas se reducían a dos: la ley y la costumbre. Algunos agregan los principios generales del derecho. Hoy son parte, entre otras, de las fuentes directas: la Constitución, los tratados, los precedentes judiciales, además de la ley, la costumbre y los principios generales del derecho, los contratos, etcétera. Las fuentes indirectas son las que ayudan a la comprensión y conocimiento de las normas jurídicas. Son los documentos y publicaciones a través de los cuales se puede conocer el derecho o la doctrina que permite la comprensión de las normas jurídicas legisladas o contenidas en los precedentes judiciales.²⁸⁴

Otra clasificación alude a las fuentes internas y externas. Esta precisión proviene de Géný que señaló por un lado las fuentes formales internas —ley, costumbre y tradición—, y por otro las fuentes no formales o externas que incluyen todos los elementos objetivos que se conocen por la libre investigación científica y que funciona sobre dos clases de elementos: los racionales que son los principios revelados por la razón, y los objetivos, que surgen de la naturaleza de las cosas.²⁸⁵

Una tercera clasificación distingue entre fuentes estatales y fuentes extraestatales. Las primeras suponen la creación directa del derecho por los órganos del Estado a través de sus órganos y procedimientos. En tanto que las extraestatales provienen de ámbitos e instancias de carácter no estatal, tales como la propia sociedad —la costumbre—, sectores sociales de la misma como el derecho de los pueblos indígenas o de organizaciones políticas, sindicales, empresariales, eclesiales, etcétera.

Otra clasificación distingue entre fuentes-acto y fuentes de hecho. Se habla de fuentes-acto para hacer referencia a las normas que regulan la producción normativa y que tienen por propósito crear o modificar el derecho vigente y obtener, consiguientemente, las correspondientes modificaciones en el comportamiento de los destinatarios de las mismas. Son fuentes-acto la Constitución, la ley, el reglamento y las normas que establecen el reenvío a otras normas u ordenamientos, como las relativas al de-

recho internacional privado. Son fuentes de hecho aquellas que constatan un hecho jurídico preexistente. Entre las fuentes de hecho se suele ubicar a la costumbre y el precedente judicial.²⁸⁶

Algunos también separan entre fuentes escritas y no escritas. Entre las escritas habría que mencionar a las leyes o los reglamentos. Entre las no escritas se mencionan la costumbre y los principios generales del derecho; sin embargo, esta clasificación no es tan relevante como la que distingue entre fuentes legales y fuentes *extra ordinem*. En esta última clasificación se advierte que las fuentes del derecho no siempre vienen reguladas por normas sobre la producción jurídica previas, sino que en ciertos casos, el fundamento de una fuente hay que buscarlo fuera del sistema jurídico. La Constitución es el mejor ejemplo de ello, pues como norma primera y fundamento normativo de todo el sistema no encuentra su fundamento en otra norma jurídica sino que su origen hay que buscarlo en instancias extrajurídicas.²⁸⁷

Una clasificación más alude a la distinción entre fuentes formales y materiales. Las primeras son las propias fuentes directas o inmediatas, tal como la ley. En cambio, las fuentes materiales son todos los factores que nutren a las fuentes formales, tales como la naturaleza de las cosas, la tradición, el interés social, la opinión popular, los intereses económicos o políticos, etcétera, que dan origen a las normas formales.

Finalmente, se clasifican las fuentes según su fuerza jurídica, criterio que toma en cuenta la jerarquía o la preeminencia de las mismas al interior del ordenamiento. Así, se habla de fuentes constitucionales, primarias y secundarias. Las fuentes constitucionales no pueden ser contradichas por ningún otro ordenamiento, aunque las propias Constituciones para ser modificadas establecen procedimientos cualificados de revisión —en México en el artículo 135 de la Constitución— lo que supone una excepción a su superioridad jerárquica absoluta. Algunas Constituciones contienen cláusulas de intangibilidad, esto es, normas que no pueden ser modificadas por el procedimiento ordinario de revisión constitucional, lo que las constituye en las normas más importantes de un sistema jurídico; sin embargo, sean las cláusulas de intangibilidad explícitas o implícitas, lo cierto es que ningún sistema jurídico puede considerarse inmodificable.

Las fuentes primarias son las que están ubicadas en los escalones inferiores a la Constitución. Señaladamente forman parte de las mismas, en el caso mexicano, el tratado y la ley y todas aquellas a las que el ordenamiento atribuye rango o fuerza de ley. En cuanto a las fuentes secundarias, el ejemplo más característico es el reglamento, que debe ser conforme a la ley, los tratados y la Constitución. Hay también fuentes terciarias que están subordi-

nadas a la Constitución, a los tratados y a la ley, y que además deben respetar lo establecido por las fuentes secundarias; el ejemplo característico de las mismas es la costumbre *praeter legem*.²⁸⁸

IV. Las fuentes formales en el ordenamiento jurídico mexicano

1. La Constitución

En el Estado constitucional, la ley y otras fuentes primarias, secundarias y terciarias, se encuentran sometidas a la Constitución. En México, el artículo 133 de la Constitución establece que:

Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la ley suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los estados.

La norma constitucional establece por un lado el principio de supremacía constitucional²⁸⁹ y también la jerarquía de las normas en el ordenamiento mexicano, en donde la Constitución es la norma de mayor importancia y todas las demás normas deben estar conforme a ella para ser válidas, es decir, para ser reconocidas como parte del derecho mexicano.

La Constitución como fuente del derecho implica dos cuestiones: la primera es la función de la Constitución como fuente de fuentes, como norma *normarum*, esto es, como el vértice de las normas que da validez y unidad a todo el ordenamiento, y la segunda, que entiende la Constitución como fuente del derecho en sentido estricto, en el sentido que ella contiene normas materiales —por ejemplo sobre derechos humanos o fundamentales— directamente aplicables por las autoridades a diversas relaciones jurídicas.²⁹⁰

Uno de los cambios más importantes de nuestros días ha sido el considerar a la Constitución como una auténtica norma y no sólo como un documento político o la expresión de los acuerdos y pactos entre los factores reales de poder. La obligatoriedad de la Constitución como norma suprema no puede buscarse en otra norma previa, porque esa sería la Constitución, sino en la propia Constitución. La Constitución obliga y es vinculante por-

que posee legitimidad,²⁹¹ esto es, porque ha sido reconocida por gobernantes y ciudadanos como la norma jurídica suprema. Ese reconocimiento deviene en los Estados democráticos de los contenidos normativos de la propia Constitución y del procedimiento democrático de su aprobación; entre otros, la creencia de que el origen y fin del poder público y del orden normativo reside en la soberanía popular, el establecimiento y garantías a los derechos humanos, la promoción de los procedimientos democráticos, la división del poder, etcétera. El carácter obligatorio y vinculante de la Constitución, significa que ésta no contiene un catálogo de buenas intenciones sino que sus disposiciones normativas —reglas, principios y valores— son de inmediata vinculación y cumplimiento por parte de las autoridades y ciudadanos, obviamente en los términos que la propia Constitución establece.

Los actos y omisiones de autoridades y particulares en contra de la Constitución son inconstitucionales. Para enfrentar las inconstitucionalidades las Constituciones prevén una serie de mecanismos procesales para ser defendidas. Esos instrumentos de impugnación y procedimientos son llamados medios de control de constitucionalidad. En muchos países del mundo, esos mecanismos se encargan al conocimiento de cierto tipo de tribunales que se conocen como tribunales o cortes constitucionales, en el caso de México y hasta ahora, la encomienda la tiene el Poder Judicial de la Federación. En nuestro país, los más importantes medios de control de constitucionalidad son: el juicio de amparo previsto en los artículos 103 y 107 constitucionales, las controversias constitucionales establecidas en el artículo 105 fracción I de la Constitución, y las acciones de inconstitucionalidad contempladas en la fracción II del artículo 105 ya citado.

En el derecho comparado, la constitucionalidad de las normas y disposiciones jurídicas se verifica también comprobando su conformidad con las normas formalmente constitucionales. En ocasiones, los tribunales constitucionales europeos utilizan normas secundarias como parámetro para medir la constitucionalidad de otras normas secundarias. Esta paradójica situación recibe el nombre de “bloque de constitucionalidad”.

La noción “bloque de constitucionalidad” surge de la doctrina francesa a comienzos de la década de los sesenta del siglo xx para designar el conjunto de normas situadas en el nivel constitucional cuyo respeto se impone a la ley. Según el derecho constitucional francés, componen el “bloque de constitucionalidad” la Constitución francesa de 1958, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, el Preámbulo de la Constitución francesa de 1946 y los principios fundamentales reconocidos en las leyes de la República.²⁹²

En el derecho español, el bloque de constitucionalidad significa para la doctrina tres cosas: *a)* leyes que se utilizan para medir la inconstitucionalidad de otras leyes que tienen idéntico rango a las primeras, principalmente por invadir ámbitos de reserva específicos, como cuando una ley debe aprobarse como orgánica y se aprueba con otras características; *b)* los instrumentos normativos que junto con la Constitución, y como complemento de ésta, es preciso tener en cuenta para determinar si una competencia pertenece al Estado central o a las autonomías, y *c)* las normas en las que la Constitución delega la potestad de distribuir competencias sobre determinadas materias. En nuestro país la doctrina del bloque de constitucionalidad aún no se encuentra doctrinaria y jurisprudencialmente establecida. Su importancia radicaría en darle a la Constitución un mayor ámbito expansivo y protector de derechos.

El fundamento normativo de la superioridad de la Constitución en México, respecto del resto de las normas, no sólo se encuentra en el artículo 133 de la misma, sino en una serie de disposiciones que contienen normas sobre la producción normativa (NSP) que establecen los procedimientos de creación de nuevas normas. Entre las normas más importantes sobre la producción jurídica que establece la Constitución mexicana podemos señalar: 1) el artículo 135 que prevé los órganos y el procedimiento de reforma a la Constitución; 2) los artículos 89, fracción X, y 76, fracción I, que establecen los órganos y procedimientos que intervienen en la aprobación de los tratados internacionales; 3) los artículos 71 y 72 que contemplan los órganos y procedimientos para la aprobación de las leyes federales; 4) el artículo 29 que confiere al presidente de la República facultades extraordinarias —entre otras para aprobar normas— en caso de suspensión de garantías; 5) el artículo 131, párrafo segundo que determina facultades a favor del Ejecutivo para legislar en materia de comercio exterior; 6) el artículo 73, fracción XVI, que señala facultades normativas al Congreso y al Ejecutivo para dictar medidas en materia de salubridad general; 7) el artículo 70, párrafo segundo que da competencia al Congreso de la Unión para dictar la ley reguladora del régimen y estructura interna del Poder Legislativo; 8) los artículos 89, fracción I; 27, párrafo quinto, y 92 que confieren la facultad reglamentaria al Ejecutivo; 9) los artículos 94, párrafo quinto y sexto, y 41, fracción III, que dan competencia reglamentaria a la Suprema Corte de Justicia de la Nación y al Instituto Federal Electoral; 10) el artículo 73, fracción III, que regula competencias del Congreso de la Unión para admitir nuevos estados dentro de la Federación; 11) el artículo 94, párrafo octavo, que establece la competencia al Poder Judicial federal para establecer la jurisprudencia; 12) el

artículo 94, párrafo séptimo, que da competencia a la Suprema Corte de Justicia de la Nación para dictar acuerdos generales; 13) el artículo 14, párrafo cuarto que establece la posibilidad de aplicación de principios generales del derecho a falta de ley; 14) el artículo 2 A, fracción II, que faculta a los pueblos y a las comunidades indígenas a aplicar sus propios sistemas normativos; 15) el artículo 115, fracción II, que faculta a los municipios a dictar bandos de policía y gobierno, reglamentos, circulares y disposiciones administrativas de observancia general; 16) el artículo 124 que establece la cláusula residual de creación normativa a favor de los estados, y 17) el artículo 122 que establece competencias a distintos órganos de gobierno del Distrito Federal para crear normas.

2. Los tratados

De acuerdo con los artículos 89, fracción X; 76, fracción I, y en relación con el artículo 133 de la Constitución, los tratados celebrados por el presidente y que sean ratificados por el Senado son parte del ordenamiento nacional. Hasta hace muy poco, los tratados eran considerados despectivamente por muchos ámbitos jurídicos. En nuestros días, son una de las fuentes formales más importantes del sistema jurídico. Ello es consecuencia de la crisis de la soberanía que se vive en muchos países del mundo y del fenómeno de la globalización que también impacta al derecho.

La concepción de los Estados nacionales que los entendía como fortalezas cerradas sin vínculos con el exterior ha quedado superada. Tanto interna como externamente la idea de soberanía, entendida como autodeterminación se ha modificado. Como dice Gustavo Zagrebelsky:

Desde finales del siglo pasado actúan vigorosamente fuerzas corrosivas, tanto interna como externamente: el pluralismo político y social interno, que se opone a la idea misma de soberanía y de sujeción; la formación de centros de poder alternativos y concurrentes con el Estado, que operan en el campo político, económico, cultural y religioso, con frecuencia en dimensiones totalmente independientes del territorio estatal; la progresiva institucionalización, promovida a veces por los propios Estados, de “contextos” que integran sus poderes en dimensiones supraestatales, sustrayéndolos así a la disponibilidad de los Estados particulares; e incluso la atribución de derechos a los individuos, que pueden hacerlos valer ante jurisdicciones internacionales frente a los Estados a los que pertenecen.²⁹³

El cambio producido en la relación de los Estados soberanos con otros Estados y con instituciones supranacionales como la ONU o la OEA, y las competencias crecientes de esas instancias en los asuntos internos de los Estados, destacadamente en la promoción y protección de los derechos humanos, aunque también en otros ámbitos como los del comercio o la economía, ha producido en el campo del derecho que los tratados tengan hoy en día un lugar que antes no tenían en el sistema de fuentes. Desde el plano jurídico son cuatro las modalidades de relación que pueden existir entre la Constitución, los tratados y las leyes en el derecho comparado. La primera modalidad es la de aquellos países que confieren a los tratados o a ciertos tratados la preeminencia sobre su derecho interno, incluida la Constitución, tal como lo establece el artículo 46 de la Constitución de Guatemala de 1985.²⁹⁴ La segunda modalidad consiste en establecer una jerarquía similar entre la Constitución y el tratado; al respecto el artículo 10.2 de la Constitución Española de 1978 señala: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. La tercera modalidad implica la superioridad de la Constitución respecto al tratado pero la primacía del tratado sobre las leyes; esta es la modalidad a la que se ha acogido México, con algunos matices,²⁹⁵ a partir de la resolución que aprobó el amparo en revisión 1475/98 del Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo el 11 de mayo de 1999, en donde el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación fijó la supremacía de los tratados respecto a las leyes federales y estatales. Finalmente, la cuarta modalidad es la que coloca al tratado y a la ley en el mismo nivel jerárquico pero por debajo de la Constitución, que es la que estuvo en vigor en México hasta hace muy pocos años.

El paso dado por la Suprema Corte, más haya de las críticas que podemos hacer sobre la dudosa existencia de las leyes generales del Congreso, debe ser completado teórica y prácticamente con nuevas tesis que, por ejemplo, definan los límites y alcances de las decisiones internas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación por instancias internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz de los supuestos previstos en los artículos 46, 50 y 51 del Pacto de San José de Costa Rica; o de las competencias de modificación, revisión, confirmación o revocación de la Suprema Corte respecto a las decisiones de los paneles derivados de los tratados de libre comercio que nuestro país ha suscrito y ratificado. También sería importante avanzar en una teoría que permita la desaplicación del derecho interno por parte de jueces y autoridades cuando éste sea contrario al derecho externo, principalmente en materia de derechos humanos, tal como el

Tribunal Constitucional italiano falló en el caso *Granital* resuelto en junio de 1984, en donde se admitió la facultad del juez ordinario para inaplicar normas internas que se opusieran al derecho comunitario europeo. Como puede apreciarse, la revolución apenas ha iniciado, pero es momento de que pensemos en dos alternativas extremas que son inaceptables: 1) encerrarnos en el derecho de origen interno con graves consecuencias para nuestro desarrollo, o 2) abrirnos indiscriminadamente, sin distinguir la importancia de las diversas materias implicadas; por ejemplo, el prevalecimiento de aquellos tratados que tengan a los derechos humanos como su asunto y finalidad primordial.

Lo anterior debe venir unido a otras discusiones, en torno a si, por ejemplo, la Cámara de Diputados debe intervenir en la ratificación de los tratados o de ciertos tratados, para darle mayor legitimidad a los mismos; respecto a si ciertos tratados para ser ratificados requieren de la participación popular vía el referéndum o al menos un procedimiento similar al existente para la reforma constitucional; sobre si debemos modificar la actual jerarquía entre la Constitución y los tratados, y colocarlos a éstos, por lo menos los que tienen que ver con los derechos humanos, en el mismo nivel jerárquico que la Constitución, y, en fin, determinar en forma mucho más abierta, participativa y democrática nuestros niveles de integración internacional. Como se puede advertir, la discusión sobre el rol de los tratados en el derecho nacional apenas ha empezado a cobrar importancia.

3. La ley

En un sentido muy amplio y vago, la palabra “ley” designa a toda norma jurídica emanada del poder público, es decir, de los órganos del Estado. En un sentido estricto, la ley es la norma jurídica aprobada por el Poder Legislativo. Las leyes históricamente han sido aprobadas por autoridades en forma de preceptos escritos, con lo que las leyes se contraponen a las costumbres, pues éstas surgen del pueblo y se manifiestan espontáneamente a través del uso. La costumbre es una fuente “hallada”, en cambio la ley es una fuente “creada” *ex novo* por órganos del Estado, específicamente y en su sentido contemporáneo por los órganos del Poder Legislativo. La expresión escrita de las normas, no le confieren a éstas el carácter de ley, ya que pueden existir costumbres que se recogen por escrito y no tienen por ello la naturaleza de ley, esto es, de ser creadas por órganos del Estado —el Legislativo—, sino que se trataría de normas descubiertas o halladas, que se han originado en la sociedad.²⁹⁶

La concepción contemporánea de la ley es bastante reciente en la historia de la humanidad. Fue en las etapas finales de la Edad Moderna, unas décadas antes del inicio de la Revolución francesa, que cobró sentido la idea de la ley como producto de la voluntad soberana del monarca. Con la Revolución francesa, la fortaleza del Estado-nación, la secularización del poder político, es que se concibe la ley como obra y producto de la autoridad del Estado, en especial de las asambleas legislativas que asumieron la soberanía que anteriormente el monarca ejercía. La codificación que inicia en la etapa napoleónica —a principios del siglo XIX— será el comienzo del tratamiento actual de la ley como parte del proceso de estatalización y racionalización del derecho positivo. La Revolución francesa supone el establecimiento de la supremacía de la ley sobre cualquier otra fuente del derecho. El principio de legalidad, que significa que la autoridad sólo puede hacer aquello que la ley determina y que el particular puede hacer todo lo que la ley no le prohíbe, tuvo durante el siglo XIX por funciones mantener el equilibrio y la división entre los poderes, someter a la administración pública al imperio de la ley y convertir a los jueces en autómatas que aplicaban pero no interpretaban el derecho, esto es, en las “bocas que pronunciaban las palabras de la ley”. La supremacía de ley fue evidente respecto a las demás fuentes formales del derecho durante todo el siglo XIX y buena parte del siglo XX en los sistemas jurídicos de la tradición romano-germánica, no así en los sistemas anglosajones, donde el precedente judicial jugó en buena medida ese papel.

En la actualidad, la ley como fuente del derecho no tiene la importancia que tuvo en el pasado, se encuentra subordinada a la Constitución. La ley ya no es más la norma de la concordia —ese papel lo tiene la Constitución— sino la norma de la discordia, porque no expresa los momentos cooperativos en la sociedad sino los competitivos entre los grupos políticos; es en este sentido, manifestación y medio de las luchas políticas en acción entre visiones diferentes de la realidad. La ley ya no encarna intereses generales y abstractos sino los intereses y objetivos de la mayoría que controla el Poder Legislativo. La ley a diferencia de la Constitución no posee la legitimidad política de ésta, pues las Constituciones son aprobadas por amplísimas mayorías y las leyes por simples mayorías. En fin, la ley es la norma para los momentos ordinarios y cotidianos de las sociedades y las Constituciones para sus momentos excepcionales, en los que se reconocen los derechos humanos de los individuos, la forma de Estado y de gobierno, y las orientaciones axiológicas más importantes de las sociedades. Formal y materialmente las Constituciones son las normas que determinan la validez y la unidad del resto del ordenamiento. Por éstas y otras razones, las leyes tienen un lugar subordinado a la Constitución en las sociedades contemporáneas y democráticas.²⁹⁷

Son diversas las razones que explican por qué la ley sigue siendo una fuente importante del ordenamiento. En primer lugar, porque emana de autoridades que han sido elegidas por elección popular a diferencia de muchas autoridades administrativas y judiciales que no cuentan para su designación con el respaldo directo de los ciudadanos. En segundo lugar, porque la ley sigue garantizando el principio de división de poderes e impide en principio que otras autoridades sin razón o justificación alguna integren o creen derecho. En tercer lugar, porque evita la arbitrariedad de las autoridades vía el principio de legalidad —las autoridades sólo pueden hacer lo que la ley les faculta— aunque en sistemas jurídicos diferentes al mexicano, se prefiere hablar de un principio de juridicidad que determina que las autoridades deben actuar de conformidad con la totalidad del ordenamiento y no necesariamente con fundamento en alguna disposición de una ley específica.²⁹⁸ En cuarto lugar, porque existen ciertas materias que sólo pueden ser normadas en ley y no a través de otro género de fuentes; en México, los delitos, las penas y las contribuciones impositivas sólo pueden estar previstos en ley —a esta institución se le conoce en la teoría del derecho como “reserva de ley”—.²⁹⁹ En quinto lugar, la ley se debe elaborar para evitar la aplicación retroactiva de las normas, pues según el artículo 14, primer párrafo de la Constitución, a ninguna ley se dará efecto retroactivo —regular situaciones previas a la entrada en vigor de la ley con la ley que entra en vigor— en perjuicio de persona alguna. En sexto lugar, la ley previene contra las disposiciones privativas —aprobadas con el propósito de menoscabar derechos fundamentales de personas específicas— que prohíbe el artículo 13 de la Constitución. En séptimo lugar, porque se supone que la ley emana de un procedimiento deliberativo, público y abierto, superior a otros procedimientos normativos que carecen del nivel de deliberación, discusión, transparencia y apertura que tiene el procedimiento legislativo. En síntesis, la ley reconoce al Poder Legislativo su carácter representativo de los intereses de la nación, tal como señala el artículo 51 de la Constitución que establece que los diputados son representantes de ella.

El procedimiento legislativo federal en México está compuesto por siete etapas de cumplimiento necesario para que la ley tenga en principio validez, pues todavía debe comprobarse si tiene correspondencia con la Constitución cuando es sometida a revisión constitucional vía las acciones de inconstitucionalidad, las controversias constitucionales y el juicio de amparo. Estas siete etapas son: la iniciativa, la discusión, la aprobación, la sanción, la publicación, la iniciación de la vigencia y el refrendo ministerial. El fundamento constitucional del procedimiento legislativo federal se encuentra en los artículos 70, 71, 72 y 92 constitucionales y a nivel secundario en los

artículos 3 y 4 del Código Civil que fijan las reglas sobre la iniciación de la vigencia de las leyes.

De acuerdo con el artículo 71 de la Constitución, tienen facultad de iniciativa el presidente de la República, los diputados y senadores al Congreso de la Unión, y las legislaturas de los estados. La Constitución señala que las iniciativas presentadas por el presidente de la República, por las legislaturas de los estados o por las diputaciones de los mismos pasarán a comisiones; en cuanto las presentadas por diputados o los senadores de la Federación, se sujetarán a los trámites que designe el Reglamento de Debates. A nivel federal, en nuestro país no existe la iniciativa legislativa popular o ciudadana que fortalecería los derechos ciudadanos y el nivel de debate en nuestro país.³⁰⁰ También se echa en falta que el Poder Judicial federal no tenga facultad de iniciativa en las materias de su competencia o, que otros órganos previstos en la Constitución, como los electorales carezcan también de ella.

La discusión consiste en los actos y procedimientos en los que los miembros de ambas Cámaras deliberan acerca de las iniciativas, para determinar si deben o no ser aprobadas. El primer párrafo del artículo 72 constitucional establece: “Todo proyecto de ley o decreto, cuya resolución no sea exclusiva de alguna de las Cámaras, se discutirá sucesivamente en ambas, observándose el Reglamento de Debates sobre la forma, intervalos y modo de proceder en las discusiones y votaciones”. La discusión de las leyes o decretos puede comenzar en cualquiera de las cámaras, con excepción de los proyectos que versen sobre empréstitos, contribuciones o impuestos, o sobre reclutamiento de tropas, los que deben discutirse primero en la Cámara de Diputados, según lo señala el artículo 72, fracción H, de la Constitución. La fracción I del artículo 72 constitucional indica que las iniciativas de leyes o decretos se discutirán preferentemente en la Cámara que se presenten, a menos que transcurra un mes desde que se pasen a la Comisión dictaminadora sin que ésta rinda dictamen, pues en tal caso el mismo proyecto de ley o decreto puede presentarse y discutirse en la otra Cámara.

En México se ha cuestionado la ausencia de deliberación en los recintos legislativos, así como la falta de transparencia en las deliberaciones de los legisladores. Es obvio que el proceso legislativo requiere ajustes en aras de lograr mayor eficacia y eficiencia en los trámites parlamentarios, pero sobre todo mayor nivel de deliberación y transparencia en las discusiones y debates legislativos.

La aprobación es el acto por el que las cámaras aceptan un proyecto de ley, ya sea de manera total o parcial. Las votaciones en las cámaras de leyes o decretos deben ser nominales, es decir, uno por uno de los legisladores debe pronunciarse por el proyecto respectivo, ya sea a favor, en contra o con una

abstención, según reza la última parte del inciso C del artículo 72 constitucional. Las reglas sobre aprobación total o parcial se encuentran previstas en las fracciones D, E y G del artículo 72 constitucional.

Se entiende por sanción la aceptación o aprobación de una iniciativa por el Poder Ejecutivo. La sanción debe ser posterior a la aprobación del proyecto por las cámaras. El presidente de la República puede negar su sanción a un proyecto aprobado por el Congreso —por ambas Cámaras—. Esta facultad recibe el nombre de veto y se encuentra regulada en las fracciones A, B, C y J del artículo 72 y en el último párrafo del artículo 70 constitucional. Los vetos pueden ser superados por las dos terceras partes del número total de votos de cada una de las Cámaras.

La promulgación consiste en el reconocimiento formal por parte del Ejecutivo de que la ley ha sido aprobada conforme a derecho y debe ser obedecida por sus destinatarios. Esta etapa se ha prestado a confusiones, pues para muchos autores la promulgación equivale a la publicación formal de la ley. Otros aceptan una distinción que desde nuestro punto de vista es problemática;³⁰¹ sin embargo, la fracción C del artículo 72 constitucional alude expresamente a la promulgación.

La publicación es el acto por el que la ley ya aprobada por el Congreso, sancionada y promulgada por el Ejecutivo, se da a conocer a quienes deben cumplirla. La publicación se hace en el *Diario Oficial de la Federación* y en los estados en los diarios o gacetas oficiales. Sin la publicación, la ley no puede entrar en vigencia. En el sistema federal mexicano el artículo 120 de la Constitución precisa que los gobernadores de los estados están obligados a publicar y hacer cumplir las leyes federales.

En nuestro derecho existen dos sistemas de iniciación de la vigencia: el sucesivo y el sincrónico. El primero se da cuando la ley en sus artículos transitorios no fija fecha precisa para el inicio de su vigencia. En ese caso, el artículo 3 del Código Civil para el Distrito Federal establece la regla general de que la ley entra en vigor tres días después de su publicación en el Diario Oficial.³⁰² El sistema sincrónico, por el contrario, se contempla en el artículo 4 del Código Civil para el Distrito Federal, mismo que consiste en la determinación precisa que el legislador hace de la fecha en que debe regir una ley con tal de que la publicación haya sido anterior. En ambos sistemas, el lapso comprendido entre el momento de la publicación y aquel en que la norma entra en vigor recibe el nombre de *vacatio legis*. Este plazo se brinda en atención a los destinatarios, para que estén en condiciones de conocer la ley y de cumplirla. Lo anterior es muy relevante porque la ignorancia de la ley no sirve de excusa para su cumplimiento,³⁰³ aunque el artículo 21 del Código Civil para el Distrito Federal indica que los indivi-

duos que incumplan las leyes que ignoraban por su apartamiento de las vías de comunicación o por su miserable situación económica, pueden ser eximidos de las sanciones en que hubieren incurrido o, de ser posible, concederles un plazo para que las cumplan, siempre y cuando el Ministerio Público lo solicite y se trate de leyes que no afecten directamente al interés público.

Un elemento fundamental para que cualquier ley sea obedecida además de su publicación y del cumplimiento de la fecha para su entrada en vigor, consiste en el refrendo ministerial. Éste se encuentra previsto en el artículo 92 de la Constitución que señala: “Todos los reglamentos, decretos, acuerdos y órdenes del presidente deberán estar firmadas por el secretario de Estado o jefe de Departamento Administrativo a que el asunto corresponda, y sin este requisito no serán obedecidos”.

La ley se encuentra en vigor mientras otra ley no la abroge o derogue. El artículo 9 del Código Civil para el Distrito Federal indica: “La ley sólo queda abrogada o derogada por otra posterior que así lo declare expresamente o que contenga disposiciones total o parcialmente incompatibles con la ley anterior”. La abrogación implica la supresión total de un cuerpo normativo y la derogación la eliminación de algunas partes del mismo.

Es importante señalar que la derogación afecta a la vigencia de las normas limitando o constriñendo en el tiempo su aplicabilidad o capacidad regulativa. El efecto derogatorio consiste en circunscribir la eficacia de las normas derogadas desde el momento en que entra en vigor la norma derogatoria; se trata, pues, de un efecto *ex nunc* o pro futuro, por eso, las relaciones que se hayan constituido al amparo de la norma derogada antes de la derogación siguen siendo reguladas por ella. A ese fenómeno se le llama ultraactividad de las normas derogadas.

La derogación de las normas es diferente a la anulación de las normas por declaración de inconstitucionalidad de las mismas. Entre las diferencias más importantes podemos anotar las siguientes: 1) la anulación de las leyes en los sistemas de control concentrado de constitucionalidad puede producir efectos *ex tunc* (retroactivos), la derogación opera siempre *ex nunc* (o pro futuro); 2) en la inconstitucionalidad de normas, en principio, no es posible la ultraactividad de la ley anulada; 3) puesto que cabe aplicar ultraactivamente la ley derogada, aun es posible anularla, mientras que no tiene sentido anular (de nuevo) una ley que ha sido anulada; 4) en los sistemas de constitucionalidad concentrados, la inconstitucionalidad o anulación de las normas surte sus efectos sólo si media declaración previa del Tribunal Constitucional; en cambio, los efectos de la derogación surgen de manera automática desde la entrada en vigor de la ley derogatoria, con lo que cualquier juez puede inaplicar sin más la ley derogada.

Existen distintos tipos de derogación de normas: expresa, tácita y expresa indeterminada. La derogación expresa se produce por medio de una disposición derogatoria que identifica con precisión el objeto de la derogación. La derogación tácita se produce cuando disposiciones jurídicas nuevas entran en contradicción total o parcial con las normas jurídicas previas. La derogación expresa indeterminada ocurre cuando la disposición derogatoria no señala con precisión qué norma queda derogada, y sólo se señala de manera genérica que “quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en la presente ley”.

4. La jurisprudencia

Como dice García Máynez, la expresión jurisprudencia suele significar al menos dos cosas: 1) se puede entender como ciencia del derecho, o 2) como los criterios contenidos en las decisiones de los tribunales.³⁰⁴ En México, a diferencia de otros países, la jurisprudencia tiene carácter obligatorio cuando se produce en los términos que establece la ley. La obligatoriedad de la jurisprudencia tiene detractores, a los que me uno, tanto porque limita la discrecionalidad judicial como porque esa figura es hija de una concepción decimonónica del papel del juez, que entendía su función como un poder nulo, sin ninguna posibilidad para crear derecho, situándolo como simple aplicador pero no interprete del derecho. La jurisprudencia obligatoria determina al juez inferior y limita sus poderes interpretativos. Esa visión no puede sostenerse en el actual Estado constitucional de derecho. Nuestra realidad demanda jueces responsables que no se encuentren maniatados por los criterios de los tribunales superiores.³⁰⁵

El fundamento constitucional de la jurisprudencia obligatoria se encuentra previsto en los siguientes artículos de la Constitución:

El artículo 94 precisa que:

La ley fijará los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los tribunales del Poder Judicial de la Federación sobre interpretación de la Constitución, leyes y reglamentos federales o locales y tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano, así como los requisitos para su interrupción y modificación.

El artículo 99 indica en su parte conducente:

Cuando una Sala del Tribunal Electoral sustente una tesis sobre la inconstitucionalidad de algún acto o resolución o sobre la interpretación de un precepto de esta Constitución y dicha tesis pueda ser contradictoria con una sostenida por las salas y el Pleno de la Suprema Corte de Justicia, cualquiera de los ministros, las salas o las partes, podrán denunciar la contradicción, en los términos que señale la ley, para que el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación decida en definitiva cuál tesis debe prevalecer. Las resoluciones que se dicten en este supuesto no afectarán los asuntos ya resueltos.

Por su parte, el artículo 107, fracción XIII, establece el procedimiento genérico de contradicción de tesis y señala:

Cuando los Tribunales Colegiados de Circuito sustenten tesis contradictorias en los juicios de amparo de su competencia, los ministros de la Suprema Corte de Justicia, el procurador general de la República, los mencionados tribunales o las partes que intervinieron en los juicios en que dichas tesis fueron sustentadas, podrán denunciar la contradicción ante la Suprema Corte de Justicia, a fin de que el Pleno o la sala respectiva, según corresponda, decidan las tesis que deben prevalecer como jurisprudencia.

Cuando las salas de la Suprema Corte de Justicia sustenten tesis contradictorias en los juicios de amparo, materia de su competencia, cualquiera de esas salas, el Procurador General de la República y las partes que intervinieron en los juicios en que tales tesis hubieran sido sustentantes, podrán denunciar la contradicción ante la Suprema Corte de Justicia, que funcionando en pleno, decidirá cuál tesis debe prevalecer.

La resolución que pronuncien las salas o el Pleno de la Suprema Corte, en los casos a que se refieren los dos párrafos anteriores, sólo tendrán el efecto de fijar la jurisprudencia y no afectará las situaciones jurídicas concretas derivadas de las sentencias en los juicios en que hubiesen ocurrido la contradicción.

Es importante conocer cómo se crea, se interrumpe y cómo se modifica la jurisprudencia en el derecho nacional. Además de analizar la jurisprudencia temática y la que específicamente existe en algunas ramas del derecho como la jurisprudencia en materia fiscal, agraria o electoral.

En cuanto a la creación de jurisprudencia por parte del Poder Judicial federal, existen cuatro mecanismos: reiteración, unificación, resolución de acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales por mayoría calificada y revalidación. El mecanismo de reiteración implica la reso-

lución de cinco o tres casos —en el caso por ejemplo de la jurisprudencia electoral— en un solo sentido, sin ninguno en contrario. Según el artículo 192 de la Ley de Amparo, la jurisprudencia que establezca la Suprema Corte, funcionando en Pleno o en salas, es obligatoria para éstas tratándose de la que decreta el Pleno, y además para los tribunales unitarios y colegiados de circuito, los juzgados de distrito, los tribunales militares y judiciales de orden común de los estados y del Distrito Federal, y tribunales administrativos y del trabajo locales o federales. Las resoluciones constituirán jurisprudencia, siempre que lo resuelto en ellas se sustente en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, y que hayan sido aprobadas por lo menos por ocho ministros, si se trata de jurisprudencia de Pleno, o por cuatro ministros en los casos de jurisprudencia de las salas. Las cinco resoluciones en el mismo sentido que integran jurisprudencia de los Tribunales Colegiados de Circuito necesitan el voto unánime de los magistrados, según lo dispone el artículo 193 de la Ley de Amparo. Para que la jurisprudencia sea obligatoria para todos los destinatarios es preciso que los mismos tengan conocimiento de ella o se publique en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*.

Sobre la unificación, debe decirse que se trata de un criterio que data de 1967. Implica la resolución que la Suprema Corte de Justicia de la Nación emite en un procedimiento de contradicción de tesis. Para la determinación de jurisprudencia por esta vía no es necesario que las tesis en conflicto tengan previamente el carácter de jurisprudencia. El sistema de unificación tiene por propósito uniformar la jurisprudencia de manera ágil.³⁰⁶

Las resoluciones derivadas de las controversias constitucionales y de las acciones de inconstitucionalidad previstas en el artículo 105 constitucional, cuando son votadas por una mayoría calificada de ocho ministros adquieren efectos generales. La Suprema Corte ha estimado que constituyen jurisprudencia las razones contenidas en los considerandos, y también ha indicado que los órganos jurisdiccionales están obligados a aplicar los criterios de la Suprema Corte que declara con efectos generales la inconstitucionalidad de una ley, aun cuando dicho criterio no haya sido publicado.

En materia electoral existe el criterio de revalidación de jurisprudencia. El artículo quinto transitorio del decreto de reforma legal del 22 de noviembre de 1996, permitió que la Sala Superior del Tribunal Electoral declare formalmente que los criterios jurisprudenciales sostenidos por las anteriores Sala Central y la Sala de Segunda Instancia del Tribunal Federal Electoral continúan siendo aplicables.

La interrupción de la jurisprudencia es el medio que tiene el sistema jurídico para cambiar los criterios obligatorios del Poder Judicial de la Federación. Una jurisprudencia se interrumpe cuando se pronuncia ejecutoria

en contrario por ocho o cuatro ministros, dependiendo si se trata del Pleno o de una Sala de la Corte, así como por unanimidad de votos de un Tribunal Colegiado. El requisito exigido por la ley es que se expresen las razones en que se apoye la interrupción, haciendo referencia a las que sirvieron de fundamento para establecer la jurisprudencia.

Los artículos 194, último párrafo, y 197, cuarto párrafo, de la Ley de Amparo establecen que ministros y magistrados de Tribunal Colegiado en lo personal, o las salas de la Suprema Corte y los tribunales colegiados de circuito, como órganos jurisdiccionales, con motivo de un caso concreto, pueden solicitar al Pleno de la Suprema Corte o a la Sala correspondiente, que modifiquen una jurisprudencia establecida, expresando las razones para la modificación, la cual puede llegar a la sustitución de un criterio por otro, inclusive en sentido contrario al criterio original. Los cambios de criterio serán válidos para resolver exclusivamente casos aún no fallados, sin que puedan afectarse las situaciones concretas decididas en los precedentes.

Existe también lo que se conoce como jurisprudencia temática, que consiste en que los órganos judiciales inferiores tomen en cuenta en sus resoluciones las razones centrales de las tesis de inconstitucionalidad frente a legislaciones idénticas. Por ejemplo, la jurisprudencia temática, se ha aplicado para decir que las leyes que emitan las legislaturas locales en materia de arresto administrativo por un término mayor al de treinta y seis horas son inconstitucionales. Lo anterior significa que a pesar de que no exista una declaración de inconstitucionalidad de una ley en lo específico, se puede acudir a la jurisprudencia temática para declarar la inconstitucionalidad.

Al no existir en nuestro país la unificación judicial, dado que existen órganos jurisdiccionales independientes al Poder Judicial federal, tribunales como el de Justicia Fiscal y Administrativa o el Tribunal Agrario, emiten jurisprudencia con fundamento en normas y procedimientos diversos a los del Poder Judicial federal. En materia electoral, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación determina su jurisprudencia bajo las normas y procedimientos establecidos en los artículos 232 a 237 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

5. El reglamento

Según Gabino Fraga, el “reglamento es una norma o conjunto de normas jurídicas de carácter abstracto e impersonal que expide el Poder Ejecutivo en uso de su facultad propia y que tiene por objeto facilitar la exacta observancia de las leyes expedidas por el Poder Legislativo”.³⁰⁷ Se trata de un

acto de carácter administrativo que emana generalmente de una autoridad administrativa y es un medio para la ejecución de las leyes. Se discute doctrinalmente si el reglamento puede ser considerado como la ley, expresión de la voluntad popular o si es sólo expresión de la voluntad de los administradores. En todo caso lo que habría que señalar es que la ley se expide en el ejercicio de una soberanía más radical y que el reglamento se expide en virtud de una competencia más limitada.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado que la facultad reglamentaria del presidente de la República, prevista en el artículo 89, fracción I, de la Constitución, está limitada por los principios de reserva de ley y de subordinación jerárquica. El primero se presenta cuando una norma constitucional reserva expresamente a la ley la regulación de una determinada materia, tal como ocurre en materia de delitos o de impuestos, por lo que excluye la posibilidad de que los aspectos de esa reserva sean regulados por disposiciones de naturaleza distinta a la ley, esto es, por un lado, el legislador ordinario ha de establecer por sí mismo la regulación de la materia determinada y, por otro, la materia reservada no puede regularse por otras normas secundarias, en especial el reglamento. El segundo principio, el de jerarquía normativa, consiste en que el ejercicio de la facultad reglamentaria no puede modificar o alterar el contenido de una ley, es decir, los reglamentos tienen como límite natural los alcances de las disposiciones que dan cuerpo y materia a la ley que reglamentan, detallando sus hipótesis y supuestos normativos de aplicación, sin que pueda contener mayores posibilidades o imponga distintas limitantes a las de la propia ley que va a reglamentar. Los reglamentos desenvuelven la obligatoriedad de un principio ya definido por la ley y, por tanto, no pueden ir más allá de la ley, ni extenderla a supuestos distintos ni contradecirla.³⁰⁸

Es importante señalar que la facultad reglamentaria, por principio general, salvo las excepciones que la Constitución establece, no puede tener por objeto preceptos de la propia Constitución General, pues la reglamentación de éstos incumbe al Poder Legislativo a través de las leyes reglamentarias u orgánicas. El artículo 27, párrafo quinto, de la Constitución le concede al Ejecutivo la facultad de reglamentar directamente —sin que exista ley previa— la utilización y extracción de las aguas del subsuelo, y el artículo 73, fracción XVI, de la Constitución faculta al Consejo de Salubridad General, que depende directamente del presidente, a dictar disposiciones generales en materia de salubridad.

La Constitución establece en el artículo 92 que todos los reglamentos, decretos, acuerdos y órdenes del presidente deberán estar firmados por el secretario de Estado o jefe administrativo a que el asunto corresponda, y

sin este requisito no serán obedecidos. Al igual que las leyes y otras disposiciones, los reglamentos deben ser publicados, para que se conozcan y sean cumplidos, en los diarios y gacetas oficiales, según lo prevén los artículos 3 y 4 del Código Civil para el Distrito Federal.

No sólo el Ejecutivo tiene la facultad reglamentaria. Existen otras instancias, poderes, órganos y niveles de gobierno que emiten reglamentos o disposiciones generales que no tienen carácter de ley. Por ejemplo, el artículo 94, párrafos quinto, sexto y séptimo de la ley fundamental dan competencia a diversos órganos del Poder Judicial para emitir disposiciones generales y acuerdos generales en el ámbito de sus competencias. El Congreso general y las legislaturas de los Estados emiten reglamentos de organización, funcionamiento y debates. El artículo 41, base III, de la Constitución confiere atribuciones al Instituto Federal Electoral para emitir el Estatuto del Servicio Profesional Electoral y el artículo 82.1, inciso a, del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, determina la competencia del Consejo General para emitir los reglamentos interiores necesarios. El artículo 115, fracción II, de la Constitución establece que los ayuntamientos tienen competencia para aprobar, de acuerdo con las leyes en materia municipal, los bandos de policía y gobierno, los reglamentos, circulares y disposiciones administrativas de observancia general dentro de sus respectivas jurisdicciones, las que tienen por propósito organizar la administración pública municipal, regular las materias, procedimientos, funciones y servicios públicos de su competencia, y asegurar la participación ciudadana y vecinal.

6. La costumbre

Para tener carácter jurídico y obligatorio, la costumbre precisa además de la repetición de hábitos (*inveterata consuetudo*), la conciencia social de su carácter obligatorio. En la costumbre jurídica se aprecian dos elementos básicos: la repetición de actos, el uso y la convicción de que ese comportamiento es obligatorio y conforme a derecho, la llamada *opinio iuris seu necessitatis*.³⁰⁹ De esta suerte, la costumbre es un uso implantado en una colectividad y considerado por ésta como jurídicamente obligatorio.

La costumbre jurídica ha representado durante muchos años la forma de respaldar coercitivamente determinados comportamientos, que de esta forma dejan de ser usos sociales para transformarse en normas jurídicas. En nuestros días el valor de la costumbre jurídica, para muchos autores, descansa fundamentalmente en el apoyo y respaldo que a la misma dan las normas legales. La clasificación más importante de la costumbre está en la relación

que guarda con los preceptos legales: costumbre *secundum legem* (según la ley, en el mismo sentido que lo hace la ley); costumbres *contra legem* (contra la ley), y costumbres *praeter legem* (fuera de la ley, regula una situación que la ley no ha previsto y sirve para colmar lagunas legales).

En el derecho mexicano, el artículo 10 del Código Civil del Distrito Federal establece: “Contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario”. En México no puede existir costumbre derogatoria o *contra legem*. En ese mismo cuerpo normativo diversos preceptos aluden a la costumbre y en ocasiones a los simples usos, pero siempre en el sentido de fuente autorizada por la ley, subordinada a la ley y de carácter supletorio (*praeter legem*). Algunos ejemplos son los siguientes:

El artículo 997 del Código Civil Federal dice:

Si el monte fuere tallar o de maderas de construcción, podrá el usufructuario hacer en él las talas o cortes ordinarios que haría el dueño; acomodándose en el modo, porción o época de las leyes especiales o a las costumbres del lugar.

El artículo 1796 del Código Civil para el Distrito Federal señala:

Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley.

El numeral 2607 del Código Civil para el Distrito Federal indica:

Cuando no hubiere habido convenio, los honorarios se regularán atendiendo juntamente a las costumbres del lugar, a la importancia de los trabajos prestados, a la del asunto o caso en que se prestaren, a las facultades pecuniarias del que recibe el servicio y a la reputación profesional que tenga adquirida el que lo ha prestado. Si los servicios prestados estuvieren regulados por arancel, éste servirá de norma para fijar el importe de los honorarios reclamados.

En materia laboral, el artículo 17 de la Ley Federal del Trabajo dispone:

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 sexto, se tomarán en consideración sus disposiciones que regulen casos semejantes, los principios generales

que deriven de dichos ordenamientos, los principios generales del derecho, los principios generales de justicia social que derivan del artículo 123 de la Constitución, la jurisprudencia, la costumbre y la equidad.

El artículo 2 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito dispone:

Los actos y las operaciones a que se refiere el artículo anterior, se rigen: i. Por lo dispuesto en esta Ley, y en las demás leyes especiales relativas; en su defecto, ii. Por la legislación mercantil general; en su defecto, iii. Por los usos bancarios y mercantiles y, en defecto de éstos, iv. Por el derecho común, declarándose aplicable en toda la República, para los fines de esta Ley, el Código Civil del Distrito Federal.

Como se sabe, en materia penal, la costumbre no es fuente de derecho, porque los delitos y las penas deben estar previstos en la ley, según lo dispone el penúltimo párrafo del artículo 14 de la Constitución.

7. Los principios generales del derecho

El último párrafo del artículo 14 de la Constitución establece que “En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho”. El artículo 19 del Código Civil para el Distrito Federal repite el contenido del precepto constitucional.

Debe advertirse que los principios generales del derecho no son los principios constitucionales de los que habla la teoría jurídica contemporánea. En la concepción del derecho actual, el mundo normativo se integra por valores, principios y reglas, siendo las primeras piezas normativas de mayor entidad e importancia que las reglas, y en donde los principios constitucionales son previos y anteriores a las reglas. En cambio, los principios generales del derecho son una fuente subsidiaria y secundaria que se aplica en defecto de la ley o de su interpretación jurídica, esto es, para colmar lagunas.

Desde las perspectivas positivistas, hasta antes de la aparición de la teoría de Ronald Dworkin en torno a los principios, cabían al menos tres entendimientos distintos de los principios generales del derecho: *a)* los principios susceptibles de extraerse de una norma o de un conjunto definido o determinado de normas; *b)* los que puedan extraerse de la totalidad de las normas que configuran una parte del ordenamiento jurídico, y *c)* los que son susceptibles de ser inferidos de una institución jurídica determinada.

Por su carácter difuso, desde antiguo, a los principios generales de derecho se les ha cuestionado su valor normativo; sin embargo, su importancia es indudable para colmar lagunas jurídicas, lo que significa que corresponde a los tribunales determinar en cada caso concreto, cuando se hace uso de un principio general de derecho.

Se dice que:

La aceptación de los principios implícitos depende de la aceptación de estas dos afirmaciones: primera, que mediante el razonamiento jurídico es posible obtener normas a partir de otras normas, o sea, obtener una regla que es considerada premisa o consecuencia de normas vigentes; y segunda, que la regla así obtenida constituye de verdad una regla nueva y distinta a las que constituyen su origen, pues si fuese una simple “repetición” de estas últimas... no servirían como “fuente” que se aplica en defecto de ley o de costumbre.³¹⁰

En resumen, podemos decir que los principios generales del derecho son la consecuencia del proceso de integración del derecho, es decir, de una actividad creadora de normas, y tanto más creadora cuanto menor es el número de disposiciones expresas que pueden aducirse como justificación de la validez de un cierto principio.

8. La doctrina

Dice García Máynez que se da el nombre de doctrina a los estudios de carácter científico que los juristas realizan acerca del derecho, ya sea con el propósito puramente teórico de sistematización de sus preceptos, ya con la finalidad de interpretar sus normas y señalar las reglas de aplicación.³¹¹ En nuestro país, la doctrina no tiene un reconocimiento formal en la Constitución como fuente del derecho; sin embargo, su importancia no puede desdeñarse, pues las opiniones de juristas de prestigio impactan a las autoridades, tanto en la elaboración de las normas como en su interpretación y aplicación.

La doctrina tiene relevancia para el derecho porque sistematiza y ordena el conocimiento jurídico, brinda herramientas para la interpretación y aplicación de las normas, además de que ayuda en la integración de los principios generales del derecho. También la doctrina puede ser un motor de cambio en la cultura jurídica, en la transformación del derecho. La doctrina jurídica desempeña el papel que las ciencias tienen sobre la investigación de los fenómenos, en este caso jurídico, no sólo para conocerlos y explicarlos,

sino principalmente para generar modelos y paradigmas de entendimiento sobre esos fenómenos.

9. Los procesos de creación de normas individualizadas

Desde Kelsen, ha quedado en evidencia que el derecho de un país, además de la ley, la costumbre o la jurisprudencia, también se integra por normas individualizadas que son consecuencia de la aplicación e interpretación de normas de carácter más general. Son normas individualizadas las resoluciones judiciales y administrativas, los testamentos, los contratos, etcétera. Al respecto es importante distinguir entre las normas que establecen la competencia y los procedimientos para la creación de las normas individualizadas de las normas individualizadas en sí mismas. Sólo son fuente del derecho, en un sentido estricto, las normas que regulan la generación de las normas individualizadas.

V. Recapitulación

En la terminología jurídica tradicional, la palabra fuente tiene tres acepciones, ya sea que se trate de fuentes formales, reales e históricas. Por fuente formal se suele entender el proceso de creación de normas jurídicas; fuentes reales son los factores y elementos que determinan el contenido de tales normas, y fuente histórica son los documentos que encierran el texto de una ley o conjunto de leyes. En términos más contemporáneos, sobre las fuentes del derecho existen tres enfoques: el explicativo o social; el justificativo o valorativo y el sistemático o formalista. El explicativo o social da cuenta de los factores sociales que explican la génesis y el contenido de las normas jurídicas; el justificativo o valorativo entraña los valores o bienes que justifican a las normas jurídicas, y el sistemático o formalista implica el régimen jurídico de la creación de las normas jurídicas.

Parece obvio decir que en el origen de las normas jurídicas existe siempre una fuerza social, grupos de presión o de interés que se hacen presentes frente al Estado y frente a la sociedad. Si se reconoce lo anterior, queda pendiente el tema de hasta dónde esas normas que surgen responden al sentir social, a sus intereses, a los derechos humanos o a la democracia, cuestión que tiene que ver con la legitimidad de las normas. También queda pendiente el tema de la eficacia de las normas, esto es, el problema de hasta dónde se cumplen. Ambos asuntos, el de la legitimidad y el de la eficacia, tienen relación con el

problema del origen de las normas. Las normas que nacen democráticamente, coinciden con el sentir social, y se orientan a la protección de los derechos humanos, tienen más posibilidades de ser acatadas y respetadas por los ciudadanos que aquellas otras que no tienen ningún vínculo con estos factores.

Al analizar la expresión fuente del derecho desde su terminología jurídica formal podemos encontrar tres significados. En el primero, podemos referirnos a fuente como facultades o poder de creación normativa de autoridades y particulares. En el segundo, fuente como norma de segundo grado para la producción de nuevas normas o fuente como el derecho objetivo mismo. En el tercero, fuente como origen del conocimiento jurídico. Generalmente se emplea la expresión fuente en su segunda acepción, esto es, como las normas de derecho objetivo que permiten la producción de otras normas jurídicas o, como el tipo de regulación normativa —Constitución, ley, tratado, reglamento, etcétera— y hasta como las manifestaciones específicas de los tipos de regulación normativa (la ley “X” o el reglamento “Y”).

Las teorías de las fuentes del derecho ponen sobre la mesa los modelos que sobre el derecho existen. Josep Aguiló en un ejercicio de síntesis y a propósito de las fuentes y del modelo de derecho preferible, propone dos modelos de derecho que son antagónicos: en el primero, el derecho es visto como un conjunto de normas y en el segundo, el derecho es considerado como argumentación, como razonamiento justificativo.

La Constitución como fuente del derecho implica dos cuestiones: la primera es la función de la Constitución como fuente de fuentes, como norma *normarum*, esto es, como el vértice de las normas que da validez y unidad a todo el ordenamiento, y la segunda, que entiende a la Constitución como fuente del derecho en sentido estricto, en el sentido que ella contiene normas materiales —por ejemplo sobre derechos humanos o fundamentales— directamente aplicables por las autoridades a diversas relaciones jurídicas.

El fundamento normativo de la superioridad de la Constitución en México, respecto del resto de las normas, no sólo se encuentra en el artículo 133 de la misma, sino en una serie de disposiciones que contienen normas sobre la producción normativa que establecen los procedimientos de creación de nuevas normas.

Hasta hace muy poco, los tratados eran considerados despectivamente por muchos ámbitos jurídicos. En nuestros días, son una de las fuentes formales más importantes del sistema jurídico. Ello es consecuencia de la crisis de la soberanía que se vive en muchos países del mundo y del fenómeno de la globalización que también impacta al derecho.

En la actualidad, la ley como fuente del derecho no tiene la importancia que tuvo en el pasado, se encuentra subordinada a la Constitución. La ley ya

no es más la norma de la concordia —ese papel lo tiene la Constitución— sino la norma de la discordia, porque no expresa los momentos cooperativos en la sociedad sino los competitivos entre los grupos políticos, es en este sentido, manifestación y medio de las luchas políticas en acción entre visiones diferentes de la realidad.

El procedimiento legislativo federal en México está compuesto por siete etapas de cumplimiento necesario para que la ley tenga en principio validez, pues todavía debe comprobarse si tiene correspondencia con la Constitución cuando es sometida a revisión constitucional vía las acciones de inconstitucionalidad, las controversias constitucionales y el juicio de amparo. Estas siete etapas son: la iniciativa, la discusión, la aprobación, la sanción, la publicación, la iniciación de la vigencia y el refrendo ministerial.

En cuanto a la creación de jurisprudencia por parte del Poder Judicial federal, existen cuatro mecanismos: reiteración, unificación, resolución de acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales por mayoría calificada y revalidación.

La interrupción de la jurisprudencia es el medio que tiene el sistema jurídico para cambiar los criterios obligatorios del Poder Judicial de la Federación. Una jurisprudencia se interrumpe cuando se pronuncia ejecutoria en contrario por ocho o cuatro ministros, dependiendo si se trata del Pleno o de una Sala de la Corte, así como por unanimidad de votos de un Tribunal Colegiado.

El reglamento es un acto de carácter administrativo que emana generalmente de una autoridad administrativa y es un medio para la ejecución de las leyes. Se discute doctrinalmente si el reglamento puede ser considerado como la ley, expresión de la voluntad popular o si es sólo expresión de la voluntad de los administradores. En todo caso lo que habría que señalar, es que la ley se expide en el ejercicio de una soberanía más radical, y que el reglamento se expide en virtud de una competencia más limitada. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado que la facultad reglamentaria del presidente de la República, prevista en el artículo 89, fracción I, de la Constitución, está limitada por los principios de reserva de ley y de subordinación jerárquica.

En la costumbre jurídica se aprecian dos elementos básicos: la repetición de actos, el uso y la convicción de que ese comportamiento es obligatorio y conforme a derecho, la llamada *opinio iuris seu necessitatis*. De esta suerte, la costumbre es un uso implantado en una colectividad y considerado por ésta como jurídicamente obligatorio.

Los principios generales del derecho no son los principios constitucionales de los que habla la teoría jurídica contemporánea. En la concepción

del derecho actual, el mundo normativo se integra por valores, principios y reglas, siendo los primeros piezas normativas de mayor entidad e importancia que las reglas, y en donde los principios constitucionales son previos y anteriores a las reglas. En cambio, los principios generales del derecho son una fuente subsidiaria y secundaria que se aplica en defecto de la ley o de su interpretación jurídica, esto es, para colmar lagunas.

En nuestro país, la doctrina no tiene un reconocimiento formal en la Constitución como fuente del derecho; sin embargo, su importancia no puede desdeñarse, pues las opiniones de juristas de prestigio impactan a las autoridades, tanto en la elaboración de las normas como en su interpretación y aplicación.

Cuestionario

1. Exponga las acepciones de fuente del derecho en García Máynez y en Josep Aguiló.
2. ¿Qué significa la expresión fuente del derecho desde la terminología jurídica?
3. ¿Cómo se formó en la teoría jurídica la noción de fuentes del derecho?
4. ¿Cuáles son las razones que dificultan una teoría contemporánea de las fuentes del derecho?
5. Explique las razones de la pérdida de “centralidad” de la ley en el derecho de nuestra época.
6. ¿Por qué las teorías de las fuentes del derecho permiten discutir los modelos que sobre el derecho existen?
7. Explique las clasificaciones que sobre las fuentes del derecho existen.
8. ¿Qué importancia tiene la Constitución para las fuentes del derecho?
9. ¿Cuáles son las normas que sobre la producción jurídica establece la Constitución?
10. ¿Cuáles son las posibles relaciones entre tratados y el derecho interno de los Estados?
11. Explique las etapas del procedimiento legislativo federal.
12. Exponga los dos sistemas de iniciación de la vigencia en el derecho mexicano.
13. ¿En qué consiste la ultraactividad de las normas derogadas?
14. ¿En qué es diferente la derogación a la declaración de inconstitucionalidad de las normas?
15. Explique los diferentes sistemas de creación de la jurisprudencia en el derecho mexicano.
16. ¿Cómo se interrumpe la jurisprudencia?
17. Explique cómo los principios de subordinación jerárquica y reserva de ley limitan al reglamento.

18. ¿Qué instancias en el derecho mexicano tienen facultad reglamentaria?
19. ¿Cuál es la importancia de la costumbre en nuestro derecho?
20. Distinga entre principios constitucionales y principios generales del derecho.
21. ¿Qué importancia tiene la doctrina en nuestro sistema?