

4. FUENTES DEL DERECHO.

4.1. Fuentes reales.

Antes de empezar a desarrollar cada uno de los puntos temáticos de esta unidad es conveniente brindar una noción de las fuentes del derecho el general, entendiéndose por tales, los lugares de donde proviene y emerge el derecho. Dicho de otra manera:

“El vocablo fuentes ha sido utilizado en materia jurídica para tratar de determinar el origen de las normas y resulta un término multívoco, pues a veces se confunde con las fuentes del conocimiento jurídico, otra, con las fuentes de la ley y algunas con las del Derecho Positivo.”¹

Otra noción de fuente del derecho, es la que dice, que es la razón primitiva de cualquier idea o causa generadora o productora de un derecho. Por otra parte, se entiende por fuente real del derecho a todos los factores, circunstancias y elementos que provocan la creación de un producto legislativo, sin que se encuentre dentro de estos acontecimientos, los propios y exclusivos que conforman el proceso legislativo.

Así por ejemplo, la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, tuvo como fuentes reales, el movimiento revolucionario de esa época, así como algunos acontecimientos: la no reelección; la deficiente distribución de la tierra; el abuso del poder por parte de los gobernantes; la diferencia abismal entre las clases sociales; los huelgas de Río Blanco, etcétera.

4.2. Fuentes históricas.

¹ ACOSTA ROMERO, Miguel; Derecho Administrativo; Porrúa; 17° edición; México; 2004; p. 73

Cuando se hace referencia a los Diez mandamientos, a la Ley de las Siete Partidas, al Derecho Romano, al Código de Hammurabi y que las Leyes de la Indias son Derechos, se está haciendo alusión a documentos históricos que produjeron las sociedades del pasado y que son antecedentes jurídicos de gran valor para el derecho contemporáneo.

Las fuentes históricas son los viejos documentos, los antiguos papiros, las vetustas reliquias históricas que en su momento estuvieron vigentes y que tenían como contenido elementos normativos de naturaleza jurídica.

Estas fuentes del derecho son de gran importancia para el estudioso del Derecho, ya que a partir de ellos, se puede conocer la evolución de las instituciones jurídicas, así como su particularidades y peculiaridades, tanto en su aplicación como observancia por parte de los destinatarios de esa norma jurídica.

Las fuentes históricas del Derecho, son algo así como el árbol genealógico del derecho moderno. A través de esas fuentes se llega a captar la evolución y el proceso de desarrollo y los cambios, progresos y retrocesos que ha sufrido con el transcurso del tiempo el derecho.

En resumen, dentro las fuentes históricas del derecho quedan comprendidas las legislaciones antiguas que nos muestran la forma en que los pueblos y civilizaciones anteriores se rigieron y cómo es que dentro de la evolución del derecho se fueron creando las distintas figuras y diversas instituciones jurídicas, muchas de las cuales son recogidas por nuestras legislaciones actuales. Ejemplos de estas fuentes se pueden considerar: el *Digesto*, los *Instituta*, las *Novelas*, el *Código Napoleónico*, *Código de Hammurabi*, la *Ley de las Doce Tablas*, entre otras tantas.

4.3. Fuentes formales.

Las fuentes formales, que son aquellas normas que revisten una forma única y determinada mediante la que el Estado establece su aplicación. Por ejemplo: la ley, la costumbre y la jurisprudencia.

Dentro de las fuentes formales se ubican:²

- a) La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- b) Las leyes Federales.
- c) Tratados y convenios internacionales.
 - c) Leyes locales.
 - d) Reglamentos.
 - e) Planes y programas.
 - f) Normas oficiales.
 - g) Circulares.
 - h) Acuerdos.
 - i) Decretos.
 - j) Convenios.

4.3.1. Ley.

Es la actividad del Estado, tendiente a la creación, promulgación y sanción de las normas del Derecho, aún sin el consentimiento directo de los individuos, teniendo como finalidad el encauzamiento de la actividad social hacia el bien común.

Es la fuente formal legislativa, que consiste en el proceso por el cual uno o varios órganos del Estado formulan y promulgan determinadas reglas jurídicas de observancia general a las que se les da el nombre de leyes.

La facultad de iniciar leyes o decretos compete:

- I. Al Presidente de la República;
- II. A los Diputados y Senadores al Congreso de la Unión; y
- III. A las Legislaturas de los Estados.

Las iniciativas presentadas por el Presidente (***Presidente, sic DOF 05-02-1917***) de la República, por las Legislaturas de los Estados o por las Diputaciones de los mismos, pasarán desde luego a comisión.

² MARTÍNEZ MORALES, Rafael I.; Derecho Administrativo 1º y 2º curso; México; 2000; pp. 15, 16. El autor de referencia a algunas ideas de Francois Geny sobre las fuentes del derecho privado. Las clasifica en fuentes formales del derecho, aquellas que tienen una naturaleza imperativa, de autoridades externas al intérprete con virtualidad bastante para regir su juicio, cuando tiene por objeto inmediato la revelación de una regla, destinada a imprimir una dirección a la vida jurídica

Las que presentaren los diputados o los senadores, se sujetarán a los trámites que designe el Reglamento de Debates.³

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.

A. Aprobado un proyecto en la Cámara de su origen, pasará para su discusión a la otra. Si ésta lo aprobare, se remitirá al Ejecutivo, quien, si no tuviere observaciones que hacer, lo publicará inmediatamente.

B. Se reputará aprobado por el Poder Ejecutivo, todo proyecto no devuelto con observaciones a la Cámara de su origen, dentro de diez días útiles; a no ser que, corriendo este término hubiere el Congreso cerrado o suspendido sus sesiones, en cuyo caso la devolución deberá hacerse el primer día útil en que el Congreso esté reunido.

C. El proyecto de ley o decreto desechado en todo o en parte por el Ejecutivo, será devuelto, con sus observaciones, a la Cámara de su origen. Deberá ser discutido de nuevo por ésta, (*sic DOF 05-02- 1917*) y si fuese confirmado por las dos terceras partes del número total de votos, pasará otra vez a la Cámara revisora. Si por esta fuese sancionado por la misma mayoría, el proyecto será ley o decreto y volverá al Ejecutivo para su promulgación.

Las votaciones de ley o decreto, serán nominales.

D. Si algún proyecto de ley o decreto, fuese desechado en su totalidad por la Cámara de revisión, volverá a la de su origen con las observaciones que aquella le hubiese hecho. Si examinado de nuevo fuese aprobado por la mayoría absoluta de los miembros presentes, volverá a la Cámara que lo desechó, la cual lo tomará otra vez en consideración, y si lo aprobare por la misma mayoría, pasará al Ejecutivo para los efectos de la fracción A; pero si lo reprobare, no podrá volver a presentarse en el mismo período de sesiones.

³ CAMARA DE DIPUTADOS. CONGRESO DE LA UNIÓN; Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; Artículo 71; [en línea]; Disponible en la World Wide Web en: <http://www.cddhcu.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf> Fecha de la consulta: 29 de febrero de 2009.

E. Si un proyecto de ley o decreto fuese desechado en parte, o modificado, o adicionado por la Cámara revisora, la nueva discusión de la Cámara de su origen versará únicamente sobre lo desechado o sobre las reformas o adiciones, sin poder alterarse en manera alguna los artículos aprobados. Si las adiciones o reformas hechas por la Cámara revisora fuesen aprobadas por la mayoría absoluta de los votos presentes en la Cámara de su origen, se pasará todo el proyecto al Ejecutivo, para los efectos de la fracción A. Si las adiciones o reformas hechas por la Cámara revisora fueren reprobadas por la mayoría de votos en la Cámara de su origen, volverán a aquella para que tome en consideración las razones de ésta, y si por mayoría absoluta de votos presentes se desecharen en esta segunda revisión dichas adiciones o reformas, el proyecto, en lo que haya sido aprobado por ambas Cámaras, se pasará al Ejecutivo para los efectos de la fracción A. Si la Cámara revisora insistiere, por la mayoría absoluta de votos presentes, en dichas adiciones o reformas, todo el proyecto no volverá a presentarse sino hasta el siguiente período de sesiones, a no ser que ambas Cámaras acuerden, por la mayoría absoluta de sus miembros presentes, que se expida la ley o decreto sólo con los artículos aprobados, y que se reserven los adicionados o reformados para su examen y votación en las sesiones siguientes.

F. En la interpretación, reforma o derogación de las leyes o decretos, se observarán los mismos trámites establecidos para su formación.

G. Todo proyecto de ley o decreto que fuere desechado en la Cámara de su origen, no podrá volver a presentarse en las sesiones del año.

H. La formación de las leyes o decretos puede comenzar indistintamente en cualquiera de las dos Cámaras, con excepción de los proyectos que versaren sobre empréstitos, contribuciones o impuestos, o sobre reclutamiento de tropas, todos los cuales deberán discutirse primero en la Cámara de Diputados.

I. Las iniciativas de leyes o decretos se discutirán preferentemente en la Cámara en 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.

I (J, sic DOF 24-11-1923). El Ejecutivo de la Unión no puede hacer observaciones a las resoluciones del Congreso o de alguna de las Cámaras, cuando ejerzan funciones de cuerpo electoral o de jurado, lo mismo que cuando la Cámara de Diputados declare que debe acusarse a uno de los altos funcionarios de la Federación por delitos oficiales.

Tampoco podrá hacerlas al Decreto de convocatoria a sesiones extraordinarias que expida la Comisión Permanente.⁴

4.3.2. Costumbre.

Una aproximación a una noción de la costumbre, es aquella que dice así: es un uso implantado en una colectividad y considerado por ésta como jurídicamente obligatorio. Es el derecho nacido consuetudinariamente.

Otra noción es la siguiente:

“(…) es un uso implantado en una colectividad y considerado por ésta como jurídicamente obligatorio; es el derecho nacido consuetudinariamente, el *ius moribus constitutum*.”⁵

La costumbre desde el punto de vista doctrinal, puede ser vista también desde las siguientes visiones:

- A) Amplio: Cualquier uso o hábito social.
- B) Estricto: Usos sociales que son fuente de normas jurídicas.

Dos posturas:

- Norma jurídica creada e impuesta por el uso social.
- Norma jurídica creada e impuesta por el uso y la voluntad social.

La costumbre es una fuente del derecho que ha tenido dos papeles fundamentales en los dos sistemas jurídicos occidentales:

⁴ *Ibidem*; artículo 72.

⁵ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo; *ob. cit.*; p. 61.

- a) En el romano germánico, ha sido una fuente secundaria que está supeditada en su jerarquía al reconocimiento que de ella realicen los productos legislativos creados a través del proceso legislativo formal.
- b) En el sistema jurídico anglosajón, la costumbre ha sido la fuente directa de la creación del derecho, que en esta variante es conocido con el nombre de “Derecho Consuetudinario”.

En el plano teórico existen varias explicaciones teóricas respecto del llamado Derecho consuetudinario, entre ellas las siguientes:

1. Teoría tradicional romano-canónica.

Vista la costumbre desde esta perspectiva teórica, se conformará de dos elementos:

- Objetivo u externo: Consistente en repetición de actos uniformes por la generalidad de los interesados y duraderamente.
- Subjetivo: Idea o convicción del carácter obligatorio de la regla.

2. Teoría de la escuela histórica alemana.

La costumbre no es un producto artificial de la voluntad humana, sino un producto espontáneo de la vida social. Sólo la conciencia del pueblo es fuente auténtica y genuina del Derecho.

3. Teorías que mantienen la línea tradicional.

Los dos elementos, el subjetivo y el objetivo tienen el mismo papel y trascendencia.

4. Teoría histórico-comparativa.

Dos tipos sucesivos de regímenes consuetudinarios:

- La costumbre en su pureza.
- La costumbre artificiosa y más reciente, influida por la compilación de relaciones jurídicas y reveladas por jurisconsultos y los tribunales.

5. Concepción extensiva de la costumbre.

Es derecho consuetudinario toda convicción jurídica de la comunidad social que, por práctica jurídica, doctrina de derecho o fallo judicial, se ejerce y se aprueba.

En cuanto a los elementos de la costumbre, hay que señalar los siguientes:

I. Elemento material.

1. Uniforme. Identidad esencial de los actos.
 2. General. Practicados por la mayoría del grupo social.
 3. Duradero.
 4. Constante. Actos de continua y previsible continuación.
- II. Elemento espiritual de la costumbre. opinio iuris. Crítica:
- a. Subjetivismo jurídico.
 - b. Lo que atribuye en definitiva valor jurídico a las normas consuetudinarias es el hecho de ser respetadas por los órganos del Estado y ser aplicadas por los tribunales.

4.3.3. Jurisprudencia.

Es el conjunto de principios y doctrinas contenidas en las decisiones de los Tribunales, como órganos cuya función es la interpretación de la Ley. La norma jurisprudencial no es obligatoria, sino en el caso de que se aplique la misma interpretación en cinco casos concretos y no interrumpidos por otra en contrario.

En nuestro país la jurisprudencia encuentra su regulación en varios preceptos de la Ley de Amparo, que es reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así por ejemplo:

I. La jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia, funcionando en Pleno o en Salas, es obligatoria para éstas en tratándose de la que decrete el Pleno, y además para los Tribunales Unitarios y Colegiados de Circuito, los juzgados de Distrito, los tribunales militares y judiciales del 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 sustenten en cinco sentencias ejecutorias ininterrumpidas por otra en contrario, que hayan sido aprobadas por lo menos por ocho ministros si se tratara de jurisprudencia del pleno, o por cuatro ministros, en los casos de jurisprudencia de las salas.

También constituyen jurisprudencia las resoluciones que diluciden las contradicciones de tesis de Salas y de Tribunales Colegiados.⁶

La jurisprudencia que establezca cada uno de los Tribunales Colegiados de Circuito es obligatoria para los tribunales unitarios, los juzgados de Distrito, los tribunales militares y judiciales del fuero común de los Estados y del Distrito Federal, y los tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales.

Las resoluciones de los Tribunales Colegiados de Circuito constituyen jurisprudencia siempre que lo resuelto en ellas se sustente en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, y que hayan sido aprobadas por unanimidad de votos de los magistrados que integran cada tribunal colegiado.⁷

La jurisprudencia se interrumpe dejando de tener carácter obligatorio, siempre que se pronuncie ejecutoria en contrario por ocho ministros, si se trata de la sustentada por el pleno; por cuatro, si es de una sala, y por unanimidad de votos tratándose de la de un Tribunal Colegiado de Circuito.

En todo caso, en la ejecutoria respectiva deberán expresarse las razones en que se apoye la interrupción, las cuales se referirán a las que se tuvieron en consideración para establecer la jurisprudencia relativa.

Para la modificación de la jurisprudencia se observarán las mismas reglas establecidas por esta ley, para su formación.⁸

En los casos previstos por los artículos 192 y 193, el Pleno, la Sala o el Tribunal Colegiado respectivo deberán:

- I. Aprobar el texto y rubro de la tesis jurisprudencial y numerarla de manera progresiva, por cada uno de los citados órganos jurisdiccionales;
- II. Remitir la tesis jurisprudencial, dentro del término de quince días hábiles siguientes a la fecha de su integración, al Semanario Judicial de la Federación, para su publicación inmediata;
- III. Remitir la tesis jurisprudencial, dentro del mismo término a que se refiere la fracción inmediata anterior, al Pleno y Salas de la Suprema Corte de Justicia y a

⁶ CAMARA DE DIPUTADOS. CONGRESO DE LA UNIÓN; Ley de Amparo; Artículo 192; [en línea]; Disponible en la World Wide Web en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/20.pdf> Fecha de la consulta: 29 de febrero de 2009.

⁷ Ibídem; artículo 193.

⁸ Ibídem; artículo 194.

los Tribunales Colegiados de Circuito, que no hubiesen intervenido en su integración; y

IV. Conservar un archivo, para consulta pública, que contenga todas las tesis jurisprudenciales integradas por cada uno de los citados órganos jurisdiccionales y las que hubiesen recibido de los demás.

El Semanario Judicial de la Federación deberá publicar mensualmente, en una gaceta especial, las tesis jurisprudenciales que reciba del Pleno y Salas de la Suprema Corte de Justicia y de los Tribunales Colegiados de Circuito, publicación que será editada y distribuida en forma eficiente para facilitar el conocimiento de su contenido.

Las publicaciones a que este artículo se refiere, se harán sin perjuicio de que se realicen las publicaciones mencionadas en el artículo 197-B de la Ley de amparo.⁹

Cuando las partes invoquen en el juicio de amparo la jurisprudencia del Pleno o de las Salas de la Suprema Corte o de los Tribunales Colegiados de Circuito, lo harán por escrito, expresando el número y órgano jurisdiccional que la integró, y el rubro y tesis de aquélla.

Si cualquiera de las partes invoca ante un Tribunal Colegiado de Circuito la jurisprudencia establecida por otro, el tribunal del conocimiento deberá:

I. Verificar la existencia de la tesis jurisprudencial invocada;

II. Cerciorarse de la aplicabilidad de la tesis jurisprudencial invocada, al caso concreto en estudio; y

III. Adoptar dicha tesis jurisprudencial en su resolución, o resolver expresando las razones por las cuales considera que no debe confirmarse el criterio sostenido en la referida tesis jurisprudencial.

En la última hipótesis de la fracción III del presente artículo, el tribunal de conocimiento remitirá los autos a la Suprema Corte de Justicia para que resuelva sobre la contradicción.¹⁰

Cuando las Salas de la Suprema Corte de Justicia sustenten tesis contradictorias en los juicios de amparo de su competencia, cualquiera de dichas Salas o los ministros que las integren, el Procurador General de la República o las partes que

⁹ Ibídem; artículo 195.

¹⁰ Ibídem; artículo 196.

intervinieron en los juicios en que tales tesis hubieran sido sustentadas, podrán denunciar la contradicción ante la misma Suprema Corte de Justicia, la que decidirá funcionando en Pleno cuál es la tesis que debe observarse. El Procurador General de la República, por sí o por conducto del agente que al efecto designe, podrá, si lo estima pertinente, exponer su parecer dentro del plazo de treinta días. La resolución que se dicte no afectará las situaciones jurídicas concretas derivadas de los juicios en los cuales se hubiesen dictado las sentencias que sustentaron las tesis contradictorias.

El Pleno de la Suprema Corte deberá dictar la resolución correspondiente dentro del término de tres meses, y deberá ordenar su publicación y remisión en los términos previstos por el artículo 195 de la Ley de amparo.

Las Salas de la Suprema Corte de Justicia y los ministros que las integren y los Tribunales Colegiados de Circuito y los magistrados que los integren, con motivo de un caso concreto podrán pedir al Pleno de la Suprema Corte o a la sala correspondiente que modifique la jurisprudencia que tuviesen establecida, expresando las razones que justifiquen la modificación; el Procurador General de la República, por sí o por conducto del agente que al efecto designe, podrá, si lo estima pertinente, exponer su parecer dentro del plazo de treinta días. El Pleno o la Sala correspondiente resolverán si modifican la jurisprudencia, sin que su resolución afecte las situaciones jurídicas concretas derivadas de los juicios en las cuales se hubiesen dictado las sentencias que integraron la tesis jurisprudencial modificada. Esta resolución deberá ordenar su publicación y remisión en los términos previstos por el artículo 195 de la Ley de amparo.¹¹

¹¹ *Ibíd*em; artículo 197.