



**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE QUERÉTARO
FACULTAD DE DERECHO
DOCTORADO EN DERECHO**

**“EL PROBLEMA QUE OCASIONA LA INCONGRUENCIA DE LOS TRES NIVELES DEL LENGUAJE DEL DERECHO PARA LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS.”
TESIS**

Que como parte de los requisitos para obtener el grado de

DOCTOR EN DERECHO

**Presenta:
EXAU CONRADO PIÑA TASABIA**

**Dirigido por:
DR. CÉSAR GARCÍA RAMÍREZ**

SINODALES

DR. CÉSAR GARCÍA RAMÍREZ
Presidente

DR. JUAN RICARDO JIMÉNEZ GÓMEZ
Secretario

DRA. GABRIELA NIETO CASTILLO
Vocal

DR. MARCO ANTONIO LEÓN HERNÁNDEZ
Vocal

DR. BERNARDO ROMERO VÁZQUEZ
Vocal

DR. JOSÉ CARLOS ROJANO ESQUIVEL
Suplente

DR. SALVADOR GARCÍA ALCOCER
Suplente

DR. CÉSAR GARCÍA RAMÍREZ
Director de la Facultad

DR. LUIS GERARDO HERNÁNDEZ SANDOVAL
Director de Investigación y Posgrado

Firma
Firma
Firma
Firma
Firma
Firma
Firma
Firma

Centro Universitario
Querétaro, Qro.
Mayo de 2010
México

RESUMEN

El Derecho es un lenguaje convencional para hacer posible la vida del hombre en sociedad. Como tal límites que no deben ser rebasados para que éste tenga sentido, debe contar con estructura, debe tener congruencia, y en cuanto a su comprensión conocer sus límites entendibles. Los problemas del derecho como lenguaje los podemos resumir en los nacidos de la conciliación el lenguaje formal del Derecho y el lenguaje del Derecho que realmente se utiliza; el problema que tienen los juristas para establecer los límites del lenguaje del derecho que nacen de su textura abierta, de su ambigüedad y su vaguedad; y entender que estos problemas no los vamos a eliminar totalmente pero si hay que aprender a manejarlos para poder pensar en la vida común de la humanidad.

PALABRAS CLAVE: (Lenguaje, Derecho, Convención, Ambigüedad, Vaguedad).



SUMMARY

Law is a conventional language which makes possible man's life in society. As such, limits should be respected so that this language makes sense. It should have structure, be congruent and not surpass limits which are understandable, thus assuring its comprehension. The problems of law as a language can be summed up as those that come from the conciliation of the formal language of law and the language that is actually used; the problem jurists have in establishing the limits of legal language that arise from its open structure, its ambiguity and its vagueness. It must be understood that these problems cannot be totally eliminated; however, we must learn to manage them in order to be able to think about the common life of humanity.

(Key words: Language, law, convention, ambiguity, vagueness)



Dedicatorias

Este trabajo de investigación, lo dedico a mi familia, mi amada esposa Cristina y mis hijos Ursula y Conrado, por que su amor me impulsa a siempre querer ir por más en la superación personal y social.

A mis padres por brindarme la oportunidad de tener esta experiencia de vida, con bases sólidas que sólo puede brindar un adecuado seno familiar.

A la Universidad y en especial a la Facultad de Derecho, Instituciones que para mi fueron una puerta que me brindó una oportunidad para el éxito, no sólo profesional, sino personal, cultural y una manera de colaborar como miembro de nuestra sociedad para su engrandecimiento e integración.

A mi querido Querétaro, por que para mi ha sido un confortable hogar que todo me lo ha brindado con cariño.

Agradecimientos

Agradezco especialmente al Dr. César García Ramírez por todo el apoyo brindado durante el proceso, sin lo cual no se hubiera podido concluir este trabajo.

Agradezco a todos mis Sinodales, por la gentileza de haber estudiado mi trabajo y por sus acertadas recomendaciones y sugerencias.

Y a todas aquellas personas que de alguna manera han contribuido a mi formación, en los diferentes aspectos de la vida, aspectos que necesariamente convergen en mi persona y me han ayudado a concluir la investigación.

INDICE

	Página
Resumen	2
Summary	3
Dedicatorias	4
Agradecimientos	5
Indice	6
INTRODUCCION	10
CAPITULO I	18
Lenguaje derecho y aplicación en México	18
1. lenguaje y derecho	18
1.1. El lenguaje	23
1.2. El lenguaje objeto y el metalenguaje	28
2. El derecho como lenguaje	32
2.1. Usos del lenguaje	34
2.2. Elementos del lenguaje del derecho y algunos de sus problemas	40
2.3. Límites	42
2.4. Problemas del entendimiento del lenguaje del derecho que inciden en su aplicación	43
2.5. Ambigüedad, vaguedad, textura abierta y otros problemas del lenguaje jurídico	46
2.5.1. Ambigüedad	46
2.5.2. Vaguedad y textura abierta.	47
2.5.3. Textura abierta del lenguaje	48
3. Los tres niveles del lenguaje el derecho en el sistema jurídico mexicano	52
3.1. Lenguaje del derecho y su metalenguaje	52
3.2. El derecho mexicano es un lenguaje con tres niveles	56
4. La interpretación jurídica	59
4.1. Interpretación	60

4.2. Interpretación jurídica	62
4.3. Objeto de la interpretación jurídica	65
4.3.1. ¿Quién interpreta y cuál es la labor al respecto?	67
4.3.2. El concepto de interpretación jurídica y sus dos vertientes	69
4.3.3. Interpretación como traducción	71
4.4. Teorías de la interpretación jurídica	76

Capítulo II

La jurisprudencia en el sistema jurídico mexicano	85
1. La jurisprudencia en el sistema jurídico mexicano	85
1.1. Antecedentes	87
1.1.1. La prudencia	87
1.1.2. Nacimiento de la jurisprudencia como ciencia del derecho	88
1.1.3. La jurisprudencia pontificia	90
2. La jurisprudencia, ciencia jurídica o dogmática jurídica	92
3. El derecho angloamericano y el common law como antecedente de nuestro sistema jurisprudencial	93
4. Diferentes sentidos de la palabra jurisprudencia	96
5. La importancia de la jurisprudencia en México	99
6. La jurisprudencia en el sistema jurídico mexicano	105
6.1. Marco legal de los sistemas de jurisprudencia obligatoria en México	108
6.2. El objeto de interpretación de la jurisprudencia en México	112
6.3. Función y límites de la jurisprudencia en el sistema jurídico mexicano	113

Capítulo III

El ofrecimiento del trabajo y la interpretación de la norma laboral al respecto	115
1. El ofrecimiento del trabajo y la interpretación de la norma laboral al respecto	115
2. Objetivo de las normas de derecho del trabajo	116
3. La carga de la prueba en materia de derecho del trabajo	118
3.1. La carga de la prueba en la teoría general del proceso	120

3.2. La carga de la prueba en materia procesal laboral	122
3.2.1. Base legal	123
3.2.2. Carga de la prueba de la manera de terminar la relación de trabajo	127
4. El ofrecimiento del trabajo	131
4.1. Base jurisprudencial	131
4.2. El ofrecimiento de trabajo	132
4.2.1. Requisitos	133
4.2.2. Presupuestos o condiciones	138
4.2.3. Factores de mala fe, entre muchos que nacen de lo casuístico de esta figura jurisprudencial	140
4.2.4. Modalidades	141
4.2.5. Consecuencias	157
5. El lenguaje cognoscitivo o descriptivo del derecho en relación a la carga de la prueba de la terminación de la relación de trabajo y del ofrecimiento del trabajo	158
6. Situación del “ofrecimiento del trabajo” en el contexto de los tres niveles de lenguaje jurídico en el sistema jurídico mexicano	159
7. El ofrecimiento del trabajo en el derecho procesal laboral mexicano	161
 Capítulo IV	
El problema que ocasiona la incongruencia de los tres niveles del lenguaje del derecho en la aplicación de las normas jurídicas. “El caso del ofrecimiento del trabajo en materia procesal laboral”	163
1. El derecho debe ser un lenguaje congruente en sus tres niveles para su aplicación	163
2. Congruencia del lenguaje del derecho	168
3. Problemática de la aplicación jurisdiccional en materia procesal laboral relacionada con el ofrecimiento de trabajo	173
3.1. El problema de la aplicación del derecho cuando falta congruencia en los niveles del lenguaje del derecho, el caso del ofrecimiento del trabajo	177

4. Desnaturalización de los principios de las normas de derecho del trabajo como consecuencia de la incongruencia de su lenguaje en tanto a la norma, su interpretación y aplicación	183
5. La opacidad del derecho	187
6. La urgencia de que el derecho tenga un lenguaje congruente en sus tres niveles para una adecuada aplicación	190
Conclusiones	194
Bibliografía	199

INTRODUCCIÓN

Una característica necesaria de la sociedad es el lenguaje, este instrumento permite la comunicación entre los individuos que la conforman, porque al poder comunicarse las personas entre sí pueden establecer las reglas de convivencia, por lo tanto el lenguaje permite la vida gregaria.

El lenguaje es un conjunto de símbolos y la especie de lenguaje que permite la vida ordenada en lo social es el lenguaje del derecho; aún y cuando los símbolos que conforman el derecho son tomados del lenguaje natural, el significado de sus designados particulares, es diferente a los que designa el lenguaje natural.

Si el derecho necesariamente va a regir la vida del hombre en sociedad debe conocerse, comprenderse, entender sus límites y ser congruente en sus niveles, para que los operadores jurídicos lo puedan utilizar, y el derecho pueda cumplir con el fin que tiene de regular la vida del hombre en sociedad.

En los usos del lenguaje existe el uso prescriptivo, que nos sirve para entender el derecho como lenguaje, porque en su mayoría el derecho está formulado en lenguaje prescriptivo. Existe el uso del lenguaje descriptivo que en el campo del derecho lo podemos entender como un lenguaje dogmático que habla acerca de las normas y nos sirve para entender el lenguaje prescriptivo del derecho. Además en México existe la jurisprudencia que es un lenguaje con uso descriptivo y prescriptivo.

El lenguaje del derecho esta conformado a manera de una estructura jerarquica respecto del lenguaje normativo, dogmático y jurisprudencial como lo entendemos en nuestro sistema jurídico, por la jerarquización del lenguaje del derecho, podemos decir que estos son sus niveles de operación para su aplicación, como se detallará adelante.

Y si el derecho tiene niveles, estados o usos diferentes de lenguaje, como lo son el normativo, su metalenguaje y jurisprudencial, debe tener cierta congruencia para poder ser un lenguaje que podamos operar.

Podemos reflexionar sobre la pregunta de: ¿Qué es lo que le va a dar congruencia al sistema jurídico?

En parte es la jerarquización de sus diversos niveles o usos en los términos referidos, en parte el entendimiento que de la equidad tienen los actores jurídicos y que se deriva de la conciencia colectiva que se tiene, a si como tambien la costumbre y la cultura jurídica, todo esto con la consabida convención social que lo anterior lleva implícito.

El derecho es un instrumento peligroso por que de no utilizarlo bien nos puede llevar a sinsentidos.

El derecho es un leguanje de jerarquizado, donde debe haber conformidad en los diferentes niveles de su estructura para que tenga sentido.

El derecho emana de la sociedad limitada en un tiempo, espacio y cultura determinados, aun y cuando el derecho es un uso del lenguaje natural, en sí mismo podemos denominarlo como un

lenguaje, aunque se conforma por signos del lenguaje natural, lo anterior es así por que los objetos que estos signos designan y significan, alcanzan un significado diverso al que puede entender el común de la gente, y eso es lo que hace de los símbolos un lenguaje y por lo tanto participa de los mismos problemas del lenguaje.

Simplemente el planteamiento es describir al derecho como un lenguaje que si es incongruente en su estructura interna, ocasiona problemas.

Porque aún y cuando las palabras que conforman el lenguaje del derecho, son las mismas del lenguaje natural, de acuerdo a su función, prescriptiva o descriptiva, o una combinación de ambas, como se tratará posteriormente, el lenguaje del derecho tiene diferentes formas de utilizarlo dentro de nuestra sociedad, a estas diversas formas de operar el lenguaje del derecho le llamaremos niveles del lenguaje jurídico.

Si entendemos el derecho como un lenguaje, esto nos lleva a que lo podamos traducir en una convención social, y partiendo de éste punto, podremos considerar que los científicos del derecho al emitir los argumentos que describen sus posturas, sus doctrinas acerca del derecho buscan crear nuevos acuerdos, es decir la aceptación de nuevos postulados acerca de lo que entendemos por derecho.

Una convención puede ser expresa, cuando existen manifestaciones inequívocas de la voluntad que así lo hacen concluir, o puede ser tácita, cuando aunque no exista la voluntad expresa pero

mediante la tolerancia, por parte de la sociedad, de los actos que realizan los diversos actores jurídicos es indudable que existe la convención.

Cuando la sociedad, entre ella los operadores jurídicos, toleran una conducta de autoridad o particular, aunque no prevista por el derecho si utilizada por sus actores, existe sin lugar a dudas una convención, por una tácita aceptación, de que esta conducta se encuentra dentro de lo que el sistema jurídico acepta como una conducta social. De ahí podemos concluir que el derecho es una convención, expresa o tácita.

Sin lugar a dudas el problema de la resolución jurisdiccional, y de cualquier acto del poder público en donde se aplique una norma general a un caso en particular, sea el acto de índole legislativa, ejecutiva o jurisdiccional, necesariamente tiene que atender, a la norma general, y particularizarla, para poder aplicarla.

Lo anterior implica que siguiendo los lineamientos del acto, que establece el marco normativo para la aplicación, existen lineamientos guía para la emisión del acto de autoridad, pero lo anterior necesariamente debe atender en cada caso las circunstancias específicas que originan la resolución del acto de afectación.

Dentro de estas circunstancias específicas, para la creación del derecho en un acto legislativo, ejecutivo o jurisdiccional, se encuentran sus particularidades, las circunstancias de tiempo y espacio de aplicación de la ley, la moral pública que impere en la sociedad en el momento de la resolución, las circunstancias particulares y subjetivas no sólo de las partes involucradas, sino también las circunstancias personales de la persona que inviste la autoridad que va a emitir el acto.

Dentro de las circunstancias particulares de la persona que va a emitir el acto podemos encontrar la manera en que esta persona entiende el lenguaje del derecho.

El lenguaje, como todo producto de la convención social, tiene puntos en común que la mayoría de los que conformamos la sociedad entendemos, pero existen puntos en donde no claramente pueden entenderse los puntos comunes, es donde existen problemas para la resolución.

La intención de todo lenguaje, entre ellos el del derecho, es que los actores podamos entenderlo en su mayoría para poder aplicarlo adecuadamente, pero cuando nos encontramos con la vaguedad, la ambigüedad, la textura abierta, o simplemente el cambio de conciencia social, tenemos un problema que tenemos que resolver.

En el campo de la actividad jurisdiccional, la equidad juega un papel muy importante, para cumplir este fin, de adaptar el derecho al caso particular y poder permitir la vida gregaria de una manera más pacífica y llevadera.

Para que esto funcione de manera agil, debemos entender que el derecho es un lenguaje formal jerarquizado, donde existen normas fundantes y las que de estas nacen.

Si hablamos de una jerarquía de lenguaje, nos referimos a que deben existir niveles, para que le den sentido a la jerarquización, y estos niveles son necesarios para darle sustento formal al sistema jurisdiccional.

El nivel normativo o prescriptivo establece los enunciados que serán el fundamento de los actos sociales, desde la visión jurídica.

Por los problemas de un sistema de signos que significan a sus designados, como lo es un lenguaje y en este caso el lenguaje del derecho, para su adecuada comprensión es necesario un metalenguaje que se refiera al lenguaje objeto para tener el aparato conceptual necesario para decodificar los signos que lo comprenden, en este caso el nivel normativo.

El metalenguaje de referencia es el lenguaje dogmático o doctrinal con que nos referimos al derecho o la ciencia del derecho, que muchas veces no es vinculante.

En nuestro sistema jurídico tenemos además otro nivel que es un metalenguaje obligatorio que se refiere a las normas jurídicas, que nos da una interpretación de estas, es decir se refiere al lenguaje objeto del derecho, y que denominamos jurisprudencia.

Partiendo de estos puntos, y de que los actores jurídicos utilizan para la aplicación de las normas estos tres niveles del lenguaje jerarquizado del derecho, estos necesitan congruencia para poder aplicarse de una manera más ágil.

Lo anterior no implica que con la congruencia deje el lenguaje del derecho de tener problemas, sino que va a ser un poco más sencilla su aplicación con el beneficio que esto implica, aún y

cuando siempre va a ser necesaria la adaptación de la norma general al caso particular, utilizando entre otras cosas la equidad, y con esto todas las sentencias pertenecen al sistema jurídico.

Ahondando un poco podemos decir que los niveles del lenguaje del derecho son:

- a) El lenguaje legal prescriptivo contenido en su sistema normativo, y que comprende todas las normas válidas de nuestro sistema jurídico, es decir el lenguaje dictado por la autoridad competente según las mismas normas del sistema y conforme al proceso que dichas normas establecen para tal efecto, este nivel de lenguaje como estudiaremos en el transcurso de la investigación lo llamaremos lenguaje prescriptivo.
- b) El lenguaje descriptivo de las normas del sistema, es decir un metalenguaje que toma como su objeto de estudio las normas prescriptivas, que en adelante denominaremos cognoscitivo.
- c) El lenguaje de la jurisprudencia en el sistema jurídico mexicano, entendiendo por esta la que se conforma de principalmente acuerdo al artículo 192 de la ley de amparo.

Estos usos son diferentes niveles en los que se utiliza el lenguaje del derecho, los niveles del lenguaje del derecho deben de ser congruentes para pertenecer a nuestro sistema jurídico partiendo del principio de supremacía constitucional por lo que respecta al nivel prescriptivo y prescriptivo descriptivo; y por lo que respecta al nivel descriptivo o dogmático también debe de existir la congruencia en razón de que al ser un lenguaje que se refiere al nivel prescriptivo, que da al operador jurídico el aparato conceptual necesario para entender el derecho, necesariamente su objeto a describir son las normas jurídicas y su descripción debe de ser congruente con las mismas.

Si existe incongruencia en los tres niveles del lenguaje del Derecho en el proceso de su aplicación donde se toma en cuenta la doctrina y la jurisprudencia, como se entiende esta, en el sistema jurídico mexicano, esto ocasiona problemas prácticos, de legalidad, certeza y seguridad jurídica.

Para mostrar los problemas que ocasiona la existencia de incongruencia en el lenguaje del derecho partiremos de la tesis de que el derecho es un lenguaje con diversos niveles, de la descripción de cada uno de ellos, y después tomando como base una situación de hecho analizaremos un caso concreto y lo explicaremos desde la perspectiva de cada uno de los niveles, para así entender la crisis de nuestro sistema jurídico; para tal fin analizaremos el caso derivado de la aplicación de las normas del derecho del trabajo, conocido como “el ofrecimiento de trabajo”.

Dentro este marco de los tres niveles de lenguaje jurídico podemos resaltar el problema que se genera cuando existe incongruencia dentro de los mismos, por que como se demostrará en el transcurso de la investigación tanto el lenguaje descriptivo como el jurisprudencial deben partir y ser congruentes con el prescriptivo; la manera de mostrar el problema de su incongruencia será partir de un caso práctico derivado de la aplicación e interpretación de las normas que conforman el Derecho del trabajo, “el ofrecimiento del Trabajo”.

Por lo tanto situaremos “el ofrecimiento de trabajo” en el contexto de los tres niveles de lenguaje jurídico, para evidenciar la incongruencia con que se le trata en cada nivel y mostrar la situación problemática que se genera.

CAPITULO I

LENGUAJE, DERECHO Y APLICACIÓN EN MÉXICO

LENGUAJE Y DERECHO.

“El nombre es una palabra que por convención significa algo sin expresar tiempo, y ninguna de cuyas partes tiene separadamente significación por sí misma”¹

1.- LENGUAJE Y DERECHO

Es imposible separar lenguaje y derecho, por que el lenguaje que conforma el derecho está tomado y por lo tanto relacionado con el lenguaje natural y común, de éste toma sus signos.

Sin embargo los signos que conforman el derecho, aunque son tomados del lenguaje natural, su significado adquiere otra interpretación, al marco del derecho, por tal razón afirmamos que el derecho es un lenguaje, que nace del uso diferente del lenguaje natural.

El lenguaje del derecho es indispensable y necesario en nuestra actual sociedad “< Derecho y lenguaje es un tema eterno, solamente la coyuntura cambia. La razón es evidente: las leyes, su

¹ ARISTÓTELES, “TRATADOS DE LÓGICA (EL ORGANÓN)”, p. 65.

concretización en derecho judicial y en la dogmática jurídica, su interpretación y aplicación en las decisiones judiciales y en la crítica de estas decisiones, todo ello es lenguaje. Donde termina el lenguaje (*del derecho*) comienza la fuerza, y la fuerza puede ser demorada en tanto el lenguaje (*del derecho*) tenga efectos²

Podemos conceder que el derecho es un lenguaje especializado, si entendemos así al derecho, como un lenguaje, es innegable que participa de las peculiaridades y problemas del uso que los lenguajes tienen para entenderlo y aplicarlo.

Wróbleswski³ considera al derecho como un sub tipo del lenguaje natural, que como tal comparte sus rasgos tanto semánticos como pragmáticos como la vaguedad, la contextualidad del significado y la viabilidad en tanto instrumento de la comunicación.

El derecho debe de entenderse, debe de comunicarse y por tales circunstancias esta formulado como lenguaje, lo cual es crucial y de suma importancia, porque el derecho como instrumento social busca de manera general hacer posible la vida del hombre en sociedad.

La forma en que en la actualidad se ha hecho funcionar el derecho, es que el lenguaje en que está conformado establece enunciados normativos que son generales y contienen hipótesis abstractas, y que se aplica a situaciones particulares, siempre y cuando las conductas de los hombres se ajusten a las descritas por la norma.

² DEHESA, Gerardo. "INTRODUCCIÓN A LA RETÓRICA Y LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA" P.125. (las cursivas son mías)

³ WROBLESWSKI, Jerzy. "SENTIDO Y HECHO EN EL DERECHO", P. 132.

Son diversos los problemas en el lenguaje: existen problemas para conciliar el lenguaje formal y el lenguaje que realmente se habla; problemas para establecer los límites del lenguaje nacidos de su textura abierta, de su ambigüedad y su vaguedad⁴; como también existen problemas de incongruencia de lenguajes con diferentes niveles como el lenguaje del Derecho, incluido el mexicano.⁵

Como lenguaje el derecho debe entenderse para aplicarse cuando se actualice la norma general, en ocasiones esto es sencillo pero existen casos en los cuales no es simple saber si la conducta se adecua a la norma y se actualiza la consecuencia, o casos en los cuales los límites del entendimiento del lenguaje del derecho no son claros, como no lo son cuando las normas son vagas, ambiguas o de textura abierta.

Los problemas referidos inciden, de alguna manera, en el sentido que debe tener el derecho para que cumpla con la función para la cual fue creado; si el derecho es convención social, esta se traduce necesariamente en un lenguaje.

Es incuestionable que como creación humana el lenguaje del derecho tiene límites que nacen de su comprensión por los problemas inherentes al lenguaje de los cuales también el derecho participa,

⁴ En este punto, considero que en la aplicación de la norma jurídica general al caso concreto la ambigüedad y la vaguedad aportan ventajas a quién la hace, porque establece un marco dentro del cual se puede considerar una resolución conforme a derecho con la libertad que permiten al juzgador las fronteras del lenguaje en cuanto a ser vago o ambiguo, y aun cuando esto provoque la existencia de casos difíciles, también da la flexibilidad para resolverlos.

⁵ Partiremos de la hipótesis de que en el derecho mexicano cuenta con tres niveles: el normativo o prescriptivo, el dogmático o descriptivo y el jurisprudencial, los cuales deben de ser congruentes para la aplicación del Derecho, y que de no ser así esta incongruencia puede generar problemas.

los límites no deben ser rebasados ya que de ser así se corre el riesgo de que el lenguaje del derecho se convierta en un sinsentido.

En estos términos podemos sostener que el Derecho debe: Contar con estructura, debe tener congruencia, y en cuanto a su comprensión conocer sus límites entendibles, para poder aplicarlo y cumpla su función de ordenador social.

Los problemas del derecho como lenguaje, cuando no se toman en cuenta, pueden impedir que este funcione con la fluidez indispensable y operativamente con el menor número de conflictos, y cumplir con su función de permitir la vida social del hombre. Lo que puede chocar con el mínimo de certeza con que deben contar los súbditos del Estado para tomar la decisión de realizar cualquier acto jurídico o tomar la decisión de ir a un proceso, o cualquier decisión relacionada con las normas jurídicas.

Existen problemas al utilizar el lenguaje del Derecho el cual es una convención social, por estas causas es dable seguir que también por convención podemos tratar de establecer las forma de solucionarlos como reglas o principios, que si son usados dentro de un marco, la mayoría pueda convenir que su aplicación es conforme a derecho.

Por lo tanto comprender los problemas del derecho como lenguaje es necesario, y para tal efecto debemos hacer una descripción y análisis del mismo en cuanto a los problemas referidos, para que con base en la distinción de sus límites podamos tratar de entender la frontera en que la utilización

del lenguaje del derecho cumple con el sentido para el cual fue creado y cuando no, para efectos de lo anterior proponemos el siguiente desarrollo.

1.1. EL LENGUAJE.

“El ser humano habla. Hablamos en la vigilia y en el sueño. Hablamos sin parar, incluso cuando no pronunciamos ninguna palabra, sino que escuchamos o leemos; hablamos tanto si nos dedicamos a una tarea o si nos abandonamos en el ocio. Hablamos constantemente de una u otra forma. Hablamos, porque hablar es connatural al ser humano. El hablar no nace de un acto particular de la voluntad. Se dice que el hombre es hablante por naturaleza. La enseñanza tradicional dice que el hombre es, a diferencia de la planta y de la bestia, el ser vivo capaz de hablar. Esta afirmación no significa que el hombre posea junto a otras facultades, la capacidad de hablar. Más bien quiere decir que es el propio lenguaje lo que hace al hombre capaz de ser el ser vivo que es en tanto que hombre. El hombre es hombre en cuanto que es capaz de hablar.’ MARTIN HEIDEGGER”.⁶

Con estas ideas Martín Heidegger sostiene que “El hombre es hombre en cuanto que es capaz de hablar”.⁷ El hombre es un ser social por que puede hablar, por que tiene lenguaje, éste le permite la vida gregaria, define al ser humano, por que no sólo le permite definirse como ser social, sino auto definirse asi mismo, tener conciencia de si mismo, y hasta tratar de delimitarse.

Sin embargo el lenguaje es algo vivo, un constante evolucionar que no podemos delimitar, sino dejar que este fluya dentro de un marco que permita la vida social, convirtiendo al lenguaje en un instrumento básico de lo social.

⁶SHIMOMURA, Flor de María http://www.derecho.usmp.edu.pe/1ciclo/redaccion_lenguaje_juridico_I/sinopticos.htm

⁷ Ídem.

Es difícil tratar de entender al hombre como ser humano sin habla, ¿Cómo podría haber sociedad?
o ¿Cómo podría haber Derecho sin lenguaje?

El lenguaje es lo que distingue a los hombres de los demás seres vivos y les permite convivir con otros hombres, fijar convencionalmente las reglas de sociales ya sea de manera expresa o de manera tácita.

Con lenguaje la vida en sociedad es posible y ordenada, por eso podemos convenir que el lenguaje es un instrumento para que la vida en sociedad de los seres humanos se pueda dar.

Podemos afirmar que entender el lenguaje es esencial para entender al hombre, a la sociedad y al Derecho. Para que exista una sociedad donde la convivencia de sus miembros sea regida por el Derecho y todo lo que éste implica, es necesario que el hombre tenga lenguaje.

El lenguaje ha sido definido de muchas maneras, y existe coincidencia en el punto de que el lenguaje sirve para algo, ya sea para la comunicación ínter subjetiva o para el pensamiento individual.

Algunos puntos de vista sostienen que el lenguaje es convencional⁸, y que esta convención, por voluntad expresa o tácita del ser humano, crea un sistema que vale no por los datos aislados que lo

⁸ ABBAGNANO, Nicola, "DICCIONARIO DE FILOSOFÍA", p. 722.

conforman sino por la relación de estos en la estructura del sistema del lenguaje y que debe entenderse abarcando a los que usan el lenguaje.

En este sentido Mario Bunge⁹ conceptualiza el Lenguaje como un sistema de signos que sirven para **comunicar** y pensar. Sostiene que el lenguaje se puede generar naturalmente de manera histórica o artificialmente, o en una mezcla de estos dos tipos, afirma que una de sus características es que el lenguaje está constituido por signos convencionales. Estos signos significan algo en relación con otros signos, pero pierden su significado si se les ve aisladamente. Lo anterior nos sirve para interpretar un símbolo dudoso, ya que al situarlo en un contexto lo podemos llegar a entender. Con lo anterior podemos eliminar ambigüedades, y le da al lenguaje una naturaleza sistémica. Advierte que al lenguaje lo hace operar la comunicación.

Nicola Abbagnano entiende por lenguaje el uso de los signos intersubjetivos, estos son los que hacen posible la comunicación. Mediante el uso se hace posible la elección (institución, mutación, corrección) de los signos y la posible combinación de tales signos en modos limitados y repetibles. El problema del lenguaje es la intersubjetividad, "... No es sino una forma de este problema el del 'origen' del lenguaje debatido en los siglos XVII y XIX: sus dos soluciones típicas no son, en efecto, más que dos maneras de garantizar la intersubjetividad de los signos lingüísticos. Que el lenguaje se origine en **la convención**, significa simplemente que la intersubjetividad es fruto de la estipulación, de un contrato entre los hombres y que el lenguaje se origine en la naturaleza

⁹ BUNGE, Mario, "DICCIONARIO DE FILOSOFÍA" p 120.

significa simplemente en que tal intersubjetividad está garantizada por la relación del signo lingüístico con la cosa, o con el estado subjetivo a que se refiere...”¹⁰

Es claro que muchos de los problemas para el uso del lenguaje se derivan de la intersubjetividad del mismo, que aun en el caso del lenguaje visto como una creación convencional que su estipulación y entendimiento se deriva de acuerdos, esto sin lugar a dudas genera problemas, en tanto que la convención se lleva a la práctica donde existen puntos de claridad donde el acuerdo acerca de los signos del lenguaje y de lo que estos significan es aceptable por todos sus actores, pero hay puntos del lenguaje afectados de vaguedad, obscuridad, imprecisión, en donde el acuerdo intersubjetivo del uso del lenguaje crea gran dificultad para su operación, cuestiones que desde luego el derecho no puede estar exento.

Para efectos de la presente investigación nos limitaremos a entender el lenguaje en el sentido de que este, por lo menos en el campo del lenguaje del derecho, es convencional, entanto en la forma de generar sus signos, como en la forma de utilizarlos, que invariablemente con su uso, va transformandose. De esta manera se debe fijar su estructura y su utilidad; y lo que la comprensión limitada del lenguaje del derecho puede producir, es decir donde tiene sentido el derecho y su aplicación y donde puede llegar a ser un sinsentido, y que esto aun no sólo depende de la intersubjetividad con que se utiliza y se entiende, si no por la forma jerarquizada en la cual esta formulado el lenguaje del derecho, de que debe existir congruencia en los diferentes niveles del lenguaje que se utilizan en el proceso de su aplicación, es decir el lenguaje del derecho funciona dentro de su estructura o sistema.

¹⁰ ABBAGNANO, Nicola, “DICCIONARIO DE FILOSOFÍA”, p. 722.

El lenguaje es convencional, y una de sus principales características es que está compuesto de símbolos, como tal, siguiendo a Juan José Moreso¹¹, puede analizarse desde tres puntos de vista con los cuales se puede establecer una relación entre normas y derechos; tales puntos de vista es él: “a) **sintáctico**, que estudia la estructura y relaciones entre símbolos; b) **semántico**, que estudia la relación entre los símbolos y sus significados; c) **pragmático**, que estudia la relación entre los símbolos y su uso.”¹²

Sin tomar una postura única al respecto, debido a que tajantemente no podemos separar tanto las concepciones sintácticas, semántica y pragmática, porque de alguna manera todas se complementan, nos interesa enfocar este estudio de lenguaje, derecho y aplicación desde el enfoque semántico, por que con el lenguaje del derecho se pueden hacer cosas,¹³ y que sin embargo podemos utilizarlo y por lo tanto entenderlo, en mucha medida, por la relación que existe entre sus símbolos y la manera en que estos se usan.

¹¹ ENCICLOPEDIA IBEROAMERICANA DE FILOSOFÍA, “EL DERECHO Y LA JUSTICIA”, p. 105 y 106.

¹² Ídem. Este tema no será analizado a fondo en la presente investigación, sino en la medida en que su cita sea necesaria, ver más en ENCICLOPEDIA IBEROAMERICANA DE FILOSOFÍA (2000), “EL DERECHO Y LA JUSTICIA”

¹³ Ídem.

1.2. EL LENGUAJE OBJETO Y EL METALENGUAJE

EL lenguaje del derecho toma sus signos del lenguaje natural, pero por la especificidad de su significado, sin dudas el derecho es un lenguaje diverso del natural, no obstante que comparte sus signos; como hemos sostenido en la presente investigación, el lenguaje del derecho esta conformado, para su creación, su estudio o aplicación, de una forma jerarquizada respecto de su parte normativa, dogmática y jurisprudencial, razón por la cual y para su entendimiento, podemos decir que estos usos del lenguaje del derecho son sus niveles de operación para su aplicación.

El derecho como lenguaje tiene niveles, que podemos llamar estados o usos diferentes, estos son: el normativo, el dogmático o metalenguaje y el jurisprudencial, por la operación jerarquizada del derecho deben tener cierta congruencia para poder funcionar.

Podemos decir en primera instancia que: la congruencia del sistema jurídico, viene de su jerarquización, en los términos referidos.

Aun que también le da congruencia al derecho la equidad en cuanto a su aplicación, como forma de dar plenitud al sistema jurídico, que se utiliza expresa o tácitamente tanto por los operadores jurídicos como por la sociedad, por que si es utilizado el derecho de diversa forma a la intención con la fue creado o evolucionó, esto lo llevaría a un sinsentido, con los consabidos problemas que esto ocasiona. En la misma tesitura podemos ubicar el que la costumbre o la cultura jurídica, sin lugar a dudas le dan congruencia a nuestro sistema jurídico.

El derecho es un lenguaje jerarquizado, y como tal debe existir conformidad entre los niveles de jerarquía superior con los de jerarquía inferior, para seguir utilizando el derecho que se tiene, en un espacio o momento determinado, o si la realidad lo exige por que a veces, la aplicación jerarquizada nos puede llevar a sin sentidos, debe evolucionar para adecuarse a la sociedad existente, aun y cuando evolucione para su operación respeta la estructura jerarquizada de niveles del lenguaje del derecho para su aplicación.

El derecho es producto de sociedades determinadas en cuanto a un tiempo, espacio y cultura, aun y cuando el derecho usa los signos del lenguaje natural, podemos denominarlo como un lenguaje por que los objetos que estos signos designan y significan, alcanzan un significado diverso al que puede entender el común de la gente, y eso es lo que hace de los simbolos un lenguaje y por lo tanto participa de los mismos problemas del lenguaje.

Aún y cuando las palabras que conforman el lenguaje del derecho, son las mismas del lenguaje natural, de acuerdo a su función, prescriptiva o descriptiva, o una combinación de ambas, las palabras que conforman el lenguaje del derecho se usan de manera diferente dentro de nuestra sociedad a las del lenguaje común.

El lenguaje puede estudiarse en dos niveles:

a) El nivel propiamente de lenguaje o lenguaje natural, el cual puede ser objeto de estudio y por lo tanto de referencia, y

b) El nivel del lenguaje que se refiere y significa al lenguaje objeto; esta posibilidad acontece cuando el lenguaje objeto no contenga expresiones para auto referirse y significarse, cuando esto sucede se hace necesario un metalenguaje o lenguaje que lo describe.

Es clara la necesidad de entender al lenguaje no sólo como un conjunto de signos, sino existe también la necesidad de tener al lenguaje como objeto de estudio al que nos podemos referir ya sea para su creación, modificación o estudio.

Por esto podemos utilizar una clasificación del lenguaje como: lenguaje objeto y metalenguaje, por lo tanto podemos concluir que el lenguaje tiene desde este punto de vista dos espacios, que en lo subsiguiente llamaremos, niveles el lenguaje.

Llamaremos lenguaje objeto, al que es empleado para referirse a elementos no lingüísticos; y llamaremos **metalenguaje** al que es empleado para referirse a expresiones de un lenguaje objeto.¹⁴

Nicola Abbagnano¹⁵ al referirse al lenguaje objeto sostiene que existe una correspondencia entre este y el metalenguaje cada vez que se considera un lenguaje como semanticamente cerrado, cuando no tiene estos signos que autoreferían a sus signos. Lo cual nos lleva a distinguir el lenguaje el lenguaje del cual se habla, y el lenguaje con el que se habla y con el que se construye la definición verdadera del lenguaje objeto.

¹⁴ BUNGE, Mario, "DICCIONARIO DE FILOSOFÍA", p 122.

¹⁵ ABBAGNANO, Nicola, "DICCIONARIO DE FILOSOFÍA", p. 732-733.

Al respecto Rolando Tamayo sostiene que: “En cualquier investigación sobre el lenguaje existe alguno que constituye el objeto de la investigación, y un metalenguaje que se usa para hablar del lenguaje objeto. Cualquier lenguaje, no importa lo simple o complejo que sea, es un lenguaje-objeto cuando se habla de él; cualquier lenguaje es un metalenguaje cuando es usado para hablar de un lenguaje objeto.”¹⁶

¹⁶ TAMAYO, Rolando, “ELEMENTOS PARA UNA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO”, p. 318.

2. EL DERECHO COMO LENGUAJE

La sociedad necesita para existir del lenguaje, éste permite la comunicación interpersonal de sus miembros, con la comunicación sus miembros tienen la posibilidad de establecer las reglas de convivencia, y hacer posible la convivencia, así las cosas el lenguaje permite la vida del hombre en sociedad.

El derecho es un conjunto de símbolos; que aun y cuando toman estos del lenguaje natural su significado designa objetos en esencia diferentes, esta característica convierte al derecho en un lenguaje.

El lenguaje del derecho es la especie de lenguaje que permite la vida en sociedad, pero para que éste pueda operar, el derecho debe conocerse, comprenderse, entenderse, y para esto debe existir un marco o límites donde por convención social se fijen y se acuerde expresa o tácitamente cuales son. Este lenguaje y su marco, cuando es jerarquizado, como lo es el lenguaje del derecho, debe tener una congruencia en cuanto a las diversas modalidades en que podemos utilizarlo de acuerdo a su función o sus niveles.

“(...) los seres humanos poseen(...) el logos que los capacita para informarse mutuamente(...) el hombre(...) puede pensar y puede hablar(...) puede comunicar todo lo que piensa; lo que es más,

gracias a esa capacidad de comunicarse con las personas puede pensar *en lo común*, tener conceptos comunes, sobre todo aquellos conceptos que posibilitan la convivencia los hombres sin asesinatos homicidios, en forma de vida social, de una constitución política, de una vida económica articulada en la división del trabajo. Todo esto va implícito en el simple enunciado de que el hombre es el ser vivo dotado de lenguaje.”¹⁷

¹⁷ GADAMER, Hans. “VERDAD Y MÉTODO II”, p. 145.

2.1. USOS DEL LENGUAJE

El derecho, en su mayor parte, está formulado en lenguaje prescriptivo, por lo tanto es necesario delimitar y analizar los usos del lenguaje, en especial el uso prescriptivo del mismo, y poder entender el derecho como lenguaje.

Existen diversos usos del lenguaje como lo son: Informativo, expresivo, interrogativo, operativo y prescriptivo o directivo.¹⁸

El uso informativo de lenguaje se da cuando este sirve para describir estados de cosas, este se expresa en proposición, de las cuales podemos predicar su verdad o falsedad.

Por otra parte el uso expresivo del lenguaje se da cuando este declara o provoca emociones.

Hay uso interrogativo si con el lenguaje se requiere información del interlocutor.

Por otra parte existe uso operativo del lenguaje cuando al decir ciertas palabras en determinadas condiciones esto lleva la implicación de realizar la acción referida e las palabras.

Así las cosas el uso prescriptivo o directivo del lenguaje existe cuando el que habla tiene la pretensión de dirigir la conducta de otro o inducirlo a que adopte un determinado curso de acción,

¹⁸ SANTIAGO, Carlos. "INTRODUCCIÓN AL ANÁLISIS DEL DERECHO", p. 63-66.

las oraciones directivas utilizan palabras deónticas donde se pretende obligar, permitir, prohibir, o utilizar palabras modales, como necesario, posible o imposible.

Una de las características de las prescripciones u órdenes es que son emitidas con una superioridad del emisor respecto del destinatario.

A estas órdenes o mandatos generalmente se les llama prescripciones, pero prescripción denota más amplitud, en ella también puede enmarcar enunciados que no son órdenes como las permisiones o autorizaciones, aun cuando existen autores (Austin)¹⁹ que sostiene que estos son mandatos tácitos por que el soberano los permite.

Así las cosas tenemos que el derecho como instrumento de lo común, es un lenguaje especializado y en su mayoría prescriptivo, donde existe un ente soberano que puede exigir en determinado momento el cumplimiento de la conducta en cuestión, en los términos en que este ordenada por las normas, porque solo así puede delimitar el margen de su aplicación, en cualquiera de los ámbitos estrictamente hablando, es decir en su creación o aplicación ya sea jurisdiccional, legislativa o ejecutiva.

No podría ser de otra manera ya que carecería de sentido que las normas jurídicas, los principios, las reglas de derecho no estuvieran dentro del marco del lenguaje puesto, con el que se comunica la sociedad.

¹⁹ AUSTIN, John. "El objeto de la jurisprudencia".

Sería muy riesgoso el hecho de que en la sociedad no existiera un derecho puesto, jerarquizado y sistematizado, y que se confiara en su mayoría la aplicación de este la cultura jurídica de una sociedad, la cual además de las dificultades para que esta exista, nada garantiza que sea duradera y continua la adecuada cultura jurídica entre los operadores del derecho y su aplicación.

Si confiáramos que en la aplicación del derecho donde, quedara con un amplio y no muy bien determinado margen, la actuación de los operadores jurídicos, el riesgo es grande, es por esta razón que el derecho debe ser hasta cierto punto rígido, y positivado, debiendo quedar el cierto margen para el momento de individualizar la norma general al caso concreto.

El problema del derecho realmente no se encuentra en cuanto a que este sea puesto o positivo, expresa o tácitamente, sino el problema reside en la comprensión del derecho para su aplicación en sus diferentes niveles o materias, puesto que en un sistema de legalidad, la actuación de las autoridades que crean y aplican el derecho debe tener fundamento y motivo en el mismo, por lo tanto debe de existir un derecho positivo.

El problema nace en cuanto a su comprensión y que debemos entender por esta, porque si el derecho, y los signos que lo componen, no fueran comprendidos por sus miembros habría un caos en el cual la vida social como actualmente la conocemos sería muy difícil.

Es concedido por los juristas que el derecho es un lenguaje, que opera en última instancia por convención social, que parte del lenguaje natural pero tienen características, que lo hacen un lenguaje especial, el lenguaje del Derecho.

Genaro R. Carrió al respecto sostiene: “Las normas jurídicas (*que en importante medida conforman una parte del derecho*)²⁰ en cuanto autorizan, prohíben o hacen obligatorias ciertas acciones humanas, y en cuanto suministran a los súbditos y a las autoridades las pautas de comportamiento, están compuestas por palabras que tienen las características propias de los lenguajes naturales o son definibles en términos de ellas. Esa no es una circunstancia meramente accidental; tampoco debe ser vista como un defecto grave ni como una insuficiencia irremediable de la técnica de control llamada derecho. El uso eficaz de esta técnica reclama que las reglas jurídicas sean comprendidas por el mayor número posible de hombres. La función social del derecho se vería hoy seriamente comprometida si aquellas estuvieran formuladas de manera tal que solo un grupo muy pequeño de iniciados pudiese comprenderlas. Por ello es legítimo decir que las normas jurídicas no sólo se valen del lenguaje natural sino que, en cierto sentido tienen que hacerlo.”²¹

“El jurista utiliza enunciados quizás inusuales para el ciudadano común por no estar vinculado con la ciencia jurídica. Cuando el lector es capaz de entender un texto, podrá recordar los que ha leído, suplir los elementos que no contiene y enjuiciar críticamente los contenidos.”²²

“Es verdad que los juristas se han esforzado por crear un lenguaje en cierto modo artificial, de contenidos más precisos, para alcanzar un mayor rigor expositivo. Esa terminología especial se ha incorporado a las normas jurídicas, por lo menos en algunos sectores (p. ej., en el derecho civil). También es verdad que palabras como ‘capacidad’, ‘menor’, ‘heredero’, ‘domicilio’, en boca de un

²⁰ Las cursivas son mías.

²¹ CARRIÓ, Genaro. “NOTAS SOBRE DERECHO Y LENGUAJE”, 49.

²² LASTRA, José Manuel. “DERECHO A LA LENGUA Y EL LENGUAJE JURÍDICO”, 180.

jurista y en un contexto jurídico, tienen por lo general mayor precisión que en boca de un lego y en un contexto de lenguaje cotidiano. Es innegable que ‘donar’, como palabra jurídica tiene contornos más definidos que la palabra coloquial, ‘regalar’;...”²³ por los anteriores argumentos podemos concluir que el derecho es un lenguaje.

El derecho como lenguaje es semánticamente cerrado, por eso es necesario establecer un lenguaje diferente del derecho para entenderlo, un metalenguaje, que hable del lenguaje normativo, para permitir a otros leerlo, interpretarlo, por eso el lenguaje del derecho debe tener niveles que se auto integren para que cumpla con su función.

Si partimos de estas ideas podemos concluir que es necesario el lenguaje para que el hombre pueda vivir en sociedad dado que de este depende la comunicación, y que este instrumento social que es el lenguaje tiene gran el problema de la comprensión.

Ya lo dice Karl Olivecrona: “Cuando usamos este lenguaje (el del derecho) parece que nos moviéramos en una esfera de realidad diferente a la del mundo sensible”²⁴

Aún cuando sería útil y deseable que el derecho, como pieza clave de la convivencia social, fuera conocido por todos los miembros de la sociedad, el derecho tiene un lenguaje propio y quién sabe ese lenguaje especializado es el jurista, quién como afirma Victoria Iturralde siguiendo a “Scarpelli, ‘... no puede evitar las cuestiones semánticas: las operaciones realizadas por el jurista atañen al lenguaje, y, a cada paso él debe determinar y forjar significados, reconocer, construir o

²³ CARRIÓ, 1990: 51.

²⁴ OLIVECRONA 2001: 9.

reconstruir relaciones semánticas, sintácticas y pragmáticas' ...”²⁵, es decir aún el que sabe derecho debe crear un metalenguaje de las normas jurídicas, para leerlas, donde tenemos ya dos niveles de lenguaje del derecho.

“El problema de la comprensión ha ido adquiriendo actualidad en los últimos años, en parte al compás de la situación política y social del mundo y de la agravación de las tensiones que caracterizan nuestro presente. Se constata en todas partes que los esfuerzos de entendimiento entre las zonas, las naciones, los bloques o las generaciones parecen fracasar ante la falta de un lenguaje común y que los conceptos en uso hacen de estímulos que refuerzan los contrastes y agudizan las tensiones que se trata de eliminar. Baste recordar lo que ocurre con palabras como «democracia» o «libertad».”²⁶

²⁵ ITURRALDE, Victoria, “LENGUAJE LEGAL Y SISTEMA JURÍDICO”, p 29.

²⁶ LASTRA, 2003: p. 181

2.2. ELEMENTOS DEL LENGUAJE DEL DERECHO Y ALGUNOS DE SUS PROBLEMAS

Partiremos de que el derecho es un lenguaje y en ese sentido estudiaremos al lenguaje en cuanto a los elementos que comúnmente se le han atribuido y algunos de los diferentes tipos de clasificar al lenguaje, o maneras de entenderlo, que se usan.

En cuanto a los elementos del lenguaje Mario Bunge²⁷ entiende el lenguaje como:

- a) Sistema de signos que sirven para comunicar,
- b) Que pueden existir de manera natural o artificial;
- c) Que sus signos son convencionales;
- d) Que deben elucidarse en términos de otros símbolos, porque estos aislados no son significantes;
- e) Que para interpretar los símbolos dudosos los debemos situar en un contexto.

Es de destacarse que entiende que el lenguaje se conforma de signos convencionales con valor por su pertenencia a un sistema y que existen problemas para su interpretación que se resuelven ubicando los símbolos en un contexto.

Nicola Abbagnano²⁸ sostiene que el lenguaje se caracteriza por:

²⁷ BUNGE, 2001: 120.

²⁸ ABBAGNANO, 2003: 722.

- a) Ser el uso de signos intersubjetivos (por que hacen posible la comunicación *entre individuos*);
- b) Que el problema del lenguaje es el problema de la intersubjetividad de los signos;
- c) Que el lenguaje se origina en la convención (fruto de la estipulación entre los hombres).

Es importante entresacar de estas ideas que existe acuerdo en que el lenguaje es convención entre hombres y que como tal tiene la función de comunicar y que esto ocasiona problemas en cuanto a su comprensión, es decir establecer sus límites.

2.3. LÍMITES

La búsqueda de los límites del lenguaje del derecho puede ser útil para encontrar su sentido y permitir una aceptable aplicación, sirve para entender esta postura el análisis que Genaro R. Carrió realiza del pensamiento de Wittgenstein quién: “Quería descubrir la ubicación exacta de la línea que separa el sentido y el sinsentido, de modo que los hombres pudiéramos darnos cuenta de que hemos llegado a ella y detenernos... La finalidad que este autor persiguió no fue simplemente dar instrucciones determinadas a evitar que los hombres tratemos de decir lo que no se puede decir con palabras, también procuró entender la estructura de lo que puede decirse con ellas.”²⁹

Las anteriores ideas en el campo del derecho son muy importante ya que el derecho como lenguaje que permite la vida del hombre en sociedad, debe tener un marco de comprensión para su aplicación, en donde sepamos cuando una situación particular esta prevista o no por el derecho y si determinada resolución cabe dentro del marco de lo que entendemos y aceptamos por Derecho, es decir cuando la aplicación del Derecho es un sinsentido y cuando no.

²⁹ CARRIÓ, 1990: 262.

2.4. PROBLEMAS DEL ENTENDIMIENTO DEL LENGUAJE DEL DERECHO QUE INCIDEN EN SU APLICACIÓN

Además existen diversos problemas relacionados con los diferentes tipos de lenguaje o maneras de entenderlo en cuanto al uso que hacemos de este, estos inciden como consecuencia en la aplicación del lenguaje del Derecho, uno de estos problemas es el derivado de lenguaje formal o el normalmente hablado, con relación a este tópico Wittgenstein³⁰ sostuvo que el lenguaje tenía dos corrientes, que Kaufman llamó bidimensionalidad del lenguaje: la primera en el sentido de que existía un lenguaje Ideal, es decir un lenguaje artificial, estrictamente formal y que podemos identificar con el lenguaje racional; y la segunda que en la que se refería al lenguaje normal hablado con el que se debe reducir las palabras provenientes de la esfera metafísica a su significado original y a través de la utilización correcta del lenguaje natural eliminar ambigüedades conceptuales, a decir de Kaufman ninguna corriente ha logrado triunfar sobre la otra, porque en el lenguaje realmente hablado se entrelazan ambas dimensiones.

El lenguaje del Derecho participa de esta problemática, al respecto valdría la pena preguntarse si ¿éste obstáculo no se presenta en toda convención que crea lenguaje? y si la solución a esta situación ¿no podría ser?: entender de que al existir siempre una bidimensionalidad entre el lenguaje formal y el que materialmente utilizamos esta no es más que aparente, y nos debería llevar no a buscar los elementos que los separan y hagan más marcada la bidimensionalidad del lenguaje sino son sólo a aceptar que son un complemento necesario para que puedan operar dentro

³⁰ KAUFMAN, A. "Filosofía del derecho", p. 231.

de límites enmarcados en lo más general que pueda aceptar el entendimiento colectivo que la sociedad tiene de los signos que conforman el lenguaje del derecho, y así poder afirmar que el lenguaje formal da un mínimo necesario de orden para que éste pueda operar y que el lenguaje realmente hablado basándose en él opera en el mundo cotidiano.³¹ Y que el lenguaje que realmente utilizamos por convención un estrecho vínculo con el formal, que también es creado por convención, lo cual los hace uno mismo sólo ubicados en diferente nivel y que por tanto deben de ser congruentes.

Con relación a los problemas del lenguaje jurídico sostiene Carlos Santiago Nino que: “La dificultad... se debe... a que el lenguaje natural, al que hay que recurrir para comunicarse, padece ciertos defectos endémicos que dificultan la transmisión clara del mensaje”.³² Es claro que los operadores jurídicos deben buscar las formas de sortear estos problemas para que el derecho funcione lo mejor posible.

Es importante resaltar que los signos convencionales que conforman el lenguaje tienen dos niveles en cuanto a la operación de su función, y el derecho no es la excepción, que podemos identificar como el lenguaje ideal o formalmente puesto y el que se utiliza en la vida cotidiana, complementario del primero, es decir los signos establecidos y como entendemos en la intersubjetividad los signos para su utilización, que en el campo del Derecho podemos llamarlo para su aplicación, de lo que podemos vislumbrar la idea de que tajantemente adoptar alguna de las posturas no nos llevaría a mucho para la operatividad del lenguaje y para entender sus límites.

³¹ Dejamos de lado la discusión de cuál de las dos dimensiones fue primero o cual general cual.

³² SANTIAGO, Carlos. “Introducción al análisis del derecho”, p. 259.

Otros de los problemas relacionados con el entendimiento de los límites del lenguaje y de lo cual el Derecho participa, es el que nace de lo que denominamos ambigüedad, vaguedad y textura abierta de los signos que lo conforman.

2.5. AMBIGÜEDAD, VAGUEDAD, TEXTURA ABIERTA Y OTROS PROBLEMAS DEL LENGUAJE JURÍDICO.

2.5.1. AMBIGÜEDAD

“Se dice que un signo es ambiguo si designa o denota más de un objeto.”³³ Esto nos lleva a concluir que los signos no siempre designan sólo una cosa, es decir una palabra puede significar a más de un objeto, y es claro que dentro del campo del derecho existen signos y situaciones en el mundo material idénticas, que tienen diversas implicaciones para el campo del derecho mismo.

Cuando una palabra es ambigua sostiene Genaro R. Carrió, “... el significado de las palabras está en función al contexto lingüístico en que aparecen y de la situación humana dentro de la que son usadas.”³⁴

Moreso clasifica la ambigüedad de una expresión lingüística como: “extra contextual... si tiene varios sentidos al margen de cualquier contexto, pero dispone de un significado unívoco cuando es situada en un contexto determinado...” “contextual si tiene varios significados en un contexto determinado.”³⁵

Carlos Santiago Nino³⁶ refiere que hay ambigüedad semántica y sintáctica:

³³ BUNGE 2001: 6.

³⁴ CARRIÓ, 1990: 29.

³⁵ ENCICLOPEDIA IBEROAMERICANA DE FILOSOFÍA (2000): 110.

³⁶ SANTIAGO, 2001: 260-262.

La Semántica da lugar a equívocos por que los diversos significados de la palabra tienen estrecha relación como en el caso de las palabras que refieren tanto al proceso como al producto del mismo, como la palabra pintura.

Además este tipo de ambigüedad muchas veces se origina en tipos de metáforas como ocurre al llamar arteria a una calle de ciudad.

Siguiendo las ideas del autor, la ambigüedad sintáctica se puede dar cuando existen conexiones de este tipo que produce diversos significados, entre otras, como la que podría nacer al usar el conectivo o en la oración de que “es posible viajar en avión con un abrigo o un bolso de mano” el receptor del mensaje podría dudar si puede viajar con ambas o sólo con una de esas cosas.

2.5.2. VAGUEDAD Y TEXTURA ABIERTA

“Hay partes de la realidad de las que no se puede decidir... si pertenecen o no a una clase lingüística dada. Esta indecidibilidad es el rasgo definitorio del lenguaje vago...”³⁷

“Una palabra (o un concepto o proposición) se denomina vaga cuando su significado no está bastante determinado y, de tal manera, existen casos en los cuales parece imposible decidir si es aplicable o no lo es.”³⁸

³⁷ WROBLESWSKI, 2003: 134.

³⁸ ABBAGNANO, 2003: 1172

Respecto de la vaguedad Genaro R. Carrió explica: “...Todo cuanto podemos decir es que hay casos centrales o típicos, frente a los cuales nadie vacilaría en aplicar la palabra, y casos claros de exclusión respecto de los cuales nadie dudaría en no usarla. Pero en el medio hay una zona más o menos extendida de casos posibles frente a los cuales, cuando se presentan, no sabemos qué hacer.”³⁹ Esto es la vaguedad en el campo del derecho en cuanto a su aplicación.

“Todos los términos genéricos son potencialmente vagos, lo que se conoce como textura abierta del lenguaje; siempre es posible imaginar un objeto del cual no disponemos de criterios para saber si pertenece a la referencia de la expresión. Y ello también vale para lenguajes artificiales.”⁴⁰

Respecto de “las palabras vagas ... puede(n) clasificarse en tres zonas: una de claridad, constituida por hechos denotados con certeza...; otra de oscuridad, formada por hechos respecto de los cuales se sabe con seguridad que la palabra no se aplica..., y la última de penumbra, constituida por casos a propósito de los cuales dudamos en aplicar o no el término.”⁴¹

Siguiendo a Carlos Santiago Nino⁴², existe una vaguedad combinatoria cuando se usa cierta palabra para denotar diferentes cosas que no comparten las mismas propiedades relevantes, como lo es el caso de la palabra juego, que no denota ninguna propiedad necesaria que sirva por si sola para emplearla, como el caso del ajedrez, la lotería, el fútbol, etc.... donde no parecen tener ningún elemento común

³⁹ CARRIÓ, 1990: 30.

⁴⁰ ENCICLOPEDIA IBEROAMERICANA DE FILOSOFÍA (2000): 109.

⁴¹ SANTIAGO, C. 2001: 264.

⁴² Ídem: 265.

2.5.3. TEXTURA ABIERTA DEL LENGUAJE.

Este problema del lenguaje del Derecho tiene mucha relación con el generado por la vaguedad del mismo.

Podemos decir que la textura abierta del lenguaje del derecho se refiere a que en los casos vagos de las palabras que conforman o que entendemos por derecho donde el caso por resolver no tiene una resolución clara y generalmente aceptada, queda abierta la posibilidad de que quién decide en el caso de que se trate pueda tener un margen discrecional para emitir su resolución, con relación al tópico.

Siguiendo a Hart⁴³ podemos decir que en la interpretación de las palabras del lenguaje general siempre existen casos claros en donde el reconocimiento de su significado no requiere interpretación y su reconocimiento pareciera automático, pero sin embargo existen variantes de estos casos familiares donde el límite de reconocimiento se pierde y entra en crisis la comunicación por que se podría fallar tanto a favor como en contra de utilizar el lenguaje general en el caso concreto, por lo tanto para la elección de los signos del lenguaje es necesario saber si el caso particular se asemeja suficiente al lenguaje general, esto nos lleva a un ámbito de discrecionalidad del lenguaje y a una situación de elección de quién ha de utilizar el lenguaje general al caso concreto, algo análogo sucede en el lenguaje prescriptivo del Derecho, en el que se comunican pautas o criterios de conducta, ...por mucho que estos operen sin dificultades respecto

⁴³ HART, H. "El concepto de derecho",:158 - 159.

de la gran masa de casos ordinarios, en algún punto en que su aplicación se cuestione las pautas resultarán ser indeterminadas; tendrán lo que se ha dado en llamar una ‘textura abierta’.⁴⁴

En estos términos sostiene Hart que la textura abierta del derecho significa: “... que hay, por cierto, áreas de conducta donde mucho debe dejarse para que sea desarrollado por los tribunales o por los funcionarios que procuran hallar un compromiso, a la luz de las circunstancias, entre los intereses en conflicto, cuyo peso varía de caso a caso.”⁴⁵ Es decir que el lenguaje del derecho no está terminado sino abierto, cuya apertura depende del caso concreto al que se pretenda aplicar la norma, ponderando situaciones, principios, valores, etc., pero aun cuando el lenguaje del derecho participe de la textura abierta del lenguaje debemos recordar que para no llegar a sinsentidos en el mismo es necesario identificar que deben existir límites entre el sentido y el sinsentido dentro del lenguaje del derecho, este es otro problema que tenemos en el mundo de la aplicación del lenguaje del derecho.

Para Carlos Santiago Nino⁴⁶ existe textura abierta en las palabras cuando aún las más precisas suscitan dudas acerca de su aplicabilidad ante circunstancias insólitas e imprevistas, lo cual provoca que no podemos encontrar cabalmente un conjunto de propiedades que sea suficiente para el uso de una palabra, sin limitarlas a la condición de que no se dieran circunstancias insólitas o imprevistas que pudieran darse.

Estas ideas nos llevan a concluir que si las palabras entre ellas las del derecho, tienen textura abierta de su significado, la solución no es luchar para definir las, donde esto no sea posible, sino

⁴⁴ Ídem, p. 159.

⁴⁵ Ídem, p. 168.

⁴⁶ SANTIAGO, C. 2001: 266.

dejar un marco donde exista la posibilidad de identificar cuando la resolución de su aplicación, esté dentro de los límites donde tenga sentido llamarle, “conforme a derecho”, o cuando no, y sea entonces un sinsentido para el derecho.

Siguiendo a Carlos Santiago Nino,⁴⁷ podemos encontrar otros posibles problemas de la interpretación del lenguaje jurídico, además de los anteriores, como lo son: La carga emotiva del lenguaje, la fuerza emotiva de las oraciones y las dificultades en la promulgación de las normas.

“La carga emotiva de las expresiones lingüísticas perjudica su significado cognoscitivo, favoreciendo su vaguedad, puesto que si una palabra funciona como una condecoración o como un estigma, la gente va manipulando arbitrariamente su significado para aplicarlo a los fenómenos que acepta o repudia... las definiciones... con carga emotiva son <persuasivas>... puesto que están motivadas por el propósito de orientar emociones...”⁴⁸

Refiere la fuerza de las oraciones como el problema de que estas pueden expresar una aserción, una pregunta, una orden, un deseo, etc. Dependiendo con que fuerza se les dé y de que el receptor tenga la capacidad de entenderla, lo cual indudablemente trae problemas al que no la tenga.

Por último al analizar las dificultades en la promulgación de las normas, establece que existen casos en el que el legislador dice algo totalmente diferente a lo que quiso decir, o al caso de que la publicación oficial de una norma reproduce mal el texto legal o existen diferentes ediciones del mismo.

⁴⁷ Ídem. 269 – 271.

⁴⁸ Ídem. 269.

3. LOS TRES NIVELES DEL LENGUAJE EL DERECHO EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO.

Siguiendo las ideas de la clasificación del lenguaje como: lenguaje objeto y metalenguaje, y que estos son niveles del lenguaje, podemos sostener que el Derecho visto como lenguaje también tiene diversos niveles y que si estos no son congruentes puede ocasionar serios problemas en cuanto a su aplicación.

3.1. LENGUAJE DEL DERECHO Y SU METALENGUAJE.

“La expresión <lenguaje jurídico> es ambigua. Podemos distinguir, al menos, dos sentidos de ella: a) puede referirse al lenguaje en el que se expresan las normas, al lenguaje del derecho (al lenguaje legal, principalmente); b) también se refiere al lenguaje en el que se expresan los juristas, al lenguaje de los juristas acerca del Derecho (al lenguaje de la ciencia jurídica, principalmente) (cf. Wróbleswky, 1966; Capella, 1968, 29-30; Guastini, 1992, 33.)”⁴⁹

El lenguaje puede estudiarse en dos niveles: el nivel propiamente de lenguaje al que si queremos significarlo lo tomaremos como objeto, y el nivel del lenguaje que signifique aquel cuando el primero no contenga expresiones para referirse y significarse a sí mismo un metalenguaje o lenguaje que describe al lenguaje, de aquí nace la necesidad de entender al lenguaje no sólo como un conjunto de signos, sino como un objeto al que los signos pueden referir.

⁴⁹ ENCICLOPEDIA IBEROAMERICANA DE FILOSOFÍA (2000): 105.

Por esto podemos utilizar una clasificación del lenguaje como: lenguaje objeto y metalenguaje, por lo tanto podemos concluir que tiene desde este punto de vista dos niveles el lenguaje.

“Se llama lenguaje objeto al lenguaje empleado para referirse a elementos no lingüísticos. Por el contrario un **metalenguaje** es un lenguaje empleado para referirse a expresiones de un lenguaje objeto.”⁵⁰

Nicola Abbagnano al referirse al lenguaje objeto sostiene que “esta noción nace en correspondencia con la de metalenguaje cada vez que se considera que un lenguaje es ‘semánticamente cerrado’, o sea que no contiene también, como agregado a sus expresiones, los nombres de estas expresiones (como ‘verdadero’ o ‘falso’) que se refieren a ellas. En tal caso en efecto, es necesario distinguir el lenguaje **del cual se habla** y que es el argumento de la discusión y el lenguaje **con el que se habla** y con él cual deseamos construir la definición verdadera para el primer lenguaje.”⁵¹

Partiendo de las anteriores ideas podemos establecer que el lenguaje del derecho podemos observarlo en dos niveles: como lenguaje objeto, que es el normativo o prescriptivo y como metalenguaje que toma como su objeto el referido lenguaje normativo o prescriptivo del Derecho y que es el aparato conceptual que nos permite entender al lenguaje objeto.

⁵⁰ BUNGE, 2001: 122.

⁵¹ ABBAGNANO, 2003: 732-733.

Al respecto Rolando Tamayo argumenta que: “En cualquier investigación sobre el lenguaje existe alguno que constituye el objeto de la investigación, y un metalenguaje que se usa para hablar del lenguaje objeto. Cualquier lenguaje, no importa lo simple o complejo que sea, es un lenguaje-objeto cuando se habla de él; cualquier lenguaje es un metalenguaje cuando es usado para hablar de un lenguaje objeto.”⁵²

Victoria Iturralde sostiene esta afirmación al señalar que: “la distinción de dos tipos de lenguaje jurídico... la realiza por primera vez B. Wroblewski en términos de ‘lenguaje de la ley’ y ‘lenguaje de los juristas’. El lenguaje de la ley -dice- es aquel en el que vienen formuladas la ley y las demás fuentes del derecho, mientras que el lenguaje de los juristas comprende el empleado por jueces abogados, juristas etc., cuando hablan o se refieren al lenguaje del derecho. Desde un punto de vista semántico, el segundo es un metalenguaje del primero, que constituye el lenguaje objeto.”⁵³

Es importante clarificar que esta clasificación de la existencia de un lenguaje objeto en que esta puesto el derecho y del lenguaje de los juristas que es un metalenguaje del lenguaje de la ley que sirve como instrumento para interpretarla, no excluye que ambos niveles del lenguaje del derecho tomen su vocabulario del lenguaje común, aun cuando indudablemente sean distintos.

En este sentido se pronuncia Rolando Tamayo al sostener que “... el lenguaje en que el derecho se formula, se distingue claramente del lenguaje común (del cual aquel toma su vocabulario). El lenguaje del derecho se interpreta según un metalenguaje diferente del lenguaje ordinario. La idea que subyace detrás de esta tesis (la cual permite un claro entendimiento de la doctrina) es que

⁵² TAMAYO, 2003: 318.

⁵³ ITURRALDE, 2000: 30.

justamente la función de la ciencia del derecho consisten en ‘encontrar’ y aplicar los principios de interpretación, la doctrina aplicable a cierto derecho.’⁵⁴

Estas ideas nos llevan a la afirmación de que al existir dos niveles el normativo o prescriptivo y descriptivo o dogmático cuyo objeto es el descriptivo, quiénes los usan deben saber cómo hacerlo y en especial el órgano del estado que aplique el derecho, debe conocer el lenguaje del derecho en sus dos niveles el prescriptivo y el descriptivo o metalenguaje del prescriptivo, sino tiene un metalenguaje para leer el derecho que va a aplicar seguramente su aplicación puede ser equivocada, o incongruente con el lenguaje del derecho que recordemos es convencional.

Kart Olivecrona también distingue los dos niveles del lenguaje del derecho al afirmar que: “El propósito de todas las disposiciones jurídicas, procedimientos judiciales, contratos y otros actos jurídicos, es influir en la conducta de los hombres y dirigirla de ciertas maneras. El lenguaje jurídico tiene que ser considerado, en primer lugar, como medio para ese fin. Es un instrumento de control social y de comunicación social. Podemos llamarlo lenguaje directivo, por oposición al lenguaje informativo.”⁵⁵

De lo anterior podemos extraer que el lenguaje jurídico prescriptivo no sólo se refiere a las normas jurídicas generales dictadas por la autoridad competente mediante el procedimiento previsto por las normas jurídicas, sino que pueden ser también normas particulares dictadas por los órganos jurisdiccionales o incluso mediante los actos jurídicos de los particulares.

⁵⁴TAMAYO, 2003: 141.

⁵⁵ OLIVECRONA, 2001: 47

Siguiendo estas ideas podemos sostener que el Derecho visto como lenguaje también tiene niveles y que si estos no son congruentes puede ocasionar serios problemas en cuanto a su aplicación.

3.2. EL DERECHO MEXICANO ES UN LENGUAJE CON TRES NIVELES.

Si partimos de las anteriores bases podemos concluir que el lenguaje del derecho tiene los siguientes niveles:

- a) El nivel del lenguaje prescriptivo del derecho;
- b) El nivel del lenguaje descriptivo;

Y en el derecho mexicano a demás de los anteriores niveles tenemos:

- c) El nivel del lenguaje de la jurisprudencia, como la entendemos en nuestro sistema jurídico.⁵⁶

Nos referiremos de manera particular a cada nivel del lenguaje del derecho para sentar las bases de lo que para efectos de este trabajo de investigación entenderemos por cada uno dentro del lenguaje del derecho mexicano.

- a) **El lenguaje prescriptivo:** contenido en sus normas en el nivel más amplio de esta idea, normas generales como individuales, y que comprenden todas las normas válidas de nuestro sistema jurídico, este lenguaje es dictado por la autoridad competente para hacerlo

⁵⁶ El tema de la jurisprudencia como la entendemos en nuestro sistema será abordado con mayor amplitud en el capítulo segundo de la esta investigación.

(en algunos casos los particulares al efectuar actos jurídicos permitidos por las mismas normas del sistema) y que constituye los materiales jurídicos objeto al que se refiere el nivel del lenguaje prescriptivo; ⁵⁷en el sistema jurídico mexicano comprende todas las normas jurídicas que lo integran.

b) El lenguaje descriptivo: que refiere tales normas, es decir un lenguaje que su objeto de estudio son las normas,⁵⁸ este es el “lenguaje el cual se significan los materiales jurídicos (constitución, leyes, sentencias) o, mejor el lenguaje en que se significa el lenguaje prescriptivo en que estos materiales se encuentran expresados(lenguaje del constituyente, del legislador o del juez), no es un lenguaje de carácter prescriptivo sino de carácter ‘descriptivo’.”⁵⁹

La función del lenguaje descriptivo es muy clara, “pues mientras los materiales jurídicos (comportamientos o voliciones humanas) crean o establecen el derecho, las proposiciones que componen el lenguaje de la ciencia del derecho conocen el derecho, no lo elaboran.”⁶⁰

c) El lenguaje de la jurisprudencia en el sistema jurídico mexicano.

Para la Suprema Corte de Justicia de la Nación la jurisprudencia “constituye una pieza clave **en la evolución del derecho** al ritmo de la cambiante vida social, se construye mediante la interpretación de las disposiciones constitucionales y legales, realizadas por el Poder Judicial de la

⁵⁷ TAMAYO, 2003: 328

⁵⁸ Idem, p. 331.

⁵⁹ Idem, p. 328.

⁶⁰ Idem, p. 329.

Federación al fijar su sentido y alcance al resolver determinados asuntos con el fin de garantizar a los gobernados certeza jurídica”⁶¹

De esta definición de la Suprema Corte de Justicia de la Nación es importante destacar que incluye como parte de los elementos de la jurisprudencia, las disposiciones constitucionales y legales con las cuales necesariamente se refiere a al objeto sobre el cual trabaja el órgano encargado de construir la jurisprudencia, el Poder Judicial de la Federación, además de referirse a la interpretación como proceso mediante el cual se construye ésta, y que con la jurisprudencia evoluciona el derecho, es decir, se transforma, lo que significa que crea el derecho, forma lenguaje legal prescriptivo.

Si tomamos al derecho como un lenguaje con diversos niveles, podemos decir que la jurisprudencia en nuestro sistema jurídico es un metalenguaje, construido por órganos del Poder Judicial de la Federación, que se refiere al lenguaje prescriptivo del derecho, lo cual lo situaría en el nivel del lenguaje prescriptivo del mismo, pero lo que le da un nivel diverso al referido es que este metalenguaje es obligatorio, es decir no solo se limita a describir el derecho sino que es prescriptivo en cuanto a que su observancia es obligatoria, razón por la cual sostenemos que en nuestro sistema jurídico mexicano existen no sólo dos niveles del lenguaje del derecho sino tres.

⁶¹ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, "LA JURISPRUDENCIA SU INTEGRACIÓN", p 7.

4. LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

Una norma jurídica, es puesta y dada con alguna intención del legislador, por supuesto, pero de una vez dada, adquiere existencia propia pero limitada al sistema jurídico al cual pertenece.

Por lo general las normas jurídicas son el fundamento para modificar el sistema jurídico al ser base para crear nuevas normas jurídicas generales o no, con la condicionante de que sean conformes a la misma y a las de superior jerarquía, porque de no ser así pueden ser anuladas.

Por lo tanto las normas jurídicas en su generalidad, están destinadas, en su mayoría, a crear el derecho, dentro de un sistema jurídico en el momento en que se aplican en el caso concreto, siempre y cuando sea conforme con las normas jurídicas sobre las cuales fue creado.

Para realizar esa aplicación debe utilizarse la interpretación, no sólo de la norma, sino de los hechos que la actualizan, de las pruebas que los acreditan y el contexto de aplicación de no ser así podríamos llegar a un derecho estático y no dinámico.

Para la aplicación de las normas jurídicas hay que interpretarlas y para eso es necesario "... un proceso de comprensión del sentido mismo del precepto contenido en la norma en sí y en conexión con el conjunto de un ordenamiento jurídico... El proceso de interpretación es... complejo por la diversidad de perspectivas que pueden presentarse para concluir el sentido definitivo de una norma que ha de hacerse realidad. Este supuesto, que se da generalmente ante los tribunales, exige a los

jueces o a los juristas que asesoran o concilian, esfuerzos teóricos y prácticos más numerosos y complejos, que constituyen lo que son en general la interpretación y la aplicación del derecho.⁶²

4.1. INTERPRETACIÓN

Nicola Abbagnano, sostiene que la Interpretación es “en general, la posibilidad de referir un signo a su designado o también la operación mediante la cual un sujeto (intérprete) refiere un signo a su objeto (designado). Aristóteles denominó interpretación al libro en el cual estudió la relación de los signos lingüísticos con los pensamientos y la de los pensamientos con las cosas. En efecto para él, las palabras son ‘signos de las afecciones del alma, que son las mismas para todos y que constituyen las imágenes de objetos que son idénticos para todos’ y por lo demás consideró como sujeto activo de esta referencia al alma o al entendimiento.”⁶³

De esta definición podemos entender la interpretación como un proceso, donde no importa el grado de dificultad que el intérprete tenga para significar a su designado, además de que en este proceso existe un sujeto activo, que lo realiza para referir con un signo a su designado es decir al objeto referido. De aquí tenemos que existe en ese proceso:

- a) quién interpreta,
- b) un signo,
- c) un objeto, y
- c) el proceso mediante el cual quién interpreta refiere con signos al objeto que interpreta.

⁶² LÓPEZ Nicolás, FILOSOFÍA DEL DERECHO (II),” P. 96.

⁶³ ABBAGNANO, Nicola, “DICCIONARIO DE FILOSOFÍA”, p. 696.

Para la Suprema Corte de Justicia de la nación la palabra interpretación “Según el diccionario de la lengua española, la palabra ‘interpretación’, derivada del latín *interpretatio*, -onis, significa ‘acción y efecto de interpretar’. A su vez, el vocablo interpretar, provienen del latín *interpretari*, tiene entre otras la siguiente acepción: ‘explicar o declarar el sentido de algo, y principalmente el de un texto.’ En efecto, interpretar un texto equivale a desentrañar su sentido, esto es, a descubrir qué quiso decir quién lo elaboró.”⁶⁴

Rolando Tamayo al respecto sostiene que: “...‘Interpretación’ proviene del lat.: *inerpretatio*, a su vez, del verbo *interpretor* que significa: ‘servir de intermediario’, ‘venir en ayuda de’. El verbo *interpretor* deriva de *interpres*, que significa ‘agente’, ‘intermediario’...”⁶⁵

“*Interpres* designa también al traductor: un intermediario singular: el que aclara, el que explica o que hace accesible (en un lenguaje inteligible) lo que no se entiende. Así, *interpretatio* se aplica a lo que hace aquel que “lee” o entiende otras cosas...”⁶⁶

EL vocablo interpretación tiene dos acepciones “...como en general los vocablos con la misma raíz, puede denotar bien una actividad -la actividad interpretativa- bien el resultado o producto de esa actividad. Por ejemplo, ‘las disposiciones legales sobre la interpretación’ son las que disciplinan la actividad interpretativa; por el contrario, una “interpretación restrictiva” es el resultado de una

⁶⁴ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, “LA JURISPRUDENCIA SU INTEGRACIÓN”, p 9.

⁶⁵ TAMAYO, Rolando, “RAZONAMIENTO Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA”. p.134

⁶⁶ Ídem.

cierta técnica interpretativa. El resultado o producto de la actividad interpretativa no es otra cosa más que el "significado" del objeto interpretado.”⁶⁷

Es indudable que el lenguaje del derecho utiliza un lenguaje diferente al utilizado por el común de la gente no familiarizado con éste. “Generalmente, los documentos normativos, es decir las fuentes del derecho, son formulados no ya en un lenguaje artificial –en el que todos los términos y todos los conectivos sintácticos estén rigurosamente definidos- sino en un lenguaje natural. El lenguaje natural, no está sujeto a reglas semánticas y sintácticas bien definidas. El significado de los enunciados del lenguaje natural, por tanto, es fatalmente indeterminado. De ahí nacen los ‘problemas’ de la interpretación.”⁶⁸

La interpretación como instrumento que sirve para hacer accesible a todos el conocimiento que sólo es accesible a unos cuantos. Y la manera de hacerlo es crear un lenguaje común para que todos podamos significar el objeto que se tiene que interpretar.

4.2. INTERPRETACIÓN JURÍDICA

Si tomamos el derecho como lenguaje y que este es parte de la vida humana en sociedad, el lenguaje del derecho necesariamente debe estar construido a través de signos que refieren objetos a los cuales significan.

⁶⁷ GUASTINI, Ricardo, “ESTUDIOS SOBRE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA” p.2

⁶⁸ “ISONOMÍA Revista de teoría y filosofía del derecho”, GUASTINI, Ricardo, “PROBLEMAS DE INTERPRETACIÓN”, p. 121.

Estos signos se refieren a conductas que los hombres deben de observar, tanto como gobernados, tanto como autoridades, ese es el objeto del derecho.

El derecho para observarse o para aplicarse debe de interpretarse, en ocasiones la interpretación es simultanea a la observación de los signos del derecho, esto se da cuando se sabe el lenguaje del derecho, el que lo sabe lee los signos y automáticamente significa su designado.

En ocasiones esto no resulta así sino que es necesario actividades tendientes a entender los signos del lenguaje del derecho, que se realiza a través de un aparato conceptualizado para hacer inteligible el contenido de las normas jurídicas.

“El término interpretación jurídica posee varios significados, en su sentido más amplio, este término se refiere a cualquier adscripción de un significado normativo a una norma-formulación. Conviene este sentido de ‘interpretación’ cuando tenemos que vérnoslas con el lenguaje jurídico en general: cualquier uso del lenguaje implica interpretación, concebida ésta como una ‘derivación’ de algún significado a partir de una formulación lingüística... El término ‘interpretación jurídica’ se usa también, especialmente en la práctica jurídica de la aplicación del derecho, en su sentido más estricto, una norma formulación requiere interpretación sólo cuando surgen dudas sobre su significado.”⁶⁹

⁶⁹ WRÓBLESWSKI, “SENTIDO Y HECHO EN EL DERECHO”, P. 135.

Para Nicolás López,⁷⁰ “la interpretación jurídica es el trabajo teórico-práctico que realizan los juristas en general y los jueces en particular, para explicar y determinar el sentido, el significado y el alcance de unas normas jurídicas como enunciados o textos legales. En su sentido más propio la interpretación jurídica se refiere ante todo a interpretación de las leyes, aunque también puede referir a la doctrina legal y científica elaborada por tribunales y científicos, así como a los hechos que integran un conflicto jurídico.”

Es importante destacar que Nicolás López, al sostener que también son objeto de interpretación los hechos que integran un conflicto jurídico, puede llevar a confusiones, en el sentido de que en la aplicación del derecho al interpretar los enunciados jurídicos, lo que se está haciendo es establecer si los hechos, probados o presumidos se adecuan al supuesto normativo, pero el hecho debe de ser claro, es decir o probado o presupuesto, y la interpretación ya sea automática o más elaborada por el interprete de quién aplica el derecho, se enfocará a determinar si se actualiza la hipótesis normativa con base en los hechos, y no determinar el sentido o significación de un hecho, sino lo que implica este hecho para el derecho.

Al respecto para entender los grados de interpretación, sirve para nuestro marco teórico, las ideas de Genaro R. Carrió, de los casos típicos y los marginales, quién sostiene que: “Las palabras que aparecen en las normas jurídicas para aludir a hechos, sucesos o actividades humanas, y proporcionar pautas o criterios para guiar o juzgar a estas últimas, tienen, pues, una zona de penumbra, es decir, son actual o potencialmente vagas. La vaguedad se pone de manifiesto frente al caso marginal o atípico. En su presencia, quién trata de orientar su conducta según la regla, o

⁷⁰ LÓPEZ Nicolás, FILOSOFÍA DEL DERECHO (II).” P.99.

apreciar el comportamiento a la luz de ella se siente desconcertado. El caso no está claramente incluido en el área de significado central donde se congregan los casos típicos o paradigmáticos, ni claramente excluido de ella.

Por lo tanto, cualquier descripción honesta de lo que ocurre cuando un intérprete trata de determinar si un caso concreto está o no comprendido por el significado actual de la regla, tiene que admitir que no todos los casos son del mismo tipo ni suscitan los mismos problemas. Dicha descripción debe distinguir entre dos tipos de casos:

- a) Aquellos cuyos hechos constitutivos están claramente comprendidos por el área de significado central de los términos o expresiones que la regla consiste; y
- b) Aquellos que se encuentran en lo que –siguiendo a Hart – hemos llamado zona de penumbra, es decir, que son marginales o atípicos, en cualquiera de las múltiples formas en que esto puede ocurrir.⁷¹

4.3. OBJETO DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

Tratándose de la interpretación jurídica fundamentalmente interpretamos normas jurídicas.

Sin embargo podemos sostener que existen diversos objetos de interpretación que inciden en el derecho:

⁷¹ CARRIÓ, R. Genaro, "NOTAS SOBRE DERECHO Y LENGUAJE", p 55 y 56.

a) Actos o comportamientos humanos. “En particular, en el ámbito del discurso jurídico, "interpretar un hecho" (como homicidio intencional, pongamos, en vez de muerte accidental) significa incluir ese hecho dentro de una cierta clase de hechos, o bien subsumirlo en una norma, o incluso, calificarlo bajo el esquema de calificación que ofrece una norma para aplicarle así una consecuencia jurídica (por ejemplo, la sanción) que esa norma prevé.”⁷²

b). un acontecimiento histórico o social.

C. Un texto.

d) Rolando Tamayo sostiene que “...el objeto por interpretar bien puede ser un lenguaje (o los términos de un lenguaje). En este caso, la función significativa de la interpretación consiste en la incorporación o asignación de un sentido a ciertos signos, términos o palabras a fin de hacerlos corresponder con determinados objetos. Que un lenguaje (o los términos de un lenguaje) sean objeto de interpretación no representa ningún problema en particular.”⁷³

Siguiendo las ideas de Rolado Tamayo podemos sostener que “Si la interpretación consiste en dotar de significado ciertas cosas, signos o acontecimientos, entonces la interpretación jurídica – siguiendo este orden de ideas- puede perfectamente consistir en cualquiera de las dos siguientes posibilidades: (1) La adscripción de un significado jurídico a ciertos hechos, signos,

⁷² GUASTINI, 2003: p. 3

⁷³ TAMAYO, 2003: 317.

acontecimientos o comportamientos (objetos significados), los cuales se constituyen en objetos jurídicos en atención de que son jurídicamente considerados, o mejor, jurídicamente interpretados.

(2) La adscripción de un cierto significado al discurso jurídico, i.e., leyes, constituciones, tratados, etcétera. (Al respecto conviene señalar que el problema de la interpretación jurídica, tradicionalmente planteado se ha referido casi exclusivamente a la segunda de estas nociones.”⁷⁴

Para Ricardo Guastini “La interpretación jurídica pertenece al género de la interpretación textual. En expresiones como ‘interpretación jurídica’, ‘interpretación del derecho’, ‘interpretación de la ley’, ‘interpretación de los actos (o documentos) normativos’, ‘interpretación de normas’ y otras similares, el vocablo ‘interpretación’ denota, *grosso modo*, o bien la actividad de averiguar o decidir el significado de algún documento o texto jurídico, o bien el resultado.”⁷⁵

En esta investigación nos referiremos a interpretación del discurso jurídico y al género de la interpretación textual.

Para la Suprema Corte de Justicia de la Nación “En el caso de la ley, su interpretación implica desentrañar el sentido que encierra.”⁷⁶

4.3.1. ¿QUIÉN INTERPRETA Y CUAL ES LA LABOR AL RESPECTO?

Indudablemente quién interpreta es el intérprete y su labor es hacer accesible el significado de algo a otros.

⁷⁴ Ídem, p 319.

⁷⁵ GUASTINI, 2003: 3.

⁷⁶ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, "LA JURISPRUDENCIA SU INTEGRACIÓN", p

“EL término ‘intérprete’, en su acepción más popular y difundida, se refiere a los que traducen una lengua a otra. De forma que dicho término se utiliza para designar por antonomasia, a quién desarrolla esa actividad... También se aplica a los actores – de cine, teatro o televisión- que recitan una parte de una obra dramática, representando, para los espectadores, el personaje creado por otro autor.”⁷⁷

Siguiendo este orden de ideas, el intérprete del derecho es el que sabe leer los objetos jurídicos, y sabe comunicar a los demás el significado de dichos objetos, el que sabe traducirlos a los demás.

Para poder saber leer cualquier lenguaje es necesario interpretarlo, si esto ocurre en el lenguaje común con mayor razón en un lenguaje especializado como lo es el del derecho no puede ser la excepción y esto acarrea el problema de entenderlo.

“El intérprete comunica a los demás (generalmente en lenguaje común) el significado que se atribuye a ciertas cosas, signos o acontecimientos. Esto es, el intérprete pone en conocimiento de los demás, el significado que (según él o de acuerdo con ciertos cánones) corresponde a determinados objetos.”⁷⁸

⁷⁷ FROSINI, Vittorio, “TEORÍA DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA” p.6

⁷⁸ TAMAYO, Rolando, “RAZONAMIENTO Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA”, p, 134.

“El interprete es, pues, una especie de ‘mediador’ que comunica a los demás (Generalmente en lenguaje común) el significado que se le atribuye a ciertas cosas signos o acontecimientos.”⁷⁹

Para poder saber leer cualquier lenguaje es necesario interpretarlo, si esto ocurre en el lenguaje común en un lenguaje especializado como lo es el del derecho no puede ser la excepción y esto acarrea el problema de entenderlo para aplicarlo o saberlo usar.

4.3.2. EL CONCEPTO DE INTERPRETACIÓN JURÍDICA Y SU DOS VERTIENTES.

Como y quedó asentado “La interpretación jurídica pertenece al género de la interpretación textual. En expresiones como ‘interpretación jurídica’, ‘interpretación del derecho’, ‘interpretación de la ley’, ‘interpretación de los actos (o documentos) normativos’, ‘interpretación de normas’ y otras similares, el vocablo ‘interpretación’ denota, *grosso modo*, o bien la actividad de averiguar o decidir el significado de algún documento o texto jurídico, o bien el resultado.”⁸⁰

Existen dos posturas respecto de la interpretación jurídica, siguiendo a Guastini⁸¹, un concepto restringido y uno amplio de la interpretación jurídica.

El concepto restringido de interpretación jurídica se refiere en esencia a que la interpretación jurídica es necesaria solo cuando el significado del texto de derecho es oscuro o discutible, en cuanto a su aplicabilidad o no a un hecho que se ajusta a la hipótesis normativa.

⁷⁹ TAMAYO, 2003: 316.

⁸⁰ . GUASTINI, 2003: 3.

⁸¹ Ídem p.3-8

“Este concepto de interpretación se refleja en esa directiva metodológica que se expresa en la máxima: *in claris non fit interpretatio e interpretatio cessat in claris* (entendiendo *interpretatio* en sentido moderno): por lo anterior, no se da ni puede ocurrir interpretación siempre que un texto sea claro y no deje lugar a dudas o controversias. Este modo de utilizar el término en examen se fundamenta sobre una o sobre otra de las dos asunciones siguientes (que constituyen variantes de un mismo modo de ver las cosas).”⁸²

El problema de este sistema de interpretación es establecer que es oscuro o discutible y discutible y que no.

Por otra parte el concepto amplio de interpretación jurídica se refiere a que cualquier texto legal es objeto de interpretación, independientemente de que sea oscuro o discutible o no.

“Cualquier decisión en torno al significado de un texto, no importa si es "claro" u "oscuro", constituye interpretación. Atribuir a un texto un significado obvio o no controvertido, o bien resolver una controversia "fácil" puede no requerir argumentación. Sin embargo, también un significado obvio y cualquier significado es el resultado de una variable dependiente de la interpretación. Incluir o excluir un determinado supuesto de hecho del campo de aplicación de una cierta norma, aunque la cuestión sea pacífica, presupone comúnmente una interpretación.”⁸³

⁸² Ídem, p 4.

⁸³ Ídem, p 5.

4.3.3. INTERPRETACIÓN COMO TRADUCCIÓN

Como sostuvimos el interprete del derecho es el que sabe leer los objetos jurídicos, y sabe comunicar a los demás el significado de dichos objetos, el que sabe traducirlos a los demás, es decir de alguna manera traduce los textos jurídicos.

Para ver a la interpretación como traducción es necesario establecer, primero que es traducción, que es interpretación y el objeto a traducir e interpretar.

“‘Traducir’ significa reformular un texto en una lengua diversa de aquélla en la que fue formulado. ‘Interpretar’ significa reformular un texto sin importar si es en la misma lengua en el que fue formulado (como ocurre casi siempre) o en una lengua diversa. En derecho, la interpretación es típicamente reformulación de los textos normativos de las fuentes. Como la traducción consiste en la producción de un enunciado en una determinada lengua, que el traductor asume como sinónimo de un enunciado diverso, pero en otra lengua; así, en la interpretación jurídica, el intérprete produce un enunciado, que pertenece a su lenguaje, que él asume como sinónimo de otro enunciado diverso, perteneciente al lenguaje de las fuentes.”⁸⁴

Si partimos del supuesto de que el derecho es un lenguaje y el jurista es quién conoce, el acto mediante el cual el jurista da a conocer al lego el contenido del derecho en una lengua que este último entienda, podríamos llamar al jurista como traductor del derecho.

⁸⁴ Ídem, p. 6.

Como parte de la vida social y para que esta se pueda dar de manera ordenada a lo largo de la historia se ha tenido que regular la vida del hombre en sociedad, esto mediante el derecho creado por un órgano soberano, entendiendo por este las personas que realizan las reglas que las demás personas o súbditos de la sociedad están obligados a seguir, si el derecho no fuera un lenguaje sus reglas no podrían ser entendidas.

Es importante reflexionar acerca de la importancia que tiene no sólo para la teoría o la dogmática del Derecho sino para su aplicación, el entender que el Derecho es un lenguaje, que aun cuando toma sus signos del lenguaje común su función y significación es diferente a este, y que como lenguaje el Derecho participa de los problemas inherentes a los lenguajes, como es la conciliación el lenguaje formal del derecho y el lenguaje del derecho que realmente se utiliza; el problema que tienen los juristas para establecer los límites del lenguaje del derecho que nacen de su textura abierta, de su ambigüedad y su vaguedad; y entender que estos problemas no los vamos a eliminar totalmente pero si hay que aprender a manejarlos para poder pensar en la vida común de la humanidad.

Los individuos deben conocer lo suficiente el derecho como para poder observarlo sin que surjan tantos conflictos, deben conocer sus las reglas, sus principios y valores, por tanto debe tener el derecho un lenguaje propio que le dé certeza de su existencia, cierta rigidez y se pueda transmitir a los miembros de la comunidad y estos tengan conocimiento del mismo y puedan observarlo.

Quién quiera hablar y entender el lenguaje del derecho para usarlo, primero debe de conocerlo y para esto debe tener el aparato conceptual necesario para decodificar el significado de las normas jurídicas.

Para reconocer, aprender y hablar el lenguaje del derecho, es necesario que tenga forma escrita y podamos darle cierta rigidez a las normas y seguridad a quiénes van dirigidas.

Por lo tanto para comprender el lenguaje del derecho debe haber un metalenguaje para quienes quieran interpretar el lenguaje prescriptivo del derecho, que si va a tener como su objeto el derecho puesto, debe ser congruente con el mismo y no contradecirlo, sino el metalenguaje iría más allá de su función para la cual fue creado.

Los que deben conocer el lenguaje del derecho obligatoriamente son tanto las autoridades (jueces legisladores etc.), y además los que no lo son, y son operadores en el mundo jurídico.

Las autoridades cuando aplican el derecho, para hacerlo lo interpretan esa interpretación es obligatoria, los que no son autoridades cuando interpretan el derecho su lectura del lenguaje jurídico no tiene fuerza obligatoria sino descriptiva.

Al respecto Wróbleswski señala que existe una interpretación operativa y una interpretación doctrinal.

“La interpretación operativa tiene lugar cuando aparece duda concerniente al significado de una norma jurídica que hade ser aplicada al caso concreto de toma de de decisión por una instancia aplicadora del derecho... es... un caso de interpretación obligada... es un proceso valorativo a causa de los componentes valorativos que intervienen en la euresis interpretativa y/o en la justificación de una decisión interpretativa... El resultado de una decisión operativa es por tanto una ‘interpretación-proposición’ o ‘enunciado interpretativo, que establece cual de los posibles significados de una norma-formulación es el correcto. La interpretación operativa elimina la vaguedad de lenguaje jurídico, en lo que respecta a un caso dado...”⁸⁵

“La interpretación doctrinal es propia de la dogmática jurídica. Su tarea crucial cosiste en la sistematización del derecho válido, y para tal propósito ha de construir un aparato conceptual apropiado, y a veces eliminar las dudas concernientes a las normas-formulaciones.”⁸⁶

Podemos conceder que si el objeto de la interpretación tanto de autoridades como de particulares es el Derecho este nivel descriptivo debe ser congruente como su objeto, sino realmente no lo describiría, sino crearía o propondría uno diferente.

En México tenemos en nuestra legislación un lenguaje jurídico descriptivo pero obligatorio, que se convierte en cierto punto un lenguaje prescriptivo-descriptivo, por esta doble característica es que se le considera en un nivel diferente al de lenguaje objeto y el metalenguaje, dado que podríamos decir que es hibrido, este nivel de lenguaje es la jurisprudencia mexicana (entendida en términos de la ley de amparo).

⁸⁵WROBLESWSKI, 2001: 137.

⁸⁶ Ídem.

Podemos concluir que si en México tenemos esos tres niveles del lenguaje del Derecho, deben ser en sí mismos congruentes en sus diferentes niveles, para no ocasionar un caos en el de ya por si problemático lenguaje del Derecho y tener una aplicación de este donde pueda cumplir con su función el permitir la vida del hombre en sociedad, con el derecho que por convención fijen los seres humanos.

4.4. TEORÍAS DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

Siguiendo a Guastini ⁸⁷ principalmente existen tres familias de teorías de la interpretación:

- a) La cognitiva (o formalística),
- b) La escéptica, y
- c) La intermedia entre las dos primeras.

“La primera sostiene que la interpretación es una actividad de tipo cognoscitivo: interpretar es verificar (empíricamente) el significado objetivo de los textos normativos o la intención subjetiva de sus autores (típicamente, la autoridad legislativa)... Este modo de ver se funda sobre asunciones falaces. O sobre la creencia de que las palabras incorporan un significado "propio", intrínseco, dependiente no del uso de las palabras mismas, sino de la relación "natural" entre palabra y realidad. O sobre la creencia de que las autoridades normativas (que comúnmente, en el mundo moderno, es un órgano colegiado y, por eso mismo, internamente conflictivo) tienen una "voluntad" unívoca y reconocible como los individuos. Se entiende, en consecuencia, que el objetivo de la interpretación es simplemente "descubrir" este significado objetivo o esta voluntad subjetiva, preexistentes. Se entiende, además, que todo texto normativo admite una, y sólo una, interpretación "verdadera". (...) la teoría cognitiva de la interpretación se acompaña de la opinión de que todo sistema jurídico es necesariamente completo (sin lagunas) y coherente (sin antinomias), de modo que toda controversia cae siempre sobre el dominio de una, y sólo una,

⁸⁷ Ídem, p 15-18.

norma pre constituida (...) que no hay espacio alguno para la discrecionalidad judicial: las decisiones de los jueces están determinadas exclusivamente por normas preexistentes (...) los jueces de hecho aplican sólo el derecho que encuentran ya hecho, y no crean nada nuevo.⁸⁸

La segunda de las teorías, la escéptica sostiene: “que la interpretación es una actividad no de conocimiento, sino de valoración y de decisión. Esta teoría se funda sobre la opinión de que no existe algo así como el significado "propio" de las palabras, ya que toda palabra puede tener el significado que le ha incorporado el emisor, o el que le incorpora el que la usa, y la coincidencia entre uno y otro no está garantizada.

“(...) las normas jurídicas no preexisten a la interpretación, sino que son su resultado. Frecuentemente, a este modo de ver se acompaña la opinión de que los sistemas jurídicos no son necesariamente, y que de hecho no lo son nunca, ni completos ni coherentes. Frente a una laguna o a una antinomia, los jueces crean derecho nuevo, tal como los legisladores. Por tanto, no puede trazarse una línea clara de demarcación entre el Poder Judicial y el Poder Legislativo.”⁸⁹

La tercera, la intermedia “(...)”, sostiene que la interpretación es a veces una actividad de conocimiento, y, a veces, una actividad de decisión discrecional.

Esta teoría subraya la irreducible "textura abierta" (es decir, la vaguedad, la indeterminación) de casi todos los textos normativos, que son habitualmente formulados en lenguaje natural por medio de términos clasificatorios generales. De la misma manera en que puede ser complicado establecer

⁸⁸ Ídem, 13-14.

⁸⁹ Ídem, p. 15-16.

si un sujeto es o no "calvo" o "joven" (¿cuántos cabellos hay que perder para convertirse en calvo?, ¿cuántos años hay que tener para ya no ser joven?), también puede ser difícil establecer si una determinada controversia recae o no bajo el dominio de una cierta norma. En el seno del significado de todo texto normativo puede distinguirse un "núcleo esencial" luminoso y, en torno suyo, una indefinida "zona de penumbra".

De ahí se sigue que, para toda norma, existen casos "fáciles", que seguramente recaen en su campo de aplicación, como también casos marginales, "difíciles", respecto a los cuales la aplicabilidad de la norma es controvertida, ya que esos casos se sitúan en la "zona de penumbra". De igual forma, los jueces no ejercen discrecionalidad alguna cuando aplican una norma a los casos claros; ejercen discrecionalidad sólo cuando aplican (o niegan la aplicación de) una norma a los casos de "penumbra"; ya que, en esos supuestos, la decisión de la controversia requiere una elección entre al menos dos soluciones alternativas. Es falso que las decisiones de los jueces sean siempre controladas por normas pre constituidas, sin márgenes de discrecionalidad (como quisiera la teoría cognitiva); pero es igualmente falso que los jueces decidan discrecionalmente siempre y de cualquier modo (como quisiera la teoría escéptica).⁹⁰

Siguiendo a Nicolás López Calera⁹¹, dependiendo de la forma en que explican el derecho diversas teorías jurídicas, existen varias formas de interpretar el derecho, que con el ánimo descriptivo sin entrar en detalle en cada una de ellas, citaremos como las siguientes:

a) El racionalismo;

⁹⁰ Ídem, p. 16-17.

⁹¹ LÓPEZ Nicolás, FILOSOFÍA DEL DERECHO (II). P.123.

- b) EL historicismo de Savigny;
- c) La jurisprudencia de conceptos;
- d) La jurisprudencia de intereses;
- e) El movimiento del derecho libre;
- f) La escuela de Hans Kelsen;
- g) La tópica y hermenéutica jurídica;

a) El racionalismo;

Entendiendo por este “el primado o reinado de la ley escrita, apoyado por la razón y por la lógica, llevaba a considerar la interpretación jurídica como un trabajo susceptible de una casi perfecta elaboración científica.”⁹²

c) EL historicismo de Savigny;

Rechaza la “racionalidad objetiva de la historia, que se expresa en las grandes creaciones del espíritu o una razón universal...” y sostenía que “... la interpretación jurídica es al mismo una tarea histórica y filosófica o sistemática. Es histórica en cuenta la es la reconstrucción de la idea expresada en la ley en tanto dicha idea sea cognoscible en la misma ley... el intérprete tiene que situarse en el punto de vista del legislador, es decir, ha de colocarse ante todo en las circunstancias de la génesis de la ley... ello no quita que el intérprete tenga que realizar sólo un mero trabajo de

⁹² Ídem.

reconstrucción histórica, en cuanto que el intérprete ha de manejar también criterios lógicos, gramaticales e incluso sistemáticos...”⁹³

c) La jurisprudencia de conceptos;

“...representa durante el siglo XIX un conjunto de orientaciones doctrinales de corte positivista, en el que el formalismo y el logicismo son dos de sus características más peculiares... va a destacar los aspectos lógico formales del derecho frente al historicismo...”

El carácter dogmático de la jurisprudencia de conceptos significa ante todo el reconocimiento de unos dogmas que son las normas jurídicas estructuradas lógicamente en un sistema de proposiciones que es el ordenamiento jurídico... la funciones de la ciencia jurídica no son otras que conocer lógica y sistemáticamente ese derecho positivo dado, que se presenta como conjunto de formulaciones lógicas y que implica unos conceptos... (Para la jurisprudencia de conceptos)... La interpretación consiste en un trabajo gramatical, lógico, conceptual y sistemático.”⁹⁴

d) La jurisprudencia de intereses;

Dentro del contexto histórico anterior, nace la Jurisprudencia de intereses, de la cual Ihering fue uno de sus precursores al superar sus tesis conceptualistas y formalistas, al sostener que:

⁹³ Ídem. 125.

⁹⁴ Ídem. 126-128.

“Es necesaria una jurisprudencia sociológica, que quiere contar con los fines y los intereses reales que constituyen las normas jurídicas, los ordenamientos jurídicos... (Donde) la tarea principal de la ciencia jurídica sea explicar los intereses que ha causado las leyes... (y) la interpretación jurídica no debe detenerse entonces en la letra de la ley o en las representaciones subjetivas de su autor, sino remontarse hasta los intereses que son causa de la ley... una interpretación histórica de esos intereses.”⁹⁵

e) El movimiento del derecho libre;

Como reacción radicalizada ante el formalismo “Kart Larenz ubica este movimiento... dentro del irracionalismo que durante el siglo XIX por medio de Schopenhauer, Nietzsche y Bergson se opone al racionalismo moderno... (Donde sostienen que) en la vida, y por lo tanto, también en el derecho hay más voluntad y sentimiento que racionalidad y lógica... el movimiento del derecho libre significa una ruptura frente a los criterios lógicos y conceptuales que había exigido la jurisprudencia de conceptos... la ley no agota el derecho y... en la actividad judicial siempre hay una tarea creadora... (En donde) el intérprete, no se atenga sólo al derecho legislado, sino que considere que el derecho no termina ahí. Esto no significa una absoluta libertad del juez, ya que en definitiva tendrá que atenerse a esas otras fuentes de derecho, como eran la opinión o sentimientos de la comunidad jurídica, incluso la misma jurisprudencia de los tribunales y la ciencia jurídica.”⁹⁶

f) La interpretación según Hans Kelsen;

⁹⁵ Ídem. 130- 132.

⁹⁶ Ídem. 133 – 134.

Podemos decir que para él son diversas la ciencia del derecho y la aplicación del derecho, donde el derecho como objeto de estudio puede ser ciencia, pero la aplicación y por lo tanto la interpretación escapan a lo que es posible que sea objeto de la jurisprudencia.

“EL problema de la interpretación para Hans Kelsen consiste en saber cómo, aplicando una norma a un hecho concreto, el órgano judicial o administrativo obtiene la norma individual que le incumbe establecer. Según Kelsen toda norma jurídica debe ser interpretada para su aplicación. El trabajo interpretativo se realiza en principio a través de una referencia de una norma de rango inferior a otra de rango superior para determinar así su contenido, pero siempre queda un margen de libre apreciación, bien porque haya lagunas o bien por que haya palabras o frases equívocas que pueden tener diversas significaciones. La interpretación de una norma no conduce necesariamente a una solución única que sería exclusivamente justa. El juez tiene libertad para elegir entre diversas soluciones. Decir que su solución está fundada en derecho significa simplemente que se mantiene en el interior del marco constituido por la norma que es una manera de realizarlo sin soluciones objetivas, un modo de contradecir el método dogmático que había defendido la jurisprudencia de conceptos, según la cual sólo habría una decisión correcta.”⁹⁷

h) La tópica y hermenéutica jurídica;

La tópica jurídica.

⁹⁷ Ídem. 136.

Con antecedentes en Aristóteles y Cicerón, y de especial relieve a partir de la obra de Theodor Viehweg, la tónica jurídica enfrenta “críticamente la metodología logística, conceptualista y sistemática que el racionalismo jurídico había producido en la segunda mitad del siglo XIX... la tónica vuelve a insistir... que el derecho no implica una lógica racional de exactitudes... o puede reducirse a un sistema lógico, cerrado, perfecto y completo de proposiciones normativas... la tónica... ha querido ser una metodología, pero una metodología distinta... (Que) no pretende partir de verdades absolutas o apodícticas, sino proposiciones opinables, pero ampliamente compartidas... Los tónicos no son verdades absolutas, sino principios básicos que sirven para finalidades teóricas o dialécticas... para la disputa, el dialogo y las argumentaciones pero sin ninguna pretensión de rigor estrictamente científico... Por la tónica se quiere colocar al intérprete en la posibilidad de utilizar más bien una lógica de lo razonable, que una lógica de lo racional...

En... la tónica jurídica hay dos tesis fundamentales... la afirmación de un conocimiento supra individual, que esta condensado en esos tónicos, en ese sentido común que se forma en el seno de los grupos sociales... y... una actitud vitalista y sociológica del derecho, por la que el derecho se considera realidad de la vida social y no mera expresión lógica o ética de un principio universal...»⁹⁸

La hermenéutica jurídica.

“... La hermenéutica se inscribe dentro del proceso de crisis del positivismo jurídico, en el que se cuestiona el carácter científico de la ciencia del derecho... afirma que el sujeto funciona con

⁹⁸ Ídem. 138- 140.

perjuicios, ya que el discurso del intérprete está conformado histórica y socialmente... el intérprete, está sometido en sus perjuicios también a una historia, a una tradición que asume y que objetiva los resultados de su conocimiento... por esto la hermenéutica posibilita el análisis de la génesis de la interpretación... trata de convencer de que conocer es comprender y comprender es interpretar... Interpretar el derecho no es una mera tarea científica, sino es ante todo un conocimiento de una realidad que se realiza desde la aceptación de un horizonte jurídico, desde un contexto social concreto. Por este camino se podrá conocer, interpretar el derecho, pero convenciendo a través de esa historia y esa tradición.⁹⁹

⁹⁹ Ídem. 140- 141.

CAPITULO II

1. LA JURISPRUDENCIA EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO.

El lenguaje jurisprudencial en México tiene características tanto descriptivas como prescriptivas, ya que describe el derecho mediante la interpretación del material normativo que conforma el derecho mexicano, además de que esta labor descriptiva deviene obligatoria una vez que se han cumplido ciertos requisitos, y por lo tanto prescribe como interpretar y argumentar el derecho en sus diversas facetas de aplicación.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación de México ha sostenido respecto de la jurisprudencia que:

“constituye una pieza clave en la evolución del derecho al ritmo de la cambiante vida social, se construye mediante la interpretación de las disposiciones constitucionales y legales, realizadas por el Poder Judicial de la Federación al fijar su sentido y alcance al resolver determinados asuntos con el fin de garantizar a los gobernados certeza jurídica”¹⁰⁰

En esta tesitura es claro que la función de la jurisprudencia en nuestro derecho patrio es además de interpretar el derecho, describirlo o conceptualizarlo, es prescribir, ya que se establece mediante la jurisprudencia, la obligatoriedad de determinada interpretación de las normas jurídicas.

¹⁰⁰ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, "LA JURISPRUDENCIA SU INTEGRACIÓN", p 7.

Esto en muchas materias de nuestro derecho, entre ellas del derecho del trabajo, ha llegado al extremo, de que la interpretación obligatoria va más allá de su objeto, y el derecho evoluciona no mediante la legislación sino mediante la jurisprudencia, aún cuando el objeto de la jurisprudencia sea la ley muchas veces rebasa su finalidad.

Con esta facultad del Poder Judicial de crear un lenguaje descriptivo prescriptivo, se erige como un legislador que modifica el sistema normativo.

El sistema judicial de establecimiento de la jurisprudencia es más ágil en su avance que el poder legislativo, lo que puede servir para adecuar el sistema jurídico a la realidad social de una manera oportuna, pero también puede contribuir en mucha medida a la falta de certeza jurídica, siendo que precisamente lo que la Suprema Corte de Justicia pretende realizar con la Jurisprudencia es encontrar la certeza jurídica.

Nuestra jurisprudencia, no es necesariamente un sistema de precedentes, porque no sólo se forma de éstos, porque si bien es cierto, que en muchas ocasiones, parte del material empírico que son la resolución de casos particulares, de estas sólo se extraen las tesis que subyacen en las mismas, esto con un tipo de generalización empírica que al partir de ciertos precedentes se establece una tesis, conformada de enunciado o enunciados, que interpreta ciertas normas del sistema y esta interpretación deviene obligatoria.

Pero además de esta manera de crear nuestra jurisprudencia existen otras que no necesariamente son creadas por precedentes como: la jurisprudencia por contradicción de tesis (donde existen antinomias interpretativas contenidas en diversas tesis), en materia de controversias constitucionales y en acciones de inconstitucionalidad.

A continuación realizaremos un somero estudio de los antecedentes de nuestra jurisprudencia, desde el punto de vista del lenguaje prescriptivo como descriptivo del derecho.

1.1. ANTECEDENTES

1.1.1. LA PRUDENCIA

Para entender de donde viene la jurisprudencia es necesario hablar de la prudencia, virtud que además de denotar saber no sólo se conforma con esto, sino además con el saber actuar, la facultad de decidir, afrontar situaciones donde el conocimiento por si mismo resulta insuficiente y donde hace falta el consejo del prudente, el que puede aplicar el conocimiento para resolver situaciones concretas.

Para Rolando Tamayo ¹⁰¹ el nombre de la jurisprudencia, puede rastrearse desde las palabras griegas asociadas con la ciencia, el saber y el conocimiento científico, palabras que indican una actividad intelectual vinculados al saber y a la ciencia, por lo tanto vinculadas a las palabras de sabio y filósofo. Además de otras palabras que también denotan sabiduría que los romanos

¹⁰¹ TAMAYO, Rolando, "RAZONAMIENTO Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA", p 91- 92.

tradujeron al latín como prudentia y sapientia, que las aplicaban a los hombres cultos pero también de buen juicio o de buen consejo, al que sabe y sabe qué hacer.

“... la prudentia... no es caprichosa ni arbitraria... procede con el mismo rigor de la ciencia, “ajustándose a la razón”... lo que divide el conocimiento científico de la prudencia no es el mecanismo de pensar, sino sus respectivos objetos; la ciencia, conoce; la prudencia conoce y dice que hacer.

La prudencia busca la acción humana racional, la acción justificada. La prudencia, en base al conocimiento, señala la mejor acción que un hombre puede seguir en la circunstancia; la acción correcta, válida para todos, la que no puede ser objetada por otra.”¹⁰²

Es relevante para la comprensión de la jurisprudencia en el sistema jurídico mexicano el concepto de prudencia, porque precisamente todos los que intervienen como actores jurídicos, tanto en la creación, aplicación o interpretación de las normas jurídicas no sólo las conocen, sino además tiene que tomar posición para afrontar situaciones de decisión en cualquiera de los momentos de aplicación del derecho, en sus diferentes facetas, jurisdiccional, legislativa o ejecutiva.

1.1.2. NACIMIENTO DE LA JURISPRUDENCIA COMO CIENCIA DEL DERECHO

La jurisprudencia se convierte en ciencia “...sólo cuando los juristas romanos adoptan los métodos de la ciencia griega.”¹⁰³

¹⁰² Ídem, p 93.

“Quién observa la estructura lógica de los escritos de los juristas romanos y la compara con la de los geómetras griegos se percatará de la vedad del paralelismo que Leibnitz... encuentra en ambos. Los juristas romanos tomaron de los griegos el modelo de ciencia... pero el material se mantuvo romano. La jurisprudencia se había desarrollado lo suficiente para no ser sobre pasada por la influencia griega. Con la impresión de la “ciencia clásica” los juristas romanos se lanzaron al descubrimiento de los principios propios del derecho romano.”¹⁰⁴

“Para hacer pasar la jurisprudencia de la fase de la mera acumulación de experiencias a la de la ciencia, era necesario construirla conforme con el único modelo de ciencia de que se disponía. Para ello los juristas debieron afrontar los problemas fundamentales que ofrece la construcción de cualquier ciencia (aritmética, geometría, óptica, retórica, gramática): a) La determinación del material jurídico dado. El jurista, primeramente, señala cual es el material jurídico existente (¿qué es lo que le ha proporcionado el legislador? Establece por así decirlo la base empírica de sus sistema; b) búsqueda y establecimiento de los principios fundamentales (axiomas, definiciones, postulados) a partir del material jurídico dado; c) deducción de enunciados a partir de los principios establecidos; y d) sistematización y ordenación del material. Así, el método de la ciencia griega, el método severo y admirable del geómetra y del lógico, vendrían a fundamentar el edificio del jurisprudencia romana.

Las generalizaciones son alcanzadas por inducción, a partir de la experiencia sensible (i.e., el material jurídico dado). Las generalizaciones obtenidas por inducción serán usadas como premisas

¹⁰³ Ídem, p. 94.

¹⁰⁴ TAMAYO, 2003: 260.

para la deducción de los enunciados (sobre las consecuencias y alcances del derecho observado).”¹⁰⁵

Nuestra jurisprudencia aun conserva muchos resquicios de esta manera de hacer ciencia del derecho, porque en cualquiera de las formas de hacer jurisprudencia, ya sea por precedentes, unificación de criterios, por acciones de inconstitucionalidad o controversias constitucionales, el órgano encargado de realizar la jurisprudencia, tiene que extraer la tesis por inducción partiendo del mundo empírico de los precedentes, de las tesis contradictorias o el acto o ley que de manera general se tildan de inconstitucionales y establecer la tesis que debe prevalecer como obligatoria, es decir establecer una manera de leer el material jurídico dado, pero de manera no sólo descriptiva sino obligatoria o prescriptiva.

1.1.3. LA JURISPRUDENCIA PONTIFICIA

“La jurisprudencia pontificia es el primer metalenguaje jurídico del que se tiene noticia. No sólo modificó el significado original de los materiales jurídicos sino que creó una especial terminología: los nomina iuris... cuyo rasgo característico es la interpretatio establecimiento de definiciones, reglas de aplicación, reformulación y sistematización del material jurídico, constituye la dogmática jurídica... la jurisprudencia no es derecho... son reglas para entender, para leer, el derecho; constituye la doctrina (el aparato semántico) del derecho positivo... es la scientia (de interpretación) del derecho romano...”¹⁰⁶

¹⁰⁵ Ídem.

¹⁰⁶ TAMAYO, 2003: 327.

“Los pontífices conocían el derecho... El derecho se compone básicamente de textos, es un discurso, un lenguaje. La formulación (articulación) en un lenguaje es condición de la existencia del derecho... conoce un lenguaje quién sabe qué dice... la disciplina que permite a los pontífices “leer” (describir) el derecho es, precisamente, la jurisprudencia.”¹⁰⁷

“El nacimiento de la jurisprudencia comienza con el periodo de las XII tablas... La primera fase es la etapa pontificia en la cual los cánones de la profesión jurídica fueron mantenidos en secreto, monopolio de una casta pequeña de pontífices... la interpretatio prudentium devino, así, un elemento fundamental en el desarrollo del derecho... La interpretatio (la forma de “leer” los textos jurídicos) era la función central de la jurisprudencia pontificia, a través de la cual los jurisprudentes “leían” el derecho y señalaban sus alcances... la segunda fase de la jurisprudencia romana es una fase de secularización en la cual el conocimiento del derecho se difunde notablemente. Surgen los jurisprudentes laicos.”¹⁰⁸

¹⁰⁷ TAMAYO, Rolando, “RAZONAMIENTO Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA, p. 95.

¹⁰⁸ Ídem, p. 95-97.

2. LA JURISPRUDENCIA, CIENCIA JURÍDICA O DOGMÁTICA JURÍDICA.

Para Rolando Tamayo la “Jurisprudencia (o, dogmática jurídica) es una disciplina, i.e. un oficio intelectual, en el cual hay alguien que lo practica siguiendo ciertos cánones reconocidos. Esta disciplina, comúnmente denominada doctrina explica o interpreta el material (mandatos, órdenes, prácticas, etcétera) tenido por derecho, sin cuestionar su validez. Normalmente la jurisprudencia dogmática se encuentra en los escritos de los juristas. En cierto sentido, la jurisprudencia es el metalenguaje del derecho: constituye el conjunto de reglas, conceptos y definiciones que nos permiten una “lectura jurídica” del derecho.

La descripción que lleva a cabo la jurisprudencia no se limita a levantar un inventario del material jurídico. La “interpretación” que realiza la jurisprudencia no es una mera interpretación literal del material jurídico. La jurisprudencia analiza, pondera argumentos, verifica su consistencia con la base del sistema, con el propósito de determinar el derecho aplicable a una cuestión jurídica.”¹⁰⁹

Es importante recalcar que en nuestro sistema jurídico la jurisprudencia es una dogmática jurídica obligatoria, que explica o interpreta el material jurídico dado que tenemos, da las reglas que permiten decodificar nuestro derecho, pero de manera obligatoria.

¹⁰⁹ TAMAYO, Rolando, “LA CIENCIA DEL DERECHO Y LA FORMACIÓN DEL IDEAL POLÍTICO”, p. 137-138.

3. EL DERECHO ANGLOAMERICANO Y EL COMMON LAW COMO ANTECEDENTE DE NUESTRO SISTEMA JURISPRUDENCIAL.

Es indudable que el sistema angloamericano ha influido en la forma de realizar nuestra jurisprudencia, aun cuando sea en el fondo diferente, la similitud principal entre el sistema de precedentes y nuestra jurisprudencia es la obligatoriedad que de una u otra manera derivan principalmente del material jurídico que arrojan las sentencias a los casos concretos.

El "... Derecho Angloamericano;... se diferencia de los sistemas jurídicos de tradición romanista, entre otras cuestiones, por la incorporación del elemento casuístico como factor de decisión en los asuntos jurisdiccionales a través de los precedentes judiciales. Es decir, para resolver una controversia de orden jurisdiccional, más que atender al texto de la norma previamente establecida, se prefiere acudir al contenido de las sentencias anteriores que resolvieron casos similares, en virtud de que estos fallos contienen decisiones que representan experiencia jurisdiccional y que fueron construidas a partir de interpretaciones y construcciones de tipo argumentativo que, por su precedencia y utilización en asuntos verídicos, merecen ser atendidos con el objeto de lograr condiciones de equidad en el dictado de la resolución correspondiente."¹¹⁰

Es evidente que aún y cuando la jurisprudencia en su formación parta del material empírico que se conforma con las resoluciones de casos particulares, de estos sólo se extraen las tesis que subyacen en las mismas, con una generalización empírica al establecer de ciertos precedentes una tesis que interpreta ciertas normas del sistema, y esta interpretación deviene obligatoria, pero no

¹¹⁰ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, "ESTUDIO SISTEMÁTICO DE LA JURISPRUDENCIA", P22.

necesariamente se está al precedente de la resolución de un caso concreto, sino a la tesis que, en esencia, arrojan diversos precedentes o las diferentes formas de arribar a dichas tesis.

Por lo tanto el elemento casuístico de las sentencias que originan nuestra jurisprudencia, está sólo en el nivel de servir de material empírico para construir algunas de las tesis que la conforman, y no como factor de decisión de los asuntos jurisdiccionales, por lo que no es necesario acudir al contenido de las sentencias anteriores que resolvieron casos similares, ya que la experiencia jurisdiccional y por lo tanto la interpretación de las normas aplicables, se encuentra generalizada en las tesis de jurisprudencia, que no en pocas ocasiones son realmente normas jurídicas, que nacen de la interpretación del derecho mexicano.

En estos términos podemos sostener que no utilizamos sentencias precedentes de casos similares para resolver los actuales, sino en caso de duda del alcance y sentido de una norma jurídica para la aplicación del derecho, leemos e interpretamos las normas jurídicas utilizando las tesis de jurisprudencia.

Como sostiene Emilio Rabasa citado por Emmanuel Rosales:¹¹¹ “... para los anglosajones, la fuerza del precedente está próxima a la ley que... El alegato del abogado consiste en la demostración de que el caso de su cliente está amparado por ejecutorias que han resuelto casos semejantes; los fallos se fundan en las ejecutorias, cuyas palabras se acotan textualmente.”

¹¹¹ Ídem, p 23.

Creemos que en el nacimiento de nuestra jurisprudencia como la conocemos actualmente, influyeron tanto la tradición romana como el sistema angloamericano que “...constituyen las bases de la noción actual de la jurisprudencia en el contexto normativo vigente en México, pues este retoma el derecho latino y de los sistemas jurídicos que de él emanaron, la necesidad de establecer herramientas que ayuden al juzgador a resolver un proceso antes de que éste se presente... en respeto a los principios de derecho escrito, mientras que, por otro lado, (*con algunas diferencias*) retoma del derecho angloamericano y del Common Law, la fuerza cuasi normativa del precedente judicial como fuente material del derecho.”¹¹²

¹¹² Ídem, 33 y 34. Las cursivas son mías.

4. DIFERENTES SENTIDOS DE LA PALABRA JURISPRUDENCIA

Con la finalidad de no apartarnos de nuestra investigación, sólo mencionaremos que la palabra jurisprudencia como palabra polisémica tiene diferentes sentidos, ya que esta se puede utilizar como: “a) la ciencia del derecho en general; b) el conjunto de tesis judiciales importantes y apunta que esta connotación es una “terminología especialmente francesa”; c) el conjunto de opiniones emitidas por famosos jurisconsultos, agregando que esto constituye una terminología “típicamente romana”; y d) las doctrinas e ideas que se exponen en México...”¹¹³

“Para la Real Academia Española, la palabra ‘jurisprudencia’ –del latín *iuris prudentia*- puede significar ‘ciencia del derecho’, ‘conjunto de las sentencias de los tribunales y la doctrina que contienen’ o ‘criterio sobre un problema jurídico establecido por una pluralidad de sentencias acordes’.”¹¹⁴

En esta definición de la Real academia encontramos que para ésta la jurisprudencia reviste tres sentidos:

- a) Como ciencia del Derecho;
- b) Como un conjunto de sentencias y la doctrina que estas contienen y
- c) Como el criterio que sobre un problema jurídico está establecido en una pluralidad de sentencias acordes.

¹¹³ Ídem, 44.

¹¹⁴ Ídem, p. 15

Acosta Romero y Pérez Fonseca, consideran que la voz jurisprudencia sólo tiene dos acepciones:

“... la primera alude en forma genérica a la ‘Ciencia del Derecho’. Etimológicamente, deriva de las voces latinas juris (derecho) y prudentia (Sabiduría o Conocimiento) y ha llegado hasta nosotros a través de la definición clásica del derecho romano enunciada por Ulpiano, que dice ‘jurisprudencia es la noticia o conocimiento de las cosas humanas y divinas, así como la ciencia de lo justo y de lo injusto.’...”

Por otra parte, la segunda acepción se refiere al conjunto de criterios emanados por los tribunales al aplicar los supuestos normativos de la ley en la resolución de los casos concretos y que dependiendo del sistema jurídico de los estados que la adoptan, dichos criterios pueden devenir en obligatorios convirtiéndose así en fuente del derecho positivo. A esta acepción se le ha llamado ‘Jurisprudencia Judicial’.”¹¹⁵

En esta delimitación del sentido que a la palabra jurisprudencia podemos entender además de la Ciencia del Derecho a la jurisprudencia judicial, esta segunda acepción como conjunto de criterios de los tribunales, que si el sistema jurídico lo permite, como lo es el caso del mexicano, estos criterios pueden adquirir el carácter de obligatorios, esto en la jurisprudencia judicial.

Desde el punto de vista de la jurisprudencia judicial, a decir de Jorge Adame Goddard, citado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, “en México, la palabra jurisprudencia se ha aplicado

¹¹⁵ ACOSTA, Miguel y PÉREZ, Alfonso, “DERECHO JURISPRUDENCIAL MEXICANO”, p 71-72.

para designar la interpretación, con carácter obligatorio, que hacen los jueces de los preceptos legales”¹¹⁶.

“Genaro Góngora Pimetel opina que ‘la jurisprudencia **es una fuente material del derecho en México**, tanto por llenar las particularidades técnicas que caracterizan a dichas fuentes, como por contar con los atributos de generalidad, impersonalidad, abstracción y obligatoriedad, en su aspecto de interpretación de la Ley.’

... Ese análisis doctrinario ha permitido constatar que la jurisprudencia se concibe como una función interpretativa y una fuente del derecho...”¹¹⁷

Para efectos de esta investigación nos referiremos a la jurisprudencia, no como ciencia del derecho, sino como la jurisprudencia judicial obligatoria en el sistema jurídico mexicano, un nivel diverso del lenguaje del derecho en México.

¹¹⁶ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, "LA JURISPRUDENCIA SU INTEGRACIÓN", p15.

¹¹⁷ Ídem, p. 16-17.

5. LA IMPORTANCIA DE LA JURISPRUDENCIA EN MÉXICO

Siguiendo a Miguel Carbonell ¹¹⁸ podemos destacar que “la importancia de la jurisprudencia se puede resumir en los siguientes puntos, que sin ser los únicos dan muestra suficiente de tal relevancia:

1. La norma jurisprudencial permite al juzgador trasladar la típica generalidad y abstracción de la ley hacia la concreción del caso concreto, puesto que aun sin ser tan particular como la propia sentencia, representa un acercamiento importante a las cambiantes necesidades del momento. En este sentido, la norma jurisprudencial frecuentemente hace de puente entre las normas típicamente generales -la ley, el reglamento, el tratado, etcétera- y la norma particular y concreta que resuelve un caso controvertido -la parte dispositiva o resolutive de la sentencia-, (Bulygin, Eugenio, "Sentencia judicial y creación del derecho" en Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio, Análisis lógico y derecho, Madrid, 1991, pp. 335 y ss.) sirviendo así para orientar, o en ocasiones determinar, la conducta del órgano jurisdiccional. La mencionada actualización de la norma general que realiza la jurisprudencia permite al juez estar en contacto con las necesidades sociales que se han debido atender en otros casos anteriores, así como impulsar y dar cauce a nuevas inquietudes de la sociedad a través de la innovación jurisprudencial.

...

¹¹⁸ CARBONELL, Miguel "SOBRE EL CONCEPTO DE JURISPRUDENCIA EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO"

2. En conexión con el punto anterior se puede sostener que la jurisprudencia presenta hoy en día mayor agilidad reguladora que la labor del legislador, ya que el surgimiento de los criterios y precedentes jurisprudenciales se verifican con más prontitud y rapidez que las decisiones de los parlamentos u órganos legislativos que actualmente están agobiados por tantas funciones distintas de la de crear leyes. De este modo, la jurisprudencia contribuye a completar el ordenamiento y muchas veces los criterios que se han adoptado por vía jurisprudencial se recogen posteriormente en leyes del Congreso;

En este sentido se habla de una función "anticipativa" de la labor jurisprudencial con respecto a las normas legislativas; véase Mortati, Costantino, Istituzioni di Diritto Publico, 10a. ed., Padova, 1991, t. I, p. 365.

...

3. Es creadora de nuevas figuras jurídicas y modeladora de las ya existentes; esto significa, por ejemplo, que en ocasiones los tribunales encargados de la creación jurisprudencial deben crear nuevas reglas para solucionar un caso concreto, realizando una labor integradora y no meramente interpretativa del ordenamiento.

...

Lo anterior sucede en virtud de múltiples factores que tienen que ver incluso con la concepción misma de la interpretación judicial, pero que en último término se basan en el hecho incontestable

de que la realidad suele ser más rica y variada de lo que puede prever el legislador, así que el juez debe desarrollar nuevas fórmulas para hacer frente a las cotidianas necesidades de su función.

"La jurisprudencia no sólo ha interpretado y adaptado las leyes a las cambiantes necesidades sociales sino que ha integrado y desenvuelto el ordenamiento jurídico en un complejo proceso al que no es ajena una auténtica función creadora del derecho", Montoro Ballesteros, A., "Ideologías y fuentes del derecho", Revista de Estudios Políticos, núm. 40, julio-agosto de 1984, pp. 72-73.

...

De modo que frente a la imposibilidad de que el legislador prevea y regule todos los supuestos que pueden entrar bajo la esfera legislada de una determinada materia, la jurisprudencia debe ir creando nuevas figuras jurídicas o ajustando las ya existentes a las nuevas necesidades sociales, al menos en tanto no exista una nueva regulación por vía legislativa. Esto, que en buena medida obedece a razones de orden práctico, también se puede explicar en términos lógico-jurídicos; en palabras de Hans Kelsen, "La norma de rango superior no puede determinar en todos los sentidos el acto mediante el cual se aplica [...] la norma de grada superior tiene, con respecto del acto de su aplicación a través de la producción de normas o de ejecución, el carácter de un marco que debe llenarse mediante ese acto". (Teoría pura del derecho, México, 1991, p. 350, trad. de Roberto J. Vernengo; Bulygin, op. cit., p. 360.) Ahora bien, como advierte el propio Kelsen, la indeterminación puede ser hecha intencionalmente. Este es el caso, por citar algunos ejemplos, de las llamadas leyes-marco, leyes-medida, leyes-programa, leyes de orientación, leyes-cuadro, o leyes aprobatorias de planes, tan típicas del Estado social.

La jurisprudencia, al realizar esta función creativa que se viene comentando, ayuda al perfeccionamiento del sistema jurídico, puliendo y delineando algunas instituciones que a veces están insuficientemente reguladas en las leyes. Tal labor se ha considerado especialmente importante en el desarrollo de la vida jurídica de cualquier país... Y "motor" de la evolución de alguna rama particular del derecho.

...

4. La jurisprudencia cumple con ciertas necesidades de seguridad jurídica que indican la conveniencia y la necesidad de conocer la interpretación que le están dando los tribunales a las normas de un determinado sistema jurídico, además de dotar a esa labor interpretativa de un mínimo de uniformidad que permita tanto a particulares como a autoridades conocer los criterios interpretativos que deben ser aplicados al momento de resolver una controversia.

...

Expuesto de modo sintético se puede decir que la jurisprudencia contribuye a la seguridad jurídica en un triple aspecto de cognoscibilidad, uniformidad y previsibilidad según lo siguiente:

a) Permite conocer la interpretación obligatoria que le están dando los tribunales de superior jerarquía a las normas de un sistema jurídico, de modo que tanto los particulares como las

autoridades tengan conocimiento de que existen unos criterios interpretativos obligatorios que deberán ser aplicados al momento de resolver una controversia, b) Además de dar a conocer la interpretación jurisdiccional, la jurisprudencia le imprime a ésta cierta uniformidad, al depurar del sistema jurídico aquellas interpretaciones erróneas, fijando de esta forma los criterios correctos y obligatorios de interpretación, c) Sumado a la cognoscibilidad y uniformidad, la jurisprudencia propicia la previsibilidad del comportamiento jurisdiccional, en tanto contribuye a hacer previsible que los jueces y tribunales actuarán o dejarán de hacerlo en un momento concreto y de que, en caso de que actúen, lo harán de una forma determinada y no de otra.

...

5. Frente a los avatares del derecho legislado, que se encuentra sujeto a múltiples factores de carácter político que a veces lo hacen disperso y des racionalizado, el derecho jurisprudencial se presenta como expresión de una racionalidad técnico-jurídica en razón de las garantías que operan en todo proceso jurisdiccional. En particular, la judicatura no se encuentra, en principio, influida por los distintos grupos sociales de presión -incluyendo a los partidos políticos-, ya que su función es aplicar el derecho, no satisfacer demandas sociales o diseñar políticas públicas favorables a tal o cual colectivo social, (Porrás Nadales, op. cit., p. 79.) ni mucho menos actuar en vista de ciertos intereses electorales y de la imagen pública que puedan llegar a proyectar en su quehacer. Este fenómeno, en una sociedad corporatista como la del presente, es muy importante y le da al derecho jurisprudencial una relevancia que de otra manera no podría tener en virtud de su falta de legitimación democrática plena en comparación con otras normas del ordenamiento.¹¹⁹

¹¹⁹ Ídem.

Podemos concluir al respecto, que si bien es cierto tiene ventajas la jurisprudencia en cuanto a la flexibilidad para modificación respecto de la legislación, con lo cual se puede adaptar el sistema jurídico de manera más ágil y oportuna a la realidad y a las necesidades de nuestro sistema jurídico, también es cierto que esto puede ser una desventaja, si las personas encargadas de crearla, no encuentran su límite en el derecho y se pudiera dar un desvío y llegar a una dictadura del poder judicial, por lo tanto para contribuir a la certeza de nuestro sistema de derecho debe existir congruencia entre los niveles de lenguaje del derecho y con esto equilibrarlo.

6. LA JURISPRUDENCIA EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO

Retomando las anteriores ideas, si entendemos al derecho como un lenguaje con diversos niveles, podemos decir que la jurisprudencia en nuestro sistema jurídico es un metalenguaje que se refiere al lenguaje prescriptivo del derecho, lo cual en primera instancia lo situaría en el nivel del lenguaje descriptivo del mismo, pero lo que le da un nivel diverso, al del lenguaje descriptivo, es que este metalenguaje es obligatorio, es decir no solo se limita a describir el derecho sino que es prescriptivo en cuanto a que su observancia es obligatoria, razón por la cual sostenemos que en nuestro sistema jurídico mexicano existen no sólo dos niveles del lenguaje del derecho sino tres.

Si partimos de las anteriores bases podemos concluir que el lenguaje del derecho tiene los siguientes niveles:

- c) El nivel del lenguaje prescriptivo del derecho;
- d) El nivel del lenguaje descriptivo;

Y en el derecho mexicano a demás de los anteriores niveles tenemos:

- e) El nivel del lenguaje de la jurisprudencia, como la entendemos en nuestro sistema jurídico.

Nos referiremos de manera particular a cada nivel del lenguaje del derecho para sentar las bases de lo que para efectos de este trabajo de investigación entenderemos por cada uno dentro del lenguaje del derecho mexicano.

d) El lenguaje prescriptivo: contenido en sus normas en el nivel más amplio de esta idea, normas generales como individuales, y que comprenden todas las normas válidas de nuestro sistema jurídico, este lenguaje es dictado por la autoridad competente para hacerlo (en algunos casos los particulares al efectuar actos jurídicos permitidos por las mismas normas del sistema) y que constituye los materiales jurídicos objeto al que se refiere el nivel del lenguaje prescriptivo; ¹²⁰en el sistema jurídico mexicano comprende todas las normas jurídicas que lo integran.

e) El lenguaje descriptivo: que se refiere a tales normas, es decir un lenguaje que su objeto de estudio son las normas, que en adelante denominaremos cognoscitivo¹²¹; Este es el “lenguaje el cual se significan los materiales jurídicos (constitución, leyes, sentencias) o, mejor el lenguaje en que se significa el lenguaje prescriptivo en que estos materiales se encuentran expresados (lenguaje del constituyente, del legislador o del juez), no es un lenguaje de carácter prescriptivo sino de carácter ‘descriptivo’.”¹²²

La función del lenguaje descriptivo es muy clara, “pues mientras los materiales jurídicos (comportamientos o voliciones humanas) crean o establecen el derecho, las proposiciones que componen el lenguaje de la ciencia del derecho conocen el derecho, no lo elaboran.”¹²³

f) El lenguaje de la jurisprudencia en el sistema jurídico mexicano.

¹²⁰ TAMAYO, 2003: 328

¹²¹ Idem, p. 331.

¹²² Idem, p. 328.

¹²³ Idem, p. 329.

Para la Suprema Corte de Justicia de la Nación la jurisprudencia “constituye una pieza clave en la evolución del derecho al ritmo de la cambiante vida social, se construye mediante la interpretación de las disposiciones constitucionales y legales, realizadas por el Poder Judicial de la Federación al fijar su sentido y alcance (*de manera obligatoria*) al resolver determinados asuntos con el fin de garantizar a los gobernados certeza jurídica”¹²⁴

De esta definición de la Suprema Corte de Justicia de la Nación es importante destacar que incluye como parte de los elementos de la jurisprudencia, las disposiciones constitucionales y legales con las cuales necesariamente se refiere a al objeto sobre el cual trabaja el órgano encargado de construir la jurisprudencia, el Poder Judicial de la Federación, además de referirse a la interpretación como proceso mediante el cual se construye ésta.

Dentro esta definición y del marco teórico en el cual venimos desarrollando la presente investigación donde tomamos al derecho como un lenguaje con diversos niveles, podemos decir que la jurisprudencia en nuestro sistema jurídico es un metalenguaje, construido por órganos del Poder Judicial de la Federación, que se refiere al lenguaje prescriptivo del derecho, lo cual lo situaría en el nivel del lenguaje descriptivo del mismo, pero lo que le da un nivel diverso al referido es que este metalenguaje es obligatorio, es decir no solo se limita a describir el derecho sino que es prescriptivo en cuanto a que su observancia es obligatoria en los términos que adelante narraremos.

¹²⁴ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, "LA JURISPRUDENCIA SU INTEGRACIÓN", p 7. Las cursivas son mías.

6.1. MARCO LEGAL DE LOS SISTEMAS DE JURISPRUDENCIA OBLIGATORIA EN MÉXICO

En nuestro sistema jurídico la jurisprudencia es obligatoria, y como tal, es importante destacar los fundamentos legales al respecto.

El fundamento de los sistemas de jurisprudencia obligatoria en nuestro sistema jurídico precisamente se encuentra en nuestra carta magna, "...de conformidad con los artículos 94 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 192, párrafo segundo; 193, párrafo segundo; 194, párrafo primero; y 197, párrafo cuarto de la Ley de Amparo; 10, 15, 21, 37, 177, 186, fracción IV, 232 a 237, y décimo quinto transitorio de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, y 42, 43, 59 y 72 de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos los sistemas legales de jurisprudencia en México son: **a) Por reiteración, b) por unificación de criterios y c) en materia de controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad.**"¹²⁵

Además de los anteriores preceptos el artículo 99 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos autoriza al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación a emitir Jurisprudencia obligatoria en materia electoral, realizada por su Sala Superior y sus Salas Regionales, esto está reglamentada a su vez en los artículos del 232 al 237 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

¹²⁵ Ídem, p. 23.

A su vez en materia fiscal también el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa puede realizar jurisprudencia a través del Pleno de su Sala Superior y las Secciones de la Sala Superior en términos de lo dispuesto por los artículos 259 al 263 del Código Fiscal de la Federación.

La jurisprudencia como fue reglamentada en nuestro sistema jurídico, tienen un lenguaje legal o prescriptivo de cómo realizarla que se encuentra referido en los anteriores artículos, dicho lenguaje autoriza a diversas autoridades a realizar un lenguaje descriptivo obligatorio, como muestra de lo anterior es pertinente analizar las bases normativas al respecto.

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se establece que el Poder Judicial de la Federación, será el encargado de hacerla jurisprudencia y la ley fijará los términos en que sea obligatoria la 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.¹²⁶

Por otra parte en el artículo 105 de nuestra Carta Magna se le otorga competencia a la Suprema Corte de Justicia de la Nación para conocer y resolver las controversias constitucionales que, con excepción de las que se refieran a la materia electoral y cuando las controversias versen sobre disposiciones generales, la resolución de la Suprema Corte de Justicia las declare inválidas, dicha resolución tendrá efectos generales cuando hubiera sido aprobada por una mayoría de por lo menos ocho votos.

¹²⁶ Cfr. Art. 94, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Por su parte el artículo 107 fracción VIII, establece que la Suprema Corte al resolver contradicción de tesis entre las sustentadas por Tribunales Colegiados de Circuito o entre las Salas de la Corte entre si, y determinar que tesis debe de prevalecer establecerá jurisprudencia.¹²⁷

En la Ley de Amparo la reglamentación de la jurisprudencia esta contenida en el artículo 192 donde se reglamente la jurisprudencia por reiteración de criterios y contradicción de tesis.¹²⁸

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.

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

¹²⁷ Cfr. Art. 105 y 107 fracción VIII, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹²⁸ Cfr art. 192, Ley de Amparo.

tesis jurisprudencial modificada. Esta resolución deberá ordenar su publicación y remisión en los términos previstos por el artículo 195.”¹²⁹

En la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación en los artículos 177, 186 fracc. IV, y del 232 al 237. ¹³⁰

En el Código fiscal de la Federación se reglamenta la forma de emitir jurisprudencia en los artículos 259 al 263. ¹³¹

En estos términos podemos concluir que:

La jurisprudencia por reiteración se encuentra reglamentada de manera general por el artículo 94 párrafo octavo de la Constitución, los artículos 192, 193 de la Ley de amparo y se forma cuando “se dictan varias sentencias para resolver casos distintos que entrañen fondo similar, pues debe existir semejanza en el criterio derivado de ellos para que se vuelva obligatorio al convertirse en jurisprudencia.”¹³²

La jurisprudencia por unificación de criterios se encuentra reglamentada de manera general por el artículo 107 fracción XIII de la Constitución, los artículos 192, 197 y 197-A de la Ley de amparo y “tiene por objetivo preservar la unidad de interpretación de las normas que conforman el orden jurídico nacional, al decidir los criterios que deben prevalecer cuando existe oposición entre los

¹²⁹ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, "LA JURISPRUDENCIA SU INTEGRACIÓN", p. 7...

¹³⁰ Cfr. Arts. 177, 186 fracc. IV, 232 – 237, Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

¹³¹ Cfr. Arts. 260 - 263, Código Fiscal de la Federación.

¹³² SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, "LA JURISPRUDENCIA SU INTEGRACIÓN", p. 24.

que sustenten las salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación o los Tribunales Colegiados de Circuito, en torno a un mismo problema legal, sin que afecten esferas jurídicas concretas derivadas de los juicios en los cuales se hubiesen emitido dichos criterios.”¹³³

La jurisprudencia en materia de controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad se encuentra reglamentada de manera general por el artículo 105 fracciones I y II de la Constitución.

Dadas las anteriores descripciones del sistema jurisprudencial mexicano es indudablemente la jurisprudencia es un metalenguaje jurídico cuyo objeto son las normas jurídicas, por lo tanto debe de ser la jurisprudencia congruente con el objeto que le da origen y al cual sirve para interpretarlo.

6.2. EL OBJETO DE INTERPRETACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA EN MÉXICO

El objeto de interpretación de la jurisprudencia en México son las normas jurídicas en su sentido más amplio de la expresión.

Los tres niveles de texto que conforman el lenguaje jurídico en nuestro sistema deben respetar y ser conformes a un orden jerárquico en términos del artículo 133 de nuestra constitución.¹³⁴ Si no existe un orden jerárquico y conformidad de las normas de grado inferior con las de grado superior, estaríamos en presencia de lenguajes jurídicos paralelos lo cual ocasionaría un caos en el

¹³³ Ídem, p. 30.

¹³⁴ Art. 133.- 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.

momento de aplicar el derecho a los casos concretos, que sería contrario a la certeza jurídica que se busca en nuestro sistema de derecho al establecer la jurisprudencia.

6.3. FUNCIÓN Y LÍMITES DE LA JURISPRUDENCIA EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO.

La función y límites que deben respetarse en la formulación e interrupción de la jurisprudencia en el sistema jurídico mexicano son claros y podemos resumirlos en que deben los órganos jurisdiccionales federales competentes de la referida labor:

- a) Fijar los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los tribunales del Poder Judicial de la Federación.
- b) La función de la creación de la jurisprudencia obligatoria es fijar los criterios sobre interpretación de la Constitución, leyes y reglamentos federales o locales y tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano.
- c) El objeto de interpretación ya referido son la Constitución, leyes y reglamentos federales o locales y tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano.
- d) En caso de tesis contradictorias decidir cuál debe de prevalecer. Y esta resolución se erigirá como jurisprudencia.

Es claro que deben las autoridades competentes respetar la función y límites de la jurisprudencia mexicana.

Debe por lo tanto ser congruente y conforme la jurisprudencia con el objeto que le da vida.

No debiera ser incongruente ni rebasarlo, porque de ser así su función cambiaría de ser una interpretación obligatoria, a ser una legislación paralela, y se podría dar el caso de que se tuviera que inventar una meta jurisprudencia cuyo objeto a su vez fuera la jurisprudencia de nuestro sistema jurídico, lo cuál sería un sinsentido.

CAPITULO III

1. EL OFRECIMIENTO DEL TRABAJO Y LA INTERPRETACIÓN DE LA NORMA LABORAL AL RESPECTO.

El objetivo de este capítulo es esclarecer qué se entiende en el sistema jurídico laboral mexicano por “el ofrecimiento de trabajo” y situarlo en el contexto de los tres niveles de lenguaje jurídico, para evidenciar la incongruencia del lenguaje del derecho al respecto en sus tres niveles que tiene en el derecho mexicano y mostrar la situación problemática que esto genera.

Para efectos de lo anterior es necesario partir de las siguientes instituciones establecidas dentro de las normas de Derecho del Trabajo:

- 1.- Objetivos de las normas de Derecho del trabajo,
- 2.- La carga de la prueba en materia de Derecho procesal del trabajo.
- 3.- El lenguaje jurisprudencial del ofrecimiento del trabajo en materia procesal laboral, y el trato que le da la doctrina.

2. OBJETIVO DE LAS NORMAS DE DERECHO DEL TRABAJO

El sistema jurídico laboral descansa sobre la base de que las normas que lo componen deben tender a conseguir un equilibrio entre los factores de la producción que intervienen en la relación laboral, es decir entre los trabajadores y el patrón, armonizando sus derechos.

Al establecer como fin de las normas de derecho del trabajo que busquen conseguir un equilibrio entre los factores de la producción, es claro que suponen un desequilibrio en la relación laboral presente o futura, es decir cuando la balanza esta inclinada o se inclina a favor del patrón o el trabajador, las normas de derecho del trabajo ya prevén la forma de tratar estas situaciones y dan los supuestos sobre los que las autoridades laborales deben, con la aplicación de dichos preceptos, encontrar el mencionado equilibrio, es decir que la balanza se nivele para que pueda haber armonía laboral.

Este principio es claro y las normas de derecho del trabajo lo contienen, como muestra podemos observar los supuestos normativos contenidos en la Ley Federal del Trabajo en sus artículos: 2, 18, 450 fracción I, 784, 919 entre otros¹³⁵, donde se establecieron normas en el mismo sentido, es decir

¹³⁵ **Artículo 2o.** Las normas de trabajo tienden a conseguir el equilibrio y la justicia social en las relaciones entre trabajadores y patronos. **Artículo 18.** En la interpretación de las normas de trabajo se tomarán en consideración sus finalidades señaladas en los artículos 2º. y 3º. En caso de duda, prevalecerá la interpretación más favorable al trabajador. **Artículo 450.** La huelga deberá tener por objeto: I. Conseguir el equilibrio entre los diversos factores de la producción, armonizando los derechos del trabajo con los del capital. **Artículo 784.** La Junta eximirá de la carga de la prueba al trabajador, cuando por otros medios esté en posibilidad de llegar al conocimiento de los hechos, y para tal efecto requerirá al patrón para que exhiba los documentos que, de acuerdo con las leyes, tiene la obligación legal de conservar en la empresa, bajo el apercibimiento de que de no presentarlos, se presumirán ciertos los hechos alegados por el trabajador. En todo caso, corresponderá al patrón probar su dicho cuando exista controversia sobre:... **Artículo 919.** La Junta, a fin de conseguir el equilibrio y la justicia social en las relaciones entre los trabajadores y patronos, en su resolución podrá aumentar o disminuir el personal, la jornada, la semana de trabajo, los salarios y, en general, modificar las condiciones de trabajo de la empresa o establecimiento, sin que en ningún caso pueda reducir los derechos mínimos consignados en las leyes.

los principios que se derivan de las normas del derecho del trabajo buscan conseguir un equilibrio entre los factores de la producción.

3. LA CARGA DE LA PRUEBA EN MATERIA DE DERECHO DEL TRABAJO

“Así, el arte del Proceso es esencialmente el arte de administrar las pruebas”¹³⁶

Partiendo de esta magistral definición, de Jeremy Bentham, que nos muestra el principio fundamental de lo que en sí es el oficio del jurista en materia probatoria, podemos vislumbrar la importancia que tiene para la resolución jurisdiccional de los conflictos, la materia probatoria, y por ende la carga de la prueba.

Parte esencial del proceso, es el litigio, porque precisamente el fin principal del proceso es resolver una controversia; el litigio puede consistir, tanto una controversia de hechos, es decir cuando existe pugna con relación a las afirmaciones en las que el actor funda sus acciones y pretensiones, con relación a aquellas afirmaciones en la cuales el demandado funda sus excepciones o defensas.

También puede existir un litigio, en donde la controversia verse sobre la aplicación del derecho al caso concreto, al estar las partes de acuerdo con los hechos contenidos en el proceso, y la resolución de la controversia por parte de la autoridad, será sólo si se la pretensión del actor está ajustada a derecho al proceder su acción, o en su caso si son procedentes o no las defensas o excepciones planteadas por el demandado.

Como se adelantó cuando existe certeza de los hechos motivo de la contienda, por que las partes los han aceptado como ciertos, ya no es necesario probarlos, ya que sería ocioso probar hechos

¹³⁶ Bentham, J. “Tratado de las Pruebas Judiciales”, p 2.

aceptados por las partes, debiendo aplicarse el aforismo procesal de que: a confesión de parte relevo de prueba.

En los anteriores términos como lo que está en contienda solo es la aplicación del derecho, la actividad judicial de aplicación del mismo es la que se debe de encargar de determinar el derecho aplicable con base en los hechos confesados por las partes.

Pero cuando la contienda no es sobre la aplicación del derecho sino sobre los hechos en los que las partes fundan sus acciones, o excepciones o defensas; los hechos controvertidos en el proceso deben ser probados y crear convicción en el juzgador de los mismos para saber si estos se adecuan al supuesto normativo aplicable al caso concreto y saber si son procedentes la pretensiones del actor o la oposición de estas por parte del demandado. Es decir ante los hechos en contradictorio existe la necesidad de probar.

Pero si las partes no cumplen con la necesidad de la prueba; es claro que un litigio no puede quedar sin solución, por lo tanto si aun cuando las partes tienen el deber de probar la procedencia de su acción o en su caso excepciones o defensas, no prueban, no se puede declarar un empate, debe resolverse la controversia a favor de una de las partes, de ahí la institución de la carga de la prueba, que impone, valga la redundancia la carga de probar, y a quién le corresponda y no la desahogue, el resultado será que no procederá su acción, o en su caso su excepción o defensa.

Es por eso que para la resolución de las controversias y en especial en materia laboral debe de comprenderse, la institución de la carga de la prueba, y en materia laboral sus consecuencias

procesales en el ofrecimiento de trabajo, por todo lo que esta institución conlleva en los juicios laborales. De ahí que proponemos para tal efecto el siguiente desarrollo.

3.1. LA CARGA DE LA PRUEBA EN LA TEORÍA GENERAL DEL PROCESO

“El significado etimológico del concepto carga, es la cosa que hace peso sobre otra.”¹³⁷

Ya el derecho romano tenía como concepto de carga de la prueba el que se funda “... sobre la necesidad práctica de que cada una de las partes alegue y pruebe en el proceso aquellos hechos a los cuales la norma jurídica vincula el efecto deseado...”¹³⁸ Concepto que ya dejaba establecido de una manera clara, la necesidad de hacer algo, no por obligación, sino para conseguir la satisfacción de las pretensiones o excepciones de aquel que tiene la carga de probar.

“La noción sobre la cual se ha hecho girar toda la teoría de la carga de la prueba, es precisamente la de carga entendida como entidad jurídica distinta de la obligación, en el sentido de que en determinados casos la norma jurídica fija la conducta que es necesario observar, cuando un sujeto quiera conseguir un resultado jurídico relevante.”¹³⁹

La carga de la prueba, deriva de su género que es la carga, y esta a su vez “... indica el medio necesario para la obtención de un fin determinado fin respecto del cual el sujeto agente es libre de determinarse o no. Tal concepto es, pues, esencialmente instrumental..., es decir no existe medio jurídico que constriña al individuo a cumplir la carga, no hay obligación de cumplirla, simplemente

¹³⁷ Tena, R. y Ítalo H. “El Ofrecimiento del Trabajo en el Proceso Laboral”, p. 29.

¹³⁸ GIAN, A. “LA CARGA DE LA PRUEBA”, p. 59.

¹³⁹ Ídem, p. 60.

si no la cumple quién la tiene y quiere conseguir determinado fin, su sanción es no conseguir tal fin.”¹⁴⁰

“Según De Pina y Castillo Larrañaga, es el gravamen que recae sobre las partes de facilitar el material probatorio necesario al juzgador para formar convicción sobre hechos alegados o invocados”¹⁴¹

En esencia coincide la doctrina respecto de que la carga de la prueba es un instrumento, con el cual si el interesado la cumple, su pretensión o excepción será procedente, pero no existe un vínculo jurídico que constriña para agotarla.

Podemos resumir las anteriores ideas en el principio de que en el derecho procesal el que afirma tiene la carga de probar, de otra forma dicho tiene el interés de probar.

Para la Procuraduría Federal de la Defensa del Trabajo, la carga de la prueba “(Onus Probandi) Dentro del procedimiento laboral, la carga de la prueba significa el imperativo del interés propio. Es decir, su cumplimiento produce ventajas directas a la parte interesada, pero su falta de realización no produce la imposición de una sanción, sino mas bien, una situación desfavorable dentro del juicio.”¹⁴²

¹⁴⁰ Ídem.

¹⁴¹ Tena y Ítalo, 2006: 29.

¹⁴² PROCURADURÍA FEDERAL DE LA DEFENSA DEL TRABAJO “PRONTUARIO TEÓRICO PRACTICO DE DERECHO DEL TRABAJO”, p. 705.

3.2. LA CARGA DE LA PRUEBA EN MATERIA PROCESAL LABORAL.

Es muy específica la forma de probar en materia procesal del trabajo porque a decir de Tena e Ítalo “rechaza... las reglas de la carga de la prueba del derecho civil, estableciendo como principio tutelar ‘debe probar, el que esté en mejor aptitud o disposición de hacerlo’ independientemente de las afirmaciones o negaciones producidas en el juicio, por lo que es una obligación y un derecho de las partes cumplir con el impulso procesal que la ley y la jurisprudencia les impone.”¹⁴³

Uno de los principios fundamentales en la aplicación de las normas de derecho del trabajo, en relación a sus preceptos procesales, es el de la carga de la prueba, principio que también tiene como fin conseguir un equilibrio entre los factores de la producción.

En materia probatoria, este principio trata de conseguir un equilibrio entre los factores de la producción, esto quiere decir que el legislador consideró que una de las partes de la relación laboral estaba desequilibrada en relación con la otra, es decir en desventaja procesal y para conseguir el mencionado equilibrio, el legislador estableció normas protectoras de la clase trabajadora que lo equilibraran y así poder litigar en igualdad de circunstancias que la patronal en los procesos jurisdiccionales del trabajo.

La carga de la prueba en materia procesal laboral, se establece sobre el principio de que afirma tiene que probar, aunque dicho principio no es absoluto, para tutelar a la clase trabajadora el legislador estableció excepciones a tal principio en beneficio de los trabajadores.

¹⁴³ Tena y Ítalo, 2006: 33.

Para hacer claro esto debemos partir de la máxima de derecho de que quién afirma tiene la carga de probar. Esto quiere decir que en materia procesal las personas deben acreditar los hechos en los que fundan sus pretensiones perseguidas en juicio, es decir tienen que probar la procedencia de su acción.

Como adelantamos en materia laboral este principio no es absoluto sino que tiene excepciones, por que cuando existe conflicto en cuanto a las condiciones de trabajo, su cumplimiento, o la terminación de la relación de trabajo; el trabajador tiene ante la afirmación de que son de determinada manera, la presunción de certeza en su dicho ante la controversia que plantee al respecto el patrón.

El trabajador no tiene al respecto la carga de probar, sino que existe una presunción de certeza de que lo que sostiene el trabajador es cierto, y es a la parte patronal a la que corresponde la carga probatoria de la controversia que llegue a plantear.

3.2.1. BASE LEGAL

“En la exposición de motivos de la reforma procesal de 1980, se dijo que “se involucran dos importantes principios; el de libre apreciación de las pruebas y de igualdad de las partes en el juicio, a través de subsanar la deficiente demanda del trabajador y en la distribución de las cargas probatorias”.¹⁴⁴

¹⁴⁴ Ídem. p. 33 y 34.

Este principio exime al trabajador de la carga de probar los hechos en los que funda las reclamaciones de su demanda, tratándose como ya establecimos de las condiciones laborales, su cumplimiento y terminación de la relación de trabajo, estos casos de excepción de prueba son los establecidos en el artículo 784 de la Ley Federal del Trabajo, en sus diferentes fracciones.

Las excepciones al principio de que quién afirma está obligado a probar, la norma laboral las ha cristalizado en diversos artículos, como lo son el 21, 26, 784, 804 y 805 todos de la Ley Federal del Trabajo

Un ejemplo de la anterior situación es la contenida en el Artículo 21 de la Ley Federal del Trabajo que establece la presunción legal de la existencia del contrato y de la relación de trabajo entre el que presta un trabajo personal y el que lo recibe.¹⁴⁵

Este precepto arroja la carga de probar al patrón acreditar su excepción de inexistencia de la relación de trabajo, y afirma que esta es de diversa naturaleza jurídica, ante la afirmación del trabajador de la existencia de la relación laboral, en este supuesto existen dos afirmaciones: del trabajador de la existencia de relación de trabajo, y la del patrón de que la relación fue de otra índole jurídica a la laboral.

La Ley Federal del Trabajo exime al trabajador de la carga de probar los hechos en los que funda las reclamaciones de su demanda, tratándose como ya establecimos de las condiciones laborales,

¹⁴⁵ Cfr. Art. 21, Ley Federal del Trabajo.

su cumplimiento y terminación de la relación de trabajo, estos casos de excepción de prueba son los establecidos en el artículo 784 de la Ley Federal del Trabajo, en sus diferentes fracciones.

Con esto la Ley Federal del Trabajo, rompe el principio de quién afirma está obligado a probar y establece excepciones al respecto de los casos establecidos en el artículo 784 de la Ley Federal del Trabajo, y el que cuenta con los medios está obligado a probar, y para nuestra norma jurídica quién cuenta con los medios para probar es la parte patronal.¹⁴⁶

La parte patronal cumple con carga procesal de probar exhibiendo los documentos que conforme a las leyes laborales tiene la obligación de conservar y presentar en juicio y documentos que están descritos en el artículo 804 de la Ley Federal del Trabajo.

“**Artículo 804.** El patrón tiene obligación de conservar y exhibir en juicio los documentos que a continuación se precisan:

I. Contratos individuales de trabajo que se celebren, cuando no exista contrato colectivo o contrato ley aplicable;

II. Listas de raya o nómina de personal, cuando se lleven en el centro de trabajo; o recibos de pagos de salarios;

III. Controles de asistencia, cuando se lleven en el centro de trabajo;

IV. Comprobantes de pagos de participación de utilidades, de vacaciones, de aguinaldos, así como las primas a que se refiere esta ley; y

V. Los demás que señalen las leyes.

¹⁴⁶ Cfr. Art. 784, Ley Federal del Trabajo.

Los documentos señalados por la fracción I deberán conservarse mientras dure la relación laboral y hasta un año después; los señalados por las fracciones II, III y IV durante el último año y un año después de que se extinga la relación laboral, y los mencionados en la fracción V, conforme lo señalen las leyes que los rijan.”

La sanción jurídica para el patrón que en caso de existir controversia jurisdiccional en cuanto a la relación laboral, sus condiciones esenciales y el pago de las mismas, y no cumplir con el mandato de exhibir en juicio los documentos descritos en el artículo 804 de la Ley Federal del Trabajo es una presunción de certeza que nace a favor del trabajador de que lo que afirma en su demanda, respecto a la relación laboral, sus condiciones esenciales y el pago de las mismas es cierto.¹⁴⁷

Es indudable que la adjudicación de la carga de la prueba de acreditar su dicho en caso de controversia jurisdiccional con un trabajador, es un claro ejemplo del fin reivindicatorio de las normas de derecho laboral, cuyo fin es conseguir un equilibrio entre los factores de la producción.¹⁴⁸

Al respecto sólo vale señalar que esta intención niveladora de las normas laborales para que el patrón y el trabajador contiendan jurisdiccionalmente de una manera equilibrada, suponiendo que la parte patronal siempre cuenta con los medios económicos para tener, contratos de trabajo, listas de asistencia, nóminas, listas de raya, recibos de pago de prestaciones, etc. puede ser in equitativa, al tratar igual a los desiguales, esto es que trata igual a los patrones con capacidad para cumplir con su carga de probar como a los patrones que sólo tienen una pobre y pequeña empresa, entendiendo

¹⁴⁷ Cfr. Art. 805, Ley Federal del Trabajo.

¹⁴⁸ Cfr. Art. 2, Ley Federal del Trabajo.

por esta como lo hace la Ley Federal del Trabajo, la unidad de producción y distribución de bienes o servicios.¹⁴⁹

Esta carga de la prueba patronal encontró justificante en el argumento de que existe un desequilibrio económico social en donde el patrón cuenta con los medios para probar los elementos básicos, su cumplimiento en la relación laboral y la terminación de la misma.

Como las normas de derecho del trabajo deben conseguir equilibrar esa desigualdad le arroja la carga de la prueba al patrón para que el trabajador pueda litigar con este en plano de igualdad.

Partiendo de los anteriores principios y cotejando los anteriores argumento con nuestro sistema jurídico, parecería sencillo inclinarse por la opinión de que entonces la autoridad debe de aplicar las normas jurídicas para cumplir con su obligación y el objetivo de la Ley.

3.2.2. CARGA DE LA PRUEBA DE LA MANERA DE TERMINAR LA RELACIÓN DE TRABAJO

Dentro de tales supuestos de excepción del principio de que quién afirma tiene la carga de probar se encuentra el que impone al patrón la carga de probar la manera en que la relación de trabajo termina.

¹⁴⁹ Cfr. Art. 16, Ley Federal del Trabajo.

Es decir ante la controversia en un proceso laboral de cómo terminó la relación de trabajo, la norma laboral independientemente de lo que afirme el trabajador en relación a dicho punto corresponde al patrón la carga de probar, lo cual claramente podemos observar en las fracciones de IV, V y VI del artículo 784 de la Ley Federal del Trabajo.

El lenguaje prescriptivo del derecho en cuanto a la terminación de la relación de trabajo es claro corresponde al patrón probar su afirmación con la cuál planteó controversia al respecto.

La carga de la prueba, en materia procesal del derecho del trabajo, en los conflictos jurídicos individuales tramitados ante las Juntas de Conciliación y Arbitraje, es un concepto de trascendental importancia, porque de ella depende en su mayoría el resultado de los procesos; de manera general al que le corresponde la carga de probar, generalmente no la cumple y por consecuencia no consigue la satisfacción de sus pretensiones si es el accionante o sus defensas o excepciones no prosperan, si es la parte demandada y por lo tanto las pretensiones del actor proceden.¹⁵⁰

Punto en particular que en la presente investigación tiene vital importancia, porque precisamente la postura que defendemos parte de un caso similar que es el ofrecimiento del trabajo en materia de derecho procesal del trabajo, cuyo efecto puede ser revertir la carga de la prueba al trabajador, como adelante detallaremos, de aquí la importancia de conocer el concepto de carga de probar.

¹⁵⁰ Este comentario se funda principalmente en la propia experiencia procesal como autoridad y litigante.

En concordancia con la anterior idea es necesario señalar que en el sistema jurídico mexicano y como consecuencia en el derecho del trabajo, en la aplicación de las normas deben de ser respetados obligatoriamente los principios de legalidad y libertad.

El sistema jurídico mexicano, es normativamente jerarquizado, y al serlo las normas jurídicas deben de ser creadas de conformidad a otra norma del sistema (salvo la norma fundante) de superior jerarquía, por la autoridad competente para hacerlo y de acuerdo a las formalidades previstas en el sistema jurídico.

Es básico, por lo tanto, para nuestro orden jurídico el principio de legalidad, donde para cualquier acto de creación o aplicación normativa debe existir un fundamento en ley.

Este principio de legalidad, en nuestro sistema jurídico, obliga a los órganos encargados del ejercicio del Poder de la Unión, es decir las autoridades que ejercen actos de afectación hacia los gobernados, a que sus actos necesariamente tengan fundamento en Ley.¹⁵¹

Este principio o garantía de legalidad no es potestativo sino obligatorio, porque de no observarse el orden jurídico constitucional se altera y chocarían los actos autoritarios contra la primacía constitucional y harían nugatorio nuestro sistema normativo.

¹⁵¹ El Poder de la Unión para su ejercicio se divide en funciones, la ejecutiva, la legislativa y la jurisdiccional, estas funciones a su vez podemos entenderlas desde el punto de vista formal o desde el material. El criterio para calificar un acto formalmente como perteneciente a alguno de los poderes, es el que depende de cuál de los tres poderes es el que emite el acto, por lo tanto serán formalmente ejecutivos los actos que dicte el Poder Ejecutivo, legislativos los del Poder Legislativo y judiciales o jurisdiccionales los que emanen del Poder Judicial, en las competencias federales o locales que se desprenden del artículo 127 de nuestra Constitución. Lo que hace que un acto sea materialmente perteneciente a alguno de los poderes no es el poder del que nace el acto sino sus características, es decir que participe de las propias de los actos legislativos, ejecutivos o jurisdiccionales, independiente mente del poder que emita el acto. En estos términos podemos concluir que todos los actos de autoridad en el sistema jurídico mexicano deben realizarse fundados en Ley. Nuestro sistema jurídico que debe servir de fundamento a los actos de autoridad está compuesto de normas.

Pero además del principio de legalidad que deben de observar las autoridades estatales en su actuar, los gobernados también tienen que encontrar en la Ley el límite de los actos que pueden o están obligados a realizar en su vida como personas pertenecientes a una sociedad y esto lo podemos resumir en que el individuo sólo puede realizar lo que la ley no le prohíba o lo que le mande.

Con estas posturas en cuanto al actuar de la autoridad y el de las personas podemos concluir que Las normas del Derecho en general y por tanto las del Derecho del Trabajo, son creadas con el fin de permitir la convivencia gregaria del hombre, y se deben de observar y aplicar.

Si esto es así es necesario que los individuos miembros del estado conozcan las leyes, para poder acatarlas, y de ahí que deba existir un lenguaje en el cuál sean conocidas y entendidas las normas jurídicas.

Por estas consideraciones es trascendental el sostener que el ofrecimiento de trabajo no tiene una base legal, es decir no se encuentra en el nivel del lenguaje del derecho que denominamos simplemente normativo o prescriptivo

4. EL OFRECIMIENTO DEL TRABAJO

4.1. BASE JURISPRUDENCIAL

Esta figura jurídica tiene su nacimiento, su texto y reglamentación **en el nivel jurisprudencial** como lo entendemos en el sistema jurídico mexicano, no está previsto en el nivel prescriptivo de nuestro lenguaje de derecho.

Aun que no está regulado en las leyes laborales, también toca el punto de la carga procesal de probar la terminación de la relación de trabajo tratándose de un despido argumentado por un trabajador, como en las normas laborales con un lenguaje contradictorio a las mismas.

Es el ofrecimiento del trabajo una figura jurisprudencial que no cuenta con base normativa en la Ley Federal del Trabajo, es una institución meta jurídica, porque va más allá del sentido de interpretar la ley que debe ser el objeto de la jurisprudencia.

La finalidad del ofrecimiento del trabajo es revertir la carga procesal del patrón de probar la terminación de la relación laboral que le corresponde por los artículos 784 en relación 804 Ley Federal del Trabajo y que el trabajador pruebe el hecho del despido que argumenta.

Su procedencia está relacionada a que un trabajador intente, en su demanda una pretensión derivada de un despido injustificado, a lo cual cuando el patrón cuando conteste la demanda debe de negar el despido y ofrecer al trabajador a que se reintegre a su trabajo en los mismos términos y

condiciones laborales esenciales en las que venía prestando sus servicios para el patrón como salario puesto y horario o con que se ofrezca el trabajo mejores condiciones, y en todo caso respetando los derechos mínimos y las obligaciones máximas de los trabajadores.

Si el patrón en su invitación a que el trabajador se reintegre a laborar respeta las referidas condiciones provoca que se revierta la carga de la prueba que tiene el patrón de probar la causa de la terminación de la relación laboral hacia el trabajador.

4.2. EL OFRECIMIENTO DE TRABAJO

El ofrecimiento del trabajo es como dijimos una figura jurisprudencial que no cuenta con base normativa en la ley federal del trabajo, es meta jurídica por que va más allá de la ley que es el objeto de la jurisprudencia y que por supuesto no puede rebasar, cuya finalidad es revertir la carga procesal del patrón de probar la terminación de la relación laboral que le corresponde por los artículos 784 en relación 804 Ley Federal del Trabajo y que el trabajador pruebe el hecho del despido.

Como hemos referido su procedencia está relacionada a que un trabajador intente, una demanda laboral derivada de un despido injustificado, que el patrón cuando conteste la demanda, niegue el despido e invite al trabajador a que se reintegre a su trabajo en los mismos términos y condiciones laborales esenciales en que venía trabajando para el patrón.

Las condiciones laborales esenciales son el puesto, el salario, la jornada, y estas al ofrecer el trabajo deben ser las mismas y si así ocurre dicha invitación a que el trabajador se reintegre a laborar provoca que se reinvierta la carga de la prueba que tiene el patrón de probar la causa de la terminación de la relación laboral hacia el trabajador.

El ofrecimiento del trabajo no tiene una base legal expresa, sino que nace de la interpretación jurisprudencial, y las Juntas locales y federales de conciliación y arbitraje aplican esta figura jurisprudencia con base en lo dispuesto por el artículo 17 de la Ley Federal del Trabajo.¹⁵²

Sin embargo es claro el texto del artículo 17 de la Ley Federal del Trabajo en el sentido de que la autoridad jurisdiccional laboral antes de aplicar la jurisprudencia debe aplicar la Constitución, en esta ley o en sus reglamentos, o en los tratados a que se refiere el artículo 6o., y a falta de norma expresa en dichos cuerpos jurídicos, podrá aplicar la jurisprudencia. Sin embargo como ya quedó asentado en el sistema jurídico mexicano la jurisprudencia tiene su base en la ley y no puede ir más allá de esta.

La actual doctrina del Derecho Procesal laboral ha comenzado a preocuparse al respecto al sostener que: “Las interpretaciones actuales de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, han superado los alcances del precepto, toda vez que sostiene el criterio de que el patrón tienen la obligación previa de demostrar la negativa del trabajador a recibir el aviso (de rescisión) para que surta efectos se entrega por conducto de la autoridad laboral, aunado a la problemática de acreditar

¹⁵² Cfr. Art. 17, Ley Federal del Trabajo.

también las causales de rescisión, constituye una carga procesal que desalientan su aplicación.”¹⁵³

Y por consecuencia y con el fin de evitar dichas cargas se refugia en el ofrecimiento de trabajo donde revierte su carga al trabajador, de comprobar cómo terminó la relación laboral.

La base jurídica del ofrecimiento de trabajo es jurisprudencial,¹⁵⁴ al no tenerla legal; el ofrecimiento de trabajo obtiene su fundamento en la jurisprudencia y un ejemplo claro de cómo regula el ofrecimiento de trabajo es la siguiente tesis de jurisprudencia por contradicción:

“OFRECIMIENTO DEL TRABAJO EN LOS MISMOS TÉRMINOS EN QUE SE VENÍA DESEMPEÑANDO. PARA CALIFICARLO ES INNECESARIO ATENDER A LA FALTA DE PAGO DE PRESTACIONES ACCESORIAS, PUES ELLO NO ALTERA LAS CONDICIONES FUNDAMENTALES DE LA RELACIÓN, NI IMPLICA MALA FE. Para calificar el ofrecimiento de trabajo que el patrón formula al contestar la demanda, con el propósito de que el trabajador regrese a laborar en las mismas condiciones en que prestaba el servicio, deben tenerse en cuenta los siguientes elementos, a saber: **a) las condiciones fundamentales de la relación laboral, como el puesto, salario, jornada u horario; b) si esas condiciones afectan o no los derechos del trabajador establecidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en la Ley Federal del Trabajo, o en el contrato individual o colectivo de trabajo, sin que sea relevante que el patrón oponga excepciones, siempre que no impliquen la aceptación del despido, toda vez que el artículo 878, fracciones II y IV, de la ley mencionada,**

¹⁵³ Tena y Ítalo, 2006: 24.

¹⁵⁴ Véase supra.

permite al demandado defenderse en juicio; y c) el estudio del ofrecimiento en relación con los antecedentes del caso o conducta asumida por el patrón, por ejemplo, si al ofrecer el trabajo en un juicio, en otro diverso demanda al trabajador la rescisión de la relación laboral que está ofreciendo en aquél, pues ello constituye una conducta contraria al recto proceder que, denota falta de integridad y mala fe en el ofrecimiento de trabajo; o bien, cuando haya dado de baja al empleado actor en el Seguro Social u otra dependencia en la que necesariamente deba estar inscrito como consecuencia de la relación laboral, porque esto revela que, el patrón oferente carece de voluntad para reintegrar al trabajador en las labores que venía desempeñando. Conforme a esos elementos, por regla general, cabe calificar el ofrecimiento de trabajo, sin que sea necesario atender a otras circunstancias, como la falta de pago de prestaciones accesorias, tales como vacaciones, prima vacacional, aguinaldos, séptimos días y media hora de descanso, pues el impago de dichas prestaciones no altera las condiciones fundamentales de dicha relación, dado que no da lugar a considerar, por ejemplo, que el patrón pretenda que el trabajador regrese con un salario menor, con una categoría inferior y con una jornada u horario de trabajo mayor, ni que el patrón oferente carezca de voluntad para reintegrar al trabajador en las labores que venía desempeñando, sino únicamente generan la obligación para la Junta de condenar a su cumplimiento o pago proporcional, en caso de que no se haya cubierto dentro del juicio, por tratarse de derechos adquiridos por el trabajador, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 63, 64, 69, 76, 80, 81 y 87 de la Ley Federal del Trabajo. Contradicción de tesis 42/2002-SS. Tesis de jurisprudencia 125/2002.»¹⁵⁵

¹⁵⁵ Novena Época, Instancia: Segunda Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XVI, Diciembre de 2002, Tesis: 2a. /J. 125/2002, Página: 243.

Esta tesis de jurisprudencia es ejemplar de que el ofrecimiento de trabajo es totalmente casuístico y sin principios generales que puedan dar certeza jurídica, tanto a la parte patronal como a la trabajadora en el proceso laboral, dado lo vago de su regulación, lo cual trae consigo un sin fin de problemas al momento de resolver los conflictos donde esta figura jurisprudencial es parte de la litis.

4.2.1. REQUISITOS

Como el ofrecimiento del trabajo es una figura jurisprudencial, que además es en exceso casuística, es necesario rescatar sus requisitos de la jurisprudencia, y tratando de hacer una generalización del material jurisprudencial, podemos sostener que los requisitos para que este sea eficaz y revierta la carga de la prueba al trabajador del despido que argumenta, son los siguientes:

1.- El trabajador debe intentar una acción alegando despido injustificado, y debe pretender la pretensión de la indemnización de tres meses de salario o la reinstalación de acuerdo al artículo 48 de la Ley Federal del Trabajo.¹⁵⁶

2.- El patrón debe negar el despido, aunque puede oponer excepciones, siempre que estas no impliquen la aceptación del despido (rescisión justificada).

3.- El patrón ante la negativa del despido debe ofrecer al trabajador a que se reintegre a su trabajo, es decir ofrecerle el trabajo.

4.- La oferta de trabajo debe ser respetando o mejorando las condiciones fundamentales de la relación laboral, que considera son el puesto, salario, jornada u horario, sin que puedan ser nunca en condiciones ilegales, es decir no menos de los derechos mínimos o más de los topes máximos de la Ley Federal del Trabajo.

¹⁵⁶ Cfr. Art. 48, Ley Federal del Trabajo.

5.- La conducta procesal del patrón durante el juicio donde se ofertó el trabajo, debe hacer que la autoridad jurisdiccional laboral tenga el convencimiento de que no se están violentando los derechos del trabajador derivados de las condiciones esenciales en las cuales prestaba sus servicios, y debe también llegar al convencimiento de que el ofrecimiento del trabajo no es una estrategia procesal del patrón únicamente esgrimida para revertir la carga de la prueba y no con la intención de la verdadera continuación de la relación de trabajo.

6.- Debe la autoridad laboral estudiar el ofrecimiento de trabajo en relación con los antecedentes del caso o conducta asumida por el patrón, “por ejemplo, si al ofrecer el trabajo en un juicio, en otro diverso demanda al trabajador la rescisión de la relación laboral que está ofreciendo en aquél, pues ello constituye una conducta contraria al recto proceder que, denota falta de integridad y mala fe en el ofrecimiento de trabajo; o bien, cuando haya dado de baja al empleado actor en el Seguro Social u otra dependencia en la que necesariamente deba estar inscrito como consecuencia de la relación laboral, porque esto revela que, el patrón oferente carece de voluntad para reintegrar al trabajador en las labores que venía desempeñando.”¹⁵⁷

4.2.2. PRESUPUESTOS O CONDICIONES

- PARTE DE UN PRINCIPIO ESENCIAL DEL DERECHO DEL TRABAJO LA BUENA FE

¹⁵⁷ Novena Época, Instancia: Segunda Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XVI, Diciembre de 2002, Tesis: 2a. /J. 125/2002, Página: 243.

Esta figura jurisprudencial parte del principio de la buena fe, y este lo podemos traducir en la especie en términos de que para que el ofrecimiento del trabajo tenga el efecto de revertir la carga de la prueba debe ser en las mismas o mejores condiciones laborales en las que se venía desempeñando el trabajador y que la parte patronal no de muestras de mala fe, como privarlo de la seguridad social antes de que el trabajador demande, denunciarlo o querellarse penalmente antes de ofrecerle el trabajo.

- SE ANALIZA DEL PLANTEAMIENTO DE LA LITIS POR PARTE DE LA PATRONAL, EN SU CONTESTACIÓN. EN RELACIÓN A LAS CONDICIONES ESENCIALES DE LA RELACIÓN LABORAL.
- DEBE DE TOMARSE EN CUENTA LO ARGUMENTANDO EN LA RÉPLICA Y CONTRARRÉPLICA.
- DEBE OBSERVARSE UNA CONDUCTA DE BUENA FE DURANTE TODO EL PROCESO
- ES UNA INVITACIÓN AMIGABLE PARA CONTINUAR LA RELACIÓN LABORAL.
- DEBE CREAR EN EL JUZGADOR LA CONVICCIÓN DE QUE REALMENTE EXISTE LA INTENCIÓN DE CONTINUAR LA RELACIÓN LABORAL.

- SI DENOTA LA INTENCIÓN PROCESAL TRAMPOSA DE REVERTIR LA CARGA PROBATORIA DEBE CONSIDERARSE DE MALA FE

Cuando el ofrecimiento del trabajo no es realizado por parte de la patronal de buena fe, no revierte la carga de la prueba del despido al trabajador y el ofrecimiento de trabajo se convierte de mala fe, los siguientes pueden ser los factores de mala fe.

4.2.3. FACTORES DE MALA FE, ENTRE MUCHOS QUE NACEN DE LO CASUÍSTICO DE ESTA FIGURA JURISPRUDENCIAL.

- ✓ CUANDO SE HACE CON UNA JORNADA MAYOR A LA LEGAL, AUN CUANDO SEA ACEPTADA POR LA CONTRAPARTE.
- ✓ CUANDO EL TIEMPO PARA DESCANSAR NO SE ENCUENTRA COMPRENDIDO DENTRO DE LA JORNADA CONTINUA RELATIVA, EXISTE MALA FE EN EL.
- ✓ SI EL PATRÓN CONTROVIERTE EL DÍA DE DESCANSO SEMANAL Y NO LO PRUEBA.
- ✓ OFRECIMIENTO DEL TRABAJO EN CONDICIONES ILEGALES, IMPLICA MALA FE.

- ✓ LA BAJA DEL TRABAJADOR EN EL SEGURO SOCIAL POR DESPIDO, EN FECHA PREVIA AL JUICIO LABORAL EN EL QUE EL PATRÓN LE OFRECE REINTEGRARSE A SUS LABORES, IMPLICA MALA FE.

- ✓ LA QUERRELLA O DENUNCIA PENAL POR PARTE DEL PATRÓN AL TRABAJADOR ANTES DE REALIZARLE EL OFRECIMIENTO DE TRABAJO.

4.2.4. MODALIDADES

EL lenguaje jurisprudencial del ofrecimiento de trabajo, no se encuentra reglamentado en la ley federal del trabajo, al contrario la contradice, ya que la misma le impone la carga de la prueba al patrón de acreditar la manera de terminación de la relación de trabajo, como se puede leer en los artículos 47 en sus últimos tres párrafos y 784 ambos de la ley federal del trabajo.

Además de que esta figura es casuística, lo cual evita que exista una reglamentación que de certeza tanto al trabajador como al patrón respecto de la misma.

El ofrecimiento del trabajo es una figura muy casuista por lo que en este apartado citaremos algunos casos particulares del mismo.

Si entre el momento del despido y ofrecimiento del trabajo media un lapso dentro del cual la Comisión Nacional de Salarios Mínimos acuerda un incremento a los mismos, que hace presumir que en la empresa demandada se otorgaron aumentos, el ofrecimiento de trabajo para que sea

considerado de buena fe, debe realizarse haciendo mención que se incluyen todas las mejoras que hubiese tenido el salario.

“OFRECIMIENTO DE TRABAJO, PRECISIONES QUE DEBE CONTENER EN CUANTO AL SALARIO, PARA QUE SEA DE BUENA FE. Cuando entre la fecha del despido y aquella en que se ofrece el empleo, media un lapso dentro del cual la Comisión Nacional de Salarios Mínimos acuerda un incremento a los mismos, que hace presumir que en la empresa demandada se otorgaron aumentos, el ofrecimiento de trabajo para que sea considerado de buena fe, debe realizarse haciendo mención que se incluyen todas las mejoras que hubiese tenido el salario, porque de lo contrario, de aceptarse dicho ofrecimiento las percepciones estarían disminuidas en relación con las que le corresponderían al trabajador de no haber sido separado.”¹⁵⁸

El ofrecimiento del trabajo debe de realizarse dentro de una jornada legal sin que exceda los máximos que establece la Ley Federal del Trabajo, de manera excepcional puede ofrecerse con exceso a una jornada máxima, si esta es semanal y queda acreditado en el proceso, por el patrón.

“OFRECIMIENTO DE TRABAJO. ES DE BUENA FE SI SE HACE CON UNA JORNADA QUE EXCEDE A LA MÁXIMA, SIEMPRE Y CUANDO SE ENCUENTRE ACREDITADO QUE LAS PARTES CONVINIERON EN REPARTIR LAS HORAS DEL TRABAJO EN TÉRMINOS DE LO DISPUESTO EN EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 59 DE LA LEY FEDERAL DE LA MATERIA. Si el patrón niega el despido y ofrece el trabajo con una jornada superior a la máxima prevista en el artículo 61 de la Ley Federal

¹⁵⁸ Novena Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: XVI, Octubre de 2002 Tesis: I.9o.T. J/45 Página: 1227.

del Trabajo, la oferta debe conceptuarse de buena fe, cuando aquél demuestre que en esos términos lo pactó con el trabajador, de conformidad con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 59 de la citada ley, el cuál expresamente señala que "Los trabajadores y el patrón pueden repartir las horas de trabajo, a fin de permitir a los primeros el reposo del sábado en la tarde o cualquier modalidad equivalente."¹⁵⁹

Al trabajador que demande la reinstalación a su empleo y el patrón le ofrezca el trabajo y el primero lo rechace, este rechazo invalida su pretensión principal de reinstalación y perderá la controversia por que traerá como consecuencia la imposibilidad de la Junta para condenar a la reinstalación contra la voluntad expresa del trabajador.

“OFRECIMIENTO DE TRABAJO. SU RECHAZO POR EL TRABAJADOR QUE DEMANDÓ LA REINSTALACIÓN, INVALIDA LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO DE CONTRATO, POR ENTRAÑAR DESINTERÉS EN OBTENER UN LAUDO CONDENATORIO. Los artículos 123, apartado A, fracción XXII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 48 de la Ley Federal del Trabajo, conceden al trabajador que se considera despedido injustificadamente, la posibilidad de que, a su elección, ejercite la acción de cumplimiento de contrato mediante reinstalación, o bien, la de pago de una indemnización, procediendo en ambos casos el pago de salarios vencidos desde la fecha del despido hasta que quede satisfecha la pretensión que eligió, aunque no se demanden expresamente. Ahora bien, si opta por la primera acción y el patrón le ofrece regresar al trabajo en los mismos términos y condiciones en que se venía desempeñando el servicio, pero aquél rechaza dicha oferta, ello traerá

¹⁵⁹ Novena Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: XVI, Septiembre de 2002 Tesis: IV.2o. J/19 Página: 1289

como consecuencia la imposibilidad de la Junta para condenar a la reinstalación contra la voluntad expresa del trabajador, porque tal rechazo destruye la pretensión de reinstalación, en virtud de entrañar un desinterés de su parte en que se cumpla la acción que ejerció (cumplimiento de contrato), aun cuando se acredite que fue víctima de un despido arbitrario, puesto que el interés constituye un elemento esencial de la acción, sin el cual no es posible que se dicte un laudo que condene a la reinstalación.” Contradicción de tesis 6/2001. Tesis de jurisprudencia 24/2001. ¹⁶⁰

OFRECIMIENTO DE TRABAJO. ES LEGAL SU RECHAZO EFECTUADO POR CONDUCTO DEL APODERADO DEL TRABAJADOR. Texto Cuando en la audiencia de conciliación, demanda y excepciones del juicio laboral el patrón ofrece continuar con la relación de trabajo en los mismos términos y condiciones en que se venía desempeñando, y en ausencia del trabajador, su apoderado rechaza esa oferta aduciendo que se hace de mala fe, tal actuación es legal, atento a que con ello no se vulnera el derecho de defensa de aquél, ni se está en un caso en que la ley exija la comparecencia directa de las partes; estimar lo contrario implicaría que se restringieran sin motivo las facultades propias de la representación en perjuicio de la voluntad del mandante, sin que exista duda de la fidelidad del representante para con su autorizante, quién expresó su intención de comparecer a juicio mediante apoderado, siendo su decisión que éste lo sustituya en todo lo relacionado con la controversia suscitada, salvo los casos de excepción previstos en la Ley Federal del Trabajo, en los que las partes deben comparecer personalmente. Precedentes Contradicción de tesis 208/2005-SS. Entre las sustentadas por el Sexto Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Noveno Circuito, actualmente Segundo en Materias Administrativa y Civil. 10 de febrero de 2006.

¹⁶⁰ Novena Época Instancia: Segunda Sala Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XIV, Julio de 2001, Tesis: 2a. /J. 24/2001, Página: 468.

Cinco votos. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretaria: María Marcela Ramírez Cerrillo. Tesis de jurisprudencia 16/2006. Aprobada por la Segunda Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada del diecisiete de febrero de dos mil seis.¹⁶¹

OFRECIMIENTO DE TRABAJO. PARA QUE SU RECHAZO POR EL TRABAJADOR INVALIDE LA ACCIÓN DE REINSTALACIÓN, ES NECESARIO QUE AQUEL SEA CALIFICADO PREVIAMENTE POR LA JUNTA DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE (APLICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA 2a. /J. 24/2001). El ofrecimiento de trabajo es una figura jurisprudencial cuyos requisitos de procedencia son: 1) que el trabajador ejerza contra el patrón una acción derivada del despido injustificado; 2) que el patrón niegue el despido y ofrezca el trabajo; y, 3) que éste se ofrezca en las mismas o mejores condiciones en que se venía desempeñando. Así, para determinar si las consecuencias jurídicas del rechazo por parte del trabajador que demandó la reinstalación invalidan la acción de cumplimiento de contrato, en términos de la jurisprudencia 2a./J. 24/2001, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XIV, julio de 2001, página 468, con el rubro: "OFRECIMIENTO DE TRABAJO. SU RECHAZO POR EL TRABAJADOR QUE DEMANDÓ LA REINSTALACIÓN, INVALIDA LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO DE CONTRATO, POR ENTRAÑAR DESINTERÉS EN OBTENER UN LAUDO CONDENATORIO.", es necesario que la Junta de Conciliación y Arbitraje, antes de requerir al trabajador para ser reinstalado, califique provisionalmente si el ofrecimiento es de buena fe; en caso afirmativo deberá formular el requerimiento indicado y si el trabajador rechaza el ofrecimiento tendrá que determinar si ello obedece a causas justificadas que guarden relación con las condiciones de trabajo cuestionadas,

¹⁶¹ Novena Época Instancia: Segunda Sala Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: XXIII, Marzo de 2006 Tesis: 2a. /J. 16/2006 Página: 274 Materia: Laboral Jurisprudencia.

para lo cual dará vista al patrón con lo manifestado por el actor y, si fuera el caso, sustanciará el incidente relativo para calificar en definitiva si hubo o no buena fe en el ofrecimiento del trabajo. Hasta entonces podrá la Junta decidir si el rechazo del trabajador invalida o no la acción de reinstalación. Contradicción de tesis 74/2005-SS. Tesis de jurisprudencia 97/2005. ¹⁶²

OFRECIMIENTO DE TRABAJO. ES DE BUENA FE EL PROPUESTO EN LOS MISMOS TÉRMINOS EN QUE SE VENÍA DESARROLLANDO, AUNQUE NO SE PRECISEN LAS CONDICIONES DE LA RELACIÓN LABORAL NO CONTROVERTIDAS. La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció en la jurisprudencia 2a./J. 125/2002, que para calificar de buena o mala fe la proposición para continuar la relación laboral, deben tomarse en consideración las condiciones fundamentales de ésta, como son el puesto, el salario y la jornada u horario de labores, y que será de buena fe cuando se advierta clara intención de ello, al no afectar los derechos del trabajador y ofrecerse en los mismos o mejores términos de los ya pactados, términos que pueden señalarse expresamente o deducirse del contenido del escrito de demanda o su contestación. Ahora bien, dicho ofrecimiento no puede calificarse por sí solo de mala fe cuando no se hace referencia a condiciones de trabajo no controvertidas, pues además de que no se advierte inconformidad del trabajador respecto de esos puntos, admitir lo contrario obligaría al patrón a probar aspectos no debatidos. Contradicción de tesis 191/2004-SS. Tesis de jurisprudencia 1/2005. ¹⁶³

¹⁶² No. Registro: 177,237 Jurisprudencia Materia(s): Laboral Novena Época Instancia: Segunda Sala Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXII, Septiembre de 2005 Tesis: 2a./J. 97/2005 Página: 329

¹⁶³ No. Registro: 179,525 Jurisprudencia Materia(s): Laboral Novena Época Instancia: Segunda Sala Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXI, Enero de 2005 Tesis: 2a. /J. 1/2005 Página: 563.

OFRECIMIENTO DE TRABAJO. EL HECHO DE QUE LA EMPRESA DEMANDADA SE ENCUENTRE EN HUELGA NO CONDUCE A CALIFICARLO DE MALA FE. Para determinar si el ofrecimiento de trabajo debe o no calificarse de mala fe, es necesario analizar todas aquellas situaciones o condiciones que permitan concluir, de manera prudente y racional, si existe la intención del patrón de que continúe la relación laboral. Por tanto, el ofrecimiento de trabajo en los mismos términos y condiciones en que se venía desempeñando no puede calificarse de mala fe cuando la empresa demandada se encuentra en huelga, en virtud de que ese derecho colectivo no tiene vinculación directa con el conflicto individual derivado de la reclamación de despido, pues sólo suspende temporalmente el trabajo, mas no implica terminación del nexo laboral, por lo que aun cuando la reanudación del empleo no pueda concretarse inmediatamente, ello no altera dolosamente los términos y condiciones en que aquél se venía prestando y tampoco puede decirse que el patrón no tenga intención de que la relación laboral continúe, ya que en virtud del procedimiento de huelga es factible que la reinstalación del actor sea sólo virtual, según el estado en que se encuentre dicho procedimiento. Contradicción de tesis 66/2004-SS. Tesis de jurisprudencia 190/2004.¹⁶⁴

DESPIDO, NEGATIVA DEL, Y OFRECIMIENTO DEL TRABAJO. LA ASIGNACIÓN DE ÚTILES O HERRAMIENTAS DE TRABAJO NO FORMAN PARTE DE LAS CONDICIONES LABORALES PARA DETERMINAR SI EL OFRECIMIENTO ES DE MALA FE. La asignación de determinados útiles o herramientas de trabajo, incluidas las máquinas, no forman parte de las condiciones de trabajo, las cuales se refieren fundamentalmente a la categoría, jornada, descansos, salario y prestaciones que lo integran, así como al plazo para su

¹⁶⁴ No. Registro: 179,843 Jurisprudencia Materia(s): Laboral Novena Época Instancia: Segunda Sala Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XX, Diciembre de 2004 Tesis: 2a. /J. 190/2004 Página: 424.

pago, de manera que es irrelevante el que al trabajador le sea asignada tal o cuál maquinaria para el desarrollo de sus actividades, siempre y cuando no implique cambio o descenso de categoría, ni modificación alguna en cualquiera de las demás condiciones en perjuicio del operario. De allí que, con esa salvedad, dicha asignación no sea apta para calificar de buena o mala fe el ofrecimiento hecho por el patrón al trabajador para que éste vuelva al empleo del que se dijo despedido.¹⁶⁵

OFRECIMIENTO DE TRABAJO. LA OMISIÓN DE LA JUNTA DE ACORDARLO O DE REQUERIR AL TRABAJADOR PARA QUE MANIFIESTE SI LO ACEPTA O LO RECHAZA, INCLUSO CUANDO ÉSTE NO COMPARECE A LA AUDIENCIA DE LEY, ES UNA VIOLACIÓN PROCESAL QUE LLEVA A CONCEDER EL AMPARO PARA QUE SE REPONGA EL PROCEDIMIENTO. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que el ofrecimiento de trabajo, cuando es de buena fe, tiene el efecto jurídico de revertir la carga de la prueba respecto de la existencia del despido. Asimismo, ha considerado que la omisión de la Junta de acordar sobre el ofrecimiento y requerimiento al trabajador para que manifieste si lo acepta o lo rechaza es una violación procesal análoga a las previstas en el artículo 159 de la Ley de Amparo, en virtud de que afecta las defensas de las partes en el juicio laboral y trasciende al resultado del fallo, por lo que debe concederse el amparo a fin de que se reponga el procedimiento, ya que las partes en el juicio laboral no deben resentir la desatención de las Juntas. Este criterio debe imperar incluso cuando el trabajador no comparece a la audiencia de ley, dado que con tal omisión se deja de atender un aspecto procesal relevante, como es la determinación de la carga de la prueba, pudiendo originar un laudo incongruente y dejar a las partes en estado de inseguridad al no conocer su situación en el momento procesal oportuno, ya que con base en los

¹⁶⁵ No. Registro: 180,901 Jurisprudencia Materia(s): Laboral Novena Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XX, Agosto de 2004 Tesis: I.9o.T. J/49 Página: 1439.

artículos 685 y 771 de la Ley Federal del Trabajo, una vez que se produce la instancia de parte, la Junta tiene la obligación de tomar las medidas necesarias para lograr la mayor economía, concentración y sencillez del proceso, a fin de evitar prácticas viciosas, como la de considerar que el trabajador rehusó cualquier arreglo conciliatorio y que puso de manifiesto su falta de interés en el proceso al no comparecer a la audiencia respectiva, pues el interés de las partes subsiste mientras no exista manifestación expresa o indubitable en contrario, sin que tampoco pueda considerarse que se consintió tácitamente la violación procesal derivada de la citada omisión de la Junta, habida cuenta que la Ley Federal del Trabajo no establece recursos ordinarios dentro del procedimiento para subsanarla. Contradicción de tesis 180/2003-SS. Tesis de jurisprudencia 43/2004.¹⁶⁶

OFRECIMIENTO DEL TRABAJO EN LOS MISMOS TÉRMINOS EN QUE SE VENÍA DESEMPEÑANDO. PARA CALIFICARLO ES INNECESARIO ATENDER A LA FALTA DE PAGO DE PRESTACIONES ACCESORIAS, PUES ELLO NO ALTERA LAS CONDICIONES FUNDAMENTALES DE LA RELACIÓN, NI IMPLICA MALA FE. Para calificar el ofrecimiento de trabajo que el patrón formula al contestar la demanda, con el propósito de que el trabajador regrese a laborar en las mismas condiciones en que prestaba el servicio, deben tenerse en cuenta los siguientes elementos, a saber: a) las condiciones fundamentales de la relación laboral, como el puesto, salario, jornada u horario; b) si esas condiciones afectan o no los derechos del trabajador establecidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en la Ley Federal del Trabajo, o en el contrato individual o colectivo de trabajo, sin que sea relevante que el patrón oponga excepciones, siempre que no impliquen la aceptación del despido, toda vez que el

¹⁶⁶ No. Registro: 181,703 Jurisprudencia Materia(s): Laboral Novena Época Instancia: Segunda Sala Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XIX, Abril de 2004 Tesis: 2a. /J. 43/2004 Página: 431.

artículo 878, fracciones II y IV, de la ley mencionada, permite al demandado defenderse en juicio; y c) el estudio del ofrecimiento en relación con los antecedentes del caso o conducta asumida por el patrón, por ejemplo, si al ofrecer el trabajo en un juicio, en otro diverso demanda al trabajador la rescisión de la relación laboral que está ofreciendo en aquél, pues ello constituye una conducta contraria al recto proceder que, denota falta de integridad y mala fe en el ofrecimiento de trabajo; o bien, cuando haya dado de baja al empleado actor en el Seguro Social u otra dependencia en la que necesariamente deba estar inscrito como consecuencia de la relación laboral, porque esto revela que, el patrón oferente carece de voluntad para reintegrar al trabajador en las labores que venía desempeñando. Conforme a esos elementos, por regla general, cabe calificar el ofrecimiento de trabajo, sin que sea necesario atender a otras circunstancias, como la falta de pago de prestaciones accesorias, tales como vacaciones, prima vacacional, aguinaldos, séptimos días y media hora de descanso, pues el impago de dichas prestaciones no altera las condiciones fundamentales de dicha relación, dado que no da lugar a considerar, por ejemplo, que el patrón pretenda que el trabajador regrese con un salario menor, con una categoría inferior y con una jornada u horario de trabajo mayor, ni que el patrón oferente carezca de voluntad para reintegrar al trabajador en las labores que venía desempeñando, sino únicamente generan la obligación para la Junta de condenar a su cumplimiento o pago proporcional, en caso de que no se haya cubierto dentro del juicio, por tratarse de derechos adquiridos por el trabajador, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 63, 64, 69, 76, 80, 81 y 87 de la Ley Federal del Trabajo. Contradicción de tesis 42/2002-SS. Tesis de jurisprudencia 125/2002.¹⁶⁷

¹⁶⁷ No. Registro: 185,356 Jurisprudencia Materia(s): Laboral Novena Época Instancia: Segunda Sala Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XVI, Diciembre de 2002 Tesis: 2a. /J. 125/2002 Página: 243.

OFRECIMIENTO DE TRABAJO, PRECISIONES QUE DEBE CONTENER EN CUANTO AL SALARIO, PARA QUE SEA DE BUENA FE. Cuando entre la fecha del despido y aquella en que se ofrece el empleo, media un lapso dentro del cual la Comisión Nacional de Salarios Mínimos acuerda un incremento a los mismos, que hace presumir que en la empresa demandada se otorgaron aumentos, el ofrecimiento de trabajo para que sea considerado de buena fe, debe realizarse haciendo mención que se incluyen todas las mejoras que hubiese tenido el salario, porque de lo contrario, de aceptarse dicho ofrecimiento las percepciones estarían disminuidas en relación con las que le corresponderían al trabajador de no haber sido separado.¹⁶⁸

OFRECIMIENTO DE TRABAJO, LA CONDUCTA DEL SUBORDINADO ASUMIDA RESPECTO A LA PROPUESTA ATINENTE, CARECE DE TRASCENDENCIA PARA SU CALIFICACIÓN DE BUENA O MALA FE. El hecho de que un trabajador que se dice despedido acepte o no la propuesta que le haga su patrón de que se reincorpore a sus labores, previa negativa del despido, en nada altera lo que concierne a la distribución de la carga de la prueba, pues esa decisión que compete exclusivamente al trabajador, no constituye una circunstancia que pudiera servir a la Junta para determinar la buena o mala fe de la reinstalación propuesta al trabajador.¹⁶⁹

OFRECIMIENTO DE TRABAJO. SU RECHAZO POR EL TRABAJADOR QUE DEMANDÓ LA REINSTALACIÓN, INVALIDA LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO DE CONTRATO, POR ENTRAÑAR DESINTERÉS EN OBTENER UN LAUDO

¹⁶⁸ No. Registro: 185,700 Jurisprudencia Materia(s): Laboral Novena Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XVI, Octubre de 2002 Tesis: I.9o.T. J/45 Página: 1227.

¹⁶⁹ No. Registro: 186,203 Jurisprudencia Materia(s): Laboral Novena Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XVI, Agosto de 2002 Tesis: III.1o.T. J/52 Página: 1178

CONDENATORIO. Los artículos 123, apartado A, fracción XXII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 48 de la Ley Federal del Trabajo, conceden al trabajador que se considera despedido injustificadamente, la posibilidad de que, a su elección, ejercite la acción de cumplimiento de contrato mediante reinstalación, o bien, la de pago de una indemnización, procediendo en ambos casos el pago de salarios vencidos desde la fecha del despido hasta que quede satisfecha la pretensión que eligió, aunque no se demanden expresamente. Ahora bien, si opta por la primera acción y el patrón le ofrece regresar al trabajo en los mismos términos y condiciones en que se venía desempeñando el servicio, pero aquél rechaza dicha oferta, ello traerá como consecuencia la imposibilidad de la Junta para condenar a la reinstalación contra la voluntad expresa del trabajador, porque tal rechazo destruye la pretensión de reinstalación, en virtud de entrañar un desinterés de su parte en que se cumpla la acción que ejerció (cumplimiento de contrato), aun cuando se acredite que fue víctima de un despido arbitrario, puesto que el interés constituye un elemento esencial de la acción, sin el cual no es posible que se dicte un laudo que condene a la reinstalación. Contradicción de tesis 6/2001. Tesis de jurisprudencia 24/2001.¹⁷⁰

OFRECIMIENTO DEL TRABAJO. EL CONTROVERTIRSE LA DURACIÓN DE LA JORNADA, EN BENEFICIO DEL TRABAJADOR, NO IMPLICA MALA FE EN EL.- El hecho de que la parte demandada niegue el despido y a la vez controvierta algún hecho de la demanda, como lo es la duración de la jornada laboral, sosteniendo que el trabajador desempeñaba una menor a la aducida, o sea, la jornada legal y, en esos términos, ofrezca el trabajo, no implica mala fe, pues una oferta acorde a las condiciones legales, esto es, dentro de los máximos que la Ley Federal del Trabajo establece, es legalmente válida, y dado que la propuesta de ofrecimiento

¹⁷⁰ No. Registro: 189,289 Jurisprudencia Materia(s): Laboral Novena Época Instancia: Segunda Sala Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XIV, Julio de 2001 Tesis: 2a. /J. 24/2001 Página: 468.

del trabajo no se califica atendiendo a fórmulas rígidas o abstractas, sino de acuerdo a los antecedentes del caso, a la conducta de las partes y a todas las circunstancias que permitan concluir de manera prudente y racional, si la oferta revela, efectivamente, la intención del patrón de continuar la relación laboral, resulta innecesario exigir, para estimar que el ofrecimiento es de buena fe, que la demandada acredite la duración de la jornada que desempeñaba el actor, pues al ofrecer el trabajo con una jornada de duración menor, pero dentro de los límites legales, no altera dolosamente las condiciones de trabajo, independientemente de que, si durante la secuela del proceso queda establecido que el trabajador laboró una jornada mayor de la legal, el tiempo en exceso se pague como si se tratara de tiempo extraordinario. Contradicción de tesis 44/92.¹⁷¹

OFRECIMIENTO DE TRABAJO. LA OMISIÓN DE LA JUNTA DE ACORDARLO O DE REQUERIR AL TRABAJADOR PARA QUE MANIFIESTE SI LO ACEPTA O LO RECHAZA, ES UNA VIOLACIÓN PROCESAL QUE DA LUGAR A CONCEDER EL AMPARO PARA QUE SE REPONGA EL PROCEDIMIENTO. Como el ofrecimiento de trabajo tiene el efecto jurídico de revertir la carga de la prueba respecto de la existencia del despido, cabe considerar que la omisión de la Junta a acordar sobre el ofrecimiento y de requerir al trabajador para que manifieste si lo acepta o lo rechaza, es una violación procesal análoga a las previstas en el artículo 159 de la Ley de Amparo, cuando afecta las defensas de las partes en el juicio laboral y trasciende al resultado del fallo, dado que con dicha omisión se deja de atender un aspecto procesal relevante, como es la determinación de a quién corresponde la carga de la prueba, lo que puede originar un laudo incongruente y dejar a las partes en estado de inseguridad al no conocer su situación en el momento procesal oportuno, si se toma en cuenta que es la conducta de

¹⁷¹ No. Registro: 915,478 Jurisprudencia Materia(s): Laboral Octava Época Instancia: Cuarta Sala Fuente: Apéndice 2000 Tomo V, Trabajo, Jurisprudencia SCJN Tesis: 341 Página: 279.

las partes en torno a la oferta del trabajo lo que permite saber quién debe probar, así como el objeto de la prueba. La necesidad de explicitar o aclarar la situación procesal de las partes se funda, además, en la interpretación del artículo 685 de la Ley Federal del Trabajo, en cuanto conduce a estimar que una vez que se produce la instancia de parte, la Junta tiene la obligación de tomar las medidas necesarias para lograr la mayor economía, concentración y sencillez del proceso, a fin de evitar prácticas viciosas, como la de considerar que el patrón desistió del ofrecimiento que hizo al trabajador porque no lo reiteró, o que el trabajador no tiene interés en la reanudación de la relación de trabajo porque nada dijo al respecto, cuando ni siquiera hay seguridad de que se enteró del ofrecimiento, prácticas que se agravan porque la Ley Federal del Trabajo no establece recursos ordinarios dentro del procedimiento para subsanarlas. Asimismo, del artículo 771 de la Ley Federal del Trabajo se desprende que es a los presidentes de las Juntas y a los auxiliares a quienes toca vigilar que se tomen las medidas necesarias para lograr que los juicios no queden inactivos y se provea lo que conforme a la ley corresponda, de manera que cuando la omisión de mérito deje en inseguridad a las partes y ello trascienda al resultado del laudo, debe concederse el amparo a fin de que se reponga el procedimiento, ya que las partes en el juicio laboral no deben resentir la desatención de las Juntas. Contradicción de tesis 81/99. Tesis de jurisprudencia 44/2000.¹⁷²

AUTOTRANSPORTE, TRABAJADORES DEL. EL OFRECIMIENTO DEL TRABAJO SIN ESPECIFICAR LOS LÍMITES DE LA JORNADA, NO IMPLICA MALA FE. Aun cuando el patrón no precise los límites de la jornada con la que ofrece el trabajo a su contraparte,

¹⁷² No. Registro: 191,787 Jurisprudencia Materia(s): Laboral Novena Época Instancia: Segunda Sala Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XI, Mayo de 2000 Tesis: 2a. /J. 44/2000 Página: 135.

ello no implica mala fe de tal oferta, ya que por la naturaleza especial de la actividad de los trabajadores del autotransporte, no existe una determinación específica de la jornada de labores.¹⁷³

OFRECIMIENTO DEL TRABAJO. DEBE REPUTARSE DE MALA FE SI SE HACE CON POSTERIORIDAD A LA PRESENTACIÓN DE UNA DENUNCIA PENAL EN CONTRA DEL TRABAJADOR, EN LA QUE FIGUREN COMO OFENDIDOS EL PATRÓN, SUS FAMILIARES O EL PERSONAL DIRECTIVO O ADMINISTRATIVO DE LA EMPRESA. La presentación de una denuncia penal en contra del trabajador en la que figuren como ofendidos el patrón, sus familiares o el personal directivo o administrativo de la empresa, revela la mala fe en el ofrecimiento del trabajo hecho por el patrón con posterioridad a la presentación de dicha denuncia, por cuanto tal circunstancia demuestra la existencia de un problema serio entre las partes y, en esas condiciones, no puede considerarse que subsista una recta voluntad para que continúe la relación laboral. Esto es así, porque la presentación de la denuncia penal, previamente al ofrecimiento del trabajo, pone de manifiesto que el patrón está afectado por un estado de ánimo contrario a los intereses del trabajador; de ahí que la oferta del trabajo en las condiciones señaladas no puede aceptarse como el sano propósito de mantener el vínculo laboral, pues la intención expresa del referido patrón para que se persiga y sancione al trabajador, contradice ese propósito de permanencia de la relación con el trabajador. Contradicción de tesis 73/97. Tesis de jurisprudencia 77/99.¹⁷⁴

¹⁷³ No. Registro: 192,493 Jurisprudencia Materia(s): Laboral Novena Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XI, Febrero de 2000 Tesis: I.1o.T. J/35 Página: 904.

¹⁷⁴ No. Registro: 193,618 Jurisprudencia Materia(s): Labora Novena Época Instancia: Segunda Sala Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta X, Julio de 1999 Tesis: 2a. /J. 77/99 Página: 206.

Estos son ejemplos del cúmulo complejo de las modalidades que la jurisprudencia mexicana ha resuelto en relación al ofrecimiento del trabajo, los que nos muestran la variedad de interpretaciones que al respecto ha tenido el tema y de la incongruencia del lenguaje del texto normativo y el texto jurisprudencial como se argumentará más adelante.

El que la reglamentación jurisprudencial acerca del ofrecimiento del trabajo sea casuística es una desventaja para las partes que intervienen en la resolución de las controversias laborales nacidas por un supuesto despido, como lo son la autoridad jurisdiccional, trabajador y patrón, por las siguientes causas:

- a) Priva a las partes del saber con claridad al momento de plantear la litis cuáles son sus cargas procesales.
- b) Quita certeza al gobernado de cuáles son las normas con las cuales va a ser juzgado ya que si bien es cierto toda la jurisprudencia que regule este tópico es obligatoria, la jurisprudencia no es ley sino una interpretación obligatoria de la misma, y por lo tanto las reglas conforme a las cuales va a ser juzgado no están en la ley sino en la jurisprudencia.
- c) Como la jurisprudencia no es ley pero en el caso del ofrecimiento de trabajo funge materialmente como tal, debería ser publicada en el diario oficial de la federación, para poder aplicar adecuadamente el principio de 'ignorantia iuris' pero no existe un medio que le de publicidad a la jurisprudencia, lo cual deja en indefensión a los gobernados que se ven afectados con la jurisprudencia porque se puede dar el caso de que no la conozcan.

- d) Además de lo anterior no existe un medio legal como el amparo contra leyes para defenderse del acto de autoridad de creación material de normas jurídicas generales como lo son las normas jurisprudenciales.

- e) Se desnaturaliza el sistema normativo jerarquizado que tenemos por qué una norma de grado inferior como lo es la jurisprudencia que el objeto que interpreta que es la ley, es decir la modifica, es decir deroga parte de la ley federal del trabajo, sin ser la autoridad competente para hacerlo y sin cumplir con las formalidades esenciales.

Todo esto provoca incongruencia en los tres niveles de lenguaje jurídico de nuestro sistema legal, con los consabidos problemas estructurales que ocasionan en el sistema y sobre todo la falta de certeza jurídica que esto provoca en el gobernado que no sabe las reglas procesales del Derecho con claridad, sino que tiene cierta incertidumbre provocada por el hecho de que si su litigio es resuelto por una autoridad jurisdiccional con cultura jurídica suficiente, disposición de aplicar correctamente las normas y los elementos necesarios para realmente resolver el caso concreto en justicia.

4.2.5. CONSECUENCIAS

La conclusión normativa del ofrecimiento parece sencilla, porque si el ofrecimiento trabajo realizado por el patrón es de buena fe, le revierta la carga de probar al trabajador del supuesto despido injustificado, carga de la prueba que el patrón tiene por imperativo legal de conformidad

con lo dispuesto por los artículos 47, 784 y 804 de la Ley Federal del Trabajo, de probar la manera y forma de cómo terminó la relación de trabajo.

SI el ofrecimiento de trabajo es de mala fe, el patrón tendrá que cumplir con su carga probatoria que hemos referido.

Esto es trascendente por que en la mayoría de los casos el que tienen la carga de probar, pocas veces la cumple, si es el patrón no acredita sus excepciones o defensas y procederá condena en su contra y si es el trabajador el que la tiene, no acreditará la procedencia de sus acciones y pretensiones.

5. EL LENGUAJE COGNOSCITIVO O DESCRIPTIVO DEL DERECHO EN RELACIÓN A LA CARGA DE LA PRUEBA DE LA TERMINACIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO Y DEL OFRECIMIENTO DEL TRABAJO

En el nivel descriptivo del lenguaje del derecho es poco lo que se ha escrito al respecto, con relación a la carga de la prueba de la terminación de la relación laboral los tratadistas del derecho del trabajo mexicano coinciden en que de acuerdo a las normas positivas laborales contenidas en los artículos 784 y 804 de la Ley Federal del Trabajo corresponde al patrón acreditar la causa de terminación en caso de conflicto relacionado con esta.

Respecto a la institución jurisprudencial del ofrecimiento del trabajo, los tratadistas de derecho del trabajo mexicano difícilmente lo estudian, es decir no existe descripción de este, salvo el libro el Ofrecimiento del Trabajo en el proceso laboral, publicado hasta el año 2006 por editorial Sista, de los doctrinarios Rafael Tena Suck y Hugo Ítalo Morales.

6. SITUACIÓN DEL “OFRECIMIENTO DEL TRABAJO” EN EL CONTEXTO DE LOS TRES NIVELES DE LENGUAJE JURÍDICO EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO

a) Dentro del **lenguaje legal prescriptivo** contenido en su sistema normativo, no se regula el ofrecimiento del trabajo, al contrario, el sistema normativo laboral impone al patrón la carga probatoria de acreditar la manera de cómo terminó la relación laboral cuando existe controversia al respecto derivada de un despido;

b) **El lenguaje descriptivo** de las normas del sistema, casi no se toca esta figura y contrario a la misma se establece en este nivel que es al patrón al que le corresponde la carga de probar la controversia de un despido;

c) **El lenguaje de la jurisprudencia en el sistema jurídico mexicano**, es donde nace y está regulado el ofrecimiento del trabajo, y su discurso se basa que ante la demanda de un trabajador que se dice despedido, si el patrón niega el despido y ofrece la reincorporación al trabajo en los mismos términos y condiciones en que lo venía desempeñando el trabajador, la carga probatoria que le impone la ley laboral se revierte al trabajador, y esta situación provoca incongruencia en un sistema jurídico ordenado jerárquicamente, lo cual no es posible en dentro del marco en el cuál se desenvuelve.

7. EL OFRECIMIENTO DEL TRABAJO EN EL DERECHO PROCESAL LABORAL MEXICANO.

El ofrecimiento del trabajo es una figura jurisprudencial que no cuenta con base normativa en la ley federal del trabajo, es meta jurídica por que va más allá de la ley que es el objeto de la jurisprudencia y que por supuesto no puede rebasar, cuya finalidad es revertir la carga procesal del patrón de probar la terminación de la relación laboral que le corresponde por los artículos 784 en relación 804 Ley Federal del Trabajo y que el trabajador pruebe el hecho del despido

Como ya de sostuvo, su procedencia está relacionada a que un trabajador intente, una demanda laboral derivada de un despido injustificado, que el patrón cuando conteste la demanda, niegue el despido e invite al trabajador a que se reintegre a su trabajo en los mismos términos y condiciones laborales esenciales en que venía trabajando para el patrón.

Las condiciones laborales esenciales son el puesto, el salario, la jornada, y estas al ofrecer el trabajo deben ser las mismas y si así ocurre dicha invitación a que el trabajador se reintegre a laborar provoca que se reinvierta la carga de la prueba que tiene el patrón de probar la causa de la terminación de la relación laboral hacia el trabajador.

Para que exista congruencia en nuestro sistema de derecho la jurisprudencia que interpreta las normas jurídicas que lo componen debe de estar de conformes a las normas de mayor jerarquía, sino se violenta el orden jurídico y en vez de permitir la vida ordenada del individuo en sociedad,

pone a este en un estado de inseguridad al no saber a cuál de los niveles de lenguaje jurídico atender.

CAPITULO IV

EL PROBLEMA QUE OCASIONA LA INCONGRUENCIA DE LOS TRES NIVELES DEL LENGUAJE DEL DERECHO EN LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS. “EL CASO DEL OFRECIMIENTO DEL TRABAJO EN MATERIA PROCESAL LABORAL”.

1. EL DERECHO DEBE SER UN LENGUAJE CONGRUENTE EN SU TRES NIVELES PARA SU APLICACIÓN.

Pensar que existen dentro de la humanidad grupos donde se da una convivencia sustancialmente ordenada y sus miembros comparten ciertos conceptos comunes que hacen posible ésta, es pensar en el hombre en sociedad, esta afirmación respeta, reconoce y abarca la existencia de diversas formas de pensar de los miembros de la sociedad, pero reconoce también que existen ciertos puntos en los cuales el pensamiento de la mayoría de los individuos que conforman la sociedad convergen y que existen ciertos principios dentro del grupo social que le dan homogeneidad y permiten la convivencia gregaria, aun ante la pluralidad y la divergencia de pensamiento.

Para que la existencia de una sociedad pueda ser posible, es necesario que existan reglas de convivencia social que fijen un marco donde se establezcan las normas que contengan bases mínimas indispensables de la comunidad y que esta pueda vivir en cierta armonía.

Los seres humanos en sociedad se comunican entre sí mediante el lenguaje y mediante este fija las reglas de convivencia común que parten de la base de la existencia de muy diversas formas de pensar, sentir y actuar; el lenguaje del derecho es un instrumento que unifica la convivencia de una sociedad plural.

Las reglas de convivencia deben estar redactadas en el lenguaje que los miembros de la sociedad conocen, y así puedan saber las consecuencias de los actos jurídicamente relevantes que lleguen a realizar dentro del núcleo social.

Por lo tanto para que los individuos conozcan las reglas que conforman el derecho, es necesario que este tenga un lenguaje propio, que le dé certeza de su existencia y se pueda transmitir a los miembros de la comunidad y estos tengan conocimiento del mismo y puedan observarlo

Debe existir el lenguaje escrito del derecho por que en nuestro sistema jurídico sería imposible tener cierta certeza de cuáles son las normas jurídicas válidas que deben dar la pauta para regir la vida gregaria del hombre, de no ser así correríamos el riesgo de entrar en el campo de lo subjetivo respecto a la apreciación de que es derecho y que no, con todo lo que esta afirmación implica.

Para seguridad de los miembros de la sociedad el derecho se tiene que conocer y se reconoce mediante el lenguaje escrito de manera principal en lo que podemos llamar una constitución política y el sistema normativo que se deriva de ella, aun cuando el sistema jurídico en su conjunto abarca un mayor ámbito de aplicación.

En la constitución política y el sistema normativo que se deriva de ella (en un sistema jurídico como el mexicano) necesitamos reconocer las normas mediante el lenguaje.

Quién quiera hablar y entender el lenguaje del derecho para usarlo, primero debe de conocerlo. Para reconocer, aprender y hablar el lenguaje del derecho, es necesario que tenga forma escrita y podamos darle rigidez, en principio, a las normas y seguridad a quiénes van dirigidas, y que estas sean la base que sirva para operar nuestro sistema jurídico.

Lo anterior implica que debemos tener en cuenta que el marco normativo, precisamente sólo es un marco que nos sirve para que dentro del mismo tengamos la base para saber cuando la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico pertenece a éste o cuando esta aplicación se convierte en un sinsentido con relación al mismo por que sale del marco establecido por nuestro sistema jurídico.

Dentro de la aplicación del derecho a los casos concretos, como cualquier lenguaje para usarlo debemos comprenderlo; para comprender el lenguaje del derecho debe haber un meta lenguaje que se refiera al derecho para que quiénes lo operan, lo entiendan lo interpreten y lo puedan aplicar.

El lenguaje del derecho es difícil de entender para la mayoría de las personas a las que va dirigido, para que estos lo comprendan, necesitan que exista una pre comprensión del mismo que lleve en sí un aparato conceptual que permita la interpretación de éste, es decir un metalenguaje del derecho, para que pueda ser conocido, comprendido y aplicado, eso sería lo ideal.

Para poder aplicar o crear el derecho hay que entender su lenguaje; los que entienden el lenguaje del derecho son personas que lo conocen y lo pueden interpretar, si no conocemos el lenguaje del derecho ser no podemos ser adecuados operadores jurídicos y hacer una aplicación razonablemente dentro de nuestro marco jurídico, es decir aplicarlo o crearlo al menos de conformidad al mismo.

Los que conocen y operan dentro del lenguaje del derecho pueden ser autoridades (jueces legisladores etc...) o no (abogados, gobernados, doctrinarios, etc...).

Cuando las autoridades crean normas generales o particulares, esto es cuando establecen lo que el derecho quiere decir en el ámbito de su competencia, al resolver una controversia, aplicar la norma o crear jurisprudencia, como la entendemos en nuestro sistema jurídico, están interpretando y creando el derecho de manera obligatoria o prescriptiva, este es el carácter que tiene su interpretación del derecho.

Los operadores jurídicos que no son autoridades pero juegan el papel de doctrinarios del derecho cuando lo interpretan su lectura del lenguaje jurídico no tiene fuerza obligatoria sino descriptiva o dogmática.

Nuestro sistema jurídico tiene tres niveles de lenguaje del derecho: el prescriptivo o normativo, el descriptivo o dogmático y el jurisprudencial que es un nivel descriptivo prescriptivo por que aun cuando su finalidad en primera instancia es interpretar el objeto de estudio que es el derecho, esta interpretación va más lejos del nivel dogmático y se yergue como obligatoria en los casos previstos por las normas.

Esto conlleva un sin número de dificultades para los operadores jurídicos ya sean las autoridades que aplican el derecho, los gobernados, los abogados litigantes o los científicos del derecho.

2. CONGRUENCIA DEL LENGUAJE DEL DERECHO.

En nuestro sistema jurídico y en el derecho del trabajo.

Es necesario puntualizar que lo que convenimos en nuestro lenguaje acerca de lo que es la congruencia.

La palabra congruencia viene según establece la Real Academia Española en su Diccionario de la Lengua, (Del lat. congruentĭa) y debemos entender por esta: Conveniencia, coherencia, relación lógica.¹⁷⁵

Por otra parte coherencia (Del lat. cohaerentĭa), significa: “1. f. Conexión, relación o unión de unas cosas con otras.”¹⁷⁶

Partiendo de estas definiciones podemos determinar que conforme a los fundamentos de nuestro sistema jurídico existe la intención de que el mismo sea congruente, es decir coherente y con cierta relación de conformidad entre sus normas fundamentales y las que se deriven de estas de manera jerarquizada; el sistema jurídico laboral necesariamente participa de estas características al ser parte de nuestro sistema jurídico.

La congruencia de nuestro sistema jurídico deviene de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 133 que establece:

¹⁷⁵ Real Academia Española, “Diccionario de la Lengua Española”. Espasa.

¹⁷⁶ Ídem.

“Artículo 133.- 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.”¹⁷⁷

La Constitución en el precepto transcrito le da congruencia a nuestro sistema jurídico, le da relación o unión de unas cosas con otras donde en principio las normas secundarias a la constitución deben ser conformes a ésta, con toda la problemática que esto implica por la vaguedad, ambigüedad, oscuridad y todos los problemas del lenguaje, que hacen que nuestra carta magna sólo pueda ser el marco que sirva de referencia y parámetro de cuando una acto de autoridad entra dentro del marco y cuando este acto se convierte en un sinsentido.

En la Ley Federal del Trabajo la congruencia de su sistema es normativamente regulada en su artículo 17 donde establece de manera jerarquizada cuál es la norma superior que sirve de marco a la aplicación y creación de las demás normas secundarias y la manera de aplicar las normas en su sistema jurídico, este precepto fue establecido para dar congruencia a la aplicación de las normas de derecho del trabajo, y establecer cuál es el orden de aplicación de las normas laborales, es decir que entre los tres niveles del lenguaje del derecho mexicano pueda existir suficiencia congruente en la aplicación de sus normas.

¹⁷⁷ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

“Artículo 17. A **falta de** disposición expresa en la Constitución, **en esta Ley** o en sus Reglamentos, o en los tratados a que se refiere el artículo 6o., se tomarán en consideración sus disposiciones que regulen casos semejantes, los principios generales que deriven de dichos ordenamientos, los principios generales del derecho, los principios generales de justicia social que derivan del artículo 123 de la Constitución, la **jurisprudencia**, la costumbre y la equidad.”¹⁷⁸

A primera vista se podría establecer que existe un sistema jerarquizado de normas, donde podría suponerse planeado para funcionar de una manera lógica, pero de una lectura más exhaustivamente y analizando a fondo este precepto nos damos cuenta que pretende ir más a fondo y que la congruencia no solo debemos entenderla en el sentido lógico de la palabra.

Lo que se busca es establecer un sistema jurídico y no sólo un sistema normativo.

En el sistema jurídico la norma constitucional, la ley federal del trabajo y sus reglamentos son el marco normativo jurídico, pero si este marco es incompleto existen diversas maneras de integrarlo y lograr lo que en sí es, un sistema jurídico y no sólo lógico normativo.

Como referíamos si a la norma constitucional, la Ley Federal del Trabajo, sus reglamentos o en los tratados a que se refiere el artículo 6° de la Ley Federal del Trabajo, le falta de disposición expresa para regular un caso concreto se tomarán en consideración sus disposiciones que regulen casos semejantes, los principios generales que deriven de dichos ordenamientos, los principios generales

¹⁷⁸ Ley Federal del Trabajo.

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

Es decir existe en la Ley Federal del Trabajo un reconocimiento de que el sistema normativo no está acabado, es incompleto, que puede tener oscuridades, vaguedades, lagunas, y que sólo puede operar como marco normativo para darle base y sentido al lenguaje jurídico de aplicación de las normas laborales.

La manera de complementarlo debe ser congruente conforme a las bases constitucionales de nuestro sistema jurídico, esto debe ser tomando 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.

Esta forma de complementar el sistema jurídico laboral debe de ser congruente es decir primero debe verse si existe norma aplicable al caso, en nuestra constitución, la Ley Federal del Trabajo o sus reglamentos y a falta de norma aplicable, pero de conformidad con la misma, se aplica la jurisprudencia en el caso que nos interesa, la cual por supuesto no puede rebasar sino complementar las normas base del sistema jurídico laboral.¹⁷⁹

Pero dado el caso de que la jurisprudencia, es complemento de nuestro sistema jurídico laboral y que la jurisprudencia debe ser congruente es decir coherente y con cierta relación deductiva de las

¹⁷⁹ Igual razonamiento debe de aplicarse a 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 costumbre y la equidad.

normas laborales que interpreta, si la jurisprudencia va más allá de las normas que debe de interpretar, existe incongruencia del lenguaje del derecho en su nivel prescriptivo y su nivel descriptivo prescriptivo como lo es la jurisprudencia. Lo cual ocasiona a los gobernados problemas de certeza, seguridad, etc.

El nivel descriptivo del Derecho es muy útil para los operadores jurídicos, ya que en éste podemos encontrar el material conceptual para poder entender el nivel prescriptivo o normativo de éste, tanto en la dogmática jurídica como en la jurisprudencia como la entendemos en nuestro sistema jurídico mexicano, pero todo de manera congruente al marco constitucional porque así está previsto en nuestro sistema jurídico el cuál debe tener cierta congruencia para operar con la mayor certeza posible para los operadores jurídicos.

3. PROBLEMÁTICA DE LA APLICACIÓN JURISDICCIONAL EN MATERIA PROCESAL LABORAL RELACIONADA CON EL OFRECIMIENTO DE TRABAJO.

Las resoluciones en materia laboral están establecidas en el artículo 837 de la Ley Federal del Trabajo donde se prescribe que pueden ser: Acuerdos, Autos incidentales o resoluciones interlocutorias, y Laudos.¹⁸⁰

En esta investigación nos interesan lo que son los laudos, debido a que el tema del ofrecimiento del trabajo se analiza al dictar los laudos.

Los laudos son dictados por las Juntas de Conciliación y Arbitraje, tanto locales como federales, principalmente; estas autoridades son las competentes para emitir estos actos, que en materia laboral es donde emiten el acto jurisdiccional, es decir resuelven las controversias nacidas de las relaciones jurídicas previstas en las normas de Derecho del Trabajo, este acto tiene fuerza vinculadora para las partes, es decir goza del imperio del Estado para hacer cumplir estas resoluciones.

Los laudos en materia laboral deben contener¹⁸¹ necesariamente las razones legales o de equidad; la jurisprudencia y doctrina que les sirvan de fundamento, para poder ser parte de nuestro sistema jurídico laboral, y que sean conformes al mismo.

¹⁸⁰ Ley Federal del Trabajo.

¹⁸¹ Ley Federal del Trabajo, Artículo 840. El laudo contendrá: I. Lugar, fecha y Junta que lo pronuncie; II. Nombres y domicilios de las partes y de sus representantes; III. Un extracto de la demanda y su contestación que deberá contener con claridad y concisión, las peticiones de las partes y los hechos controvertidos; IV. Enumeración de las pruebas y apreciación que de ellas haga la Junta; V.

Aun cuando en apariencia exista una oscura distinción de la jerarquía de la aplicación de los fundamentos del laudo, el artículo 17 de la Ley Federal del Trabajo le da congruencia y jerarquización a las normas que deben servir como fundamentos de los laudos es decir primero se observa la Constitución, la Ley Federal del Trabajo y sus reglamentos, y a falta de norma aplicable al caso: la equidad, la jurisprudencia, la doctrina, etc. Pero siempre debe haber fundamentación y motivación en el laudo.¹⁸²

Otros requisitos que debe cumplir la autoridad laboral en el dictado de los laudos son los relacionados con los principios de congruencia tanto interna como externa y el de exhaustividad, estos principios se derivan del artículo 842 de la Ley Federal del Trabajo,¹⁸³ y son interpretados por nuestros tribunales federales en la jurisprudencia.¹⁸⁴

Los tribunales federales al respecto han establecido que “del artículo 842 de la Ley Federal del Trabajo se advierte la existencia de dos principios fundamentales o requisitos de fondo que deben observarse en el dictado del laudo: el de congruencia y el de exhaustividad. El primero es explícito, en tanto que el segundo queda imbibido en la disposición legal. Así, el principio de congruencia está referido a que el laudo debe ser congruente no sólo consigo mismo, sino también con la litis, tal como haya quedado establecida en la etapa oportuna; de ahí que se hable, por un lado, de

Extracto de los alegatos; VI. Las razones legales o de equidad; la jurisprudencia y doctrina que les sirva de fundamento; y VII. Los puntos resolutivos.

¹⁸² Ley Federal del Trabajo, Artículo 841. Los laudos se dictarán a verdad sabida, y buena fe guardada y apreciando los hechos en conciencia, sin necesidad de sujetarse a reglas o formulismos sobre estimación de las pruebas, pero expresarán los motivos y fundamentos legales en que se apoyen.

¹⁸³ Artículo 842. Los laudos deben ser claros, precisos y congruentes con la demanda, contestación, y demás pretensiones deducidas en el juicio oportunamente.

¹⁸⁴ Suprema Corte de Justicia de la Nación (2006), “Ius 2006” Registro No. 179074, Localización: Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXI, Marzo de 2005, Página: 959, .Tesis: IV.2o.T. J/44. .Jurisprudencia. Materia(s): laboral. CONGRUENCIA Y EXHAUSTIVIDAD, PRINCIPIOS DE. SUS DIFERENCIAS Y CASO EN QUE EL LAUDO INCUMPLE EL SEGUNDO DE ELLOS.

congruencia interna, entendida como aquella característica de que el laudo no contenga resoluciones o afirmaciones que se contradigan entre sí y, por otro, de congruencia externa, que en sí atañe a la concordancia que debe haber con la demanda y contestación formuladas por las partes, esto es, que el laudo no distorsione o altere lo pedido o lo alegado en la defensa sino que sólo se ocupe de las pretensiones de las partes y de éstas, sin introducir cuestión alguna que no se hubiere reclamado, ni de condenar o de absolver a alguien que no fue parte en el juicio laboral. Mientras que el de exhaustividad está relacionado con el examen que debe efectuar la autoridad respecto de todas las cuestiones o puntos litigiosos, sin omitir ninguno de ellos, es decir, dicho principio implica la obligación del juzgador de decidir las controversias que se sometan a su conocimiento tomando en cuenta los argumentos aducidos tanto en la demanda como en aquellos en los que se sustenta la contestación y demás pretensiones hechas valer oportunamente en el juicio, de tal forma que se condene o absuelva al demandado, resolviendo sobre todos y cada uno de los puntos litigiosos que hubieran sido materia del debate. Por tanto, cuando la autoridad laboral dicta un laudo sin resolver sobre algún punto litigioso, en realidad no resulta contrario al principio de congruencia, sino al de exhaustividad, pues lejos de distorsionar o alterar la litis, su proceder se reduce a omitir el examen y pronunciamiento de una cuestión controvertida que oportunamente se le planteó, lo que permite, entonces, hablar de un laudo propiamente incompleto, falto de exhaustividad, precisamente porque la congruencia -externa- significa que sólo debe ocuparse de las personas que contendieron como partes y de sus pretensiones; mientras que la exhaustividad implica que el laudo ha de ocuparse de todos los puntos discutibles. Consecuentemente, si el laudo no satisface esto último, es inconcuso que resulta contrario al principio de exhaustividad que

emerge del artículo 842 de la Ley Federal del Trabajo, traduciéndose en un laudo incompleto, con la consiguiente violación a la garantía consagrada en el artículo 17 de la Constitución Federal.”¹⁸⁵

Sin embargo la congruencia a que nos referimos en esta investigación no es la relacionada con el artículo 842 de la Ley Federal del Trabajo, donde establece la congruencia interna, externa y la exhaustividad en el dictado de los laudos, las cuales han sido descritas y se refieren al contenido de los mismos y sus requisitos internos, externos y agotar todos los puntos llevados a la contienda por las partes que intervinieron en la contienda laboral, sino la congruencia a que nos referimos es la derivada del lenguaje del Derecho que le sirve de fundamento a los mismos, y a todos los actos de autoridad para que sean conformes al sistema jurídico, y que debe darse en los tres niveles del lenguaje del Derecho.

Por último con relación al dictado de los laudos, las autoridades laborales deben dictar “... Los laudos se dictarán a verdad sabida, y buena fe guardada y apreciando los hechos en conciencia, sin necesidad de sujetarse a reglas o formulismos sobre estimación de las pruebas, pero expresarán los motivos y fundamentos legales en que se apoyen.”¹⁸⁶

Por lo tanto podemos convenir que existe una sana crítica y un sistema de libre valoración de la pruebas en el dictado de los laudos en materia laboral.

¹⁸⁵ Ídem.

¹⁸⁶ Ley Federal del Trabajo. Artículo 841.

3.1. EL PROBLEMA DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO CUANDO FALTA CONGRUENCIA EN LOS NIVELES DEL LENGUAJE DEL DERECHO, EL CASO DEL OFRECIMIENTO DEL TRABAJO.

El problema de la incongruencia en los niveles del lenguaje del Derecho, que en el caso que nos ocupa, es el sistema jurídico laboral, se genera con relación a cuál de los niveles del lenguaje del derecho debemos de atender para su aplicación y su entendimiento esto en el plano práctico, o si debemos de integrar los 3 niveles para hacer una adecuada emisión de acto jurisdiccional en materia de derecho del trabajo de una manera congruente.

Es claro que los operadores jurídicos deben atender al lenguaje normativo prescriptivo en el cual está formulado el derecho, pero por otro lado para entenderlo, interpretarlo y poderlo aplicar es necesario tener la dogmática jurídica como instrumento que les da el aparato conceptual necesario para su comprensión y aplicación, este nivel dogmático no es obligatorio sino descriptivo y tiene como objeto el nivel normativo prescriptivo del lenguaje del derecho, el cuál es también su límite.

Pero además de los dos niveles del lenguaje del derecho referidos, tenemos también en nuestro sistema jurídico el nivel jurisprudencial como nivel dogmático obligatorio, que a semejanza del nivel anterior debe ser un lenguaje descriptivo cuyo objeto debe ser el nivel normativo prescriptivo, el que compone uno de los niveles del lenguaje del derecho, el cual también debe ser su límite, con la característica que este nivel dogmático a diferencia del anterior es obligatorio, aunque debiera ser limitado por las normas que interpreta las cuales son su objeto.

Si el lenguaje jurisprudencial no se limitara a su objeto (como muchas veces sucede) sería también lenguaje del nivel normativo prescriptivo y dejaría de tener el sentido que actualmente se le da, y se eruiría el Poder Judicial de la Federación en un nuevo legislador, supuesto en el cuál de por sí conlleva problemas con nuestro sistema jurídico por la limitante de la división de poderes.¹⁸⁷

Las anteriores razones son las que nos hacen concluir la necesidad de que exista congruencia de los tres niveles de lenguaje del derecho que existen en nuestro sistema jurídico, debido a que los tres están necesariamente ligados en cuanto a su contenido, y deben referirse al mismo objeto, al menos como hasta ahora se encuentra formulado nuestro sistema jurídico hasta el momento, de no ser así puede sobrevenir un caos en la aplicación de las normas de derecho en todos sus niveles y podemos pensar en olvidar o modificar conceptos como el de certeza jurídica, seguridad, etc. Y permitir que de la mano de la sociedad el derecho evolucione a un grado diverso de entendimiento y aplicación.

El nivel normativo del lenguaje del derecho es el objeto sobre el cual deben necesariamente referirse tanto el nivel dogmático como el jurisprudencial, por las razones vertidas. De no existir congruencia en los tres niveles existiría una falta de conformidad de estos con nuestro sistema jurídico, y el operador del derecho se encontraría en problemas para la aplicación del mismo.

La situación problemática se pone en evidencia cuando existe un conflicto o incongruencia entre el sistema normativo prescriptivo y el jurisprudencial, porque en primera instancia se podría decir que la interpretación de un precepto legal no puede ir más allá de su objeto, pero de manera

¹⁸⁷ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS "Artículo 49.- El Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial."

práctica hay veces que la jurisprudencia mexicana deroga preceptos legales y se vuelve de facto una norma con efectos de ley, materialmente hablando.

En primera instancia podríamos argumentar que un conflicto o incongruencia entre el nivel dogmático y los otros niveles del lenguaje del derecho no causan ningún problema técnico, en cuanto a la aplicación del derecho, debido a que este nivel descriptivo no tiene la obligatoriedad e imperio de la ley, es decir no es prescriptivo, pero si ocasionaría problemas prácticos, porque éste es el nivel que en muchas ocasiones le da al operador jurídico los elementos conceptuales para poder comprender, entender y aplicar el lenguaje prescriptivo del derecho, luego debemos conceder que es necesario que exista congruencia en este nivel dogmático con el nivel del lenguaje del derecho que le da su objeto de estudio.

En estos términos podemos concluir que para una adecuada aplicación del derecho existe la necesidad de la congruencia entre los tres niveles del lenguaje del derecho donde el nivel prescriptivo es el objeto al cuál se refieren los niveles dogmático y jurisprudencial como lo entendemos en nuestro derecho positivo y como tal no pueden estos niveles ir más allá del nivel que les da nacimiento y al que se refieren.

Para demostrar los problemas que ocasiona la incongruencia de los tres niveles de lenguaje jurídico es necesario partir de un caso que encuentra su lenguaje jurídico en la jurisprudencia (entendida en términos de la ley de amparo) que deroga normas legales y erige al Poder Judicial de la Federación de facto como legislador, de donde los tribunales encargados de resolver las controversias nacidas

de la aplicación o interpretación de las normas de derecho del trabajo toman este lenguaje para resolver las que se suscitan al respecto. El caso es el del ofrecimiento del trabajo.

En la teoría jurídica mexicana el derecho del trabajo y por ende su derecho procesal son una especie de lo que en México algunos llaman el derecho social y entre una de sus características se encuentra que dentro de las fuentes formales del Derecho del Trabajo esta la equidad¹⁸⁸ es decir es un derecho que prevé las desigualdades económicas entre el patrón y trabajador, donde para equilibrar los desequilibrios entre estos factores de la producción,¹⁸⁹ le da un trato desigual a los desiguales, es decir un trato en equidad a las partes en contienda.

Una de las figuras que tienden a equilibrar los factores de la producción es la carga de la prueba para el patrón prevista fundamentalmente en el artículo 784 de la Ley Federal del Trabajo,¹⁹⁰ es decir independientemente de qué afirmen las partes sobre las condiciones laborales, el pago de las mismas y la manera de terminación de la relación laboral, conforme a la norma citada, cuando exista controversia al respecto corresponde al patrón acreditar sus afirmaciones. Así es el lenguaje prescriptivo de nuestro derecho al respecto.

Esta figura es derogada por la jurisprudencia de nuestros Tribunales, quiénes en una interpretación prescriptiva arrojan la carga de la prueba al trabajador, carga de la prueba que por el lenguaje legal

¹⁸⁸ Ley Federal del Trabajo artículo 17.

¹⁸⁹ Fin de las normas de Derecho del Trabajo. Ley Federal del Trabajo artículo 2.

¹⁹⁰ "Artículo 784. La Junta eximirá de la carga de la prueba al trabajador, cuando por otros medios esté en posibilidad de llegar al conocimiento de los hechos, y para tal efecto requerirá al patrón para que exhiba los documentos que, de acuerdo con las leyes, tiene la obligación legal de conservar en la empresa, bajo el apercibimiento de que de no presentarlos, se presumirán ciertos los hechos alegados por el trabajador. En todo caso, corresponderá al patrón probar su dicho cuando exista controversia sobre:..."

o prescriptivo le corresponde al patrón, cuando éste niega el despido argumentado por el trabajador y ofrece su reincorporación a su empleo, es decir ofrece el trabajo.¹⁹¹

Esta interpretación excede el objeto que le dio origen, lo cual provoca incongruencia en el lenguaje prescriptivo y el descriptivo obligatorio del Derecho del Trabajo en México. Por que el trabajador¹⁹² que lea la Ley Federal del Trabajo en su artículo 784 podría suponer que corresponde al patrón la carga de la prueba para demostrar la terminación de la relación o contrato de trabajo, cuando la realidad es que por prescripción de las normas jurisprudenciales le corresponde a él la carga de la prueba de demostrar su despido.

La doctrina o nivel dogmático del Derecho en México escasamente trata el tema¹⁹³, pero su postura es meramente descriptiva, reconociendo que el lenguaje jurisprudencial ha sobre pasado su objeto y que el ofrecimiento del trabajo no tiene fundamento en el lenguaje prescriptivo contenido en las normas del Derecho del Trabajo.

De ahí la necesidad de que exista congruencia en los tres niveles del lenguaje del derecho. Y evitar estas situaciones problemáticas como la aquí descrita o dictar nuevas reglas sobre la aplicación de las normas laborales, so pena de evolucionar el sistema jurídico abandonando lo que por convención entendíamos que eran las normas para resolver las controversias nacidas de las relaciones previstas en las normas de derecho del trabajo.

¹⁹¹ Ver capítulo 3. EL OFRECIMIENTO DEL TRABAJO Y LA INTERPRETACIÓN DE LA NORMA LABORAL AL RESPECTO.

¹⁹² Quién no conoce la jurisprudencia respecto del ofrecimiento de trabajo, y se le aplica, lo cual en un principio no tendría problema si la jurisprudencia sólo fuese una interpretación obligatoria, pero al derogar preceptos legales la jurisprudencia adquiere carácter prescriptivo y se aplica al gobernado, como si se tomara en cuenta el principio ignorantia iuris, pero sin que exista un medio de publicidad para tener por presuntamente cierto que los gobernados conocen esta norma jurisprudencial obligatoria, tema que no abordaremos a fondo por estar fuera de la frontera de la presente investigación.

¹⁹³ Tena y Ítalo, 2006.

El problema del ofrecimiento del trabajo es un problema procesal de cargas probatorias que influye terminantemente en el problema de fondo de un litigio donde se contiene por un supuesto despido injustificado, por lo tanto para entender la situación problemática que acarrea que no exista un lenguaje normativo prescriptivo en relación al mismo es necesario entender los citados principios.

Los niveles que conforman el lenguaje en el derecho mexicano, deben ser congruentes para poder aplicarlo, tanto en el ámbito normativo, como doctrinal o de dogmática jurídica y el jurisprudencial como lo entendemos en nuestro sistema jurídico, para que las personas que vivan en una sociedad donde se pretenda que impere el derecho lo conozcan y por lo tanto puedan cumplirlo y tenga el derecho como tal convencionalmente así reconocido.

Y para lograr tal objetivo creemos necesario partir de un hecho que muestra el problema de la incongruencia del lenguaje del derecho y que se presenta cotidianamente en los tribunales laborales que es claro, “El caso del ofrecimiento del trabajo en materia procesal laboral”.¹⁹⁴

¹⁹⁴ Remitimos a lo establecido en el capítulo III de esta investigación en obvio de repeticiones innecesarias.

4. DESNATURALIZACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE LAS NORMAS DE DERECHO DEL TRABAJO COMO CONSECUENCIA DE LA INCONGRUENCIA DE SU LENGUAJE EN TANTO A LA NORMA, SU INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN.

Uno de los pilares que deben de sostener los actos de afectación emitidos por las autoridades en nuestro derecho mexicano es el principio de legalidad.

Cualquier acto de autoridad por mandato constitucional¹⁹⁵ debe estar fundado y motivado, es decir la autoridad al emitir un acto de afectación debe expresar de manera clara y concisa las normas jurídicas en las que funde el acto y además dar los motivos, consideraciones y argumentos del por qué la conducta del gobernado se encuadra en el supuesto normativo que cita como fundamento de la afectación.

Las autoridades laborales no son la excepción, deben también fundar y motivar sus actos de autoridad entre ellos los laudos que dictan, la Ley Federal del Trabajo, establece la obligación de las Juntas de Conciliación y Arbitraje que al emitir un laudo funden y motiven el por qué de la determinación.¹⁹⁶

¹⁹⁵ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, "**Artículo 16.**- Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento."

¹⁹⁶ Ley Federal del Trabajo, "**Artículo 841.**- Los laudos se dictarán a verdad sabida, y buena fe guardada y apreciando los hechos en conciencia, sin necesidad de sujetarse a reglas o formulismos sobre estimación de las pruebas, pero expresarán los motivos y fundamentos legales en que se apoyen."

El sistema jurídico laboral establece de manera clara cuales son las normas en las cuales las autoridades laborales pueden apoyar o fundar sus resoluciones como nítidamente establece el artículo 17 de la Ley Federal del Trabajo que establece:

“Artículo 17. A falta de disposición expresa en la Constitución, en esta Ley o en sus Reglamentos, o en los tratados a que se refiere el artículo 6o., se tomarán en consideración sus disposiciones que regulen casos semejantes, los principios generales que deriven de dichos ordenamientos, los principios generales del derecho, los principios generales de justicia social que derivan del artículo 123 de la Constitución, la jurisprudencia, la costumbre y la equidad.”¹⁹⁷

De la lectura del numeral en cuestión podemos observar que el sistema jurídico laboral busca ser completo para resolver las controversias que nazcan de la aplicación o interpretación de sus normas en las relaciones jurídicas de los sujetos previstos por las mismas; y que parte de una jerarquización normativa al establecer en la cúspide de la jerarquía a la constitución junto con la Ley Federal del Trabajo y sus reglamentos.

Pero previendo este artículo que el marco jurídico contenido en este sistema normativo descrito pueda ser incompleto, establece la posibilidad de acudir para suplir la inconsistencia del sistema normativo a principios de derecho fundados en valores de difícil definición pero comprensibles y ponderables, y completar así el sistema jurídico laboral; dentro de este complemento para el sistema jurídico laboral se encuentran comprendidos la dogmática jurídica obligatoria que es la jurisprudencia como la entendemos en nuestro derecho.

¹⁹⁷ Ley Federal del Trabajo.

Para la comprensión del sistema jurídico, tanto en su aspecto normativo, como en su aspecto de principios y valores, es esencial el metalenguaje que habla del derecho, porque si está planteado el sistema jurídico laboral como un sistema completo, pero no acabado, por que deben resolverse todas las controversias planteadas, y el problema para resolverlas se reduce a un problema de sentido de lenguaje, donde el metalenguaje que habla del derecho debe dar los elementos necesarios para que el operador jurídico pueda resolver estos conflictos y en su caso resolver en derecho con cualquiera de los elementos que lo integran.

No obstante lo anterior el marco del derecho en la ley federal del trabajo es la ley, que es el marco de la congruencia, porque en la ley laboral se encuentran las bases para la fundamentación de las resoluciones laborales, y la jurisprudencia y la doctrina, deben ser instrumentos auxiliares descriptivos para poder aplicar la ley, la cuál es el objeto al que se refieren los dos niveles descriptivos del lenguaje del derecho.

Es necesario tener la ley como base de la congruencia de nuestro sistema jurídico, porque debemos tener un marco que nos sirva como frontera de actuación de nuestras autoridades, y así vedar la posibilidad de pasar de la primacía de la ley a la primacía de las resoluciones jurisdiccionales, debido a que es mejor tener a las normas jurídicas como marco de referencia y actuación de las autoridades, el cual establece un margen de actuación de las mismas, a poder llegar a tener una dictadura judicial, por que sostenemos que con un marco legal normativo, es posible encontrar un justo medio en donde no se tenga que aplicar la ley a ultranza, pero que esta sirva de marco y para

el caso de su insuficiencia en un caso concreto se pueda resolver acudiendo a otras partes integrantes del sistema jurídico y solucionar la controversia normativa.

En nuestro sistema jurídico mexicano el caso del ofrecimiento del trabajo se puede analizar desde esta perspectiva donde se resuelve con base en el sistema jurídico pero no con base en normas: a favor se pueden completar casos no previstos en las normas, puede atentar contra de los principios tuteladores de la Ley Federal del Trabajo en detrimento del equilibrio entre los factores de la producción. Al derogar la jurisprudencia al objeto al cuál se refiere su lenguaje, yendo más allá del mismo, lo cual atenta en contra de los principios dentro de los cuales se deben dictar las resoluciones laborales.

5. LA OPACIDAD DEL DERECHO.

A la incongruencia del lenguaje del derecho en sus tres niveles, prescriptivo, descriptivo y jurisprudencial o descriptivo prescriptivo, abona al llamado fenómeno de la opacidad del derecho, lo que en si conlleva a problemas no solo en la aplicación del derecho y a los operadores jurídicos que de alguna manera conocen el lenguaje del derecho, sino también a los gobernados que aun cuando traten de leer el texto legal para tratar de entender sus derechos y obligaciones, lo cual de por sí es complicado que se dé en la práctica, se enfrentarían a un lenguaje técnico e incongruente en sus tres niveles.

Para explicar el fenómeno de la opacidad del derecho y su relación con la presente investigación tomaremos como base a efecto de no desviar el presente trabajo, la ideas de Carlos María Cárcova.¹⁹⁸

Dicho autor sostiene que aún y cuando las personas que viven en sociedad utilizan cotidianamente el derecho, y algunas veces lo hacen de manera consciente, la mayoría de las veces lo realizan de manera inconsciente, es decir el derecho que forma parte importante del actuar social aun que se usa no es conocido o comprendido en la mayoría de las veces por las personas que lo utilizan.

Pero aun cuando no se comprenda o no se conozca el derecho, su observancia es obligatoria; la observación del derecho es obligatoria en atención al principio que se conoce derivado de la

¹⁹⁸ Cárcova, C. "La opacidad del derecho".

llamada “ignorantia iuris”, y que versa acerca de que la ignorancia de la ley a nadie exime de su cumplimiento.

Existe la solución jurídica basada en una presunción sin prueba en contrario de que los gobernados conocen la ley por su publicación en el diario oficial de la federación.¹⁹⁹ Esta solución práctica para solventar la falta de conocimiento de la ley, dista mucho de ser una solución que realmente provoque el efecto de que los gobernados la conozcan.

En el caso del ofrecimiento del trabajo, el problema es más grave, debido a que el ofrecimiento de trabajo tiene su base jurisprudencia, y la jurisprudencia aquí tiene efectos de norma general pero no se publica en el diario oficial de la federación, no obstante ser un lenguaje descriptivo prescriptivo que en el caso del ofrecimiento del trabajo deroga la ley. Situación que hace más difícil el conocimiento de la norma jurisprudencia por los operadores jurídicos y los gobernados.

El supuesto conocimiento del orden jurídico por todo el gobernado choco con la realidad ya que por las razones vertidas podemos convenir que resulta sumamente complicado que en la realidad conozca el derecho.

EL derecho se ignora por las condiciones sociales como la pobreza, la marginación, el desempleo y la falta de conocimiento que provoca la falta de educación, la dificultad para acceder a los medios de difusión de las normas jurídicas y a nuestro parecer a la incongruencia de los niveles del

¹⁹⁹ Código Civil Federal: “**Artículo 3o.**- Las leyes, reglamentos, circulares o cualesquiera otras disposiciones de observancia general, obligan y surten sus efectos tres días después de su publicación en el Periódico Oficial. En los lugares distintos del en que se publique el Periódico Oficial, para que las leyes, reglamentos, etc., se reputen publicados y sean obligatorios, se necesita que además del plazo que fija el párrafo anterior, transcurra un día más por cada cuarenta kilómetros de distancia o fracción que exceda de la mitad.”

lenguaje del derecho que hacen que no solo sea difícil acceder a los textos que contienen el lenguaje del derecho, sino que una vez que se acceso a los mismos son de difícil comprensión hasta para los operadores jurídicos que tienen una preparación dogmático práctica de la materia del derecho.

Para tratar de allanar los problemas del conocimiento del derecho es importante y urgente que exista congruencia en los niveles del lenguaje del derecho, ya que de no ser así y de que partiendo de la opacidad del mismo y del desconocimiento de los gobernados de éste, el conocimiento del derecho volverá a ser un medio que pertenezca a la elite de personas encargadas de su aplicación.

6. LA URGENCIA DE QUE EL DERECHO TENGA UN LENGUAJE CONGRUENTE EN SUS TRES NIVELES PARA UNA ADECUADA APLICACIÓN.

El derecho para su conocimiento, entendimiento y aplicación debería de ser nítido, claro, sencillo y que el mayor número de personas lo conociera con convencimiento del mismo.

Si el derecho se convierte en un lenguaje incongruente en sus diversos niveles, opaco, de acceso difícil y de difícil comprensión, ocasiona esta situación problemas operativos para su aplicación que de por sí ya está influenciada de diversos factores internos y externos de los operadores jurídicos encargados del acto judicial; además de ocasionar problemas para los gobernados en los que la norma se individualiza y en quiénes estudian y hacen dogmática del derecho.

De la forma en que se encuentra reglamentado nuestro sistema jurídico para su operación el nivel prescriptivo, que es el lenguaje en el que están redactadas las normas jurídicas es el que establece las bases de cómo se debe actuar en nuestro sistema tanto a las autoridades como a los gobernados.

El descriptivo es un nivel dogmático que se refiere y describe el nivel prescriptivo el cuál es su objeto y límite, y que sirve como aparato conceptual para conocer, entender e interpretar el lenguaje de las normas.

Y el nivel jurisprudencial que es un nivel descriptivo prescriptivo que debe referirse y describir el nivel prescriptivo el cuál es su objeto y límite, y que sirve como aparato conceptual para conocer,

entender e interpretar el lenguaje de las normas además de que este nivel jurisprudencia en nuestro sistema es obligatorio.

Por la manera en que está estructurado nuestro sistema jurídico los tres niveles del lenguaje del derecho deben de ser congruentes, es decir por el principio de supremacía constitucional, que establece la conformidad de todas las normas que deriven de la constitución con esta y si cumplen con tales requisitos son parte de nuestro sistema jurídico.

En los anteriores términos el nivel prescriptivo del derecho al estar conforme a la constitución y emanar de la misma es el objeto que constituye el lenguaje normativo de nuestro sistema, el nivel descriptivo debe referirse necesariamente al objeto del cuál habla, y la misma razón opera en el nivel jurisprudencial con la diferencia de que este nivel es obligatorio.

El nivel jurisprudencia que debe ser un lenguaje que se refiera a las normas prescriptivas del derecho interpretándolas y esa interpretación es obligatoria, debe circunscribirse a interpretar su objeto, de no ser así va más allá del mismo desnaturalizándolo y lo que realmente está haciendo es crear nuevas normas jurídicas.

Al crear nuevas normas jurídicas el nivel jurisprudencial se convierte en incongruente con la finalidad para la cual fue creado y causa problemas técnicos en nuestro sistema jurídico como lo es que el poder judicial se yergue como legislador invadiendo las esferas del poder legislativo, lo cual en nuestro sistema jurídico formalmente debe ser improcedente por lo menos en el caso de la jurisprudencia.

De manera práctica esta incongruencia causa problemas a los operadores jurídicos, debido a que en primer término partiendo del principio de ignorantia iuris se presupone que la ley es conocida por todos los gobernados, lo cual es difícil debido a la falta de difusión suficiente de las normas legales, aunado a que aun cuando conozcan las normas legales por su publicación en el diario oficial de la federación, existe el problema que debido a la incongruencia del nivel jurisprudencial con el nivel prescriptivo el conocimiento de las normas sería insuficiente al existir jurisprudencia que las derogue. Situación que en la práctica causa un verdadero caos en la aplicación del derecho y la seguridad y certeza jurídica de las personas a quienes afectan las resoluciones de autoridad.

Un caso práctico que muestra esta problemática es el del ofrecimiento del trabajo en materia laboral, donde la Ley Federal del Trabajo establece que ante una controversia nacida por la terminación de la relación laboral de un trabajador por un supuesto despido corresponde al patrón la carga de la prueba de acreditar la forma de terminación o la rescisión de la relación de trabajo sin responsabilidad para el patrón, es decir tiene que acreditar el patrón que no despidió injustificadamente al trabajador, esto es lo que establece el lenguaje prescriptivo.

El lenguaje descriptivo o dogmático poco establece al respecto sosteniendo o que al patrón le corresponde la carga de la prueba de acreditar que no despidió al trabajador o que el ofrecimiento de trabajo no tiene fundamento legal sino jurisprudencial.

En el lenguaje jurisprudencial se establece, derogando los preceptos legales que arrojan al patrón la carga de la prueba la terminación de la relación laboral ante la controversia de un despido

injustificado, que cuando el patrón niega el despido y ofrece la reincorporación del trabajador a sus actividades, es decir ofrece el trabajo, respetando las condiciones esenciales de la prestación del servicio como puesto horario y salario, ofreciendo el trabajo en las mismas o mejores condiciones en las cuales se venía prestando el servicio, esto provoca que se revierta la carga de la prueba al trabajador y tendrá que acreditar su supuesto despido con los problemas procesales prácticos que esto conlleva.

Esta incongruencia no sólo es en perjuicio del trabajador sino del patrón porque al modificar los criterios jurisprudenciales, cambian las reglas del derecho cuantas veces se modifique la jurisprudencia, la cual no es publicada en el periódico oficial de la federación para darle un presunto conocimiento por los gobernados, va más allá de su objeto que es la ley y la deroga, y por lo tanto se deja en un estado de falta de certeza y seguridad jurídica a los operadores jurídicos.

Por lo anterior es urgente que exista congruencia en los tres niveles de lenguaje del derecho o que se modifiquen las reglas de operación de nuestro sistema jurídico.

CONCLUSIONES

1. Dentro de la humanidad para que exista una sociedad organizada sus miembros comparten ciertos puntos comunes, y aún ante la existencia de diversas formas de pensar de los miembros de la sociedad deben de existir ciertos puntos en los cuales el pensamiento de la mayoría de los individuos que conforman la sociedad convergen, que dan homogeneidad y permiten la convivencia gregaria, dentro de lo cual el derecho no es la excepción.
2. En el derecho se fijan las reglas de convivencia social donde se establece un marco normativo que contiene las bases mínimas indispensables para la convivencia gregaria y que los individuos que la conforman puedan vivir en cierta armonía.
3. El derecho es un lenguaje, y conoce el lenguaje el que sabe lo que el lenguaje del derecho quiere decir, y aún cuando se fija en el lenguaje común de la sociedad es necesario tener el aparato conceptual requerido para interpretar lo que el lenguaje del derecho dice.
4. El operador jurídico para entender el derecho y poder aplicarlo debe conocer los niveles del lenguaje del derecho que son: **El nivel prescriptivo, el descriptivo** y en nuestro derecho mexicano **el nivel jurisprudencial**.
5. **El nivel prescriptivo**, que es el lenguaje en el que están redactadas las normas jurídicas.

6. **El descriptivo**, que es un nivel dogmático que se refiere y describe el nivel prescriptivo el cual es su objeto y límite, y que sirve como aparato conceptual para conocer, entender e interpretar el lenguaje de las normas.
7. **El nivel jurisprudencial**, que es un nivel descriptivo prescriptivo por que la jurisprudencia en México es de observancia obligatoria.
8. Por la manera en que está estructurado nuestro sistema jurídico los tres niveles del lenguaje del derecho deben de ser congruentes, es decir por el principio de supremacía constitucional, que establece la conformidad de todas las normas que deriven de la constitución con esta y si cumplen con tales requisitos son parte de nuestro sistema jurídico.
9. En los anteriores términos el nivel prescriptivo del derecho al estar conforme a la constitución y emanar de la misma, es el objeto que constituye el lenguaje normativo de nuestro sistema, el nivel descriptivo debe referirse necesariamente al objeto del cual habla, y la misma razón opera en el nivel jurisprudencial con la diferencia de que este nivel es obligatorio.
10. El nivel jurisprudencia, que debe ser un lenguaje que se refiera a las normas prescriptivas del derecho interpretándolas y esa interpretación es obligatoria, debe circunscribirse a interpretar su objeto, de no ser así va más allá del mismo desnaturalizándolo y lo que realmente está haciendo es crear nuevas normas jurídicas.

11. Al crear nuevas normas jurídicas el nivel jurisprudencial se convierte en incongruente con la finalidad para la cual fue creado y causa problemas técnicos en nuestro sistema jurídico como lo es que el poder judicial se yergue como legislador invadiendo las esferas del poder legislativo, lo cual en nuestro sistema jurídico formalmente debe ser improcedente por lo menos en el caso de la jurisprudencia.

12. De manera práctica esta incongruencia causa problemas a los operadores jurídicos, debido a que en primer término partiendo del principio de ignorantia iuris se presupone que la ley es conocida por todos los gobernados, lo cual es difícil debido a la falta de difusión suficiente de las normas legales, aunado a que aun cuando conozcan las normas legales por su publicación en el diario oficial de la federación, existe el problema que debido a la incongruencia del nivel jurisprudencial con el nivel prescriptivo el conocimiento de las normas sería insuficiente al existir jurisprudencia que las derogue. Situación que en la práctica causa un verdadero caos en la aplicación del derecho y la seguridad y certeza jurídica de las personas a quienes afectan las resoluciones de autoridad.

13. Un caso práctico que muestra esta problemática es el del ofrecimiento del trabajo en materia laboral, donde la Ley Federal del Trabajo establece que ante una controversia nacida por la terminación de la relación laboral de un trabajador por un supuesto despido corresponde al patrón la carga de la prueba de acreditar la forma de terminación o la rescisión de la relación de trabajo sin responsabilidad para el patrón, es decir tiene que

acreditar el patrón que no despidió injustificadamente al trabajador, esto es lo que establece el lenguaje prescriptivo.

14. El lenguaje descriptivo o dogmático poco establece al respecto sosteniendo o que al patrón le corresponde la carga de la prueba de acreditar que no despidió al trabajador o que el ofrecimiento de trabajo no tiene fundamento legal sino jurisprudencial.
15. En el lenguaje jurisprudencial se establece, derogando los preceptos legales que arrojan al patrón la carga de la prueba la terminación de la relación laboral ante la controversia de un despido injustificado, que cuando el patrón niega el despido y ofrece la reincorporación del trabajador a sus actividades, es decir ofrece el trabajo, respetando las condiciones esenciales de la prestación del servicio como puesto horario y salario, ofreciendo el trabajo en las mismas o mejores condiciones en las cuales se venía prestando el servicio, esto provoca que se revierta la carga de la prueba al trabajador y tendrá que acreditar su supuesto despido con los problemas procesales prácticos que esto conlleva.
16. Esta incongruencia no sólo es en perjuicio del trabajador sino del patrón porque al modificar los criterios jurisprudenciales, cambian las reglas del derecho cuantas veces se modifique la jurisprudencia, la cual no es publicada en el periódico oficial de la federación para darle un presunto conocimiento por los gobernados, va más allá de su objeto que es la ley y la deroga, y por lo tanto se deja en un estado de falta de certeza y seguridad jurídica a los operadores jurídicos.

17. De lo anterior podemos concluir que en México quién reforma la Ley Federal del Trabajo es el poder judicial de la federación con la jurisprudencia

18. Por lo anterior es urgente que exista congruencia en los tres niveles de lenguaje del derecho o que se modifiquen las reglas de operación de nuestro sistema jurídico.

BIBLIOGRAFÍA

1. ABBAGNANO, N. (2003), “Diccionario de filosofía”, México, Fondo de Cultura Económica, 3ª ed.
2. ACOSTA, M. y PÉREZ, A. (2002), “Derecho jurisprudencial mexicano”, México, Porrúa, 3ª ed.
3. ALCALÁ- ZAMORA, N. (2000), “Proceso autocomposición y autodefensa”, México, UNAM, 3ª ed.
4. ALCHOURRON, C. Y BULYGIN, E. (2002). “Sobre la existencia de las normas jurídicas”, México, Fontamara.
5. ALEXY, R. (2002), “Teoría de los derechos fundamentales” Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales.
6. (1998), “Derecho y razón práctica”, México, Fontamara.
7. ALFLEN, K. (2006), “Hermenéutica jurídica y concreción judicial” Colombia, Temis.
8. ATIENZA, M. y FERRAJOLI, L. (2005) “Jurisdicción y argumentación en el estado constitucional de derecho”, México, UNAM.
9. ATIENZA, M. (2004), “Las razones del derecho”, México, UNAM.
10. - (2005), “El Derecho como Argumentación”, México , Fontamara.
11. – (2003), “Introducción al derecho”, México, Fontamara.
12. AUSTIN, Jhon. (2002) “El objeto de la jurisprudencia”, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

13. BENTHAM, J. (2004) “Tratado de las pruebas judiciales” México, Editorial jurídica Universitaria, S.A.
14. BOBBIO, N. (2002), “Teoría General del derecho”, México, Temis.
15. – (2003), “El problema del positivismo jurídico”, México, Fontamara.
16. BRISEÑO, R. (1985), “Derecho Individual del Trabajo”, México, Harla.
17. BUNGE, M. (2001), “Diccionario de filosofía”, México, Siglo Veintiuno editores, 2ª ed.
18. CACERES, E. (2007), “Constructivismo y metateoría del derecho” México, Unam.
19. CALVO, J. (1996), “Derecho y narración, materiales para una teoría y crítica narrativa del derecho”, España, Ariel, S.A.
20. CÁRCOVA, C. (1998), “La opacidad del derecho”, Madrid, Trotta.
21. CARBONELL, M., FIX-FIERRO, H. y VÁZQUEZ R. Compiladores (2004), “JUECES Y DERECHO”, México, Porrúa.
22. CARRIÓ, G. (1990), “Notas sobre derecho y lenguaje” Buenos Aires, Abeledo – Perrot, 4ª ed.
23. CASTAN, J. (1954), “La formulación Judicial del derecho (jurisprudencia y arbitrio de equidad”, Madrid, Instituto Editorial Reus.
24. CAVAZOS, B. (2007), “Nueva Ley Federal del Trabajo, tematizada y sistematizada”, México, Trillas.
25. –“El derecho del trabajo mexicano a principios del milenio”, México, Trillas.
26. “El nuevo derecho del trabajo mexicano”,”, México, Trillas.
27. CLIMENT, J. (1989), “Elementos de derecho procesal del trabajo”, México, Esfinge.
28. CÓRDOVA, F. (2003), “Derecho procesal del trabajo”, México, Cárdenas Editor Distribuidor, 3ª ed.

29. COMANDUCCI, P. (2004), “Razonamiento jurídico elementos para un modelo”, México, Fontamara.
30. DEHESA, G. (2004) “Introducción a la retórica y la argumentación jurídica”. México, Suprema Corte de Justicia de la Nación.
31. DWORKIN, R. (2002). “Los derechos en serio” España, Ariel derecho.
32. ECO, U. (2005) “Tratado de semiótica general”. México, De bolsillo.
33. ENCICLOPEDIA IBEROAMERICANA DE FILOSOFÍA (2000), “El derecho y la justicia”, Madrid, Trotta, 2ª ed.
34. ENDICOTT, T. (2004) “Palabras y reglas”, México, Fontamara.
35. FROSINI, V. (1991), “Teoría de la interpretación jurídica”, td. Jaime Restrepo, Colombia, Themis.
36. FERRAJOLI, L. (2002), “Derechos y garantías” Madrid, Trotta.
37. – (2004), “Derecho y razón” Madrid, Trotta.
38. – (2004), “Epistemología jurídica y garantismo”, México, Fontamara.
39. FERRER, J. (2002), “Prueba y verdad en el derecho”, España, Marcial Pons.
40. GADAMER, H. (1994), “Verdad y método II”, España, Sígueme, 2ª ed.
41. GARCIA, E. (2007), “Introducción a la lógica jurídica”, México, Fontamara.
42. GÓMEZ, C. (1990) “Teoría general del proceso”, México, Harla, Octava ed.
43. GONZALEZ, S. (2004), “Código semiótico y teorías del derecho”, México, Fontamara.
44. GUASTINI, R. (2003) “Estudios sobre la interpretación jurídica”, México, Porrúa-UNAM, 5ª ed.
45. – (2003), “Estudios de teoría constitucional”, México, Fontamara.

46. HART, H. (1963), “El concepto de derecho”, td. Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo – Perrot.
47. HOERSTER, N. (2000), “En defensa del positivismo jurídico”, España, Gedisa.
48. INSTITUTO TECNOLÓGICO AUTÓNOMO DE MÉXICO, (abril 1997), “ISONOMÍA 6”, México, Itam.
49. INSTITUTO TECNOLÓGICO AUTÓNOMO DE MÉXICO, (octubre 1997), “ISONOMÍA 7”, México, Itam.
50. INSTITUTO TECNOLÓGICO AUTÓNOMO DE MÉXICO, (abril 1999), “ISONOMÍA 10”, México, Itam.
51. INSTITUTO TECNOLÓGICO AUTÓNOMO DE MÉXICO, (octubre 2000), “ISONOMÍA 13”, México, Itam.
52. INSTITUTO TECNOLÓGICO AUTÓNOMO DE MÉXICO, (octubre 2004), “ISONOMÍA 21”, México, Itam.
53. ITURRALDE, V. (2000), “Lenguaje legal y sistema jurídico”, España, Fundación Cultural Enrique Luño Peña.
54. KALINOWSKI, G. (2003), “Lógica de las normas y lógica deóntica”, México, Fontamara.
55. KAUFMANN, A. (1999), “Filosofía del derecho”, td. Luis Villar y Ana María Montoya, Universidad Externado de Colombia, 2ª ed.
56. KLUG, U. (2002), “Problemas de la filosofía y de la pragmática del derecho”, México, Fontamara.
57. LASTRA, J. (2003), “Derecho a la lengua y el lenguaje jurídico”, México, UNAM.
58. LINFANTE, I. (1999), “La interpretación jurídica de la teoría del derecho contemporánea”, Madrid, Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales.

59. LÓPEZ, N. (1998), “Filosofía del Derecho (II)”, Granada, Comares.
60. LÓPEZ, M. (2003), “Normas técnicas y de estilo para el trabajo académico”, México, UNAM.
61. MARMOR, A. (2001), “Interpretación y teoría del derecho”, Barcelona, Gedisa.
62. MARÍA, J. (1973), “Historia de la filosofía”, España, Manuales de la revista de occidente.
63. MICHELI, G. “La carga de la prueba”, Td, Sentis Melendo, Santiago, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América.
64. MUÑOZ, C. (2006) “Teoría Jurídica”, México, Oxford.
65. NARVÁEZ, M. (2004), “Wittgenstein y la teoría del derecho”, Madrid, Marcial Pons.
66. NIETO, S. (2003), “Interpretación y argumentación jurídicas en materia electoral. una propuesta garantista”, México, UNAM.
67. OVALLE, J. (1980), “Derecho procesal civil”, México, Harla, 5ª ed.
68. OLIVECRONA, K. (2002), “Lenguaje Jurídico y Realidad”, México, Fontamara.
69. PROCURADURÍA FEDERAL DE LA DEFENSA DEL TRABAJO, “Prontuario teórico práctico de derecho del trabajo”, México, STPS, 1999.
70. PECZENIK, A. (2003), “Derecho y razón”, México, Fontamara.
71. PEREZ, A. (2007), “Teoría del derecho, una concepción de la experiencia jurídica”, Madrid, Tecnos, 6ª ed.
72. QUIJANO, A. (2006), “EL ofrecimiento de trabajo. Importancia y trascendencia en el juicio laboral”, México, Porrúa.
73. ROSS, A. (1997), “Hacia una ciencia realista del derecho”, Argentina, Abeledo-Perrot.
74. RIDDALL, J. (2008), “Teoría del derecho” Barcelona, Gedisa, 3ª ed.

75. SAAVEDRA, M. (1999), "Interpretación del derecho y crítica jurídica", México, Fontamara.
76. SANTIAGO, C. (2001), "Introducción al análisis del derecho", Barcelona, Ariel, 10ª ed.
77. (1999), "Algunos modelos metodológicos de ciencia jurídica", México, Fontamara.
78. SCHMILL, U. (2001), "Lógica y derecho", México, Fontamara.
79. Shimomura, F.
http://www.derecho.usmp.edu.pe/1ciclo/redaccion_lenguaje_juridico_I/sinopticos.htm.
80. Suprema Corte de Justicia de la Nación, (2005), "Estudio sistemático de la jurisprudencia". México.
81. - "IUS2006".
82. -, "Compila VIII".
83. - (2004) "La jurisprudencia y su interpretación", México.
84. -, "Ley de amparo comentada".
85. TAMAYO, R. (2003), "Elementos para una teoría general del derecho (introducción al estudio de la ciencia jurídica)", México, Themis, 2ª ed.
86. - (2002), "Introducción al estudio de la Constitución" México, Fontamara.
87. - (1999), "La ciencia del derecho y la formación del ideal político, México, Huber. 2ª ed.
88. - (2005), "La Universidad epopeya medieval", México, UNAM.
89. - (2003), "Razonamiento y argumentación jurídica", México, UNAM.
90. TENA, R. y ÍTALO, H. (2006) "El ofrecimiento del trabajo en el proceso laboral", México, Sista.
91. TUGENDHAT, E. (2003) "Introducción a la filosofía analítica", td. Jorge Navarro Pérez, Gedisa, Barcelona.

92. VÁZQUEZ, R. (2003), “interpretación jurídica y decisión judicial”, México, Fontamara.
93. VON IHERING, R. Av. VELA, F. (2005), “El espíritu del derecho romano”, Madrid, Marcial Pons.
94. – (1978), “El Fin del Derecho”, Buenos Aires, Heliasta.
95. – (2001), “Estudios Jurídicos”, México, Ed. José Delgado Solís.
96. VON, G., (1997), “Normas verdad y lógica”, México, Fontamara.
97. WROBLEWSKI, J. (2001), “Sentido y Hecho en el Derecho”, México, Fontamara.