

PRIMERA PARTE

*La Impugnación*

CAPÍTULO PRIMERO

*La impugnación de normas jurídicas concretas*

Sección I. <i>Introducción</i> . . . . .	13
Sección II. <i>Las normas jurídicas concretas</i> . . . . .	14
Sección III. <i>La actividad jurisdiccional como función creadora de normas jurídicas concretas</i> . . . . .	20
Sección IV. <i>Garantías de la regularidad de la función jurisdiccional</i> . .	24
Sección V. <i>Delimitación del tema objeto de consideración</i> . . . . .	28

**PRIMERA PARTE**  
**LA IMPUGNACIÓN**

## CAPÍTULO PRIMERO

### LA IMPUGNACIÓN DE NORMAS JURÍDICAS CONCRETAS

SUMARIO: Sección I. *Introducción*. Sección II. *Las normas jurídicas concretas*. Sección III. *La actividad jurisdiccional como función creadora de normas jurídicas concretas*. Sección IV. *Garantías de la regularidad de la función jurisdiccional*. Sección V. *Delimitación del tema objeto de consideración*.

#### Sección I. *Introducción*

En estas páginas se intenta ubicar el tema de la impugnación dentro de la teoría del derecho. Para esto, se conceptuará la impugnación como uno de los medios para garantizar la regularidad de la producción normativa, con respecto de las normas creadas por órganos jurisdiccionales. No obstante, tal conclusión precisa de presupuestos con arreglo a los cuales sea posible su formulación. Se han elegido para dichos propósitos los conceptos fundamentales de la teoría del derecho de Hans Kelsen, por parecer los más sólidos y los que permiten una mejor comprensión del tema. Tales ideas sirven de marco teórico a este trabajo y, en particular, algunas de ellas se emplean para fundamentar el esquema explicativo que se utiliza para enfocar la materia objeto de estudio.

Los conceptos de norma, orden jurídico, ley, función jurisdiccional, producción normativa, así como los de descentralización estática y dinámica, no precisan de mayor aclaración, pues se encuentran ampliamente explicados en las obras del mencionado autor.<sup>1</sup> Sin embargo, en este trabajo se utilizan preferentemente los conceptos desarrollados en la *Teoría pura del derecho*.

Se conceptúa a la norma como un esquema de interpretación cuya función consiste en señalar el significado objetivo de un acto o hecho. El significado objetivo de un acto deriva de una norma, cuyo contenido se refiere al acto y, consecuentemente, a la voluntad de los individuos, entendida en el sentido psicológico (sentido subjetivo del acto).<sup>2</sup> La validez de una norma

<sup>1</sup> Principalmente en la *Teoría general del Estado*, traducción de Luis Legaz Lacambra, México, Edinal, 1959; *Teoría general del derecho y del Estado*, traducción de Eduardo García Máynez, México, Imprenta Universitaria, 1958 (2ª ed.); *Pure Theory of Law*, traducción de la 2ª ed., por Max Knight, University of California Press, Berkeley and Los Angeles, 1967.

<sup>2</sup> Cfr., Kelsen, *Pure Theory of Law*, cit., pp. 1 a 3.

consiste en la posibilidad de referirla a la norma fundamental, que constituye la unidad de un sistema normativo, por medio de los principios estático y dinámico.<sup>3</sup>

### Sección II. *Las normas jurídicas concretas*

Para explicar la función jurisdiccional como una de las formas de producción jurídica normativa, es necesario admitir que la denominada "aplicación" de normas jurídicas abstractas no es otra cosa que producción de normas jurídicas concretas. A pesar de que tal acierto ha sido ampliamente demostrado por Kelsen, se incluirá a continuación un breve desarrollo de esta idea.

La teoría del derecho tradicional considera que las funciones ejecutiva y jurisdiccional son exclusivamente de aplicación del derecho, entendiendo por lo anterior que su actividad no es creadora. Sin embargo, esta concepción es producto del aislacionismo de la teoría del derecho continental y de un análisis poco profundo, pues si se examina la aplicación del derecho, se encontrarán dos actividades diversas: "Por lo tanto, la aplicación del derecho implica la creación de una norma inferior con fundamento en una norma superior o la ejecución del acto coactivo autorizado por la norma",<sup>4</sup> como se puede apreciar de la definición anterior.

En efecto, la aplicación del derecho puede consistir tanto en la creación de normas inferiores, como en la realización de actos de mera ejecución. Sólo la primera es una actividad creadora, por ejemplo, si un tribunal o un órgano de la administración aplica una norma superior, determina una situación jurídica concreta con base en la abstracta, en este caso, nos encontramos ante una actividad creadora, pero si únicamente lleva a cabo actos de mera ejecución, que le ha facultado o exigido efectuar la norma superior, no es posible afirmar que se esté en presencia de una actividad creadora. Cuando se crea una norma concreta se determinan hechos y deberes para un caso especial y único. Anteriormente se llegó a afirmar que la aplicación no implicaba más que una operación lógica.<sup>5</sup> No obstante, actualmente no es sostenible tal punto de vista, la teoría ha tenido que aceptar al acto de concreción de las hipótesis contenidas en disposiciones abstractas como un acto de voluntad. Carnelutti concibe la sentencia como un acto de voluntad, es decir, como un "mandato concreto".<sup>6</sup> Por mandato se entiende el impe-

<sup>3</sup> Cfr., *idem*, pp. 4 a 24 y 123 a 205.

<sup>4</sup> "Law application, then, is the creation of a lower norm on the basis of a higher norm, or the execution of the coercive act authorized by a norm", Kelsen, *Pure Theory of Law*, cit., p. 235. La traducción es nuestra.

<sup>5</sup> Laband, citado por Fraga, Gabino, *Derecho administrativo*, 13ª ed. México, Porrúa, 1973, p. 63.

<sup>6</sup> Cfr., Carnelutti, Francesco, *Instituciones del proceso civil*, traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, EJEJA, 1959, t. 1, p. 138.

rativo dirigido hacia otro sujeto, pero es necesario aclarar si únicamente se trata de un mandato en sentido subjetivo o si está dotado de objetividad, pues sólo el mandato dotado de objetividad por un sistema normativo puede obligar jurídicamente al destinatario a obedecer el mandato.

Únicamente por medio de una norma es posible dotar a un mandato con el carácter de objetividad jurídica y, así, hacerlo jurídicamente obligatorio para el destinatario. Evidentemente, Carnelutti se refiere al mandato que contiene la sentencia en sentido objetivo. Por lo tanto, la sentencia no puede ser otra cosa más que una norma concreta que obliga al destinatario a una conducta determinada, a través de una declaración de voluntad concreta (mandato particular), contenida en la sentencia.

La existencia de un orden jurídico es imposible sin la creación de normas concretas. Un orden jurídico formado exclusivamente por normas abstractas, o bien, donde no fuera posible concretar las abstractas, no podría existir porque no obligaría a nadie. Si se considera el orden jurídico como un sistema de complejos normativos jerárquicamente superpuestos y, por lo tanto, si la creación de cada norma es reconocida como un hecho determinado por la norma superior, con cuyo contenido coincide, resulta que la positividad del derecho constituye, desde el punto de vista dinámico, una jerarquía de actos de individualización. Así, la creación y la aplicación del derecho son problemas jurídicos, el orden jurídico es un sistema regulador de su propia creación y ejecución, es decir, una cadena de creaciones sucesivas. Por eso, es rigurosamente exacto afirmar que un orden jurídico es positivo si se individualiza y en tanto que se le individualiza.<sup>7</sup>

La norma abstracta puede determinar el contenido de la concreta, pero hasta cierto punto. No es posible una determinación exhaustiva de la norma concreta por parte de la abstracta. Las llamadas "lagunas de la ley" y la posibilidad de celebrar contratos atípicos, son dos ejemplos de la imposibilidad de determinar el contenido de las normas concretas en forma exhaustiva. La sentencia que dicta el juez en un caso en que no existía una norma abstracta ("lagunas de la ley") o el contrato atípico que celebran las partes (un contrato que no se ha previsto por las normas generales), son dos casos en que, a pesar de que la norma concreta deriva su validez de la abstracta (la disposición que permite al juez sentenciar de acuerdo con su conciencia o con los principios generales, en el caso de no estar prevista la situación, o la autorización que contienen los códigos civiles para celebrar contratos que no se pueden subsumir en algunos de los tipos legislados), no puede determinar en absoluto su contenido. Por lo demás, la norma concreta contiene especificaciones que es imposible encontrar en la abstracta,

<sup>7</sup> Verdross, Alfred, *Die Einheit des rechtlichen Weltbildes*, pp. 47 y ss., citado por Kelsen, *Teoría general del Estado*, cit., p. 327.

por ejemplo, en el derecho procesal civil la cantidad debida, en razón de las condiciones en que se ha obligado alguna de las partes, en el procedimiento penal, la duración de la sentencia del día en que se comienza a contar al día en que fenece. Esto último obedece a que la norma abstracta puede contener la especificación de su propio ámbito de validez (temporal, especial, material y personal), pero nunca puede determinar totalmente los ámbitos de validez de la norma concreta.

Las normas concretas, una vez creadas, tienen una relativa independencia de la norma abstracta con arreglo a la que fueron creadas. En efecto, es posible derogar la norma abstracta en que se apoya una norma concreta, siempre y cuando se sustituya por otra y sirva de vinculación a la norma concreta con el resto del sistema, de modo que esta última siga siendo válida.

Las normas jurídicas concretas pueden seguir siendo válidas, a pesar de haber sido derogada la norma jurídica abstracta (ley o reglamento) de que dependían, por haber sido creadas de acuerdo con ésta y, consecuentemente, constituir un acto de aplicación de dicha ley. Este curioso fenómeno es estudiado por la doctrina a propósito de los problemas y conflictos de ámbitos temporales de validez de las normas, conceptuándoseles como subsistencia de derechos adquiridos bajo la vigencia de una norma anteriormente derogada, si se les contempla desde el punto de vista de la ley anterior, o como garantía contra la aplicación retroactiva de la nueva ley a situaciones jurídicas surgidas al amparo de la ley anterior, si se contemplan desde el punto de vista de la norma actualmente vigente.<sup>8</sup> En estos casos se origina un conflicto de validez, ya que las normas concretas no pueden seguir apoyándose en una disposición derogada y, por otra parte, no pueden obtener su validez de la nueva ley, ya sea porque las disposiciones de esta última se oponen a aquéllas o porque no se puede establecer una correspondencia entre ambas.

El problema se soluciona sustituyendo la norma abstracta derogada con otra norma, también abstracta, en que se pueden apoyar las normas concretas al momento de ser derogada aquella de la que originalmente dependían; esto se logra por medio de normas abstractas del orden de las que contienen las disposiciones transitorias de los códigos, o por medio de normas que prohíben la aplicación retroactiva de las leyes nuevas a hechos nacidos bajo la vigencia de una ley anterior. De esta manera, las normas jurídicas concretas que no pueden deducirse de una norma derogada o cuya deducción no está prevista en la norma actual se vinculan al orden jurídico a través de una norma general sustitutiva, a la cual se pueden referir y, consecuentemente, les puede conferir la validez de que carecían.

<sup>8</sup> Garantía de irretroactividad de las leyes, cfr., Burgoa, Ignacio, *Las garantías individuales*, 5ª ed., México, Porrúa, 1968, pp. 475-492.

En el mismo sentido, se puede citar un ejemplo de España, donde se prevé la casación por infracción contra leyes o jurisprudencia derogadas, siempre y cuando la casación que se siga por tales motivos no se base en hechos posteriores a la vigencia de las leyes o jurisprudencia derogadas.<sup>9</sup> En este último caso, se garantiza la subsistencia de las situaciones jurídicas concretas creadas por la sentencia que viole las leyes o jurisprudencia derogadas, a través de la disposición jurisprudencial que establece la procedencia de la casación en estas circunstancias y, por lo tanto, garantiza la existencia e implícitamente la validez de todas las situaciones normativas concretas anteriormente aludidas.

La idea de que únicamente las normas abstractas pueden recibir tal calificativo y de que las concretas no son sino meros juicios especulativos o en el mejor de los casos actividades complementarias de carácter secundario, se puede explicar como una idea preconcebida conformada como una consecuencia de la evolución histórica en los países de derecho codificado. Es obvio que a un jurista nacido y formado dentro de un sistema jurídico codificado, sólo resultarán objetivas y relevantes las normas abstractas generales que emiten los órganos legislativos. Además, fueron los órganos legislativos los primeros en independizarse del poder absoluto del monarca, significándose en forma particular y transmitiendo dicha significación a todos sus actos.

La función legislativa es la primera que se sustrae al poder del autócrata, consecuentemente, se convierte en una institución de gran prestigio en los países democráticos del continente europeo, pues se le considera como la forjadora y depositaria de la legalidad, reservándosele un lugar privilegiado dentro de las otras funciones jurídicas. De todo esto resulta la supervaloración que se hace de ella, a costa de menoscabar la importancia de las demás funciones. Sin embargo, este fenómeno no es universal, pues en los países de derecho consuetudinario no se produjo tal efecto y, algunas veces, incluso se invierten las situaciones, de manera que las funciones jurídicas productoras de normas concretas asumen un lugar más relevante que el de la función creadora de normas abstractas. Incluso, se llega a los extremos de negar o desconocer la naturaleza jurídica de estas últimas. Todo lo anterior pudiera parecer extraño y erróneo a los ojos de un jurista de la tradición continental, más si hiciéramos abstracción de nuestros prejuicios y nos situásemos desde el punto de vista del jurista integrado a la tradición de un sistema jurídico consuetudinario, nuestras conclusiones podrían invertirse.

Asimismo, las normas concretas son las únicas relevantes en los órdenes jurídicos relativamente poco desarrollados, en que la justicia es administrada por un solo órgano o por tribunales representantes del primero, sin sujeción

<sup>9</sup> Sentencias del 1º y 4 de febrero de 1896.

a normas abstractas codificadas cuando las normas consuetudinarias son poco precisas, o bien, la decisión depende del libre arbitrio del titular del órgano. Tanto en este caso, para los individuos que viven o vivieron en este tipo de comunidades, como en el de los juristas de los países de derecho consuetudinario, sería difícil imaginar la existencia de normas abstractas que determinan el contenido de la norma concreta que ha de crear el tribunal; de esta manera las normas concretas aparecen como más relevantes que las abstractas, a tal grado que subsisten corrientes doctrinales que niegan la naturaleza jurídica de las normas abstractas, justamente a la inversa de lo que sucede en los países influidos por el sistema de derecho codificado continental.

Para ilustrar lo anterior citaremos un fragmento traducido de la obra *The Nature and Sources of the law*, de J. C. Gray, "el hecho de que los tribunales apliquen determinada regla es lo que las convierte en derecho, pues no hay una entidad misteriosa llamada 'derecho', además de las mismas reglas, por lo cual los jueces son creadores, más que descubridores del derecho".<sup>10</sup> Kelsen señala la parcialidad en las concepciones de ambos puntos de vista.

La Teoría según la cual únicamente los tribunales crean derecho, que se ha desarrollado dentro de la tradición anglo-sajona, es tan parcial como la teoría que se ha desarrollado dentro de la tradición estatutaria del continente europeo, para la que los tribunales no crean el derecho, sino que se limitan a aplicar el creado con anterioridad. La primera afirma que sólo existen las normas individuales, mientras que la segunda cree que únicamente existen las normas generales; sin embargo, la verdad se encuentra entre las dos posiciones.<sup>11</sup>

Como el mismo autor lo ha mencionado, se trata de un problema provocado por la parcialidad del observador, pues siendo el acto de creación un acto complejo, puede ser visto desde dos posiciones: si se le contempla desde el punto de vista de la norma concreta, se trata de un acto de creación; en cambio, si se le contempla desde el de la norma abstracta, se trata de un acto de aplicación. Únicamente para propósitos ilustrativos, cabe la comparación del acto de creación normativa con otro acto complejo, i.e., el de la reproducción de los seres vivos. Por ejemplo, si contemplamos a éste desde el punto de vista del ser que se reproduce, será únicamente un acto

<sup>10</sup> Citado por Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., p. 179.

<sup>11</sup> "The theory that only the courts create law, a theory grown upon the soil of Anglo-American common law, is just as onesided as the theory, grown on the soil of European-Continental statutory law, that the courts do not create law at all, but only apply already created law. The latter theory amounts to the view that only general legal norms exist, the former that only individual legal norms exist. The truth is in between", Kelsen, *Pure Theory of Law*, cit., p. 255. La traducción es nuestra.

de reproducción, pero si lo contemplásemos desde el punto de vista del ser que nace, será un acto de creación.

No obstante, se trata de un mismo acto, que en vista de su complejidad puede ser contemplado bajo diversos aspectos. Si se quisiera continuar poniendo de relieve algunas otras características que comparten los dos actos que se vienen comparando, se podría decir que, así como no podemos pretender que desde el punto de vista del ser que ha nacido, el acto sea exclusivamente de reproducción, tampoco podemos pretender que desde el punto de vista de la norma concreta el acto de creación sea sólo una aplicación. Hans Kelsen afirma que fuera de los actos de mera ejecución o de mera aplicación, todos los actos son al mismo tiempo de aplicación y de creación

Porque además de los casos de frontera, la suposición de la norma fundamental y la ejecución del acto coactivo, entre los que se sitúa el proceso de creación jurídica, cada acto jurídico implica, al mismo tiempo, la aplicación de una norma superior y la creación de una norma inferior.<sup>12</sup>

Por ello, a menos que nos encontremos ante los casos que se dan en los límites del orden jurídico, tanto superior como inferior, el proceso creador se repite en todos los niveles de la pirámide.

La misma norma abstracta que fue aplicada para crear una norma concreta, por ejemplo, una sentencia, necesariamente tuvo su origen en una norma superior que reguló la creación de la norma concreta y, por lo tanto, fue aplicada al tiempo que se creó esta última. Volviendo al ejemplo anteriormente citado, se podría decir que así como un ser vivo se reproduce por medio del acto en que nace otro ser vivo, también el primero, en algún otro tiempo, nació de un acto en que otro ser vivo se reproducía. Por último, es posible ampliar la analogía, estableciendo otros dos puntos paralelos entre el multicitado ejemplo y el tema que ha venido siendo objeto de exposición.

Los seres que se reproducen determinan en mayor o en menor grado la constitución del nuevo ser, tal determinación no puede ser tan absoluta que el último constituya una fiel copia de los primeros, mas cierto grado de determinación es indispensable, pues de otro modo se podría dudar sobre la procedencia del nuevo ser con respecto de sus progenitores (de la misma manera, la norma superior aplicada determina en mayor o menor grado a la norma creada), pero tal determinación no puede ser tan grande que no pueda establecerse la diferencia entre ambas, ni tan escasa que sea imposible

<sup>12</sup> "Because apart from the borderline cases the presupposition of the basic norm and the execution of the coercive act between which the legal process takes place, every legal act is at the same time the application of a higher norm and the creation of a lower norm", Kelsen, *Pure Theory of Law*, cit., p. 234. La traducción es nuestra.

establecer el nexo de procedencia de la inferior, debido a que en este supuesto no podría ser válida, por no poder vincularse con el orden jurídico a que se pretende atribuir su origen.

Las normas superiores pueden intervenir potencialmente en tantos actos de aplicación como los seres vivos en actos de reproducción; sin embargo, normas y seres sólo pueden participar una vez en el acto por medio del cual son creados. Antes de proseguir la exposición se debe reiterar que el ejemplo anterior no tiene otro propósito que el de ilustrar lo que se ha venido afirmando, por lo tanto, tiene la función y las limitaciones que le imponen los propósitos para los que fue utilizado.

### Sección III. *La actividad jurisdiccional como función creadora de normas jurídicas concretas*

Las normas, tanto las abstractas como las concretas, pueden producirse en forma centralizada o descentralizada. No obstante, a través del desarrollo histórico, los órdenes normativos han sufrido un proceso de creciente centralización. En un principio, todos los órdenes normativos presentaban un alto grado de descentralización, tal como es posible observar actualmente en el derecho internacional.<sup>13</sup> Necesariamente la primera actividad en centralizarse fue la relativa a la designación de los órganos de la comunidad.

Las primeras actividades creadoras de normas que se centralizaron en los órganos de la comunidad, fueron las que afectaban a todos los miembros de la comunidad considerados en conjunto, por ejemplo, las normas relativas a la guerra, su declaración, su terminación, etcétera. La creación de las normas que determinaban las facultades de los órganos de la comunidad y las que proveían a su subsistencia, debieron ser también de las primeras en ser centralizadas, por ejemplo, las que definieron los deberes de las asambleas y las que establecían las obligaciones tributarias de los miembros de la comunidad, ya fuera para fines religiosos o para el sustento de los órganos centrales. Sin embargo, las normas que afectaban a los individuos de la comunidad, como órdenes jurídicos parciales, permanecieron descentralizados, inclusive, la producción de normas primarias concretas,<sup>14</sup> cuya producción está actualmente monopolizada por el Estado y estrictamente prohibida a los particulares, fue por mucho tiempo descentralizada, de manera que los particulares podían integrar la norma primaria concreta decidiendo cuándo debía aplicarse la sanción.

Sólo después de un largo y penoso proceso histórico que atravesó por la

<sup>13</sup> Cfr., Kelsen, *Teoría general del Estado*, cit., p. 229.

<sup>14</sup> Las normas primarias son las que actualizan la sanción, véase: Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., p. 71.

mediación, la autocomposición y el arbitraje, se llegaría al momento en que la producción de normas primarias concretas fuera monopolizada casi totalmente por el Estado, y como consecuencia, se terminó por establecer la función jurisdiccional obligatoria. En las legislaciones contemporáneas no sólo se ha desautorizado a los particulares o a otros órdenes jurídicos parciales (comunidades, gremios, etcétera) para crear normas primarias concretas, sino que se sanciona severamente a los que traten de pasar por alto tal desautorización, por ejemplo, las disposiciones de las legislaciones en el sentido de prohibir la justicia por propia mano. La autorización para crear normas primarias concretas únicamente se permite en casos excepcionales, por ejemplo, en algunos tipos de autodefensa.<sup>15</sup>

A partir del Renacimiento se presenta un proceso de creciente centralización de funciones en manos del Estado; tal fenómeno cobra un impulso notable en el siglo pasado, para llegar a su clímax en la primera mitad del siglo xx, pero a partir de la segunda mitad parece invertirse dicho proceso. Actualmente se tiende a descentralizar las funciones que el Estado administraba directamente, para ser encomendadas a órganos descentralizados o independientes. En efecto, la burocracia y la imposibilidad de resolver con eficiencia y rapidez el inmenso cúmulo de actividades han provocado la descentralización, para hacer frente a la complicación creciente de sus tareas.

Por lo contrario, las normas generales abstractas han autorizado y siguen autorizando la producción descentralizada de las normas secundarias concretas que regulan las relaciones de los órdenes jurídicos parciales (individuos o corporaciones). Las normas concretas secundarias, que son creadas por los órdenes jurídicos parciales, por la delegación expresa de las normas abstractas se llaman comúnmente convenios. Cuando se dice que un convenio es la ley entre las partes, no se quiere decir otra cosa más que la voluntad psicológica subjetiva de los que intervienen cobra objetividad legal, esto es, por la autorización de la ley el consenso de voluntades se constituye en una relación normativa que obliga jurídicamente a las partes. La relación normativa sólo es posible sobre la base de una coincidencia en las voluntades subjetivas, por lo que para un particular sólo es posible obligar a otro particular mediante el concurso de su voluntad, por ello, cuando se presenta una disensión con respecto de la voluntad subjetiva de los contratantes, no es posible que una de las partes ejecute por su cuenta lo convenido, debe acudir ante el órgano autorizado (tribunal) para crear la norma primaria que sustituya a la principal y actualice la sanción.<sup>16</sup>

<sup>15</sup> Cfr., Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, 2ª ed., México, Imprenta Universitaria, 1970, pp. 35 a 70, en especial el caso de la huelga, pp. 67 y ss.

<sup>16</sup> Cfr., Kelsen, *Pure Theory of Law*, cit., pp. 256 a 258.

La función jurisdiccional es una actividad dirigida primordialmente a la creación de normas concretas, "una decisión judicial, por ejemplo, es un acto por el cual una norma general, una ley, es aplicada; pero, al mismo tiempo, es una norma individual que impone obligaciones a una de las partes o a las dos".<sup>17</sup> En términos generales se puede decir que la actividad jurisdiccional se dirige a la creación de dos tipos de normas concretas, primarias y secundarias. Cuando el proceso jurisdiccional tiene como objetivo la obtención de una decisión judicial cuyo contenido sea una norma primaria concreta, se denomina proceso de condena, ejecutivo, de impugnación etcétera.

El proceso jurisdiccional también se puede dirigir a obtener una resolución judicial cuyo contenido sea una norma secundaria. En este caso es posible establecer dos hipótesis. Dentro de la primera se encuentran los juicios que tienen por objeto la creación de normas concretas secundarias cuya producción está centralizada en manos del Estado, de modo que no pueden crearlas los particulares. En estos casos el órgano judicial debe averiguar si las normas abstractas les conceden la facultad de crear la norma concreta y, en segundo lugar, debe constatar que existe el hecho o acto constitutivo del supuesto que la ley exige para la creación de la norma concreta, por ejemplo, el juicio que tiene como propósito obtener la declaración de propiedad con base en la prescripción. De lo anterior resulta claro que en el ejemplo citado en último término, el interesado no puede crear la norma secundaria concreta que lo convierta en propietario, sino que tiene que acudir ante un tribunal que deberá decidir si se presenta el hecho que la ley requiere para atribuir la propiedad al demandante.<sup>18</sup>

En la segunda hipótesis se encuadran los juicios que tienen como objetivo la creación de una norma concreta secundaria cuya producción está sustraída a los particulares (la norma a través de la que se interpreta un convenio), pero a diferencia del anterior, en este caso el órgano autorizado (tribunal) debe examinar más supuestos que en el caso anterior: en primer lugar, debe establecer las normas abstractas que le permitan crear la norma concreta solicitada; en segundo término, debe determinar que se conformó la norma secundaria concreta que las partes pretenden haber creado (convenio) y, consecuentemente, si estaban autorizadas dichas partes por las normas abstractas para crear la norma que rige sus relaciones; en último término, debe examinar un tercer elemento, que es el desacuerdo de las partes que originalmente habían convenido la creación de la norma concreta en cuestión (convenio). Como se recordará, el orden jurídico sólo da un significado objetivo a la voluntad de los individuos (convenio), en tanto que sus vo-

<sup>17</sup> Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., p. 157.

<sup>18</sup> Cfr., Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho de las obligaciones*, 2ª ed., Puebla, Cajica, 1965, pp. 392 a 394.

luntades subjetivas coincidan, de no ser así, la norma concreta secundaria que crearon por delegación del orden jurídico no puede imponerse unilateralmente, ni siquiera a un nivel de interpretación. La diferencia más notable entre las dos hipótesis de que se ha tratado consiste en que en un caso, uno de los supuestos de la creación de la norma secundaria concreta por parte de los tribunales es un acto contractual y en el otro no.

Como se habrá podido observar, en ninguno de los dos casos la resolución del tribunal implica ejecución o condena, sino la mera formulación de una norma secundaria que tiene por objeto regular las relaciones de las partes, y que puede o no ser condición para la actualización posterior de una norma primaria (sancionadora), en caso de violarse la secundaria. Los procesos que tienen como función la creación de cualquiera de los dos tipos de norma secundaria se denominan declarativos o constitutivos. Pudiera objetarse lo anterior diciendo que los juicios declarativos, y en particular los que solicitan la interpretación de un contrato por desacuerdo de las partes no son creadores, sino que únicamente declaran un derecho preexistente, sin embargo, como se ha dicho anteriormente que las relaciones normativas creadas por los particulares no pueden imponerse unilateralmente, de modo que si las partes discrepan con respecto a la interpretación o alcance del compromiso, ninguna de ellas puede imponer su interpretación a la contraparte, tiene que acudir a un órgano autorizado para que éste determine la interpretación y alcances, definiendo las relaciones normativas que existen entre ellas en ese respecto.

Carnelutti objeta la *creatividad* de la función jurisdiccional, para él no es más que la declaración de una relación jurídica preexistente. Sin embargo, este punto de vista sólo se puede sostener con base en la vieja teoría francesa de la relación jurídica. La doctrina alemana ha demostrado ampliamente, desde hace ya algún tiempo que se trata de dos relaciones, una entre los particulares cuyo contenido es la obligación de uno con respecto al otro, y la otra que se establece en el caso de incumplimiento de la primera, que sustituye a la primera, y en la que participa un tercero imparcial nombrado por el Estado para definir la situación normativa de las partes. La primera obligación se denomina *Schuld* y la segunda *Haftung*.<sup>19</sup>

Las dos relaciones pueden distinguirse íntegramente por su estructura, su función y su forma de creación. La primera se distingue por lo siguiente: a) en su estructura sólo intervienen órganos jurídicos parciales; b) la relación se crea por ellos y a ellos pertenece la iniciativa para su creación; c)

<sup>19</sup> Gierke, citado por Margadant S., Guillermo Floris, *Derecho romano*, 2ª ed., México, Esfinge, 1965, pp. 309-310; Gutiérrez y González, *op. cit.*, p. 86; Enneccerus-Kipp-Wolff, *Tratado de derecho civil*, traducción de Blás Pérez González y José Alguer, Barcelona, Bosch, 1933, tomo segundo, I, pp. 12-17.

ambos se encuentran situados en un plano de igualdad, por ello no puede existir ningún tipo de coacción; d) la relación no puede imponerse unilateralmente porque su significado objetivo depende de un acuerdo de las voluntades subjetivas. En la segunda relación se pueden distinguir las siguientes características: a) además de los órdenes jurídicos parciales su estructura está formada por un tercero imparcial representante de la totalidad del orden jurídico (Estado), si bien es cierto que la iniciativa para que se cree esta relación pertenece a las partes, la creación está reservada al tercero imparcial que representa la totalidad del orden jurídico; b) las partes originales siguen guardando una condición de igualdad, pero sólo para participar, en ningún caso para crear la norma; c) como consecuencia de esto último, el tercero imparcial puede imponer la norma contra las voluntades subjetivas de las partes, es decir, esta relación puede tener un contenido coactivo. Aun en el caso de que la resolución sea negativa, como lo entiende Carnelutti, se determinan las relaciones normativas de las partes, pero en un sentido negativo, permitiendo o autorizando.

#### *Sección IV. Garantías de la regularidad de la función jurisdiccional*

Se ha sostenido, a través de la exposición anterior, que la decisión judicial es a la vez la aplicación de una norma general y la creación de una norma individual que define la relación normativa entre las partes, ya sea en sentido positivo o en sentido negativo.<sup>20</sup> La decisión judicial crea una norma concreta porque la voluntad subjetiva (voluntad psicológica del juez), está dotada de un sentido objetivo por el ordenamiento jurídico; en consecuencia, la norma que crea el juez sólo es válida si se crea con un contenido y en las condiciones que disponen las normas generales del orden jurídico en cuestión.

No obstante, por la concurrencia de múltiples factores como son la falibilidad del juez, la oscuridad de las normas generales o la posibilidad de interpretar en varios sentidos una norma general, algunas de las normas concretas creadas por los tribunales presentan una inconformidad con las normas abstractas que necesariamente deben regirlas.<sup>21</sup>

La falta de conformidad a que se ha aludido se puede presentar en varios grados. Cuando esta falta de concordancia es más grave, la doctrina tradicional habla de la inexistencia del acto en cuestión. Esto último, constituye una forma de hablar poco precisa, porque si el acto efectivamente fuese inexistente, el derecho no podría hacer consideraciones sobre él.<sup>22</sup>

<sup>20</sup> Cfr., Kelsen, *Teoría General del derecho y del Estado*, cit., p. 157.

<sup>21</sup> Cfr., Kelsen, *idem*, pp. 182-183.

<sup>22</sup> Cfr., Kelsen, *Teoría general del Estado*, cit., p. 385.

Obviamente, los actos inexistentes de que se trata aquí, son aquellos que no cumplieron con un elemento esencial, pues los que se encuentran en el colmo del absurdo no pueden ser ni siquiera objeto de consideración como actos creadores de normas, ya sean generales o individuales y por ello, carece de importancia su estudio.

En todo caso, el acto que se pretende impugnar existió, pues el orden jurídico no puede hacer nada para remediarlo ni tampoco pretender que no tiene relevancia alguna. El derecho no puede aparecer y desaparecer fenómenos físicos; lo único que puede hacer es atribuir un contenido jurídico objetivo a la manifestación de voluntad que contiene el acto o imputarle consecuencias jurídicas contrarias a su voluntad. La labor del legislador es de interpretación y retribución de la conducta humana, y como es natural ninguna de estas dos facultades puede ser calificada como poder sobrenatural.

En realidad, las dos distintas formas en que el orden jurídico puede reaccionar ante una voluntad que crea una norma irregular son despojarla del sentido objetivo que le dio como acto de creación normativa y/o hacer de esa conducta un supuesto de la aplicación de sanciones al responsable. En el primer caso nos encontramos con una anulación y en el segundo con la responsabilidad. El criterio para adoptar uno u otro medio depende generalmente de la infracción inocente o culpable de la ley.<sup>23</sup>

La nulidad no afecta en absoluto al acto, sino a sus efectos jurídicos. "Anular una norma significa privar a un acto, cuyo significado subjetivo es una norma, del significado objetivo de norma y esto implica: terminar con la validez de una norma a través de otra norma."<sup>24</sup> Para reducir un acto cuyo significado objetivo es una norma a un acto cuyo significado *subjetivo* sea una norma, es imprescindible que se le hubiera reconocido valor objetivo, de otra manera no tendría caso la reducción: "no es posible anular lo que ya es nulo";<sup>25</sup> es decir, sólo puede nulificarse lo válido. Lo anterior parece ser completamente obvio y, no obstante, ha sido desconocido e incluso negado. Por ello es que formularemos una ilustración de índole elemental, podríamos decir que el primer requisito para poder apagar la vela es que esté prendida. La norma permanece válida hasta que sea anulada por el órgano señalado en el ordenamiento jurídico. Si no fuera así, se presentaría el curioso fenómeno de conflictos entre norma superior y norma inferior.

<sup>23</sup> Cfr., Kelsen, *idem*, p. 361.

<sup>24</sup> "To annul a norm means to deprive an act, whose subjective meaning is a norm, of the objective meaning of a norm; and this means: to terminate the validity of one norm by another norm", Kelsen, *Pure Theory of Law*, cit., p. 268. La traducción es nuestra.

<sup>25</sup> "That which is null cannot be annulled", Kelsen, *idem*, p. 267.

No puede haber de ningún modo contradicción entre dos normas que pertenecen a diferentes niveles del ordenamiento legal. La unidad de éste no puede nunca ser puesta en peligro por una contradicción entre un precepto superior y otro inferior en la jerarquía del derecho.<sup>26</sup>

El problema de la irregularidad de una norma puede ser contemplado desde dos posiciones. Primero, desde la del destinatario afectado por una norma sobre cuya validez no está autorizado para decidir. En este caso, el destinatario puede opinar que la norma es anulable, es decir, que existe la posibilidad de que un órgano autorizado invalide, pero de ninguna manera puede declarar su nulidad. Desde el punto de vista del órgano autorizado para decidir sobre la validez, se puede declarar la contradicción entre la inferior y la superior, por no haberse creado la primera de acuerdo con lo dispuesto por la segunda y, una vez hecho esto, la norma irregular puede ser anulada.

Como se dijo anteriormente, no puede haber conflicto entre la norma inferior y la superior, sino que la primera puede ser nula, pero sólo lo será hasta que así lo determine el tribunal; por esto, se puede decir que la posibilidad de que una norma sea anulable radica, desde un punto de vista práctico, en la posibilidad de su impugnación y no en su irregularidad. Esta afirmación pudiera parecer extraña, mas si se toma un ejemplo del derecho positivo quizá sea posible aclararla: los órganos supremos del poder judicial de cada país son declarados infalibles por decreto, no importa qué tan contradictorias o poco conformes con las normas abstractas sean sus decisiones; resultan irrelevantes las demostraciones lógicas que puedan hacer los particulares sobre la confusión en que se incurre, pues la decisión de la Corte Suprema, como norma concreta, no es anulable ni puede ser declarada nula, no porque lógicamente se encuentre en una armoniosa concordancia con la norma abstracta superior que debe regirla, sino porque es imposible su impugnación.<sup>27</sup> Por lo tanto, del hecho de que una norma jurídica calificada como anulable no pueda ser nula, en tanto el órgano capacitado por el orden jurídico para declarar la nulidad de la sentencia no lo establezca de esta manera, resulta que la declaración de nulidad es en realidad constitutiva.<sup>28</sup>

En términos generales, la intensidad de la respuesta está en razón proporcionada a la magnitud del estímulo. De la misma manera, los efectos de la nulidad se gradúan en proporción directa a la gravedad de la disconformidad entre la norma superior y la inferior. Los diversos grados de la nulidad se

<sup>26</sup> Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., p. 192.

<sup>27</sup> Naturalmente debe tomarse en cuenta que en algunos países es posible impugnar la sentencia casacional, por ejemplo, en España; pero, sólo el Tribunal Supremo puede conocer de la revisión contra una de sus sentencias.

<sup>28</sup> Cfr., Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., p. 189.

establecen de acuerdo con distintos criterios; los más importantes son los siguientes: por los sujetos a quienes se faculta para solicitar la declaración de nulidad: a) sólo a los afectados; b) a los afectados y a los interesados; c) acción popular para solicitarla, por ejemplo, en el derecho romano cualquiera podía interponer la apelación.<sup>29</sup> Por la posibilidad de que las partes subsanen las irregularidades de las normas anulables, se dividen en nulidades convalidables y no convalidables. De acuerdo con el sentido en que se producen los efectos de la nulidad, se distingue entre nulidad con efecto *ex tunc* y con efecto *ex nunc*. Por último, si se clasifican los pronunciamientos de nulidad por el órgano encargado de realizarlos, se pueden dividir en pronunciamientos centralizados y descentralizados.

La más importante de las clasificaciones expuestas, para los propósitos del desarrollo del tema, es la última. En el párrafo anterior distinguimos dos grados: en el primero, el pronunciamiento de nulidad puede ser realizado en forma descentralizada, es decir, puede efectuarlo cualquiera de los destinatarios de la norma y en el segundo grado, sólo los órganos específicamente autorizados por el ordenamiento jurídico pueden formular una declaración de nulidad, pues en este caso se trata de un pronunciamiento centralizado de la nulidad. El grado más alto de la anulabilidad está constituido por los casos en que la nulidad puede declararse por cualquiera de los destinatarios de la norma. El pronunciamiento descentralizado de la nulidad fue utilizado por los órdenes jurídicos primitivos.

En la actualidad, sólo es posible encontrarlo en el orden jurídico internacional, pues los órdenes nacionales contemporáneos lo utilizan sólo para sancionar casos extremos en que la norma inferior se creó cometiendo una grave infracción a la superior o sin observar algún requisito esencial.<sup>30</sup> El hecho de que todos los destinatarios puedan decidir sobre la validez de una norma y, consecuentemente, no cumplirla por considerar que no es válida, provoca la falsa concepción de que dicha norma es nula *ab initio* y que no requiere de declaratoria de nulidad, pero como se explicó anteriormente las normas nulas *ab initio* están al margen del derecho.<sup>31</sup> A pesar de constituir un tema apasionante y debatido el de la nulidad de pronunciamientos descentralizados, no nos ocuparemos de ella porque está fuera del tema objeto de estudio y porque, además, sólo se presenta en una proporción mínima de casos.

En su mayor parte, las normas anulables sólo pueden ser declaradas nulas por un tribunal u órgano especialmente designado para tal propósito por

<sup>29</sup> Cfr., De la Plaza, Manuel, *Derecho procesal civil español*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1943, t. II, p. 771.

<sup>30</sup> Cfr., Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., p. 190.

<sup>31</sup> Cfr. Kelsen, *Pure Theory of Law*, cit., p. 277.

el ordenamiento jurídico, es decir, los destinatarios no están facultados para decidir sobre la validez de la norma.<sup>32</sup> En los sistemas de derecho codificado, la ley establece los órganos competentes para que declaren la nulidad de normas irregulares y, al mismo tiempo, establece el procedimiento por medio del cual será posible esa declaración. El mismo ordenamiento puede señalar que tal proceso se inicia a instancia de los afectados por la norma anulable o a iniciativa del órgano superior del que produjo la norma en cuestión.

En el primer caso la iniciación se condiciona a una manifestación de voluntad de las partes y en el segundo se condiciona a la manifestación de voluntad de un superior jerárquico.<sup>33</sup> Para los propósitos del desarrollo de este trabajo sólo es relevante el primer caso. El acto por el cual el afectado por una norma irregular solicita la anulación total o parcial al órgano facultado para pronunciar la nulidad, se denomina impugnación. El procedimiento por medio del cual el órgano facultado conoce de la solicitud de anulación, con objeto de examinar su legitimidad y decidir si debe ser invalidado, se denomina procedimiento impugnativo.

La norma regular es aquella que es conforme a derecho, i.e., de acuerdo con todas las normas superiores que determinan su contenido y aquellas otras que regulan su proceso de creación. Consecuentemente, la regularidad de la función orgánica consiste en la adecuación de las normas que crea el órgano, con aquellas que rigen la creación (aplicadas), tanto por lo que respecta al contenido de la norma creada para el caso concreto, así como por lo que concierne a la concreción de las normas que rigen su propia actividad.<sup>34</sup> Como se estableció anteriormente, el orden jurídico señala tres tipos de reacciones contra la actividad orgánica irregular: la nulidad, la convalidación y la responsabilidad.<sup>35</sup> La impugnación por los afectados es uno de los medios para actualizar la nulidad. Por lo tanto, la impugnación es uno de los medios del orden jurídico para asegurar la garantía de regularidad de las normas. Consecuentemente, la impugnación es también una de las formas de control de la producción jurídica.

#### Sección V. *Delimitación del tema objeto de consideración*

Antes de entrar en el tema, es preciso atravesar por cuatro etapas de delimitación, por medio de las que se hará abstracción de aspectos que no son objeto de estudio: los medios impugnativos que se dirigen contra resoluciones que recaen en procedimientos jurisdiccionales; por ello, la impugnación que

<sup>32</sup> Cfr. Kelsen, *Teoría general del Estado*, cit., p. 378.

<sup>33</sup> Cfr. Kelsen, *idem*, p. 370.

<sup>34</sup> Cfr. Kelsen, *Teoría general del Estado*, cit., pp. 370 y ss.

<sup>35</sup> El estudio de la *convalidación* se realizará en el siguiente capítulo.

procede contra actos no jurisdiccionales, no tiene cabida en este estudio, únicamente se analizan los medios impugnativos que se oponen a las resoluciones del órgano jurisdiccional, ya sea un juez o un tribunal.

A pesar de que sólo se estudian los medios impugnativos de que se dispone en el derecho procesal civil, es interesante establecer una comparación a modo de diferenciación con los medios impugnativos de otros campos del derecho, en particular, con los recursos administrativos. Desde el punto de vista de la impugnación, se pueden contemplar dos fases en la actividad de la administración (particularmente en materia fiscal): la primera, es la que se refiere a la imposición y se denomina fase oficiosa; la segunda, se refiere a la impugnación y se denomina fase contenciosa.<sup>36</sup>

Tradicionalmente, se ha considerado que el medio impugnativo que se interpone en contra de la resolución de un órgano de la administración en la fase oficiosa es un recurso. Sin embargo, se ha demostrado que tal medio impugnativo no es más que un recurso jerárquico, pero no un recurso en sentido estricto.

Alcalá-Zamora señala que la fase impugnativa de la administración consta de dos etapas: la primera, que corresponde al recurso jerárquico, es auto-compositiva, porque sólo intervienen dos sujetos, el particular y la administración. La segunda, que corresponde al recurso en sentido estricto, es jurisdiccional,<sup>37</sup> porque intervienen tres sujetos, dos en calidad de parte: la administración y el particular, y un tercero imparcial.<sup>38</sup>

Héctor Fix-Zamudio afirma que la primera etapa de la imposición, constituida tanto por la sustanciación del medio impugnativo ante un órgano *ad quem* (recurso jerárquico), como ante el órgano *a quo* (reconsideración), se caracteriza por la falta de imparcialidad de los órganos que reexaminan el asunto, ya que forma parte de la administración y, consecuentemente, está muy lejos de ser un órgano colocado por encima de los intereses de las partes.<sup>39</sup>

Únicamente puede considerarse como etapa jurisdiccional, aquella en que se lleva el medio impugnativo ante un tercero imparcial y sólo en estos casos se puede hablar de recursos en estricto sentido.

<sup>36</sup> Allorio, Enrico, *Diritto processuale tributario*, p. 140, citado por Fix-Zamudio, véase *infra* nota 39, p. 297.

<sup>37</sup> Como se recordará, la estructura jurisdiccional es terciaria, es decir, formada por tres elementos, las dos partes y un tercero imparcial. Véase: Goldschmidt, James, *Derecho procesal civil*, traducción de Leonardo Prieto Castro, Barcelona, Ed. Labor, 1936, pp. 6-7.

<sup>38</sup> Cfr., Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Proceso administrativo*, en: "Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales", año IX, núm. 1, enero-marzo de 1958, Montevideo, p. 304.

<sup>39</sup> Cfr., Fix-Zamudio, Héctor, *Principios esenciales del proceso fiscal federal mexicano*, en: "Revista del Tribunal Fiscal de la Federación", segundo número extraordinario, México, pp. 290 y ss.

En verdad, ni aun los recursos administrativos de la etapa jurisdiccional corresponden a los recursos jurisdiccionales de que se trata en este trabajo, toda vez que éstos sólo proceden contra resoluciones jurisdiccionales, en cambio, aquéllos se interponen contra resoluciones que recaen en etapas prejurisdiccionales (autocompositivas). Por ello, si quisiera hacerse una comparación de los recursos antes mencionados con los recursos contra resoluciones jurisdiccionales, sólo podría encontrarse paralelo con los recursos de segunda instancia que se interponen en contra de las resoluciones que recaen en los procesos en que se sustancian los recursos administrativos que se tramitan en forma jurisdiccional.

En segundo término, el estudio se restringe a considerar la impugnación por errores que se suscitaron en un proceso mental, por medio del cual el titular o los titulares del órgano jurisdiccional produjeron la resolución impugnada, así pues, se excluye el estudio de los medios con que cuenta el afectado para combatir las resoluciones irregulares, producto de errores que se suscitaron en la manifestación del pensamiento de los titulares del órgano jurisdiccional. Por ello, no serán estudiadas las diligencias que se prevén en las leyes procesales civiles de Alemania, Italia y España para corregir las sentencias y resoluciones menores. Tampoco se examinarán los medios impugnativos que llevan a una relación jurídica diversa de la impugnada, por ejemplo la oposición del tercero.