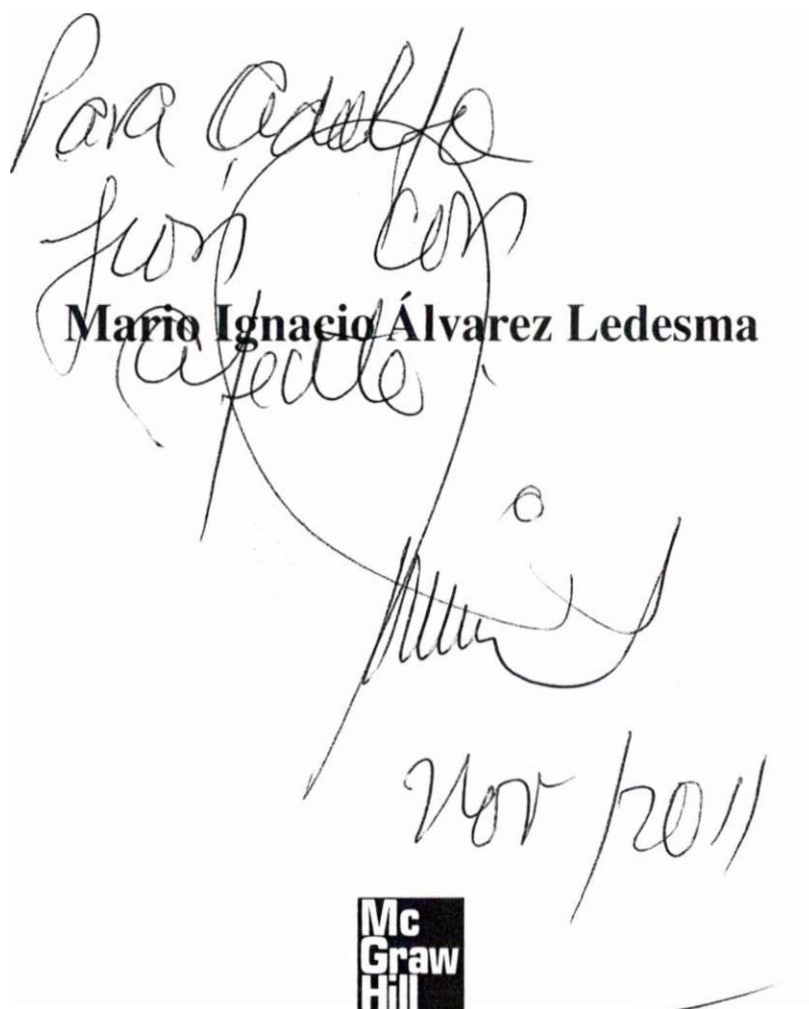


INTRODUCCION AL DERECHO

Segunda edición



MÉXICO • BOGOTÁ • BUENOS AIRES • CARACAS • GUATEMALA • MADRID • NUEVA YORK
SAN JUAN • SANTIAGO • SÃO PAULO • AUCKLAND • LONDRES • MILÁN • MONTREAL
NUEVA DELHI • SAN FRANCISCO • SINGAPUR • ST. LOUIS • SIDNEY • TORONTO

Director Higher Education: Miguel Ángel Toledo Castellanos
Editor sponsor: Jesús Mares Chacón
Coordinadora editorial: Marcela I. Rocha Martínez
Editora de desarrollo: Ana Laura Delgado R.
Supervisor de producción: Zeferino García García

INTRODUCCIÓN AL DERECHO

Segunda edición

Prohibida la reproducción total o parcial de esta obra,
por cualquier medio, sin la autorización escrita del editor.



Educación

DERECHOS RESERVADOS © 2010, 1995, respecto a la segunda edición por
McGRAW-HILL/INTERAMERICANA EDITORES, S.A. DEC.V.

A *Subsidiary of The McGraw-Hill Companies, Inc.*

Prolongación Paseo de la Reforma 1015. Torre A

Piso 17, Colonia Desarrollo Santa Fe

Delegación Alvaro Obregón

C P 01376, México. I). F.

Miembro de la Cámara Nacional de la Industria Editorial Mexicana, Reg. Núm. 736

ISBN 13: 978-607-15-0280-3

(ISBN edición anterior: 978-970-10-0793-8)

2345678901

109876543210

Impreso en México

Impreso por Programas Educativos S A de C V

Printed in México

Printed by Programas Educativos S A de C V

The McGraw-Hill Companies

*A la memoria de mi admirado maestro y entrañable
Jesús González Amuchastegui,
quien seguramente estará en el cielo
enseñando a los ángeles
su teoría de los derechos humanos.*

*A la Facultad de Derecho
de la Universidad Autónoma de Baja California,
Campus Mexicali.
a sus juristas y alumnos.*

*"Ixi vida es conio montar en bicicleta.
Si quieres mantener el equilibrio no puedes parar".*

Albert Einstein

"Nada existe enteramente por si solo; lodo es en relación con lodo lo demds ".

Buda

"Ci stupisce sempre il vedere gente che chiede ad altri il loro tempo ed i richiesti accogliere prontamente la domanda; tutte e due guardano al motivo della richiesta di tempo, nessuno bada al tempo in quanto tale; lo si chiede e lo si dà, come fosse una cosa di nessun conto. Giocano con il bene più prezioso di tutti, un bene che li inganna... Nessuno ti restituirà gli anni, nessuno ti restituirà le stesso. La tua vita seguirà la strada che ha imboccato e non invertirà né interromperà la corsa: non farà chiasso, non ti lascerà avvertire la sua rapidità: poserà in silenzio. Non si allungherà per comodo di re o favore di popolo. Correrà corno è stata avviata il primo giorno, senza uscire di strada, senza rallentare. Che accadrà? Tu hai i tuoi impegni e la vita ha fretta. Intanto verrà la morte alla quale, volente o nolente, dovrai dare udienza ".

L\BREVrrÀ DELIA VITA
Seneca

Contenido

ACERCA DEL AUTOR.....	xiii
A MANERA DE EXORDIO.....	xv
PRÓLOGO A LA PRIMERA EDICIÓN.....	xxi
INTRODUCCIÓN.....	xxv

PRIMERA PARTE APROXIMACIÓN AL DERECHO

CAPÍTULO 1	
FUNCIÓN Y CARACTERES DEL DERECHO: SU VALOR, JUSTICIA Y CIRCUNSTANCIAS.....	3
1.1 LA FUNCIÓN SOCIAL DEL DERECHO.....	4
1.1.1 La presencia cotidiana del Derecho.....	4
1.1.2 La función del Derecho.....	5
1.1.2.1 La función original del Derecho.....	7
1.2 LOS CARACTERES DEL DERECHO.....	11
1.2.1 El lenguaje del Derecho.....	11
1.2.2 Validez jurídica, formal y material.....	16
1.2.3 Eficacia jurídica, la coacción.....	20
1.2.3.1 Derecho y poder político.....	21
1.2.3.2 Estado y soberanía.....	25
1.2.3.3 Derecho y legitimidad.....	28
1.3 LOS VALORES DEL DERECHO Y LA JUSTICIA.....	30
1.3.1 Orden jurídico.....	33
1.3.2 Seguridad jurídica.....	34
1.3.3 Igualdad jurídica.....	35
1.3.4 El doble estándar valorativo del Derecho y la justicia.....	36
1.4 LAS CIRCUNSTANCIAS DEL DERECHO.....	39
1.4.1 El Derecho como fenómeno social, cultural, histórico, económico y político.....	41
Resumen.....	44
CAPÍTULO 2	
LA DEFINICIÓN DEL DERECHO.....	47
2.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	48
2.1.1 ¿Por qué buscamos una definición del Derecho?.....	48
2.1.2 Las dificultades para definir al Derecho.....	50
2.2 REPLANTEAMIENTO DE LA TEORÍA TRIDIMENSIONAL DEL DERECHO.....	58
2.2.1 Dimensión fáctica.....	59
2.2.2 Dimensión normativa.....	62
2.2.3 Dimensión axiológica.....	65

2.3	NUESTRA DEFINICIÓN DE DERECHO.....	68
2.3.1	Análisis de nuestra definición.....	69
2.4	PRINCIPALES ACEPCIONES DE LA PALABRA "DERECHO".....	75
2.4.1	Derecho objetivo, derecho subjetivo, derecho como ciencia.....	75
2.4.2	Derecho positivo. Derecho vigente. Derecho natural.....	77
	Resumen.....	80

CAPÍTULO 3

EL DERECHO Y LA MORAL.....85

3.1	EL DERECHO Y LA MORAL.....	86
3.1.1	Iusnaturalismo y iuspositivismo.....	86
3.1.2	El iusnaturalismo a partir de las tesis de Carlos S. Niño.....	89
3.1.3	Diferencias entre moral y Derecho.....	94
3.1.3.1	Moral ideal y moral social.....	95
3.2	HANS KELSEN Y LA TEORÍA PURA DEL DERECHO.....	97
3.2.1	De la aportación kelseniana y las imputaciones al positivismo jurídico.....	104
3.2.2	Crítica a la teoría kelseniana y a algunas tesis iuspositivistas.....	113
3.2.3	Consideraciones finales.....	120
	Resumen.....	124

SEGUNDA PARTE

TEORÍA GENERAL DEL DERECHO Y NOTAS DE DERECHO POSITIVO MEXICANO

CAPÍTULO 4

LA CREACIÓN DEL DERECHO.....131

4.1	CÓMO SE CREA EL DERECHO.....	132
4.1.1	La creación del Derecho como un fenómeno complejo.....	132
4.2	LA DOCTRINA TRADICIONAL DE LAS FUENTES DEL DERECHO.....	135
4.2.1	Fuentes formales.....	139
4.2.2	Fuentes formales directas.....	141
4.2.2.1	La legislación.....	142
4.2.2.2	La costumbre.....	150
4.2.2.3	Los tratados internacionales.....	153
4.2.2.4	Normas jurídicas individualizadas.....	155
4.2.3	Fuentes formales indirectas.....	157
4.2.3.1	La jurisprudencia.....	158
4.2.3.2	Los principios generales del Derecho.....	161
4.2.3.3	La doctrina.....	166
4.3	ELEMENTOS BÁSICOS DE TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN.....	168
	Resumen.....	172

CAPÍTULO 5	
I-AS FUENTES FORMALES EN EL DERECHO MEXICANO.....	177
5.1 GENERALIDADES DE LA <i>LEY FUNDAMENTAL MEXICANA</i>	178
5.1.1 La <i>Constitución</i> de 1917.....	187
5.2 FUENTES FORMALES DIRECTAS DEL DERECHO MEXICANO.....	187
5.2.1 Legislación.....	188
5.2.1.1 El proceso legislativo.....	188
5.2.2 Tratados internacionales.....	197
5.2.3 Costumbre jurídica.....	201
5.2.4 Normas jurídicas individualizadas.....	203
5.3 FUENTES FORMALES INDIRECTAS	
EN EL DERECHO MEXICANO.....	205
5.3.1 Jurisprudencia.....	205
5.3.2 Principios generales del Derecho.....	209
Resumen.....	211
CAPÍTULO 6	
CONCEPTOS JURÍDICOS FUNDAMENTALES.....	215
6.1 ¿QUÉ SON LOS CONCEPTOS JURÍDICOS FUNDAMENTALES?.....	216
6.1.1 Carácter y utilidad de los conceptos jurídicos fundamentales.....	216
6.2 ANÁLISIS DE ALGUNOS CONCEPTOS	
JURÍDICOS FUNDAMENTALES.....	220
6.2.1 Persona jurídica.....	220
6.2.2 Capacidad jurídica.....	224
6.2.3 Personalidad y capacidad jurídicas en el Derecho mexicano.....	226
6.2.4 Derecho subjetivo y deber jurídico.....	229
6.2.5 Sanción e ilícito.....	235
6.2.6 Norma, supuesto, hecho jurídico y consecuencias normativas.....	240
6.2.7 Acto jurídico.....	246
6.2.8 Conceptos jurídicos complementarios.....	249
6.2.8.1 Competencia.....	250
6.2.8.2 Obligación.....	251
6.2.8.3 Responsabilidad.....	253
Resumen.....	258
CAPÍTULO 7	
SIGNIFICADO, TRASCENDENCIA Y PROBLEMÁTICA	
DE LA APLICACIÓN AL DERECHO.....	264
7.1 SIGNIFICADO, TRASCENDENCIA Y PROBLEMÁTICA	
DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO.....	264
7.1.1 Introducción al problema.....	264
7.1.2 El ordenamiento jurídico y su aplicación.....	270
7.1.2.1 El ordenamiento jurídico como sistema.....	271
7.1.2.2 El principio de compatibilidad y las antinomias.....	272
7.1.2.3 La plenitud del ordenamiento jurídico y sus lagunas.....	274
7.1.2.4 El ordenamiento jurídico como un sistema abierto	
y su dimensión espacial-temporal.....	278

X CONTENIDO

7.2	CONFLICTOS DE LEYES EN EL TIEMPO Y EL ESPACIO.....	280
7.2.1	Aplicación de las leyes en el tiempo.....	281
7.2.1.1	La retroactividad de la ley.....	281
7.2.1.2	La retroactividad de la ley en el Derecho mexicano.....	283
7.2.2	Aplicación de las leyes en el espacio.....*	284
7.2.2.1	Regulación en el Derecho mexicano.....	285
7.3	INTERPRETACIÓN E INTEGRACIÓN JURÍDICAS.....	287
7.3.1	Interpretación.....	288
7.3.1.1	Las dificultades lingüísticas de la interpretación.....	289
7.3.1.2	Naturaleza, tipos y teorías de la interpretación jurídica.....	291
7.3.1.3	Reglas para la interpretación jurídica. El sentido de la ley.....	295
7.3.1.4	Interpretación de los actos jurídicos.....	299
7.3.1.5	Los intérpretes.....	300
7.3.2	Integración.....	301
7.3.2.1	Heterointegración.....	301
7.3.2.2	Autointegración: analogía y principios generales del Derecho.....	302
7.3.3	Interpretación e integración en el Derecho mexicano.....	305
7.3.3.1	Reglas de interpretación e integración de los actos jurídicos en el sistema jurídico mexicano.....	309
	Resumen.....	311

TERCERA PARTE
TEORÍA DE LA JUSTICIA

CAPÍTULO 8		
LA JUSTICIA.....		321
8.1	EL DERECHO Y LA JUSTICIA.....	322
8.1.1	¿El Derecho debe ser justo?.....	322
8.1.2	La justicia en términos del doble estándar valorativo del Derecho.....	323
8.1.2.1	El observador y el participante.....	330
8.1.3	La equidad.....	334
8.1.4	Justicia y derechos humanos.....	338
8.2	REPASO HISTÓRICO DE ALGUNAS DOCTRINAS SOBRE LA JUSTICIA.....	344
8.2.1	Especulaciones presocráticas sobre la justicia.....	344
8.2.2	Sócrates: justicia y obediencia al Derecho.....	348
8.2.3	Platón: la justicia como equilibrio.....	349
8.2.4	Aristóteles: la justicia como término medio.....	349
8.2.5	La justicia en Roma: Ulpiano y Cicerón.....	350
8.2.6	San Agustín: el Estado y la guerra justos.....	352
8.2.7	Santo Tomás: justicia y bien común.....	353
8.2.8	La justicia en la Escuela clásica del Derecho natural.....	354
8.2.9	La justicia en los clásicos españoles del Derecho natural.....	356
8.2.10	Hume, Bentham, Mili: la utilidad como justicia.....	357
8.2.11	Rousseau: el contrato social.....	359
8.2.12	Kant: libertad, moral y justicia.....	360

8.2.13	Savigny: el historicismo jurídico.....	361
8.2.14	Stammler: el Derecho justo.....	362
8.2.15	Del Vecchio: el sentimiento de justicia.....	363
8.2.16	Radhruch: un mismo filósofo, dos ideas de justicia.....	364
8.2.17	Kelsen: la justicia posible pero no necesaria.....	364
8.2.18	Hart: la justicia como la más pública y jurídica de las virtudes.....	365
8.2.19	Rawls: la justicia como equidad.....	366
8.3	ACCESO A LA JUSTICIA.....	371
8.3.1	Consideraciones previas.....	373
8.3.2	Justicia y doble estándar valorativo del Derecho.....	377
8.3.3	El acceso a la justicia y las dificultades extrínsecas (fácticas o extrasistémicas) de su realización.....	381
8.3.4	El acceso a la justicia y las dificultades intrínsecas (sistémicas) de su realización.....	387
	Resumen.....	390
CAPÍTULO 9		
	LA OBEDIENCIA AL DERECHO.....	401
9.1	PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	402
9.1.1	¿Debemos obedecer al Derecho?.....	402
9.1.2	Obediencia al Derecho y obligación política.....	403
9.1.3	Desobediencia civil y objeción de conciencia.....	404
9.1.3.1	Henry D. Thoreau y su tesis de la desobediencia civil.....	412
9.2	ALGUNAS RESPUESTAS AL PROBLEMA	
	DE LA OBEDIENCIA AL DERECHO.....	416
9.2.1	¿Deber u obligación de obediencia al Derecho?.....	416
9.2.2	El fundamento ético absoluto para desobedecer al Derecho: González Vicén.....	419
9.2.3	El deber <i>prima facie</i> de obediencia al Derecho: Hoerster.....	424
9.2.4	La obligación moral de obediencia al Derecho justo: Eusebio Fernández.....	428
9.2.5	La obediencia al Derecho a la luz de su doble estándar valorativo.....	431
	Resumen.....	437
	BIBLIOGRAFÍA.....	441
	ÍNDICE ANALÍTICO.....	455

Acerca del autor

Formado en Universidades de México y Europa, Mario I. Álvarez Ledesma realizó sus estudios de licenciatura en la Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac y los de Diplomado, Maestría y Doctorado en los Institutos de Derecho Comparado y Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Es Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México.

En el ámbito profesional destacan del doctor Álvarez sus funciones como Primer Visitador General de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) (1997-1998); Director Ejecutivo del Centro Nacional de Derechos Humanos de la CNDH (1999-2000); Director General de Protección a los Derechos Humanos en la Procuraduría General de la República (2001-2003) y Subprocurador de Derechos Humanos, Atención a Víctimas y Servicios a la Comunidad (2003-2006) de esa misma institución.

En lo que toca al ámbito académico han de señalarse del doctor Mario I. Álvarez las siguientes actividades: fue fundador y primer director del Departamento de Derecho de la Universidad de las Américas, A.C., así como Director General de su División de Ciencias Sociales y Humanidades. Ha impartido cursos y seminarios en México y el extranjero y publicado múltiples artículos en revistas jurídicas especializadas relacionados, principalmente, con temas de teoría de la justicia y derechos humanos. Entre su obra escrita destacan los libros *Introducción al Derecho. Acerca del Concepto 'Derechos Humanos'*, *Fundamentos de Derecho I* (en colaboración con el Dr. Rogelio Martínez Vera) y *Conceptos Jurídicos Fundamentales*, todos bajo el sello de McGraw-Hill.

En octubre del 2006, la Universidad Autónoma de Baja California concedió al Dr. Álvarez Ledesma el grado de Doctor *Honoris Causa* y desde 2008 es Investigador Nacional.

Entre otros centros de enseñanza donde el Dr. Álvarez Ledesma ha impartido cátedra están la Universidad Anáhuac, la Universidad Iberoamericana, el Instituto Tecnológico Autónomo de México y la Unidad de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM, la Universidad de Nápoles Federico II, el Istituto Italiano per gli Studi Filosofici, así como la Facultad de Derecho de la Universidad de Perugia.

Desde enero del 2008 se desempeña como Director del Departamento de Ciencias Jurídicas y Sociales del Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, Campus Ciudad de México al que ingresó, en 2007, como profesor-investigador de tiempo completo.

A manera de exordio

En su devenir histórico, el hombre ha marcado, en el calendario de su existencia, significativas fechas que rememoran acontecimientos de tal naturaleza que no pueden dejarse exclusivamente al recuerdo de la memoria de un individuo o grupo: fechas que trascienden la existencia incluso de varias generaciones. Hoy, como testigos, asistimos a uno de esos eventos. No exagero, estimado lector, al calificar la aparición de la segunda edición del libro *Introducción al derecho*, del doctor Mario I. Álvarez Ledesma, como data fundamental dentro de la evolución de la ciencia jurídica en el siglo que comienza de nuestra querida patria.

Siempre he pensado que los hombres de hogaño somos afortunados al presenciar el cúmulo de fenómenos sociales que caracterizan a esta época como de cambio histórico. Las transformaciones científicas, sociales, culturales, morales, etc., que en los últimos sesenta años han acaecido a nivel mundial, son de tal envergadura, que han constituido una auténtica revolución. El aquí y el ahora, en virtud de su uso cotidiano, se han convertido en algo propio de la vida. ¿Quién osaba imaginar que se hubiera creado una carretera informática?, o que el acervo de toda la cultura del hombre desde que ésta fue registrada, se pueda contener en un pequeño disco. ¿Quién hubiese imaginado que los misterios insondables del genoma humano ahora se encuentran, si no resueltos, sí estructurados? De seguro nadie. El futuro es hoy, en virtud del vertiginoso avance en la ciencia y en la tecnología.

Hemos alcanzado las estrellas y, sin embargo, los problemas sempiternos propios de su naturaleza a los que siempre se ha enfrentado el hombre siguen vigentes. Es el hombre del siglo xxi, en esencia, el mismo que transitaba en el agora griega, en la plaza florentina, en el parlamento de la Francia revolucionaria o en los salones de Filadelfia vislumbrando la independencia de las trece colonias, es el mismo ser humano que construye Teolihuacan o la catedral de México; quizá por eso el desarrollo de las ciencias espirituales ha sido más cauto, menos dinámico; pero que ello no nos confunda: la Psicología, la Sociología, la Educación, y el Derecho, etc., también se han transformado. En efecto, los problemas vitales del hombre son los mismos, mas sus consecuencias sociales se ven diferentes, complejas, novedosas, globales.

¿Cómo resolverá el derecho los problemas que se plantean, con el avance acelerado de la genética y que impacta el orden jurídico en la filiación, en la subrogación de vientre, en la donación de órganos? ¿Cuál será la respuesta que dará el jurista ante la adopción de adultos, en el derecho a la vida o a la muerte digna, en el testamento ético, vital o de última voluntad? Como se ve, la ciencia jurídica tiene que responder a nuevas interrogantes y actualizar sus respuestas a preguntas que se daban por resueltas. Ahora es común, tanto en el foro como en la cátedra, que se discutan problemas jurídicos que nunca antes se habían planteado. En la elaboración del derecho, ¿los principios éticos se olvidan?, ¿cuál será la corriente triunfadora entre la guerra encarnizada desatada desde mediados del siglo pasado entre iusnaturalistas y iuspositivistas?, ¿es necesario definir a la dignidad humana jurídicamente?, ¿el principio de soberanía es eficaz y vigente en la actualidad, o debe abandonarse o tal vez intentar una nueva conceptualización?

Para responder a tales preguntas, el abogado recién egresado requiere de cercanos preceptores, de maestros universales, que reúnan la calidad de jurista, sociólogo, litera-

to, psicólogo, que tengan una visión abierta del mundo, tolerante, cuya bandera sea la igualdad, la libertad, que se conviertan en adalides en la defensa de los derechos humanos, que en la interpretación y argumentación del Derecho, trasciendan la literalidad de la norma para alcanzar la justicia. A esos maestros del siglo xxi, pertenece el doctor Mario I. Álvarez Ledesma, quien nos entrega la segunda edición de su libro *Introducción al derecho*, pensado, razonado y escrito para el novel abogado.

La Introducción al Derecho tiene como objeto, desde su creación, como materia indispensable para la formación de abogados, tres puntos básicos: 1. Ofrecer una visión general del Derecho, 2. Estudiar los conceptos fundamentales y 3. Disertar en torno a la técnica jurídica.

Ahora bien, la asignatura, se incluye, por primera vez, en el plan de estudios de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, en 1934. como una reacción a colmar una necesidad en la formación de los juristas, instaurada por algunas universidades europeas como la de Viena, siguiendo los postulados establecidos por Gustavo Radbruch, en su libro clásico denominado *Introducción a la ciencia del derecho*. Antes de la creación de esta materia el objeto de conocimiento de la técnica, de la visión general del derecho y del estudio de sus conceptos fundamentales, se cumplía en las escuelas de jurisprudencia en la primera parte del primer curso de derecho civil, la que se conocía como introducción, limitándose a discutir la técnica jurídica sin abordar la visión de conjunto, necesaria para entender, a cabalidad, el fenómeno jurídico y el análisis de sus conceptos primigenios.

Como se puede observar, en esencia, la Introducción al Derecho es una materia general que se estudia en forma preliminar en el primer año de las escuelas y facultades de jurisprudencia, que tiene como finalidad otorgar al estudiante diversas herramientas para que pueda entender el desarrollo de las diversas asignaturas que forman el cuerpo de la enseñanza, es decir, las disciplinas jurídicas especiales y que servirá, también, para comprender los problemas que plantea la filosofía del derecho que constituye el epílogo de los estudios profesionales. Dentro de esa tradición se encuentra el libro del doctor Álvarez Ledesma, obra que merece toda consideración en cuanto a su contenido y forma. Texto claro en su lenguaje, pero no por ello menos riguroso en sus definiciones y análisis críticos. Escrito, con pluma ágil y certera, sobre todo humana. Lejos de exponer teorías incomprensibles para el alumno que inicia sus estudios en el campo del derecho, lo va llevando de la mano por el sendero del conocimiento jurídico.

La metodología didáctica del texto representa un enorme esfuerzo del autor, del maestro, para hacer de su libro un verdadero auxiliar de estudio, ya que está pensado y diseñado para estudiantes que se inician en el derecho; sin embargo, no comparto la opinión en lo atinente a que "fue" escrito para alumnos de otras carreras que llevan materias de derecho; considero que sí puede y debe utilizarse como texto en los cursos de introducción al derecho. Afirmo lo anterior, ya que el doctor Álvarez Ledesma expone, de manera precisa y concreta, conceptos jurídicos fundamentales a los que otros autores dedican muchas líneas, párrafos y hojas, y no llegan a formar conciencia en el estudiante.

Los cuadros comparativos y sinópticos que utiliza a lo largo del libro, facilitan la comprensión de conceptos y categorías que a los estudiantes, en su camino del conocimiento y formación, se les dificulta. Basta un ejemplo para demostrar lo anterior: el diferenciador entre moral y derecho.

Además, los resúmenes y cuestionarios que integran el estudio ayudan al educando a reforzar sus conocimientos, sobre todo a constatarlos a través de los gráficos que contienen definiciones. Llama la atención el que realiza el autor respecto de la estructura lógica de las normas. Los ejemplos son tan claros, al hablar del supuesto normativo, hecho jurídico y sus consecuencias, que difícilmente dejan dudas.

Es pertinente hablar del autor como un conocedor de la materia jurídica, quien, al exponer su concepción del derecho, incluye el estudio de los conceptos fundamentales del derecho internacional, que forma parte de nuestro sistema jurídico de acuerdo a lo previsto por el artículo 133 de la Constitución Federal. En esta actitud se fomenta en el alumno una visión más amplia del derecho, y se incrementa su perspectiva del mundo jurídico de manera amena y ello, por si fuera poco, bien escrita, como debieran ser los textos de difusión del conocimiento, forjadores del andamiaje fundamental en la formación de un profesional que requiere tener conocimientos del derecho.

Al ser vasta, rica y actual la bibliografía que ofrece el autor a sus lectores, para ampliar los conocimientos en todos los temas, hace que el texto sea fuente confiable del saber jurídico. Dada esa calidad académica, considero que al pasar el tiempo, el libro de Mano I. Álvarez Ledesma, se convertirá en obligada consulta para los estudiosos del derecho, especialmente en quienes comienzan a caminar por los senderos normativos.

El libro está organizado en tres partes: en la primera se analiza el derecho y sus relaciones con otras ramas del conocimiento, conceptos torales como el de validez y eficacia de las normas, así como la función del derecho, además de las fuentes formales, directas e indirectas del derecho, es decir, la doctrina, la ley, la jurisprudencia, la costumbre, los tratados internacionales y el proceso de elaboración de normas; cabe destacar el tema de los valores y la justicia entre otros.

En la segunda, se estudian los conceptos fundamentales del derecho, su definición y dimensiones, las clasificaciones didácticas entre el derecho público y privado, la personalidad y capacidad jurídica, así como la distinción entre el derecho subjetivo y el deber jurídico y la función coercitiva.

En la tercera, el autor nos ilustra sobre la constitución, formación y estructura del estado mexicano, sus partes dogmática y orgánica, la división de funciones del poder público en ejecutivo, legislativo y judicial, su capítulo económico y, por último, aborda las ideas fundamentales del Derecho privado como: hecho y acto jurídico, la distinción entre obligaciones y derechos reales, los contratos y el ámbito de aplicación de las normas en el tiempo, el espacio, su aplicación, sobresaliendo el tema de la interpretación y la integración del derecho, elementos para una buena argumentación, piedra angular en el trabajo jurídico.

El libro del maestro Álvarez Ledesma, nos ofrece un conocimiento introductorio, pero preciso del Derecho; lo escribe con estilo sencillo, y a la vez profundiza en el desarrollo de las instituciones jurídicas; lo hace en forma transparente, en tanto que su destinatario primigenio, el estudiante de derecho, precisa adquirir una visión sólida y global del fenómeno jurídico. Lo escribe, también, pensando en otros profesionales que deseen formarse una idea de lo que hacen los abogados y de lo que discuten los juristas.

Por eso, el doctor Álvarez Ledesma prescinde de vana erudición, en la exposición crítica que efectúa de las doctrinas de los diferentes autores. Con precisión acomete los temas fundamentales, de modo inmediato y frontal, dentro de una depurada técnica pedagógica. En efecto, en cada uno de los capítulos, nuestro autor realiza una sinopsis introductoria, ejemplo señero de su capacidad de análisis y de síntesis y, al final de aquéllos, otorga al estudiante un resumen, cerrando el periplo educativo: presentación y desarrollo pormenorizado de cada uno de los temas y síntesis de lo estudiado.

Los juristas que dedican la vida académica y calidad investigadora a los temas generales del derecho, tienen una personalidad profesional polifacética: filósofos del derecho, pedagogos, teóricos en lo general de las instituciones jurídicas y abogados practicantes. Esta diversidad en la unidad, la encontramos nítidamente representada en la personalidad de nuestro autor. Don Mario es licenciado en derecho por la Universidad Anáhuac (1985), Maestro en derechos humanos y Diplomado en Derecho comparado por los Institutos de Derechos Humanos y Derecho Comparado de la Universidad

Complutense de Madrid, (1985). Es Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México (1997). Con esta sólida preparación universitaria, nuestro autor es investigador nacional, nivel uno, profesor de Teoría jurídica contemporánea, en la Unidad de Estudios de Posgrado de la UNAM, y profesor del Seminario de Ética jurídica, en distintas escuelas y facultades de derecho en México; pero no es ajeno a las responsabilidades públicas, sobre todo en la defensa de los derechos humanos, ya que, en distintas épocas, fue Primer Visitador General, Director Ejecutivo del Centro Nacional de Derechos Humanos en la Comisión Nacional de Derechos Humanos. Se ha desempeñado como Director General de Derechos Humanos y Subprocurador de Derechos Humanos, Atención a Víctimas y Servicios a la Comunidad, en la Procuraduría General de la República.

Era menester este intermedio curricular de nuestro autor, para entender con claridad su postura frente a la norma jurídica, y como él mismo lo señala, al disertar sobre el valor del derecho y la justicia: la sola presencia del derecho, en cualquier sociedad, aporta una serie de valores jurídicos, dentro de los cuales están el orden, la seguridad y la igualdad; de ahí que estos tres valores son producto de una normatividad coactiva típica, y que se traduce en el principio de legalidad, que es insuficiente por sí misma para justificar al derecho, así como para fundar, en forma plena, la obediencia al orden jurídico.

Por tal razón, se establece la existencia de otros valores a los que el derecho debe responder; por eso, nuestro autor concluye en que el Derecho implica un doble estándar valorativo: el que está conformado por el valor de lo jurídico o Primer Estándar Valorativo, integrado para efectos dialécticos por la legalidad, normatividad, ordenamiento jurídico; esto es, en una justicia formal, y, a la par, el derecho implica un sistema de valores superiores, es decir, un Segundo Estándar Valorativo constituido por un orden preeminente de valores que persigue cada grupo social, como por ejemplo la vida y la dignidad humana, la libertad, el bien común, la educación, etc; y estos valores se engloban en la teoría de la justicia. Por ello, afirma:

Es perfectamente factible en prácticamente todos los sistemas jurídicos, verificar la existencia de leyes injustas, es decir, de normas jurídicas válidas desde el punto de vista formal, por ejemplo, leyes prescritas según las exigencias del sistema jurídico en cuestión, pero substantiva o moralmente incorrectas, al ordenar conductas que contradicen el sistema de valores contenido en el segundo estándar valorativo o que son conforme una moral ideal.

De ahí se sigue que el Primer Estándar Valorativo propicia la validez formal de las normas jurídicas; el Segundo Estándar Valorativo, procura la validez material de ellas. De lo que se concluye que, para que una norma pueda aspirar a ser justa, ha menester contar tanto de validez formal como de validez material; en otras palabras, la norma jurídica aspira a ordenar, asegurar e igualar la legalidad con los valores superiores y paradigmáticos que explican en última instancia al derecho

Deseo referirme a la definición que el autor da a nuestra disciplina, y que es el resultado del desarrollo del segundo capítulo de su libro, ya que tanto, metodológica como dialécticamente, analiza la teoría tridimensional del derecho, en su dimensión fáctica normativa y axiológica para concluir en su propio concepto. Así, establece:

El Derecho es un sistema normativo de regulación de la conducta social, producido bajo ciertos procedimientos especiales y cuya eficacia está garantizada coactivamente por el poder político de una autoridad soberana, que facilita y asegura la convivencia o cooperación social, y cuya validez formal y material (obligatoriedad), está determinada por los valores jurídicos y éticos de los cuales es generador y por tador, respectivamente, en un momento y lugar histórico determinados.

Recomiendo al lector el estudio del capítulo tercero en el que, el autor explica, con precisión, lo que él denomina la tensión entre el derecho positivo y el derecho natural, y establece una solución a este conflicto y en la que, en forma inteligente, realiza un análisis pormenorizado de las posturas teóricas más recientes entre derecho y moral. Parte del planteamiento de Norberto Bobbio, y concluye con la tesis de Carlos S. Niño, sin olvidar la postura de Hans Kelsen. Y así, a manera de epílogo, nos señala que las relaciones entre el derecho y la moral no se reducen a un debate teórico, sino que se encuentran, interiormente vinculados, con una necesidad superior para dar respuesta a los problemas trascendentes en la práctica diaria del derecho. La moral justifica la elección, jerarquía y renuncia de intereses que guían a la conducta humana, de tal modo, que justifiquen la adopción obligatoria de las conductas prescritas por la norma jurídica; por eso: sostiene que el derecho, en última instancia, al ser un instrumento creado por y para el hombre, debe servir a las mejores causas del ser humano.

No es preciso hacer síntesis apretada y poco clara de la riqueza de su contenido; sin embargo, se debe concluir con algunas ideas en tomo al capítulo noveno denominado *IM obediencia al Derecho*, donde el autor hace gala de gran erudición y de sencillez en la exposición, y en el que plantea la sempiterna pregunta: ¿se puede desobedecer el derecho, y en qué casos se justifica tal desobediencia?, ¿en qué consiste la objeción de conciencia?, ¿el derecho debe plantear su propia desobediencia?, ¿la desobediencia pacífica, en qué consiste?, ¿sancionando al pacífico infractor se le premia o se le reprime? Las respuestas, estimado lector, que usted encuentre a dichas interrogantes, serán la conclusión a este serio, profundo, y, por añadidura, bello libro.

Ahora, don Mario, el futuro de su volumen no es ni suyo ni mío; está en manos de estudiantes, abogados y público en general. Me atrevo a garantizar su éxito, porque, después de haberlo leído, me invita a profundizar en los temas en los que usted es un maestro.

JUAN LUIS GONZÁLEZ ALCÁNTAR.*

Ciudad Universitaria, Distrito Federal,
Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.
Verano del 2009

Prólogo a la primera edición

Mario I. Álvarez inicia su obra, que es de gran envergadura y de muy alta calidad científica y académica, haciendo ver al lector la realidad de lo jurídico, que siempre se encuentra presente en la vida cotidiana; da cuenta en seguida de la dimensión social del hombre, y de la necesidad de que existan reglas de comportamiento que hagan posible la convivencia y colaboración sociales, y una protección de los que el autor llama intereses primigenios del ser humano. Deslinda y caracteriza a las normas jurídicas con respecto a otras reglas de conducta, y relata las consecuencias de la aparición del Estado, en relación con el Derecho; entre otras, su eficacia, debida a la coacción, y que distingue por supuesto de la validez del Derecho, determinada ésta por su obligatoriedad.

El autor enseña con nitidez acerca de los bienes que el Derecho asegura de por sí, y que son el orden, la seguridad e igualdad jurídicas, diferenciándolos de los valores o fines, la justicia primordialmente, de los que el Derecho es portador y garantía.

Las técnicas jurídicas, queda bien claro para el lector, constituyen el solo medio para traer a la realidad social de todos los días los grandes principios éticos: para algunos, el Derecho puede resultar en mucho una artesanía, pero su misión es insustituible en la vida social.

Una vez realizado el anterior análisis ya puede partir el profesor Álvarez Ledesma, con la seguridad de que lo acompañan sus estudiantes, a proponer la definición de Derecho, pasando de la idea del Derecho como un hecho, a la del Derecho como norma. Magistralmente, el autor destaca la importancia del enfoque científico, de la metodología y de la posición teórica, como determinantes de la caracterización de los conceptos, y propone seguidamente la tesis de la tridimensionalidad del Derecho: como hecho social, como norma jurídica y como valor. Explica con detalle cómo y por qué el estudio del Derecho requiere necesariamente de otras ciencias, auxiliares, y de qué manera diversas disciplinas sociales se ocupan también del Derecho, a fin de explorar las tres dimensiones de lo jurídico. El análisis de Álvarez Ledesma da, a mi parecer, una nueva brillantez a la teoría tridimensional del Derecho, misma que no deslumbra y confunde al lector, sino le da una adecuada luz, facilitando el entendimiento inicial del estudiante, o sugiriendo al profesional de la ciencia jurídica una nueva reflexión sobre los conceptos y carácter básico del Derecho.

Se ofrece así una concepción del Derecho muy completa, que es examinada paso a paso.

El Profesor hace un muy original planteamiento de las relaciones entre el Derecho y la moral. Contrasta las posiciones lusnaturalistas con las del positivismo jurídico, y al respecto, señala las diferencias que existen entre el Derecho y la moral; con numerosas y muy pertinentes citas de autores, camina hacia el esclarecimiento del tema, de tal suerte que es segura su inteligencia profunda por los lectores de la obra, que no obstante de tener el carácter de introductoria, es de singulares penetración y hondura.

En una segunda parte de su libro, el autor describe con una clara visión la teoría general del Derecho, dentro de la que destaca el tema de la creación del mismo, y de sus fuentes, formales, y materiales o reales, a las que se refieren las normas sobre producción jurídica. Explica con detenimiento las fuentes directas y las indirectas, aclarando que las características de forma del Derecho deben ser necesariamente la abstracción, la generalidad, la obligatoriedad y la coercibilidad; expresa después los criterios de cia-

sificación de las normas jurídicas, y describe las notas que distinguen a las normas jurídicas individualizadas. Al referirse a la jurisprudencia, a la doctrina y a los principios generales del Derecho como fuentes formales indirectas, hace una nítida apreciación de estos últimos, lo cual constituye un gran acierto, en razón de la importancia fundamental que tienen tales principios para la interpretación de las normas jurídicas y para la construcción, en Derecho, por parte de los jueces, del entendimiento de lo jurídico que se plasma en las sentencias judiciales.

Álvarez Ledesma, siempre teniendo un extremo cuidado de guiar por senda segura y sólida a los estudiantes, y al propio tiempo a los lectores avezados, muestra lo que son los conceptos jurídicos fundamentales, y su carácter y utilidad; los expone después con peculiar claridad, y hace al estudioso de su libro a los temas correspondientes a la aplicación del Derecho. Aquí introduce su idea de ordenamiento jurídico, como una clase excepcional del sistema normativo, con excelentes resultados en razón del revelador enfoque, que el concepto permite, de las difíciles cuestiones que supone dicha aplicación, y que Álvarez Ledesma hace fáciles.

El ordenamiento jurídico, que el autor entiende como un sistema abierto, hace posible plantear cabalmente los conflictos de leyes en el tiempo y en el espacio, y asimismo el tema de la interpretación e integración jurídicas y su naturaleza, técnica y reglas; aquí, otra vez se patentiza la importancia de los principios generales del Derecho. Creo que quedará bien claro, para los estudiosos de la *Introducción al Derecho*, que los intérpretes del mismo, y en especial los jueces, no pueden simplemente ser la *bouche qui dit la loi*, sino que se requiere de una inteligencia plena del Derecho y de las fórmulas de integración que autoriza, para hacer una justa interpretación; por ello debe ser obra de juristas y no de filólogos o profesores de lógica o gramática.

La función judicial, anota el autor, tiene un carácter complejo y creador; no puede limitarse a una aplicación automática de la ley, a través de la lógica formal; según él, a mi parecer con razón, se debe buscar "no sólo la solución jurídica exacta, sino procurar encontrar la solución jurídica justa".

El tratamiento que Álvarez Ledesma hace de la teoría de la justicia es muy creativo, y de ello resulta el que los últimos dos capítulos de la obra, el noveno de ellos referido a la obediencia al Derecho, tengan una relevante dosis de originalidad. El Profesor Álvarez Ledesma vuelve al tema del valor del Derecho y razona el porqué éste posee un doble estándar valorativo; uno, que resulta de la sola presencia del Derecho en la sociedad, al ordenar las conductas sociales y generar seguridad e igualdad jurídicas; y otro, porque el Derecho, ya se dijo antes, es el solo portador y garantizador de otros valores superiores, que trae a la vida social, cotidiana, que es la que vivimos todos.

Se refiere el autor después al carácter instrumental de los valores propiamente jurídicos, que sólo adquieren sentido en función de principios tales como el respeto a la vida e integridad humanas, la libertad, el bienestar social, la educación y otros; es por esto último que se puede calificar al Derecho como justo, ya que la legalidad no siempre es garante de justicia, si el ordenamiento jurídico viola o traiciona los valores superiores que lo justifican. Este es un tema vital para entender a qué puede llamarse un Estado de Derecho, formal y materialmente, y no sólo un Estado legal.

Explica el maestro Álvarez Ledesma cómo los dos estándares valorativos del Derecho se requieren uno a otro, pura asegurar la eficacia de los principios de los que el Derecho es un conducto. Creo que la extensión y detallada exposición que de este tema hace el autor se explican bien por su importancia y trascendencia que son las de efectivamente entender y vivir en un Estado de Derecho, que no existe si el orden jurídico no garantiza los valores superiores, si no protege la libertad y los derechos humanos, y para ello limita al poder, y hace posible el acceso a unos órganos judiciales dignos e independientes.

Álvarez Ledesma es un experto, también, en derechos humanos, y de ellos hace un análisis espléndido; tal como con razón lo dice el propio profesor, los conceptos contemporáneos de justicia del Derecho y de legitimidad política, se concretan con la idea de derechos humanos. Repasa el autor los criterios de los más destacados pensadores respecto de la justicia, así como las diversas escuelas que se ocuparon, antes y hoy, del tema; revisa; desde imprescindibles ideas de Platón y Aristóteles, hasta las de Ilart y Rawls, pasando, entre otros, por las de LJPiano, San Agustín, Santo Tomás, Hobbes, Locke, Vitoria y Suárez, Bentham, Rousseau, Kant, Stammler, Del Vecchio, Radbruch y Kelsen. No conozco una investigación introductoria al estudio del Derecho que tenga el número, y evidencie la pertinencia, de las citas y referencias que contiene, como el trabajo de Álvarez Ledesma, y esto ni complica ni obstaculiza, sino al contrario, el bello y resplandeciente camino intelectual por el que el autor guía al estudioso del libro.

Dicho sendero culmina con el tema de la obediencia al Derecho, en el que se estudian, siempre desde varios enfoques, e invariablemente con precisión, las cuestiones relacionadas con la desobediencia civil y con la objeción de conciencia; y se examinan apreciaciones respecto del deber de obediencia al Derecho, particularmente las de González Vicén, Hoerster y Eusebio Fernández.

La lectura y estudio del libro del Profesor Álvarez Ledesma lleva a una conclusión, que es la mía, pero que estoy cierto será también de muchos; la de que se trata de una obra que marca un hito y hará historia en la literatura jurídica mexicana, y de que es nueva, tanto por el tratamiento que da a los temas que generalmente componen una introducción al Derecho, como por cuanto se suman a ellos, de manera ejemplar, cuestiones importantes y novedosas.

La inteligencia profunda que Álvarez Ledesma tiene de los fenómenos jurídicos y su capacidad pedagógica son patentes. Por lo que respecta a esta última, e independientemente de la nitidez y el carácter sustancial de sus exposiciones, el Maestro auxilia al estudiante, formulándose preguntas en su texto antes de que el lector lo haga, y así despeja prontamente un camino de aprendizaje particularmente amplio y libre de obstáculos; también apoya con un lenguaje exacto y sencillo, con síntesis de cada capítulo, con resúmenes de algunas argumentaciones que el autor sabe deben reiterarse desde los diversos puntos de vista; con sinopsis introductorias de cada parte del texto, con un empleo significativo de cursivas y negrillas, y con la numeración de los párrafos; ayudas todas, particularmente, para quienes por primera vez incursionan en el admirable mundo jurídico.

En México hace falta una mayor producción de libros que enseñen el Derecho y las técnicas jurídicas, su razón de ser y su valor. Los juristas no hemos sabido explicar esto, de manera cabal, ya no digo a los ciudadanos, sino aún a los especialistas en otras ciencias sociales. El libro de Mario I. Álvarez Ledesma es una genuina contribución a que nuestro país pueda vivir más plenamente un Estado de Derecho; incluso, y dada mi admiración por la cualidades intelectuales y de expresión del autor, nie atrevo a pensar que le sería posible, con base en su obra, escribir y publicar un pequeño libro de difusión de los temas que trata, que pueda ser entendido y aprovechado por la sociedad mexicana en general, que está ávida de que nuestro Derecho se perfeccione, y siempre se cumpla y respete.

PEDRO G. ZORRILLA MARTÍNEZ

Director de la División de Estudios de Posgrado,
Facultad de Derecho de la UNAM,
México, D.F., a 11 de mayo de 1995

Introducción

Después de muchas reimpressiones estampadas a lo largo de prácticamente 15 años, desde 1986, fecha en que viera la luz la primera edición de este libro, finalmente me ha sido dado escribir una segunda. Segunda edición, corregida y aumentada —aunque a mi editor disguste esta leyenda— pero que empleo no para contrariarle sino porque coincide con lo que esta edición es: un importante ajuste o corrección de muchas ideas, la adición de conceptos, concepciones, nuevos apartados y esquemas didácticos que facilitan la comprensión de los diferentes temas que se abordan a lo largo de esta versión puesta al día de mi *Introducción al Derecho*.

He tenido en cuenta para las antedichas correcciones y agregados varios elementos. El primero es que he buscado que el libro mantenga una concepción del Derecho y un propósito central que se expresa a través de su arquitectura, es decir, ofrecer una visión lo más integral posible del fenómeno jurídico. A fin de concretarla, sigo pensando aún con más énfasis ahora, es menester abordar al Derecho desde una reflexión prejurídica que nos dé noticia de las razones de su surgimiento y función primigenias, para luego enfrentar, como condición necesaria del resto, el problema de su definición y el de sus relaciones con la moral. A partir de ahí es relativamente sencillo, con base en lo que podría decirse es un firme de elementos de epistemología jurídica, proceder al análisis de las fuentes del Derecho en general, las particulares del Derecho positivo mexicano y los llamados conceptos jurídicos fundamentales. Con todo lo anterior, que implica la comprensión y el manejo de elementos conceptuales y de técnica jurídica, es posible dar paso al análisis de la aplicación del Derecho, en cuanto fenómeno necesario e ineludible en una disciplina que es eminentemente práctica. A tales afanes contribuyen elementos de teoría de la norma y del ordenamiento jurídico, interpretación e integración jurídicas y una breve, pero no menos útil reflexión, en tomo al rol que los jueces desempeñan.

Por último y como natural complemento de lo que precede, es fácil penetrar en el tema de la justicia, su devenir histórico, el acceso a la misma (en cuanto tópico totalmente nuevo contenido en esta edición) y la obediencia al Derecho.

Pues bien, esa unidad argumentativa y temática la mantiene el libro con las siguientes adiciones: he sido más enfático en una concepción de filosofía del lenguaje, principalmente wittgensteiniana, que impacta mi visión del Derecho, de su definición, de su aplicación y los problemas y dilemas reales y figurados que puede enfrentar. Asimismo, he buscado que en buena parte de los apartados, al final o en el curso del desarrollo de los temas, existan resúmenes o cuadros sinópticos que faciliten la comprensión de los mismos, atendiendo a que de ellos se posea una visión sintética, para lo cual es necesario. antes, aprender efectivamente lo dicho en el capítulo o inciso respectivos. Creo que estos esquemas o resúmenes producto, todos ellos, de mi ininterrumpida actividad docente de muchos años, pueden auxiliar a profesores y alumnos en la explicación y estudio de los temas.

Por supuesto que acepto sin ambages que la primera edición contenía gazapos y errores de forma y de fondo que he intentado corregir, como habré de hacer, en subsiguientes ediciones, con las erratas que en esta nueva inevitablemente se hallan. *Errare humanum est*, decía Séneca.

Muchas de las falencias de la primera edición fueron delectadas por mis colegas quienes, amablemente, me las han hecho ver, o por mí mismo como resultado de mi

propia reflexión, generada por las ricas discusiones académicas con otros juristas, sucedidas a lo largo y ancho de este país o en el extranjero. Huelga decir que con todos ellos estoy especialmente agradecido.

Es también obvio que las referencias a leyes, tratados internacionales y jurisprudencia han sido puestas al día, y que se encontrarán citados, a lo largo de los capítulos y temas, nuevos autores, consecuentemente, nueva bibliografía mexicana y extranjera, escrita en español o en otros idiomas.

Debo decir, que después de más de 25 años de ejercer mi profesión de abogado, misma que he desarrollado al unisono con mi labor académica, más convencido estoy de que la reflexión jurídica desde la Teoría del derecho debe ser vista y elaborada como una especie de "*tecnología jurídica de punta*" para enseñar y aplicar el Derecho. La especulación jurídica por la especulación jurídica misma no tiene sentido alguno, es por demás inútil, en la inteligencia de que el Derecho es una disciplina orientada a la práctica.

¿Qué puede escribir sobre el Derecho aquél que nunca lo ha ejercido? Escribirá sin duda sobre lo que cree son los problemas que el Derecho enfrenta en la realidad, pero sin conocer esa realidad y, en consecuencia, sin conocer tampoco la verdadera naturaleza de tales problemas. Nada de lo que escribo u opino sobre asuntos jurídicos me viene de oídas, lo he vivido, visto o experimentado en mi vida como abogado. Escribo, pues, para que otros tengan mayores elementos de comprensión del fenómeno jurídico y para hacer mejor praxis jurídica con herramientas conceptuales y teóricas más depuradas. Esto, en la inteligencia de ofrecer cabal respuesta a los óbices que se dan en la realidad y a los que el Derecho debe ofrecer alguna solución e inclusive, cuando es posible, medidas de prevención.

Es obligado reconocer que esta edición no hubiese nacido sin el apoyo brindado por colegas y alumnos, todos ellos me han expresado su afecto del mejor modo posible: con hechos. Mi agradecimiento primero y singular a Fabiola Rojas Rodríguez, sin su amor, inteligencia, dedicación y paciencia esta edición no existiría. Gracias también a mi secretaria Maribel González Romero y a mi auxiliar la licenciada Karina Zamora, así como a mis becarios, Vicente Quintanilla Arana por su atinencia y acuciosidad, y a Alejandra Martínez Morales por actualizar la normatividad de forma tan reiterada y cuidadosa.

A las deudas que producto de sus enseñanzas jurídicas y de vida tengo con el Dr. Juan Luis González Alcántara-Carranca, se suma la elaboración del prólogo que tan gentilmente ha preparado para esta edición. Es para mí un señalado honor que su fina pluma y perspicaz mirada del Derecho, como juzgador del más alto nivel y reconocido profesor e investigador universitario, se ocupen de mi trabajo y lo glosen.

No quiero pasar por alto la importancia que para mi labor académica ha tenido mi estancia como profesor-investigador y Director del Departamento de Ciencias Jurídicas y Sociales del Tecnológico de Monterrey, Campus Ciudad de México. Dicha institución académica ha propiciado el espacio y las condiciones que permitieron elaborar esta tan solicitada, por profesores y alumnos, segunda edición.

MARIO I. ÁLVAREZ LF.DESMA,
San Rafael,
Ciudad de México.
Junio de 2009

Primera parte

APROXIMACIÓN AL DERECHO

... * V * V ^ * N1
... /, • : • s tí. > ' - c : V; , *

Capítulo 1

FUNCIÓN Y CARACTERES DEL DERECHO: SU VALOR, JUSTICIA Y CIRCUNSTANCIAS

SUMARIO

1.1 La función social del Derecho

1.1.1 La presencia cotidiana del Derecho

1.1.2 La función del Derecho

7.2.7 *La función original del Derecho*

1.2 Los caracteres del Derecho

1.2.1 El lenguaje del Derecho

1.2.2 Validez jurídica, formal y material

1.2.3 Eficacia jurídica, la coacción

7.2.3.1 *Derecho y poder político*

7.2.3.2 *Estado y soberanía*

1.2.3.3 *Derecho y legitimidad*

1.3 Los valores del Derecho y la justicia

1.3.1 Orden jurídico

1.3.2 Seguridad jurídica

1.3.3 Igualdad jurídica

1.3.4 El doble estándar valorativo del Derecho y la justicia

1.4 Las circunstancias del Derecho

1.4.1 El Derecho como fenómeno social, cultural, histórico, económico y político

Resumen

SINOPSIS INTRODUCTORIA

En este capítulo se pretende a un mismo tiempo identificar nuestro objeto de estudio, a saber, el Derecho y justificar la razón de ser de dicho estudio.

Para cumplir con tal objetivo procederemos de la siguiente manera: en primer lugar y gracias a un análisis lingüístico conoceremos la forma en que el Derecho se manifiesta en nuestras vidas, es decir, lo identificaremos y ubicaremos, a partir de los datos que su presencia nos aporta; determinaremos cuál es su función original en la sociedad, así como las características que lo distinguen de otros fenómenos normativos similares, como la moral o los convencionalismos sociales; podremos analizar el lenguaje normativo que el Derecho emplea, y también comprendemos conceptos como: validez, coacción, eficacia, soberanía, legitimidad y obligatoriedad; asimismo, entenderemos el papel que el Estado juega en la creación y aplicación del Derecho.

En segundo lugar, una vez ubicado e identificado conceptualmente el fenómeno jurídico, será factible determinar el valor que el Derecho posee para la sociedad, los valores jurídicos que produce y cómo es posible realizar la justicia ordenando, asegurando e igualando los valores superiores que el Derecho ampara.

Finalmente, habremos de entender que el Derecho es un fenómeno normativo para la regulación de conducta que se ve afectado por circunstancias sociales, culturales, históricas, económicas y políticas, mismas que influyen e incluso condicionan su funcionamiento.

Tal es, entonces, el fin perseguido en este capítulo inicial, el cual precisamente en virtud de sus propósitos se denomina: *Función y caracteres del Derecho: su valor, justicia y circunstancias*.

1.1 La función social del Derecho

1.1.1 La presencia cotidiana del Derecho

1. Quizá *la forma más característica de comunicación humana es el lenguaje*, con éste manifestamos nuestro modo de pensar, nuestras emociones y, en general, nuestra visión del mundo. Precisamente en nuestro lenguaje coloquial utilizamos con frecuencia la palabra **"derecho"**. Así, se han vuelto comunes expresiones del siguiente cuño: *"Tengo derecho a..."; "No hay derecho..."; "Es conforme a derecho..."; "Por derecho propio..."*
2. Esta circunstancia revela que el Derecho es una *realidad que se encuentra presente en nuestra vida y por ello nuestro lenguaje la alude*, tengamos o no conciencia de ella. Es obvio que el *Derecho y con éste los fenómenos jurídicos* (del latín *iuridicus*, lo que atañe o se ajusta al Derecho) *afecten directamente nuestra existencia*. La pregunta ahora es: *¿cómo la afectan?*
3. En una *primera aproximación*, notamos que el Derecho se presenta como una *realidad a la que el lenguaje alude y en la que constantemente estamos dando por sentada la presencia e interacción con los demás*, porque cuando nos referimos al Derecho siempre, o casi siempre, *queremos reafirmar una situación o estado específico de nuestra persona dentro del grupo social al que pertenecemos*. De ahí que cuando decimos **"tener derecho a algo"**, estamos considerando que *podemos actuar o dejar de actuar de una forma determinada, o disponer como mejor nos parezca de ciertos objetos o bienes*; de igual manera, cuando señalamos que **"algo es conforme a derecho"**, estamos haciendo referencia a *acciones que se justifican o legitiman en función de parámetros o referentes que nos indican que esa acción es posible o correcta*.
4. Conviene entonces percatarse de que todas estas situaciones poseen un *carácter relacional*. Afirmer, como lo hacemos a diario en nuestra vida y en nuestra comunicación con los demás, *que se tiene derecho a algo o que alguien puede actuar de tal o cual modo*, no es sino una forma de *justificar o legitimar nuestras acciones o comportamientos en relación con los otros*. Es decir, que *el Derecho se refiere siempre, en forma directa o indirecta, a acciones u omisiones humanas que implican una necesaria relación con quienes nos rodean*.
5. En tal entendido, la sola expresión **"derecho"** nos indica que hay una realidad a la cual se alude y que ésta se manifiesta en nuestra *vida social*, es decir, *en nuestra relación o nuestro comportamiento con los demás reafirmandose, así, la presencia cotidiana e ineludible del Derecho*.
6. Carlos S. Niño denomina a esta constante expresión de lo jurídico en nuestras vidas, como la *omnipresencia del Derecho*,¹ *omnipresencia que se manifiesta en los actos más simples y que va creciendo en importancia a medida que éstos pueden afectar o involucrarnos de una forma determinada con los demás*. Por ejemplo, el

¹ Cfr. Carlos Santiago Niño. *Introducción al análisis del Derecho*. Ariel, Barcelona. 1987, p. 2.

No debemos olvidar que hay ciertos ámbitos de la vida del hombre, por ejemplo, el de su conciencia individual, que son inaccesibles para el Derecho. Cuando hablamos de la omnipresencia de lo jurídico aludimos a ciertos aspectos de su vida social que están conformados por *actos externos relacionales* en los que, aun ignorándolo, se hallan regidos por las normas jurídicas. Porque hay también ámbitos privados de la vida humana en sociedad que hasta en tanto no afecten a terceros o sean ilícitos permanecen vedados para el Derecho, por más que éste los proteja. Piénsese, verbigracia, en la vida íntima de las personas

solo hecho de salir todos los días de nuestras casas y dirigirnos hacia el trabajo; hacer uso del transporte público o de uno propio y recibir un salario por la labor que desempeñamos, son todas acciones reguladas y protegidas por el Derecho.

7. Esta situación la percibimos, sobre todo, *cuando la legitimidad de nuestras acciones se pone en duda o su realización en peligro* y entonces nos referimos a ellas utilizando la expresión "**derecho**" o haciendo alusión *al derecho* que nos autoriza a actuar o exigir que otros actúen, hagan o dejen de hacer. En todos esos casos solemos expresarnos del modo siguiente: "Tengo *derecho* a trabajar y a transitar libremente por las calles"; "Como ciudadano me asiste el *derecho* de hacer uso del transporte público"; "Como propietario de mi automóvil puedo, por *derecho* propio, utilizarlo en mi traslado y los demás no podrán disponer de éste, *no* tienen *derecho* a usarlo sin mi consentimiento"; "Es conforme a *derecho* recibir un pago por un servicio prestado, o percibir un salario por el trabajo realizado".
8. Conviene subrayar que hacemos referencia a nuestro *derecho* o al *Derecho* en general *cuando nos vemos en la necesidad de defender; proteger o exigir algún bien (cosa o hecho) de las acciones o cuestionamientos de otros miembros del grupo social o del poder socialmente organizado* (cosas o acontecimientos en apariencia nimios o comunes, como poseer y vivir en nuestra casa o circular por las calles). Es evidente que *en la medida en que ese bien pueda afectar o verse afectado por los demás nos acercaremos cada vez más al Derecho, incluyendo el empleo mismo del lenguaje*. Considérese, verbigracia, acciones de tal trascendencia social para las personas, como contraer matrimonio, comprar una propiedad, tener hijos, adoptarlos o morir. En éstas hay una presencia más acentuada de lo jurídico, aunque ignoremos la razón.
9. El **Derecho**, de acuerdo con lo que hemos venido afirmando al analizar someramente *el uso de las expresiones en que la palabra "derecho" se emplea, es un fenómeno que se desenvuelve y, por lo tanto, se ubica en la vida social*, en nuestras relaciones con los demás miembros del grupo social y en función de múltiples actividades propias de nuestra vida cotidiana que en él se llevan a cabo. Porque, es el caso que el Derecho convive con otras formas de lenguaje social, algunas muy similares a él, que permiten **normar, regular y conducir** muchas otras de las relaciones, actividades y comportamientos sociales. Sin embargo, esas otras formas de lenguaje social (los convencionalismos sociales, la religión, la costumbre) *van a distinguirse del Derecho por aspectos específicos de su función y sus fines; por los sujetos e instituciones que lo emiten y aplican; y, sobre todo, por la forma especial en que las normas jurídicas garantizan su cumplimiento, es decir, por el modo en que puede ser aplicada su sanción a efecto de reforzar su eficacia*.

1.1.2 La función del Derecho

10. Sabemos ya que la sola presencia de la palabra "**derecho**" en el lenguaje coloquial nos indica la existencia de un *hecho o fenómeno* al cual aludimos, estemos o no conscientes de su existencia, que éste es de *naturaleza social* y que al parecer su presencia se acrecienta en función de la trascendencia (social, precisamente) de los actos que regula, es decir, *en términos de la mayor o menor importancia de los valores o intereses que están en juego*. Sin embargo, estas afirmaciones de hechos o realidades no responden por sí solas a nuevos cuestionamientos que surgen junto con aquéllas. Entre tales cuestionamientos es menester plantear, al menos, dos

fundamentales: *¿Por qué y para qué vivimos en sociedad? ¿Qué vinculas, ion existe entre nuestra vida en sociedad y el Derecho?*

11. Antes de dar respuesta a estas dos preguntas insoslayables para la comprensión del Derecho, es conveniente señalar que, *si bien la sola observación del cambio social y el análisis hecho por la teoría contemporánea demostrará que el contenido de las normas jurídicas puede ser cualquiera o que, en muchos casos, éste coincide con el de otras normas, como las de la costumbre, la moral o la religión, histórica y antropológicamente resulta posible distinguir que el Derecho se ha venido ocupando de cierto tipo de actividades y comportamientos sociales y, en esa misma medida, distinguiendo del resto de los ordenamientos con los que convive. Esta distinción radica en varios aspectos, a saber: que el Derecho cumple por lo general con una función específica, vinculada con los fines más básicos para la supervivencia y la resolución de los conflictos de intereses (político-sociales) presentes siempre en la convivencia comunitaria*
12. Con la **modernidad**, y especialmente en Occidente, la moral y la religión, así como las normas de urbanidad u otros códigos similares de conducta social, *se han venido circunscribiendo a regular ámbitos más propios, respectivamente, del perfeccionamiento individual, la relación con Dios o la aceptación o aprecio social.* Sin embargo, todos estos ordenamientos alimentan al Derecho y no le pueden ser absolutamente ajenos si es que el Derecho pretende gozar de un grado mayor de aceptación y, según mostraremos más adelante, de eficacia. Piénsese, por ejemplo, en la obligación común que todas esas normas prescriben para que los padres asuman responsablemente la educación y manutención de sus hijos, obligación moral y religiosa que coincide con la obligación jurídica contenida en la mayoría de los códigos civiles de muchos países. Es en virtud de todas estas consideraciones que será especialmente útil indagar acerca de las razones que nos impelen a vivir en sociedad y por qué el Derecho juega en ella tan destacado papel.
13. Así las cosas. Giuseppe Lumia, entre otros autores, ha señalado: *"Que el hombre no puede vivir más que asociado a sus semejantes no es. desde luego, una constatación reciente, como tampoco lo es la conciencia de la variedad y complejidad de los problemas suscitados por su naturaleza social."*¹ Efectivamente, nuestra vida se da y se desenvuelve en sociedad, en asociación, querida o no. con nuestros semejantes.
14. *El hombre*, cabría afirmar, está "condenado" a vivir en sociedad, ésa es su dimensión existencial, dado que, como explica Luis Recaséns Siches, *el ser humano requiere de una interpretación inicial del mundo en que se halla y es incapaz de satisfacer por sí mismo todas sus necesidades* Ambas circunstancias nos constriñen. más allá de nuestra conciencia y voluntad, a desenvolvernos en el mundo colectivo dentro del cual nacemos y nos desarrollamos.
15. En el mismo sentido se expresa. Trinidad García cuando afirma: *"Normalmente. la vida del hombre se desarrolla en sociedad, porque así lo imponen las leyes de la naturaleza a que está sujeta nuestra especie. la vida humana es vida de relación; las actividades de los hombres se desenvuelven las unas al lado de las otras, bien tendiendo a alcanzar propósitos independientes entre sí, o un común objeto, bien persiguiendo por medios encontrados fines opuestos y dando nacimiento a inevitables conflictos"*.¹

¹ Giuseppe Lumia. *Principios de teoría e ideología del Derecho*, trad Alfonso Rui/ Miguel. Debate. Madrid. 1985, p 9.

¹ Cfr. Luis Recaséns Siches: *Introducción al estudio del Derecho*. Porrúa. México, 1991, p. 21 y ss.

⁴ Trinidad García, *Apuntes de introducción al estudio del Derecho*. Porrúa. México. 1991, p 9.

16. La explicación del porqué y para qué de la vida en sociedad tiene, evidentemente, un carácter antropológico: *el hombre para ser y desarrollarse como tal requiere de la sociedad. De hecho, su concepción del mundo y su mera supervivencia están dadas siempre e inicialmente por aquella. El hombre, en este sentido, es un ser social por necesidad.*
17. En consecuencia, *la vida del hombre en sociedad se rige por circunstancias que tienen que ver con necesidades derivadas de la misma condición humana.* De ahí que al referirnos anteriormente a la vida en comunidad como una especie de "condena", no lo hayamos hecho utilizando el carácter peyorativo de la expresión, sino en su sentido de *irrenunciabilidad, de necesaria realización.* Esto ha dado pie para elaborar una explicación más específica de esta necesaria realización y de la *función original, genética o primigenia que el Derecho viene a desempeñar en la sociedad.* Con ello se intenta dar respuesta a la segunda de las preguntas con las que inicia este inciso, es decir, *saber a qué obedece el nacimiento del Derecho y cuál es la función original que cumple en toda sociedad*
18. Ahora bien, debe tenerse en mente que al hablar de una *función original del Derecho*, lo que quiere destacarse es que en cuanto forma de regulación de conducta social, *el Derecho nace y evoluciona como una técnica que va adquiriendo características distintivas, a fin de cumplir un propósito específico aunque históricamente no siempre diáfano, a saber, intentar regular y resolver —con mayor o menor fortuna, o sea, eficazmente y con justicia— la convivencia social y los conflictos que surgen indefectiblemente en el seno de todas las comunidades humanas.* Es en este sentido que el *Derecho cumple una función única*, y por lo tanto, *original*, que por sus características y, por ende, líneas distintos, no son capaces de cumplir, entre otros ordenamientos ni la moral ni la religión; por más que parcialmente compartan algunos de estos fines. Tanto la moral como la religión son formas de regulación de conducta humana que surgen unidas e incluso son previas al Derecho. Veamos, pues, con mayor detalle cómo es que el Derecho paulatinamente adopta características que lo van distinguiendo de las otras formas de regulación de conducta con las que interactúa.

1.1.2.1 LA FUNCIÓN ORIGINAL DEL DERECHO

19. En primera instancia, *el hombre requiere de la sociedad por la mera necesidad de supervivencia.* A esta inicial e insoslayable dependencia se han referido múltiples autores.¹ Tal circunstancia constriñe al hombre a *una vida comunitaria que no sólo se limita a la existencia biológica*, pues desde los primeros contactos de éste con su entorno recibe *una serie de influencias culturales dadas por el lenguaje y*

¹ Giorgio del Vecchio ha expresado en este sentido que: "*M cuestión sobre los orígenes del derecho positivo afecta a la realización empírica o fenoménica; aquí, pues, debemos prescindir de todo modelo especulativo (salvo, bien entendido, el respeto debido a la forma lógica del Derecho) y observar tan sólo cómo el Derecho surge y se desarrolla históricamente, de hecho. En contra de esto, a menudo fue confundido el origen del Derecho con el fundamento racional del mismo (entre otras causas, por la ambigüedad de la palabra 'principio'), de la cual confusión resultó prejuzgado el estudio de ambos problemas*". Véase Giorgio del Vecchio, *filosofía del Derecho*. Bosch, Barcelona, 1980. p. 465.

* Aristóteles abordaba la dimensión necesariamente social del hombre en estos términos: "...el hombre es por naturaleza un animal político o social, y un hombre que por naturaleza y no meramente por el azar apolítico o insociable, o bien es inferior en la escala de la humanidad o bien está por encima de ella. Y la razón por la que el hombre es un animal político en mayor grado que cualquier abeja o cualquier animal gregario es algo evidente. La Naturaleza, en efecto, según decimos, no hace nada sin un fin determinado; y el hombre es el único entre los animales que posee el don del lenguaje. En simple voz, es verdad, puede indicar pena y placer y, por tanto, la poseen también los demás animales —ya que su

la convivencia que establece con los demás desde el mismo seno materno; esto, evidentemente, dota al ser humano de *elementos para interpretar el mundo en que se encuentra*.¹ La *necesidad de supervivencia* es un aspecto que la sola existencia del hombre impone y su condición no permite que satisfaga por sí mismo, *produciendo una obvia dependencia respecto de los otros*. La constatación "de este hecho explica, en primera instancia, la presencia de la dimensión social del hombre como una necesidad impuesta en función de su existencia biológica, condición *sine qua non* para realizar (hacer) su vida.

20. Las causas biológicas vinculadas con la *necesidad de supervivencia* por las que el hombre se desarrolla en sociedad no bastan para explicar su dimensión social. Otra razón propia de la condición humana determina con enorme fuerza tal dimensión, y es que *la vida del hombre no se presenta como algo predeterminado, sino que ésta se va dando gracias al hacer humano*. La vida —opina Recaséns Siches— "*...es un hacerse a sí misma, porque la vida no nos es dada hecha; es tarea; tenemos que hacérsola en cada instante cada uno de los seres humanos*".*
21. Efectivamente, *la vida es un hacer permanente*, hacer que implica, a su vez, una *permanente toma de decisiones*, inclusive la decisión de no hacer. Este constante decidir hacer o no hacer es lo que permite identificar el *libre albedrío* humano, capacidad de optar que está dada sólo a la raza humana.⁹
22. *Este hacer, o mejor aún, este decidir u optar que es característico de la condición humana*, se convierte en una *necesidad que no se agota en el hacer para sobrevivir*. Porque el tercer elemento que nos impulsa a lo social es otra característica singularmente humana: *la capacidad de proponernos fines propios e individuales*, esto es, *un hacer distinto del que está motivado por la supervivencia*, un hacer que nos diferencia, como casi ninguna otra cualidad, del resto de los animales que habitan el mundo, *es un hacer no impulsado por el instinto de vivir, sino por el vivir para algo*.¹⁰ En consecuencia, si bien el hacer inmediato tiene que ver con nuestra sola supervivencia como condición de la que depende el resto de las actividades humanas, *todo otro hacer es de forma obligada la realización de fines*

naturaleza se ha desarrollado hasta el punto de tener sensaciones de lo que es penoso o agradable y de poder significar esto los unos a los otros—; pero el lenguaje tiene el fin de indicar lo provechoso y lo nocivo y, ¡xtr consiguiendo, también lo justo \ lo injusto, va que es particular propiedad del hombre, que lo distingue de los demás animales, el ser el único que tiene la percepción del bien y del mal, de lo justo y lo injusto y de las demás cualidades morales, y es la comunidad y participación en estas cosas lo que hace una familia y una ciudad-estado". Véase Aristóteles. Política, Libro primero, capítulo I. irad. Francisco de P. Samaranch. Aguilar. Madrid. 1973.pp 1412-1413.

Guglielmo Perrero se cuenta, también, entre los estudiosos que se han referido a esta necesaria dependencia del hombre para vivir en sociedad, de cuyo planteamiento destaca el miedo a la muerte y la consecuente necesidad de supervivencia como motor inicial de la sociedad. Puede consultarse de este autor su obra clásica *Potere -I Geni invisibili dalla Cita*. Collana Argoinenti. SugarCo F.di/ioni. Milán. 1986

Norbert Hoerster, por su parte, ha dicho que: "*En principio, como enfoque de fundación, bastan los intereses de supervivencia de las personas reales y la intelección en los medios empíricamente adecuados para la realización de esos intereses*" Véase *En defensa del positivismo jurídico*, trad. Jorge M. Seña, Gedisa Editores. Barcelona. 1992. p. 27.

Véase Luis Recaséns Siches *Introducción al estudio del Derecho*, op. cit., pp. 35-36.

Ibid.p. 17.

Puede consultarse sobre este tema el capítulo "**Libre albedrío y determinismo**". en D. D. Raphael. *Filosofía moral*, trad. Juan José Uirilla. FCE, México. 1986. pp. 199-225

Jaime Balme. refiriéndose en este sentido a las aspiraciones del alma humana, más allá de la mera supervivencia, escribe: "*Para satisfacer sus necesidades y atender a la conservación del individuo y de la especie tiene el hombre sensaciones y sentimientos que se dirigen a objetos determinados; pero al lado de esas afecciones, limitadas a la esfera en que se halla circunscrito, experimenta sentimientos más elevados que le arrojan fuera de su órbita y que, por decirlo así, absorben su individualidad en el piélago del infinito*". *Filosofía fundamental*. Biblioteca de Autores Católicos. Madrid, 1980. p. 418.

—mayores o menores— que son creación humana: cultura. El hombre y sólo él es hacedor de cultura.

23. Las necesidades de sobrevivir, decidir (libre albedrío) y proponerse fines propios (autonomía) se convierten en intereses que la sociedad ayuda a realizar, y que nosotros hemos denominado *intereses primigenios*. Es decir, situaciones que con independencia de cualquier otra condición hacen del hombre (o lo constriñen a ser, si se quiere) un ser social y que se producen, reproducen y presentan en toda sociedad, sea esta primitiva o compleja."
24. Estas necesidades se han caracterizado como *intereses* en la medida en que son situaciones objetivadas por el hombre, es decir, han sido concebidas como provechosas y, mejor aún, como convenientes. Giorgio del Vecchio en este sentido ha afirmado: "Ante todo, la evolución jurídica representa el paso de la elaboración espontánea, instintiva e inconsciente (o semiinconsciente), a la elaboración deliberada, reflexiva y consciente. El derecho nace de manera espontánea casi como un producto orgánico, sin ser precedido por una deliberación consciente".²
25. Resumiendo lo hasta aquí dicho, podemos establecer que: el hombre posee necesidades primigenias que lo hacen un ser social, las cuales tienen que ver con su supervivencia, el permanente decidir para hacer su vida y la realización de fines propios, que tales necesidades al objetivarse se convierten en intereses primigenios, esto es, en situaciones convenientes para el hombre y que la convivencia social, se supone, ayuda a hacer posibles. Empero, es el propio hombre en lo individual y lo social el que, paradójicamente, puede poner en peligro esos intereses. Para evitarlo las sociedades instituyen reglas de comportamiento que faciliten una convivencia social que asegure sus intereses primigenios.
26. Histórica y paulatinamente las organizaciones humanas, a través de formas y procesos distintos, han ido regulando con una técnica y forma especiales aquellas conductas sociales que pudieran afectar o interferir la realización de tales intereses. En efecto, dicha técnica especial de regulación de la conducta social es el Derecho. Así, en una primera aproximación, la función original del Derecho nos permite concebirlo como un instrumento que regula la conducta o el comportamiento social de los hombres para facilitar una convivencia que asegure sus intereses primigenios.
27. El Derecho no es la única forma de regular comportamientos sociales pero sí la que por razón de su estudio más nos interesa y que por sí misma nos irá mostrando las características que lo distinguen de otras técnicas de regulación de conducta

" Al respecto. Recaséns Siches opina: "En la sociedad nos da resuellos una serie de problemas, con lo cual nos permite despreocuparnos de ellos, y de tal manera nos facilita la posibilidad de otras tareas a emprender por propia cuenta y la posibilidad de inventar nuevas cosas (humildes o egregias), esto es, nos proporciona ocasiones y tiempo para vivir por nuestra propia cuenta y riesgo. Eso no sería hacedero, si tuviésemos que resolver, cada quien por sí mismo, todos los problemas de la existencia". Véase *Introducción al estudio del Derecho*, op. cit., p. 36.

² Giorgio del Vecchio. *Filosofía del Derecho*, op. cu., p. 477. Este mismo autor abunda: "Todo esto induce a excluir la posibilidad de que haya habido una época en la cual los hombres estuvieran privados de toda estructura jurídica. El Derecho es esencialmente una afirmación de la persona en relación con otras personas (*hominis ad hominem* **propósito** según la definición del Dante). En cada fase de la vida encontramos, consiguientemente, por lo menos los rudimentos del Derecho, esto es, hallamos alguna coordinación entre hombre y hombre, por lo menos dentro de un cierto grupo, en razón de posibilidades e imposibilidades recíprocas, la observación histórica nos muestra sólo hombres que conviven, y la convivencia que no es ni puede ser un simple caos, implica ya un límite y una regla en la práctica recíproca, o sea un régimen jurídico por lo menos embrionario". *Idem*.

³ Cfr. Luciano Pellicani, **Revolución y legitimidad**, trad. Juan Carlos Bayón, en *Sistema*, núm. 74, Madrid, septiembre de 1986, pp. 3-17.

que con él rigen y protegen distintos y, a veces, idénticos intereses. Nos referimos a *sistennis de conducta que cumplen su función reguladora de un modo propio, poí-no ser su objetivo principal garantizar —v en todo caso no por los mismos medios ni con la misma urgencia, eficacia y propósitos— los intereses primigenios del hombre en sociedad.*

28. Nos referimos a ordenamientos como la religión o la moral individual y social que por virtud de la función que desempeñan poseen un modo de creación, aplicación v sanción con similitudes y diferencias al de las reglas jurídicas. No obstante, como de hecho sucede, las reglas de todos estos ordenamientos conviven en la realidad social, en ocasiones coincidiendo v en otras contradiciéndose o colisionando. Por ello no debe dejar de mencionarse una obligada referencia histórica, a saber, que en sus primeras manifestaciones resultaba difícil distinguir al Derecho de las reglas de conducta religiosa. **corT**espondiéndoles a los ministros de culto la aplicación de ambas.¹⁴
29. El interés v utilidad de buscar una función original del Derecho no es otro que el de explicar teóricamente su aparición como un instrumento singular para garantizar los intereses primigenios que el hombre posee, intereses que surgen en virtud de necesidades producidas por la propia condición humana. Tales necesidades son: la supervivencia, el libre albedrío y la capacidad que tiene el hombre de proponerse fines propios, mismas que se suscitan en la vida social. Cabe recordar que el Derecho es sólo uno de los varios modos de regular el comportamiento social, pues existen otras reglas de conducta, como las religiosas o los convencionalismos sociales que también lo hacen, pero es necesario diferenciarlas de las jurídicas por varias características que, con el afán de hacer del Derecho un instrumento eficaz y, a veces, justo, éste ha ido adoptando. Siendo así conviene ahora dar respuesta y con la mayor claridad posible a la siguiente pregunta: *¿Cuáles son específicamente los caracteres que se asignan v permiten distinguir y separar al Derecho de otras formas de regulación de conducta social?*

CUAORO 1.1 EL DERECHO, INSTRUMENTO DE RELACIÓN. DERECHO Y SOCIEDAD

- Existe una *presencia*, advertida o no, del Derecho en la vida social.
- El Derecho aparece en la vida social por y para cumplir una función específica.
- Advertimos la presencia del Derecho a través del *lenguaje*, en el uso de expresiones como: "*Tengo derecho a...*"; "*Por derecho propio*"; "*¿Tú no tienes derecho a .A?*"; "*Es conforme a Derecho*"
- El Derecho, lo jurídico (del latín *iuridicus*: lo que atañe o se ajusta al Derecho) es una realidad que se hace patente en nuestra relación con los demás, cuando queremos reafirmar nuestra situación o estado específico de nuestra persona dentro del grupo social al que pertenecemos.
- El uso de la palabra "derecho" se da para *justificar o legitimar nuestras acciones o nuestros comportamientos en relación con los otros, cuando se ponen en duda o su realización en peligro.*
- El Derecho es un *instrumento de carácter relacional*, su expresión cotidiana e ineludible en la vida social confirma la *omnipresencia del Derecho.*

" Del Vecchio ha escrito que "*En las fases primitivas, lodo el Derecho tiene un carácter sagrado: el ius se confunde con el fas, así como la clase de los juristas se confunde con la clase sacerdotal. La norma jurídica se considera como un mandato de la Divinidad v por ende el entuerto jurídico constituye una ofensa a la Divinidad misma, v es. además de injuria, pecado. De aquí el significado expiatorio que se atribuye a la pena.*" Véase *Filosofía del Derecho*, op. oí., p. 475

Así hacemos referencia a nuestro derecho o al *Derecho* en general cuando nos vemos en la necesidad de **defender, proteger o exigir algún bien** (cosa o hecho) de las acciones o cuestionamientos de otros miembros del grupo social o del poder socialmente organizado (cosas o acontecimientos en apariencia nimios o comunes, como poseer y vivir en nuestra casa o circular por las calles).

CUADRO 1.2 LA FUNCIÓN ORIGINAL DEL DERECHO

La función original del Derecho nos permite concebirlo como un instrumento que regula la conducta o el comportamiento social de los hombres para facilitar una convivencia que asegure sus intereses primigenios

Esta función lo distingue de los otros ordenamientos de conducta social con los que convive e interactúa, como la religión y la moral, entre otros.

Los seres humanos **requieren de la relación con los demás** porque poseen, básicamente, **tres necesidades primigenias** que los hacen, precisamente, seres sociales por antonomasia, gregarios. **Paradójicamente, es el propio hombre en lo individual y lo social el que puede poner en peligro esos intereses**

Para evitarlo, las sociedades instituyen **reglas de comportamiento que faciliten una convivencia social que asegure sus intereses primigenios**

El conjunto de reglas de comportamiento que mejor garantizan estos intereses del hombre es el Derecho.

Cuando los seres humanos toman conciencia de estas necesidades, las mismas se convierten en **intereses primigenios**, esto es, en situaciones convenientes para el hombre y que la convivencia social (especialmente a través del Derecho) se supone, ayuda a hacer posibles

Intereses primigenios	Supervivencia	Mantener la vida como condición social de todos y de todos
	Libre albedrío	- Capacidad para decidir qué hacer con su —• propio (P°Q° el hombre goza de voluntad, es decir, de una potencial capacidad para la toma de decisiones)
	Autonomía	—• Realización de fines propios (el hombre goza de libertad y con base en ella puede elegir su destino).

1.2 Los caracteres del Derecho

1.2.1 El lenguaje del Derecho

30. Sabemos ya que *el Derecho se ubica en el mundo de la vida social y cumple la función original de regular conductas que pudieran comprometer los intereses primigenios del hombre*, es decir, las necesidades que su condición biológica (supervivencia) y psicológica (libre albedrío y autonomía) imponen. Estos intereses para concretarse han de menester de lo social, de la presencia, la colaboración y la participación de los otros. No debemos olvidar que entre mayor es nuestra relación con los demás la presencia del Derecho se acrecienta.
31. El *Derecho* se ocupa de *facilitar la necesaria vinculación o colaboración social* y, por supuesto, de *garantizar que no se interfiera con la realización de los intereses*

primigenios. Esta garantía implica una *regulación*, el establecimiento de un determinado *orden* que formalice con precisión las facultades y los límites de quienes conviven en sociedad. *¿De qué medio o medios se vale el Derecho para influir en las conductas humanas con el objeto de facilitar la vinculación o la colaboración social necesaria y, luego, garantizar la no interferencia entre los fines e intereses individuales y colectivos?*

32. Pues bien, para empezar el Derecho emplea el lenguaje de las normas, de las reglas de conducta que es, por cierto, un **uso específico de los lenguajes naturales**, el mismo que utilizan los otros sistemas de regulación de conducta con los que convive (la religión, la moral, los convencionalismos sociales, etcétera). Este lenguaje o forma de lenguaje natural, el de las normas o reglas de conducta, según se dijo, se denomina *lenguaje normativo, prescriptivo o directivo*, lo que explica, precisamente, la dificultad inicial de distinguir el lenguaje normativo del Derecho de los otros lenguajes normativos con los que alterna dado que son iguales.
33. Ahora bien, el *lenguaje jurídico*, es decir, el de las normas, *prescripciones u órdenes*, para ser comprendido a cabalidad debe concebirse como un lenguaje que, según ha escrito Genaro R. Carrió. "...**tiene las mismas características que los lenguajes naturales**",⁵ es decir, como el español, el inglés o el francés, por ejemplo. Esta afirmación posee distintas implicaciones, de las cuales destacaremos algunas de ellas para efectos de nuestro estudio.
33. La primera es que, ciertamente, los *lenguajes naturales poseen múltiples usos o aplicaciones*. Para empezar, dichos lenguajes cumplen principalmente funciones **descriptivas**, esto es, sirven para informar sobre ciertos fenómenos o estados de cosas sucedidas en la realidad, realizando aserciones del tipo "*El cielo es azul* o "*Hay treinta sillas en el salón de clase*", aserciones que incluso pueden corroborarse empíricamente, lo que permitirá calificarlas de **verdaderas o falsas**. Asimismo, los lenguajes naturales se emplean para expresar o exteriorizar nuestros sentimientos, dándoles salida o escape, o bien para infundir en otras personas sensaciones o emociones, buscando provocar en ellas ciertas reacciones. A esta función de los lenguajes naturales se le conoce como **expresiva o persuasiva**.
34. IX' igual modo, el lenguaje cumple funciones **directivas o prescriptivas**, es decir, cuando con las palabras se busca dirigir la conducta de otros suele emplearse la forma de **regla o norma**: "*Debes obedecer la ley*", "*Los ciudadanos deben pagar impuestos*", etcétera. Esta última función de los lenguajes naturales es, como sabemos, determinante tanto para el Derecho como para los demás sistemas de regulación de conducta, pues les permite construir un lenguaje común: el *normativo, prescriptivo o directivo*.^{1"}

⁵ Véase Genaro R. Carrió. *Notas sobre derecho y lenguaje*. Abeledo Perrot, Buenos Aires. 1990, p. 55. Para una visión de conjunto acerca del lenguaje se sugiere consultar de José Hierro S. Pescador. *Principios de filosofía del lenguaje*. Alianza Universidad Textos, Madrid. 1989

Ibul. pp. 20-21. Carrió anota, en la obra antes citada, una forma más de uso básico del lenguaje, cuando indica que éste puede adoptar **funciones operativas** (*perfortiutive*). Tal uso de las palabras se produce cuando el lenguaje se concreta en ciertas fórmulas que suelen ser recogidas por el Derecho y la moral y que tienen funciones específicas como generar deberes o derechos, tal es el caso de oraciones que utilizan estructuras como la siguiente: "*Prometo que...*" o "*Instituyo como heredero universal de mis bienes a...*" En estos casos, dice Camó. se están empleando las palabras de un modo no asimilable a otros usos del lenguaje que constituyen saludos, promesas o exteriorizan estados de ánimo con intenciones como la de beneficiar a alguien. En el caso de la segunda frase se presupone, obviamente, un sistema de normas vigentes y, en el primero, los efectos morales vinculatorios que ciertas frases producen, como prometer amar a alguien u ofrecer fidelidad a algo

35. La segunda implicación que conlleva afirmar que el *lenguaje jurídico es una forma que adquiere el lenguaje natural*, consiste en conceder, por consecuencia, que el **lenguaje normativo o prescriptivo posee básicamente las mismas características y peculiaridades que el segundo:**
- a) Es *ambiguo*, lo que implica que las palabras o conceptos poseen varios significados y matices, según el contexto en que se hallen;
 - b) Es *vago*, por lo que su aplicación no es siempre precisa. De tal guisa, ciertos hechos u objetos a los que las palabras o conceptos se refieren se mueven en una *zona de penumbra* ("**alto**", "**bajo**", "**noche**", "**día**", "**inteligente**", "**tonto**", son todas expresiones que aluden a características que no siempre permiten saber hasta dónde llegan éstas y cuando tienen que ser o no aplicadas);
 - c) Exhibe una *textura abierta*, esto es, que el uso de las palabras o los conceptos puede dar lugar a desconciertos o perplejidades cuando nuevos casos de aplicación difieren de los usuales. Siguiendo el ejemplo citado por Garrió piénsese en este supuesto: ¿Estaríamos dispuestos a denominar "seres humanos" a extra-terrestres que poseyeran muchas de nuestras características pero que difirieran en algunas? ¿Les corresponderían, de ser afirmativa la respuesta, los mismos derechos humanos que a los terrícolas?"
36. Lo dicho anteriormente nos permitirá, desde ahora, inmunizarnos en contra de la equivocada idea de que el *Derecho es un sistema de normas cerrado que goza de absoluta precisión*. Si bien es deseable, y ha sido una aspiración permanente de los juristas, que el lenguaje jurídico alcance la mayor precisión posible y el mayor rigor expositivo, *lo cierto es que lenguaje jurídico suele ser ambiguo, vago y con zonas de penumbra*, lo que, como bien ha afirmado Carrió, tampoco debe ser visto como un defecto grave del Derecho o una irremediable insuficiencia. Antes bien, afirma nuestro autor: "*El uso eficaz de esta técnica (la del Derecho) 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 aquéllas estuvieran formuladas de manera que tan sólo 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*".¹⁵
- Dicho lo anterior, concentrémonos ahora en los **caracteres específicos del lenguaje normativo o prescriptivo**.
37. Para empezar, es necesario precisar que la palabra "**norma**", en una primera acepción, significa: "*escuadra para arreglar y ajustar maderos, piedra u otras cosas*". Por extensión, una *norma* es "*la regla, la pauta que se debe seguir o a que se deben ajustar las conductas, tareas o actividades*".¹⁶ Así, *el Derecho al normar fija, establece, ajusta la conducta social que puede afectar los intereses primigenios del hombre en sociedad*. En suma: *el Derecho, a través de las normas jurídicas, ordena qué pautas o conductas sociales deben seguirse. El Derecho no describe sino que prescribe cuáles son las conductas que de hecho se verifican en la realidad*. Las normas jurídicas son, entonces, un caso del *uso prescriptivo del lenguaje*.

"/*></. pp 136139

"Ibid. p 49

* Martín Alonso. *Enciclopedia del idioma*, tomo III. Aguilar. Madrid. 1982. p. 2987

¹⁶ Cfr. Carlos Santiago Niño. *Introducción al análisis* . op. cit., p. 63 y ss. Aunque al estudio particular de las normas jurídicas dedicaremos más adelante un inciso *ad hoc*, conviene remitirse, para una visión general sobre este punto, al capítulo segundo de la obra del autor en cuestión.

38. Eduardo García Máynez apunta que la palabra "**norma**" suele utilizarse en dos sentidos, uno **amplio** (*lato sensu*) y otro **restringido** (*stricto sensu*).²¹ El uso del término "**norma**" en sentido amplio recibe el nombre de *regla práctica* y consiste en *la prescripción de determinados medios a efecto de realizar ciertos fines*. Así, en aquellos casos en que se dice, según García Máynez, "...¿/H? para ir de un punto a otro por el camino más corto es necesario seguir la línea recta, formularé una regla técnica".- Contrariamente, cuando en sentido **restringido** utilizamos la voz "**norma**", nos referimos a las reglas de comportamiento cuyo cumplimiento tiene un carácter obligatorio —y no potestativo como las reglas técnicas—. esto es, *imponen deberes o conceden facultades*. "Si afirmo —continúa el autor citado—: 'debes honrar a tus padres', expresaré una norma."^{22*}
39. Las reglas prácticas se expresan formalmente como juicios enunciativos, porque, de acuerdo con su nombre, *describen lo que es*, denotan el carácter contingente o necesario de los fenómenos sucedidos en la realidad; en cambio, las normas en sentido estricto son juicios normativos, es decir, *son reglas de conducta que imponen un modo determinado de comportamiento*, o sea, se ocupan del *deber ser*, del *deber ser de alguien*.^{1*} Aquí nos topamos con otro dato que nos subraya el carácter relacional y, por lo tanto, social del Derecho; *la norma tiene sentido en la medida que prescribe una conducta debida por alguien*.
40. En consecuencia, el modo característico de las reglas del Derecho es el normativo. o sea. *ordenar, determinar, prescribir las conductas sociales que los hombres deben adoptar en función de preservar o proteger ciertos intereses*. De tal suerte, el lenguaje del Derecho al ordenar *impone conductas*, no sugiere, *determina lo que debe o no hacerse*, por ello, *toda regla de conducta hace uso de las normas*, del lenguaje normativo. Las normas morales, al igual que las jurídicas, según vimos antes, ordenan, prescriben, determinan un comportamiento debido. ¿F.n qué, por lo tanto, se distinguen unas de otras?
41. Sabemos ya que las normas de Derecho *prescriben las acciones que deben hacerse o no hacerse en función de facilitar la convivencia social y, con ella, asegurar los intereses primigenios que propicia la cooperación entre los hombres*. En cambio, otras normas de conducta, las morales, por ejemplo, garantizan fines individuales que pueden o no generalizarse, y cuando se adoptan en la forma prescrita por el propio sistema de Derecho (vía, entre otros, el proceso legislativo), se convierten en normas jurídicas. Por eso, *ciertas normas religiosas o morales coinciden en contenido con las normas de Derecho*. Pero ¿de qué modo singular —si lo hay— los intereses que cuida el Derecho se garantizan y en qué se diferencia esa garantía de la que es propia de las normas no jurídicas?
42. Existe un largo y antiguo debate en torno a la posibilidad de distinguir, identificar o encontrar una característica exclusiva y propia de las normas jurídicas que las haga **esencialmente** diferentes de las demás normas con las que conviven.
43. En la inteligencia de facilitar la comprensión de esta cuestión resultan necesarias las siguientes aclaraciones:

²¹ Cfr. Eduardo García Máynez/. *Introducción al estudio del Derecho*. Porrúa. México. 1992, p. 4.

²² *Idem*.

²³ *Idem*.

²⁴ Cfr. Eduardo García Máynez/. *Introducción al estudio del Derecho*, op cit.. p. 8.

Primera: cómo debe entenderse la preocupación por encontrar una característica **esencial** o exclusiva que permita identificar, indubitadamente, a las normas jurídicas;

Segunda: que, contrariamente a lo que suele pensarse, **no son una sino algunas las características** que hacen distinguibles a las normas en tanto que jurídicas, toda vez que éstas poseen un **carácter complejo**; es decir, para que sean calificadas así debe acudir a varios criterios;

Tercera: que la característica más acusada (o esencial) de las normas jurídicas, la *coacción* (misma que adelante abordaremos con especial detalle), no le debe ser asignada a la norma jurídica tomada aisladamente sino al conjunto de las normas que componen un ordenamiento jurídico. En efecto, la característica que suele presentarse como la más propia de la norma jurídica debe considerarse, de manera más precisa, *como del ordenamiento jurídico en general, y no de todas las normas jurídicas en lo particular*. Esta precisión es muy importante porque la *coacción* no aparece siempre ni en todos los casos en que nos hallamos ante normas jurídicas consideradas individualmente, circunstancia ésta que no le quita el carácter jurídico a la norma en cuestión ni a dicha característica el hecho de ser la más destacada o singular de lo jurídico. Además, la *coacción* está **íntimamente relacionada con la función original del Derecho**. Profundicemos, pues, en cada uno de estos puntos.

44. Respecto de la *primera aclaración* debe abundarse en lo siguiente: aquello que solemos llamar *caracteres esenciales de un concepto*, en este caso, las *normas jurídicas*, no son sino *una serie de propiedades que los usuarios de una expresión les asignan a efecto de distinguirlas de otras normas similares o análogas; lo anterior por razones de utilidad, practicidad, claridad o conveniencia teórica*. Es decir, que *a priori*, una norma no va a ser por sí misma jurídica, o moral, o social; *una norma tendrá el carácter de jurídica, moral o social si ésta posee el conjunto de propiedades o caracteres que los usuarios de la expresión le han asignado, en este sentido, como esenciales*. Lo cual, como es obvio, podrá modificarse en la medida en que los usos y las necesidades de aplicación de un concepto vayan variando. Recurramos a un ejemplo que nos permita explicitar lo anterior.
45. El artículo 411 del *Código Civil* para el Distrito Federal, prescribe: "*En la relación entre ascendientes y descendientes (es decir, entre abuelos, padres e hijos) debe imperar el respeto y la consideración mutuos, cualquiera que sea su estado, edad y condición*". Como puede observarse, lo que esta norma jurídica realiza es un llamamiento o invitación de carácter moral para que, entre padres e hijos, entre abuelos y nietos, prive un trato cordial, amable, respetuoso, si se quiere, más precisamente, moral. *¿Qué hace, pues, un llamamiento moral, ético en un ordenamiento jurídico? ¿Esa norma no es efectivamente jurídica?*
46. En cuanto a la primera pregunta *no debe extrañarnos o preocuparnos que dentro de los ordenamientos jurídicos existan normas con contenido moral porque, si bien con propósitos distintos, el Derecho suele coincidir con ciertos principios y preocupaciones que se consideran propios de la moral*: el respeto a la vida, la honradez, la importancia de conducirse con verdad, etcétera.

Por lo que hace a la segunda interrogante, debe decirse que la norma establecida en el ya citado artículo 411 *es jurídica por encontrarse, precisamente, en un dispositivo jurídico, por haber sido formalizada y publicada de acuerdo con los procedimientos legislativos establecidos por la ley para tales efectos, independientemente de su contenido, moral en este caso*. Esta circunstancia nos lleva a

plantearnos una nueva pregunta: *¿Es acaso la forma en que se produce, expide o formaliza una norma lo que la hace jurídica?*

47. Sí, en efecto, y es aquí donde procede profundizar respecto de la *segunda aclaración*. Uno de los métodos más seguros para determinar *cuándo nos hallamos ante la existencia de una norma jurídica*, tiene que ver con *la forma en que ésta es producida y dada a conocer*, toda vez que los *sujetos que emiten y aplican las normas jurídicas están institucionalizados*. Así, mientras que las normas morales pueden provenir de la sabiduría de un preceptor quien las infiere de grandes principios morales —*"Los hijos deben honrar y respetar a sus padres"; "Amaos los unos a los otros"*—, las normas jurídicas, independientemente de que reproduzcan este principio, lo que las hace tales, es decir, existentes como normas jurídicas, *es el hecho de haber sido formalizadas y publicadas de conformidad con los requisitos que el sistema jurídico, el propio Derecho, generalmente la ley, señale para tales efectos*. Esta característica de las normas jurídicas se denomina *validez jurídica*

1.2.2 Validez jurídica, formal y material

48. El concepto de "validez" de una norma jurídica comporta varios significados, según lo dicho en párrafos anteriores. En una primera instancia, *cuando predicamos la validez de una norma jurídica aludimos a su existencia*. Esto es, *nos encontramos ante una norma de naturaleza jurídica a partir del momento en que podemos identificar que cumple con los requisitos formales que para serlo le demanda el Derecho, con independencia de su contenido*. Esta clase de validez la llamaremos *validez formal* de la norma jurídica.
49. En efecto, *una norma es jurídica por el hecho de pertenecer al ordenamiento jurídico*, ello quiere decir que *fue producida o incorporada al mismo a través de las diferentes formalidades establecidas por el Derecho*. Estas formalidades tienen que ver fundamentalmente con dos cuestiones: *que el órgano, autoridad o sujeto (pie la produzca sea competente o capaz'*, es decir, que posea la facultad o capacidad para producir esa norma; y *que se haya observado el procedimiento específico que el tipo de norma jurídica en cuestión requiere* (una ley, una sentencia, un tratado internacional, un contrato, etcétera).
50. Predicar la **validez jurídica** de una norma es, como ha subrayado Luis Prieto Sanchíz, "*. . . predicar la existencia de una prescripción*". En efecto, *una norma es válida jurídicamente si existe como tal. lo que por extensión significa que esa norma pertenece a un ordenamiento jurídico*. En tal virtud, resulta necesario que esa norma haya sido *producida o incorporada al mismo a través de las diferentes formalidades establecidas por el Derecho*. En suma, para los efectos del *primer criterio de identificación de las normas jurídicas*, hacemos caso omiso de su *contenido* porque, en palabras de Prieto Sanchíz, cuando decimos que una norma jurídica es válida y en tal medida perteneciente al Derecho ello no implica, desde luego *. . . ninguna recomendación moral de obediencia*^{*} *¿Quiere entonces decirse que el contenido de las normas jurídicas puede ser fijado de forma totalmente arbitraria?*

Luis Prieto. **Aproximación al concepto de Derecho. Nociones fundamentales**, lecciones de teoría del Derecho. Ciencias Jurídicas. McGraw-Hill. Madrid. 1997. p. 13.

* *Idem*.

51. No **precisamente**, puesto que para efectos de la *obligatoriedad jurídica*, así como para determinar la *justicia y obediencia al Derecho* el contenido de una norma, es decir, *lo prescrito por ella*, resulta determinante. Así, por principio, afirmar que una norma es válida significa que esa norma existe, que pertenece a un ordenamiento, en este caso, el jurídico. Decir entonces que una norma pertenece a un ordenamiento significa afirmar que esa norma es *válida*, lo que trae necesariamente aparejada la pretensión jurídica de que *su observancia pueda ser legítimamente exigida por parte de quien tenga a su cargo la aplicación de la misma; inclusive tal norma, de no ser observada voluntariamente por su destinatario, puede serle impuesta coactivamente*.
52. Obviamente, *las normas que no gozan de validez jurídica, o sea, que no pertenecen al ordenamiento jurídico, no comportan esta forma singular de eficacia o garantía de aplicación, es decir, la coacción*. Lo anterior explica que durante mucho tiempo se haya pensado que la característica y condición de juridicidad fundamental o esencial de las normas pertenecientes al Derecho era, precisamente, su carácter coactivo, lo cual es sólo parcialmente cierto, según veremos adelante.
53. Ahora bien, el concepto de *validez formal es insuficiente para entender cómo son y cómo funcionan tanto las normas jurídicas en particular, como el Derecho en general*, puesto que si bien el requisito primero para que una norma sea válida es su pertenencia al sistema jurídico y, por lo tanto, el que haya sido creada por quien tiene facultad o capacidad jurídica para ello, y de acuerdo con los procedimientos correspondientes, *es igualmente importante saber cuál es el contenido de una norma jurídica en términos de determinar que éste no contradiga los intereses, valores u objetivos fundamentales hacia los que se orienta y orientan al Derecho*. los intereses primigenios, como ya se comentó al principio. Así, una norma jurídica, por ejemplo, aun en el sistema de Derecho más primitivo, no podría autorizar acciones que pusieran en riesgo la supervivencia y convivencia básica del grupo social donde rige dicha norma.
54. De acuerdo con lo anterior, estamos en condición de ensayar una definición de *validez material* y por tal entenderemos *la concordancia o coincidencia del contenido de la norma jurídica (la ley, por ejemplo) respecto de criterios valorativos, derechos fundamentales o exigencias de corrección moral o de justicia del sistema jurídico al que pertenece la norma*. Por lo general, estos criterios de corrección con los que debe cumplir el contenido de una norma jurídica se hallan prescritos por **la norma de mayor jerarquía en un sistema jurídico**, a saber, la *Constitución*.
55. De tal suerte, una norma jurídica *para ser válida no sólo formal sino materialmente* requiere *prescribir acciones u omisiones que no contradigan el contenido de la norma superior del sistema jurídico, y que conozcamos mejor como **Constitución***. Entonces, para calificar la existencia y calidad de una norma jurídica es menester, amén del concepto de *validez formal* el de *validez material*, *que el contenido de toda norma jurídica deba ser consistente con lo prescrito u ordenado por la **Constitución** o norma superior del ordenamiento jurídico*. De acuerdo con lo explicado hasta aquí resulta fácil responder a la siguiente pregunta: *¿Cuándo pierde validez una norma jurídica?*
56. Una norma jurídica pierde tal carácter *cuando deja de pertenecer al ordenamiento jurídico, y ello sucede en el momento en que los órganos facultados al efecto deciden derogarla o abrogarla*, sea porque *incumplió con alguna de las formalidades requeridas para ser válida, sea porque la norma dejó de cumplir su función, sien-*

do sustituida por una nueva. Si leemos con detalle lo anterior, podemos deducir que la primera causa por la que una norma se decide que deje de pertenecer al sistema **jurídico**, tiene que ver con **un defecto en su validez, formal.** En cambio, la otra causa se explica **en función de que el Derecho se realiza en un tiempo histórico que es siempre cambiante**, por lo que si llegaran a transformarse las **Tazones** que dieron origen a una norma **jurídica** ésta queda desfasada y, para ser **útil** otra vez, debe ser **reformulada** o, en su caso, por no servir más, **simplemente** eliminada del sistema **jurídico**.

57. Es necesario, como puede deducirse, que haya otra manera de eliminar o excluir una norma de un sistema jurídico, y ello se presenta cuando **existe un déficit en la validez material de dicha norma.** En efecto, *cuando es su contenido y no su forma lo que contradice o colisiona con la norma superior del sistema jurídico, con la Constitución.* En casos como éste, dicha norma *será declarada inconstitucional por una autoridad u órgano facultado por el propio sistema jurídico para tales efectos.* En consecuencia y cumpliéndose ciertos procedimientos y condiciones, dicha norma será retirada del sistema privándola de su validez.
58. *La norma jurídica derogada o declarada inconstitucional es*, por decirlo de algún modo, *expulsada del ámbito de validez del Derecho*, aunque, y esto es ciertamente curioso, **pueda continuar siendo válida moral o socialmente.** Lo cierto es que una norma declarada inválida **ya no puede ser jurídicamente exigida**; entonces, deja de ser *jurídicamente* vinculante, o sea, *no es más jurídicamente obligatoria.* Y *¿qué significa que la norma ya no pueda seguir siendo jurídicamente exigida? ¿Qué significa que deje de ser vinculante?*
59. Significa, sobre todo, que ya no puede ser exigido a sus destinatarios su cumplimiento y en el caso de seguir siendo esa norma válida social o moralmente hablando, la misma *no gozará más de la singular garantía que distingue a las normas jurídicas y refuerza su cumplimiento: la coacción institucionalizada.* Por ende, *ya no puede forzarse su cumplimiento en el caso de que alguien la incumpla en el ámbito social o de la moralidad lo que afecta, fundamentalmente, como es posible imaginar, la eficacia de la norma, esto es, asegurar su cumplimiento en la realidad social*
60. Pensemos en el siguiente ejemplo, hipotético de cierto, pero que es útil porque pone en evidencia lo dicho antes. Supóngase que dadas ciertas circunstancias sociales e históricas se decide que las obligaciones alimentarias, las que los padres tienen para con sus hijos (procurarles casa, vestido, sustento y educación) dejan de estar regulada por el Derecho, y que los artículos correspondientes del *Código Civil* que así la contemplaban son derogados. Sin embargo, *es muy probable que muchos padres, independientemente de que ya no tuviesen la obligación jurídica de alimentar y educar a sus hijos lo sigan haciendo porque consideran que éste es un deber y una obligación de carácter moral.* En contrapartida, es muy probable también que muchos otros padres (más de los que suponemos) dejen de asumir sus obligaciones alimentarias las que, de hecho, sólo satisfacían gracias a que éstas, a más de morales eran jurídicas y su eficacia estaba, en buena medida, garantizada por el Derecho.
61. En efecto, *la misión de que ciertos comportamientos de especial trascendencia social se cumplan le ha sido asignada a los sistemas jurídicos, al Derecho, en buena medida por su eficacia. Esto es, por ser éste un sistema de regulación de conducta social capaz de constreñir, incluso con el uso de la fuerza, al cumplimiento de obligaciones singularmente relevantes, como por ejemplo, hacerse*

cargo de los propios vastagos. Es necesario entonces, dada su importancia evidente, estudiar con más detalle esta relación entre la coacción y la eficacia de las normas jurídicas.

CUADRO 1.3 VALIDEZ JURÍDICA

1. El concepto de "**validez**" es *multívoco*.
2. En primera instancia, cuando predicamos la **validez** de una norma jurídica aludimos a su *existencia*. Así, *una norma es jurídica cuando cumple con los requisitos formales que le requiere el Derecho, independientemente de su contenido. A esta clase de validez la llamaremos: validez formal de la norma jurídica.*

Entonces, una norma es jurídica por el hecho de pertenecer al ordenamiento jurídico, lo que significa que esa norma fue producida e incorporada al mismo por vía de las diferentes formalidades establecidas por el Derecho.

Tipos de formalidades:

- a) *Que el órgano, autoridad o sujeto que emita o produzca la norma sea competente o jurídicamente capaz;*
 - b) *Que se haya observado el procedimiento o formalidades fijadas en la ley.*
3. Predicar la validez de una norma jurídica como existente o perteneciente a un ordenamiento jurídico, haciendo caso omiso de su contenido, *no implica desde luego ninguna recomendación moral respecto de su obediencia:*
 4. *El contenido de una norma jurídica es relevante para efectos tanto de la obligatoriedad jurídica como para la justicia del Derecho.*
 5. Junto al concepto de "**Validez formal**" se emplea el concepto de: "**validez material**? Así, para ser válida no sólo formal sino materialmente, una norma jurídica *requiere prescribir acciones y omisiones que no contradigan el contenido de la norma superior del sistema jurídico*, la Constitución.
 6. A la validez formal de la norma también se le conoce como **criterio dinámico**, y a la validez material, **criterio estático**.
 7. En ciertos casos o contextos *la idea de validez material suele entenderse como correlativo de: validez moral*. Esto es, que el contenido de una norma jurídica coincide con el contenido de un cierto ordenamiento de moral social o ideal.
 8. Una norma jurídica deja de serlo cuando es **derogada o abrogada**, siguiendo las formalidades que el ordenamiento jurídico prevea. Es decir, por haber incumplido con alguna de las formalidades requeridas para ser válida (validez formal), o porque su contenido contradice al de la norma superior (validez material).
 9. Asimismo, *una norma jurídica puede ser derogada o abrogada cuando es sustituida por una norma o un conjunto de normas nuevas.*

Lo anterior obedece al hecho de que la norma o normas no regulaban adecuadamente la conducta o conductas en la realidad social; esto es, la norma jurídica no resultaba eficaz, por más que seguía siendo válida. Es decir:

una norma puede ser válida jurídicamente pero no ser necesariamente eficaz, o viceversa, ser eficaz pero carecer de validez jurídica

La norma o normas jurídicas que son derogadas o abrogadas resultan expulsadas del ámbito de validez del Derecho, aunque pueden continuar siendo válidas desde el punto de vista moral o social.

10. El que una norma jurídica deje de ser válida significa que ya no pertenece al Derecho, y por lo tanto, que ya no puede ser jurídicamente exigida, que ya no es jurídicamente vinculante. Así, *en el caso de que una norma no sea obedecida voluntariamente por sus destinatarios ya no gozará de la garantía singular que distingue a las normas jurídicas y refuerza su eficacia la coacción institucionalizada.*

1.2.3 Eficacia jurídica, la coacción

62. *Las normas jurídicas* —dada la función original que realizan: hacer posibles los intereses primigenios que la convivencia social permite llevar a cabo, intentando solucionar los conflictos de intereses que ahí, curiosa y contradictoriamente, también surgen— *han de menester de una forma, lo más eficaz posible, garantizar su cumplimiento*. Esto se consigue a través de la que se considera la característica más acusada y singular del Derecho: *la coacción*; es decir, *la posibilidad de aplicar la fuerza que poseen las instituciones para que, en caso de incumplimiento de lo prescrito por una norma, ésta sea efectivamente observada aun en contra de la voluntad de su destinatario*. Para ilustrar lo anterior, volvamos al ejemplo que se empleó tomando como referencia el artículo 114 del *Código Civil del Distrito Federal*.
63. Supongamos que un profesor, preceptor o líder espiritual dirige un sermón a sus discípulos o seguidores. El orador en cuestión les espeta: **"Alumnos, discípulos, seguidores míos, existe una norma fundamental que debe ser observada por todos nosotros si es (pie deseamos ser buenos estudiantes, ciudadanos o creyentes, en suma, seres humanos virtuosos. Dicha norma reza: 'En la relación entre ascendientes y descendientes debe imperar el respeto y la consideración mutuos, cualquiera que sea su estado, edad y condición'. Lo que dicha norma prescribe —acota el referido preceptor— es que debemos ser considerados para con nuestros mayores, valorar su experiencia y conocimiento de la vida. A su vez, es nuestro deber transmitir esa experiencia y sabiduría con dedicación, respeto y afecto a los más jóvenes e inexpertos"**. Es muy probable que los oyentes o incluso el propio preceptor ignoren que la norma moral que éste sugiere como modelo de virtud está también consignada en el *Código Civil*. Entonces, *¿cuál es la ventaja, el valor o la importancia de que dicha norma también se halle prescrita en la normatividad civil, precisamente como una norma jurídica?*
64. La respuesta a esta última pregunta parece bastante obvia después de todas las explicaciones precedentes: el Derecho, en cuanto técnica específica de regulación de conducta social, cumple una función singular. Por lo tanto, al incorporar, entre otras preocupaciones u objetivos, algunos que también comparten, por ejemplo, la moral social o ideal, *lo hace en la inteligencia de garantizar eficazmente su cumplimiento a través, si es necesario, de la coacción*. Y esa eficacia es determinante en la medida que la mayoría de la población, el grupo en el poder o a quien haya correspondido la determinación del contenido de la norma, *considera que su cumplimiento es relevante para hacer posible una cierta forma histórico-social de convivencia y cooperación*.
65. De esta manera, a diferencia de la moral, cuya sanción se limita ya al arrepentimiento o al remordimiento por haberse incumplido y, a lo más, a una amonestación por parte del preceptor moral, amonestación que puede, si se quiere y sin mayores consecuencias prácticas, ser desatendida o ignorada, *con el Derecho la violación de la norma puede acarrear su aplicación forzosa, pasando sobre la voluntad del agente y echando mano de la fuerza que se encuentra en manos de quienes tienen la obligación de aplicarlo*. Norberto Bobbio ha definido con toda razón a las normas jurídicas como *...aquellas cuya ejecución está garantizada por una sanción externa e institucionalizada* " Y continúa diciendo: *"No pretendemos hacer de*

este criterio un criterio exclusivo. Nos limitamos a decir que sirve para circunscribir una esfera de normas que usualmente se denominan jurídicas, quizá en mejor forma que otros criterios.*^M

66. Queda, pues, claro que la coacción del Derecho está directamente relacionado con la búsqueda de su eficacia. Una norma se considera eficaz si es efectivamente cumplida por sus destinatarios y para asegurarse tal cumplimiento el Derecho recurre a la coacción. De hecho, según hemos notado en los ejemplos precedentes, esta característica, la coacción como medio para conseguir la eficacia de las normas jurídicas, es lo que más distingue a éstas de otras normas con la que convive. En este sentido Bobbio se ha expresado: "...lo que caracteriza la norma jurídica respecto de las morales y sociales, es el ser una norma con eficacia reforzada".²⁹
67. Empero, la coacción de la que echa mano el Derecho es distinta de la coacción con que pueden aplicarse, como de hecho sucede, otros códigos de conducta. Ya hemos caracterizado a la coacción, así como a la sanción jurídica como *externas e institucionalizadas*, no obstante, es perfectamente posible encontrar en sociedad pequeños o grandes grupos de personas que también recurren a la coacción para hacer efectivas sus normas. Por ejemplo, piénsese en grupos de delincuencia organizada o pandillas callejeras, los cuales hacen uso de b fuerza para imponer sus decisiones. Conviene entonces que expliquemos con más detalle el conjunto de factores que rodean a la coacción jurídica, para lo cual es insoslayable el estudio de la relación que existe entre Derecho y poder.

CUADRO 1.4 COACCION Y EFICACIA DEL DERECHO

La coacción del Derecho está directamente relacionada con la búsqueda de su eficacia.

i \ s M i § i ;

Una norma se considera eficaz si es electivamente cumplida por sus destinatarios y el Derecho recurre a la coacción, para asegurar tal cumplimiento. En electo, lo que caracteriza a la norma jurídica respecto de las morales y sociales es el ser una norma con eficacia reforzada.

Hay que distinguir la eficacia en este primer sentido, es decir, que la norma sea efectivamente cumplida u observada en la realidad, de la eficacia social de la norma

Una norma es eficaz socialmente si resuelve el problema o el con ficto de intereses para el que fue creada y genera una cierta forma de justicia social, evitando costos de diferente tipo.

1.2.3.1 DERECHO Y PODER POLÍTICO

68. ^{IM} norma jurídica garantiza la efectividad de sus prescripciones, a través de la amenaza del posible uso de la fuerza. La fuerza organizada y legitimada de la sociedad se denomina poder político, esto es, la institucionalización de la fuerza y potencia que, aplicada al cumplimiento de las normas jurídicas, recibe el nombre de coacción. De esta singular manera el Derecho garantiza por vía de la coacción el cumplimiento de sus normas. Por lo tanto, la característica más acusada del Derecho es la coercibilidad, es decir, el reforzamiento de la observancia de las normas jurídicas por medio de la posible utilización de la fuerza socialmente organizada e institucionalizada: el poder.

²⁹Idem

^N Norberto Bobbio. *Teoría general del Derecho*, op. cit., p. 126.

69. Ahora bien, preguntémosnos: *¿Cómo distinguir de manera más precisa entre fuerza y poder? ¿A quién queda encomendada la aplicación de la coacción en el caso de incumplimiento de las normas jurídicas?* Contestaremos a la primera pregunta mediante la explicación que Elias Canetti hace de tales conceptos, para luego resolver a continuación la segunda interrogante.
70. Dice Canetti: *"Con fuerza se asocia la idea de algo que está próximo y presente. Es más coercitiva e inmediata que el poder. Se habla, con mayor énfasis, de fuerza física. A niveles inferiores y más animales, es mejor hablar de fuerza que de poder. Una presa es agarrada por la fuerza y llevada a la boca con fuerza. Cuando la fuerza dura más tiempo se convierte en poder. Pero en el instante crítico, que llega de pronto, en el instante de la decisión y de lo irrevocable, es otra vez fuerza pura. El poder es más general y más vasto que la fuerza, contiene mucho más. y no es tan dinámico. Es más complicado e implica incluso una cierta medida de paciencia. Ixi palabra Machi, poder, deriva de una vieja raíz gótica, magan, que quiere decir 'poder, ser capaz', y no está relacionada en absoluto con la raíz machen: 'hacer'".³⁰*
71. Para el Derecho el poder se manifiesta como la posibilidad de que las normas jurídicas vean garantizado su cumplimiento por vía de la coacción, es decir, la aplicación de la fuerza. Otras normas de conducta social que no sean las jurídicas carecen de esa posibilidad y ven reducida su observancia sólo a la voluntad de las personas. En este sentido, puede afirmarse que las normas jurídicas son juicios normativos dotados de coacción.
72. En este mismo tenor, respecto de **la coacción como característica singular de las normas jurídicas**, se expresa Hans Kelsen: *"Otra nota común de los sistemas sociales designados como 'derecho', es que son órdenes coactivos en el sentido de que reaccionan con un acto coactivo (esto es: con un mal), como la privación de la vida, de la salud, de la libertad, de bienes económicos y otros, ante ciertas circunstancias consideradas indeseables, en cuanto socialmente perjudiciales, en especial ante la conducta humana de ese tipo: un mal que debe infligirse contra la voluntad del que lo padece, inclusive, de ser necesario, recurriendo a la fuerza física, es decir, coactivamente. Que el acto coactivo que funciona como sanción inflige un mal al que lo padece, debe entenderse en el sentido de que ese acto normalmente es percibido por el paciente como un mal." Puede aceptarse que el acto de coacción que funciona como sanción, normalmente será sentido por el*

Elias Canetti. *Masa y poder*, trad. Ilorst Vogel. Muchnik Editores. Barcelona. 1981. p. 7. Más adelante este autor establece con una interesante metáfora la distinción entre fuerza y poder. *Ixi diferencia entre fuerza y poder. Ixi diferencia entre fuerza y poder se puede ejemplificar de manera evidente por la relación entre gato y ratón. El ratón, una vez atrapado, está bajo el régimen de fuerza del gato. Éste lo agarró, lo mantiene apresado, su intención es malicio. Pero apenas comienza a jugar con él. agrega algo nuevo. Lo suelta y le permite correr un trecho. No bien el ratón se vuelve y corre, escapa de su régimen de fuerza. Pero está en el poder del gato el hacerle regresar. Si le deja irse definitivamente, lo ha despedido de su fuerza de poder. Dentro del radio en que puede alcanzarlo con certeza permanece en su poder. El espacio que el gato controla, los vislumbres de esperanza que concede al ratón, vigiéndolo meticulosamente, sin perder su interés por él y por su destrucción, todo ello reunido —espacio, esperanza, vigilancia e interés destructivo— podría designarse como el cuerpo propiamente dicho del poder o sencillamente como el 'jugar mismo'". Véase también, en tomo a la idea de poder la obra clásica de Max Weber. *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, trad. José Medina Echavarría. Juan Roura Parella, Eugenio Linares. Eduardo García Máynez y José Ferrater Mora. FCE. México. 1984. Puede consultarse, en especial, la parte primera de dicha obra, capítulo I. en sus apartados 5, 6 y 7; así como todo el capítulo III de esa misma primera parte dedicada a los tipos de dominación. Igualmente se sugiere el texto de Heinrich Popitz. *Fenomenología del poder*, trad. Paolo Volonté. II Mulino. Bolonia. 1990.*

³⁰ Hans Kelsen. *Teoría pura del Derecho*, trad. Roberto J. Vernengo. UNAM. México, 1986. pp. 46-47.

- que lo sufre como un mal. En este sentido, los sistemas sociales designados como 'derecho' son órdenes coactivos de la conducta humana*
73. Puede afirmarse, según lo anterior, que *los intereses primigenios que aseguran la vida social se regulan por normas jurídicas, cuya obligatoriedad puede ser garantizada hasta por el uso de la coacción con que el poder (fuerza) social cuenta*. No obstante, bien se podría apostillar que **hay normas que sin pertenecer al mundo de lo jurídico pueden hacerse cumplir a través de la fuer./a**. Entonces, cabría cuestionarnos: *¿Toda fuerza social es poder?* De no ser así, como preguntábamos antes: *¿A quién en particular se encomienda su aplicación?*
 74. Por principio, podemos sostener que, desde el punto de vista de los fenómenos jurídicos, *el poder es la fuerza social que puede aplicarse para garantizar el cumplimiento del Derecho, cuyas normas facilitan la convivencia social*. El poder, además, se distingue de otras clases de fuer./a que conviven con él en la sociedad en función de un elemento que es, a la vez, una de sus condiciones esenciales: *el sujeto que lo detenta y lo aplica, es decir, a cargo de quien queda legítimamente encomendado*.
 75. La distinción entre lo coactivo del Derecho y lo coactivo de otras fuerzas sociales (como una banda de ladrones o la mafia, por ejemplo) es establecida de forma acertada por autores como Kelsen, Lumia, Kriele y Hart, entre otros." ¿En qué consiste tal distinción?
 76. Las normas jurídicas prescriben una conducta específica que, de no darse, implicará una sanción que podrá ser impuesta *coactivamente*. Lo prescrito por la norma jurídica y la fuerza con que ésta se impone *está determinado como un deber ser*. En cambio, la acción de un delincuente y la fuerza que impone o con que amenaza a su víctima no pretende ser vista como *"algo debido"*, es decir, como *correcta o justificada*. La persona agredida por un asaltante se ve *forzada a*, y por lo tanto *tendrá que*, mientras que aquella otra coaccionada por el Derecho se verá *obligada a*, y por lo tanto *deberá de*. Dicho en otros términos, la presión física del asaltante podría expresarse en juicios descriptivos y no normativos, como sería el caso del Derecho, *al que le supone legitimado, justificado para exigir un determinado comportamiento*. Es obvio, por supuesto, que también existe una distinción clara entre el *sujeto aplicador de una coacción jurídica* y quien es protagonista de una acción violenta en contra de otra persona. El que las sociedades pudieran depositar en alguien la aplicación y sanción de la norma es producto de un proceso histórico evolutivo del que hay que dar cuenta. Veamos.
 77. Lumia explica qué es dicho **proceso evolutivo** en los siguientes términos: *"Como consecuencia del nacimiento del fenómeno del poder, es característica de los grupos sociales estructurados la institucionalización de la reacción frente a la desviación. Esto no quiere decir que todas las reacciones a cualquier comportamiento desviante estén institucionalizadas: continúan subsistiendo formas no institucionalizadas de reacción al lado de las formas institucionalizadas, las cuales, por lo demás, no afectan a cualquier comportamiento desviante, sino sólo a aquellos*

Ibul. p. 47.

" Véase H. Kelsen. *Teoría pura del Derecho*, op. cu. p. 57 y ss. Giuseppe Lumia. *Principios de teoría e ideología* . op. cu. p. 17 y M. Kriele. *Introducción a la teoría del Estado*, trad. Eugenio Bulygin, Depalma. Buenos Aires. 1980, p. 17 y ss. Véase H. L. A. Hart, *El concepto de Derecho*, trad. Genaro K. Carrió. Aheledo-Perrol. Buenos Aires. 2004, en particular el capítulo V. pp. 99-113.

*comportamientos que amenazan intereses considerados como merecedores de una especial tutela por quienes detentan el poder"}**

78. A su vez, H. L. A. Hart explica el paso de un sistema prejurídico a uno jurídico a través de la idea de que el Derecho es la unión de las que denomina *reglas primarias y secundarias*. Las *reglas primarias* son normas de comportamiento, reglas de conducta, las cuales para **ser eficientes deben ser dinámicas, cambiarse y adecuarse a las necesidades sociales**, a tales efectos es necesario que existan otras reglas o normas, las *secundarias* que hacen posible ese recambio (**reglas de cambio**). Además, es menester que exista un órgano especial con facultades para determinar en forma definitiva, y con autoridad, el hecho de la violación a una norma y el castigo correspondiente; las reglas secundarias que determinan lo anterior son las **reglas de adjudicación**. Finalmente, la regla secundaria que da certeza y permite a la comunidad la identificación incontrovertible de reglas primarias de obligación, es decir las jurídicas, es la llamada **regla de reconocimiento** (*rule of recognition*)."
79. En efecto, lo que con maestría Hart describe y explica es el proceso de **institucionalización** que implica la *discriminación de roles*, esto es, de **funciones sociales**. *A ciertos miembros del grupo social se asigna la tarea de aplicar aquellas normas que son consideradas como obligatorias*, como consecuencia se crea la autoridad. que es la **institucionalización de la función coactiva**. ¹⁰ *institucionalización de la fuerza socialmente organizada da lugar al nacimiento del Estado, en tanto fenómeno cultural e histórico que busca dar respuesta a una problemática social, en este caso, la relativa a) depósito y ejercicio del poder, de la fuerza social que puede aplicarse en el caso de que las normas jurídicas no sean observadas.*
80. La *aparición del Estado aporta nuevos elementos al análisis del Derecho y de su función primigenia*. porque en la medida en que las sociedades se van haciendo más complejas, las normas jurídicas pasan de ser un lenguaje puramente social

¹⁰ Giuseppe Lumia. *Principios de teoría e ideología del Derecho*, op. cit., p. 16.

"El propio Han ha escrito textualmente: "...para hacer justicia a la complejidad de un sistema jurídico, es necesario distinguir entre dos tipos diferentes, aunque relacionados, de reglas. Según las reglas de uno de los tipos, que bien puede ser considerado el tipo básico primario, se prescribe que los seres humanos hagan u omitan ciertas acciones, lo quieran o no. Las reglas de otro tipo dependen, en cierto sentido, de las del primero, o son secundarias en relación con ellas. Porque las reglas del segundo tipo establecen que los seres humanos pueden, haciendo o diciendo ciertas cosas, introducir nuevas reglas del tipo primario, extinguir o modificar reglas anteriores, o determinar de diversas maneras el efecto de ellas, o connotar su actuación, las reglas del primer tipo imponen deberes, las del segundo tipo confieren potestades, públicas o privadas. Las reglas del primer tipo se refieren a acciones que implican movimiento o cambios físicos, las del segundo tipo prevén actos que conducen no simplemente a movimiento o cambio físico, sino a la creación o modificación de deberes u obligaciones" Hart es enfático en señalar que los sistemas prejurídicos, en los que regirían para regular el comportamiento, por ejemplo, normas morales, costumbres, convencionalismos o normas religiosas, tiene tres defectos. El primer defecto es su carácter estático, dado el lento proceso de la moral y la religión para adaptar sus reglas a la evolución y dinámica sociales. Un segundo defecto de los sistemas prejurídicos es su falta de institucionalización para determinar el hecho de la violación a una norma y la sanción, lo que explica las enormes dificultades de los sistemas prejurídicos para hacer eficaces sus reglas de comportamiento y evitar el uso de la fuerza privada y las *vendettas*. Un tercer defecto es la falta de certeza para determinar la validez de las normas jurídicas, su pertenencia al sistema jurídico, la identificación de cuáles son efectivamente tales normas jurídicas. Por eso ante tales circunstancias el profesor inglés escribió: "...el remedio para cada uno de estos tres defectos principales de esta forma más simple de estructura social, consiste en complementar las reglas primarias de obligación con reglas secundarias que son de un tipo diferente. La introducción del remedio para cada defecto podría, en sí, ser considerado un paso desde el mundo prejurídico al mundo jurídico; pues cada remedio trae consigo muchos elementos que caracterizan al derecho: ciertamente los tres remedios en conjunto son suficientes para convertir el régimen de reglas primarias en algo que es indiscutiblemente un sistema jurídico" Cfr. H. L. A. Hart. *El concepto de Derecho*, op. cit., pp. 101. 116-117. respectivamente

—en cuanto medio original de regulación de las conductas (a veces confundido con la moral) que pudieran atentar contra sus intereses primigenios— a ser el *lenguaje del Estado, de la autoridad*. Es decir, *se produce un cambio que hace del Derecho no sólo un lenguaje que prescribe las conductas debidas entre individuos, sino que legitima y justifica los actos de la propia autoridad*.

81. Esta circunstancia tiene una significación mayúscula, ya que los intereses primigenios que protege el Derecho si bien son *originalmente determinados por una necesidad vital y psicológica del hombre en sociedad, tal determinación pasa, con el fenómeno de institucionalización del poder, a la autoridad y al Estado*. L. S. Yavich a este respecto afirma: *"Son principalmente los intereses de aquellos (pie ejercen el poder del Estado los que se expresan en el Derecho. Hasta donde coinciden con los intereses de los miembros de la sociedad y con el interés público depende de la etapa histórica de desarrollo"*.¹⁶
82. Luego entonces, es evidente que *la forma en que se estructura, otorga y determina el ejercicio del poder estatal es condición del tipo de Derecho que cada Estado produzca*. Así, un Estado fascista, autócrata o monárquico, producirá un Derecho de la misma naturaleza, lo mismo que un Estado democrático producirá un Derecho democrático. Nos encontramos así con la *expresión política del Derecho, el Derecho entendido como lenguaje del Estado y el Estado como la forma en que la sociedad, a partir de un momento histórico determinado, institucionaliza el ejercicio del poder*.³⁷
83. El *poder político* se revela, según hemos visto, como **un factor clave en la realización y efectividad del Derecho**, toda vez que gracias a él es posible otorgar a las normas jurídicas su singular característica: la *coacción*. En relación con esto Eusebio Fernández afirma: *"La conexión Derecho-fuerza se ve claramente si la analizamos desde la perspectiva de la relación Derecho-poder soberano o Estado (entendido como el monopolio del uso legítimo de la fuerza)"*.** Analicemos, entonces, tal relación.

1.2.3.2 ESTADO Y SOBERANÍA

84. Antes se calificó el poder del Estado como *soberano*. ¿Qué es, entonces, la **"soberanía"**? ¿Hay algún tipo de *relación* entre este concepto y el de Derecho? ¿Esta relación existe entre *soberanía* y *legitimidad* y, por consecuencia, entre ambos conceptos y el Derecho? Hagamos un sucinto repaso de los orígenes del concepto **"soberanía"**, porque allí se encuentran algunas de las respuestas.
85. La *soberanía* como propiedad o característica asignable al poder del Estado ha sido objeto de múltiples estudios." La generalidad de los autores la explica como la nota distintiva del mismo en relación con otras fuerzas sociales con las que con-

¹⁶ L. S. Yavich. *Teoría general del Derecho. Problemas sociales y filosóficos*. Irad Alejandra Arroyo M. Sotomayor. Nuestro Tiempo. México. 1985. p. 242.

³⁷ Cfr. Alessandro Passenn D'Entreves. *Ixi doltrina dello stato*, G. Giappichelli Editore. Turín. 1967.

Eusebio Fernández García. *Teoría de la justicia y derechos humanos*. Debate. Madrid. 1987. pp. 23-24.

^{**} Sobre el tema de la soberanía la literatura es abundante, aquí se sugiere para efectos de consulta sobre vanadas posturas teóricas, las siguientes obras: Felice Battaglia. *Estudios de teoría del Estado*, trad. Elías Díaz, y Pedro de Vega. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia. Madrid. 1966; Hennann Heller. *¿La soberanía?*, trad. Mario de la Cueva. UNAM. México. 1965; *Teoría del Estado*, trad. Luis Tonbio. Sección de Obras de Ciencia Política. FCF, México. 1982; Francisco Porrua Pérez. *Teoría del Estado*. Porrúa. México. 1982; André Haunou. *Derecho constitucional e instituciones políticas*. trad. J. González Casanova. Ediciones Ariel, Barcelona. 1971.

vive. El poder soberano es el poder por excelencia, el poder mayor dentro de un ámbito geográfico, cultural y temporal determinado.

86. El concepto "**soberanía**" alude, entonces, a la fuerza de imposición del poder estatal.*" fuerza de imposición sin la cual las normas jurídicas no podrían hacerse coactivas. Tal circunstancia es la que explica la relación entre soberanía y Derecho. Ha de subrayarse que éste es el concepto actual de "**soberanía**", derivado de uno que, en principio, poseía un carácter más absoluto.
87. La idea de soberanía (*souveraineté*) tiene orígenes históricos remotos," aunque su desarrollo sistemático se debe a Jean Bodin,⁴¹ quien con esta teoría trata de ofrecer una solución a la grave descomposición que sufría el poder monárquico francés del siglo xvt. Pedro Bravo Gala acota: "*Se trataba, finalmente de una crisis política que, en virtud de causas diversas, comprometió el poder real en manos de partidos y facciones, con la consiguiente desintegración de la autoridad*".⁴³
88. Ante este reto y en el marco de una guerra entre dos facciones religiosas, los hugonotes y los cristianos, de una virulencia tal que amenazaba con diluir el poder de los reyes franceses, un grupo de juristas, intelectuales e historiadores, llamados a sí mismos los *politiques* (*potinques*), pensaban que "...la superación de la crisis y, por consiguiente, la vía de la salvación, sólo podía encontrarse en la constitución de una instancia inapelable capaz de instaurar y asegurar la concordia y la paz" "
89. Los *politiques*, a quienes pertenecía Bodin, sostenían que el objetivo fundamental era terminar con la guerra religiosa, estableciendo la paz como condición clave para poder llevar a cabo cualquier otra actividad humana en sociedad incluida, por supuesto, la profesión y el ejercicio de una determinada fe religiosa. De esta forma, la doctrina de la soberanía perseguía fortalecer la autoridad de los reyes, a un grado tal que permitiera hacer efectivas sus decisiones. Dicha autoridad estaba cuestionada por otros poderes con los cuales convivía, como el de los estamentos y el de las ciudades. **Son éstas las vicisitudes de un poder no soberano.** "*En la práctica —dice Kriele— se trataba de que el ejército real fuera lo suficientemente fuerte para poder imponerse a ambos partidos en guerra para forzar la paz. Para este objetivo era necesario crear una base de lealtad suficientemente fuerte que todas las ataduras feudales y mercenarias. este objetivo servía la doctrina de la soberanía,*"⁴⁵
90. La base teórica que sustenta la doctrina de la soberanía de Bodin es la siguiente: la razón impone reconocer la estructura jerárquica de los intereses d* abajo arriba Por lo tanto, lo primero es consentir la vida, lo cual no es posible sin la paz. como convivencia civilizada que garantiza la supervivencia. Una vez satisfechas estas primeras condiciones, se hacen relevantes las conveniencias para la

⁴⁰ Clr. M. Kriele: *Introducción a tu teoría* ... o/> t il . p. 13.

⁴¹ Ksenbe Pedro Bravo Gala en su estudio preliminar a los *Seis libros de la República* de Bodino, que "...a fui de no exagerar la 'novedad' de la aportación bodimana, es preciso llamar la atención sobre un fm de hechos Con anterioridad al siglo xv. puede señalarse va. tanto el uso del vocablo 'soberanía' —aunque en un sentido diferente como la existencia misma del concepto, si bien expresado a través de otras palabras. En efecto a partir del siglo XII. hallamos, especialmente en los textos que orquestaron la polémica entre la Iglesia y el Imperio, conceptos tales como **auctoritas** y **potestas**. que encierran algunas de las nociones que habían de ser expresadas más tarde por el término **souveraineté**". Clr Jean Bodin, *Los seis libros de la República*, trad. Pedro Bravo Gala. Tecnos, Madrid. IW2. p LVII

Cfr. *Idem*.

⁴³ Pedro Bravo Gala (estudio preliminar). *Seis libros de la República*, op. cu . pp XII-XIII

⁴⁴ *ibid.* p. xrn.

⁴⁵ M. Kriele, *Introducción a la teoría* . op. cit.. p. 58

vida (construcción de herramientas, medicinas, etcétera). Una vez logrado esto el hombre puede dedicarse al cultivo de las ciencias y, claro, de la religión."

91. La **doctrina de la soberanía** afirmaba que *la única manera en que el poder era capaz de concitar y crear una base de lealtad suficiente, que lo pusiera por encima de los otros poderes, era situando en lo social la satisfacción de los intereses fundamentales como primigenia (la ética de la política), pues la jerarquía de los valores era propia de la ética individual* misma que no podía, sin graves perjuicios, ser trasladada íntegramente al ámbito social. Sólo de ese modo —según Bodin— era posible crear una *lealtad política* que garantizara la paz y no tuviera que imponer, a costa de ella, los valores morales de un grupo.
- M2. Con base en esa argumentación Bodin definió la soberanía como *Majestas est summa in cives ac subditos legibusque soluta potestas* ("...el **poder absoluto y perpetuo de una república**").⁴ Es evidente que este concepto original de "**soberanía**" "...no limitada, ni en poder, ni en responsabilidad, ni en tiempo" **está superado**.
93. A partir de la modernidad y democratización del Estado, se comprende como poder soberano: *el superior* por supuesto no absoluto— *en un espacio y tiempo determinado*. Más aún, en términos democráticos —acuñados un par de siglos después al calor de la Revolución francesa— *la soberanía reside originalmente en el pueblo*; sólo en este sentido podría ahora referirse a un poder absoluto y perpetuo, lo cual fue excluido de la idea primera de Bodin.¹¹ Así las cosas, vistos los orígenes y finalidades de la idea de *soberanía*, procedamos a esbozarla en términos de su **vinculación con el Derecho y el Estado**:
94. *Soberanía es poder que se manifiesta en dos direcciones distintas*, según se exprese "*Inicia afuera*" o "*hacia adentro*" del Estado. En tal virtud, cabe hablar de:
 - 4.) **Soberanía interna**. La *capacidad* de que goza el Estado para actuar legítimamente. Esta capacidad, a su vez, entendida como *poder*, adquiere dos sentidos:

" *Idem*

" Jean Bodin (estudio preliminar), *Los seis libros de la República*. <>/> cit., p. 47

"*Ibid.* p. 49.

" Decía BIKIII respecto de las características del concepto soberanía: "Es necesario definir la soberanía, porque pese a que constituye el tema principal y que requiere ser mejor comprendido al tratar de la república, ningún jurista ni filósofo la ha definido todavía. Habiendo dicho que la república es un cierto gobierno de varias familias, y de lo que les es común, con poder soberano, es preciso ahora aclarar lo que significa poder soberano. Digo que este poder es perpetuo, puesto que puede ocurrir que se conceda poder absoluto a uno o varios por tiempo determinado, los cuales, una vez transcurrido éste, no son más que súbditos. Por tanto, no puede llamarse príncipes soberanos cuando ostentan tal poder, ya que sólo son custodios o depositarios, hasta que place al pueblo o al príncipe revocarlos. Es éste quien permanece siempre en posesión del poder. Del mismo modo que quienes ceden el uso de sus bienes a otro siguen siendo propietarios y poseedores de los mismos, así quienes conceden el poder a la autoridad de juzgar o mandar, sea por tiempo determinado y limitado, sea por tanto tiempo como les plazca, continúan, no obstante, en posesión del poder y la jurisdicción, que los otros ejercen a título de préstamo o en precario. Por esta razón, la ley manda que el gobierno del país, o el lugarteniente del príncipe, devuelva una vez que su plazo ha espirado, el poder, puesto que sólo es su depositario o custodio. En esto no hay diferencia entre el gran oficial y el pequeño. De otro modo, si se llamara soberanía al poder absoluto otorgado al lugarteniente del príncipe, éste lo podría utilizar contra su príncipe, quien sin ella nada sería, resultando que el súbdito mandaría sobre el señor y el criado sobre el amo. Consecuencia absurda, si se tiene en cuenta que la persona del soberano está siempre exenta en términos de derecho, por mucho poder o autoridad que dé a otro. Nunca da tanto que no retenga más para sí. Tampoco es excluido de mandar o de conocer por prevención, concurrencia o evocación, o del modo que quisiera, de las cosas que ha encargado a su súbdito, sea comisario u oficial, a quienes puede quitar el poder atribuido en virtud de su comisión u oficio, o tolerarlo todo el tiempo que quisiera" *Ibid.* pp. 47-48.

- *Soberanía como poder pleno. Es la fuerza mayor dentro de un ámbito geográfico, cultural y temporal determinado; fuerza reconocida y capaz de imponerse a los otros poderes con que convive;*
- *Soberanía como poder dinámico. Es la capacidad de ser fuente formal del Derecho y hacer efectiva la obligatoriedad de las normas jurídicas a través de la coacción.*

B) **Soberanía externa.** Entendida como *capacidad* (poder) para conducirse con *independencia* (no arbitrariedad) y ser tratado como *igual* en el ámbito internacional.

1.2.3.3 DERECHO Y LEGITIMIDAD

95. Ya en este punto sólo nos restaría responder a esta pregunta: *¿Qué relación existe entre soberanía y legitimidad por una parte, y soberanía, legitimidad y Derecho por la otra?* "Legitimar —expresa con claridad Elias Díaz— es justificar, tratar de justificar y —hablando de cuestiones políticas— tratar de dar razón de la fuerza (en este caso de la que está detrás del Derecho y del Estado) por medio de la razón o de su valor —presunto o real— alegando y probando, pues, las posibles razones de la razón."⁵⁰
96. El *poder soberano* requiere necesariamente de una *justificación*. ¿Por qué? Porque dicho poder no podrá imponer sus decisiones si no goza de una base mínima de aceptación, de voluntad, del querer ser obedecido en virtud de considerársele justificado. La legitimidad, sostiene Levi, es "... aquel atributo del Estado consistente en la existencia en una parte relevante de la población de un grado de consenso tal que asegure la obediencia sin que sea necesario, salvo en casos marginales, recurrir a la fuerza. Por lo tanto, todo poder trata de ganarse el consenso para que se le reconozca como legítimo, transformando la obediencia en adhesión".
97. En efecto, la *legitimidad* como *justificación del poder político* hace del Derecho por extensión un *lenguaje legitimado*, cuyas normas prescriben conductas o comportamientos sociales dotados de *validez [formal y material]*, comportamientos que de no ser asumidos u omitidos pueden justificadamente —gracias a dicha legitimidad— imponerse coactivamente, haciendo uso de la fuerza que el poder soberano les otorga. Es evidente que sólo un Estado dotado de legitimidad puede hacer uso de la fuerza para imponer sus decisiones, traducidas en Derecho, *sin ser cuestionado*

⁵⁰ Elias Díaz. *De la maldad estatal y la soberanía popular*. Debate. Madrid, 1984, p. 21.

⁵¹ Lucio Levi, voz Legittimità, en *Dizionario di Politica*. Norberto Bobbio e Nicola Matteucci (dir), Gianfranco Pasquino (redactor). Unione Tipografico-Editrice. Turin, 1976, pp. 520-523. Hay versión en español de Siglo XXI. Madrid. 1983.

⁵² Tan fundamental es, pues, la relación entre estos conceptos que, dice Kriele: "Cuando se conmueve el fundamento de la legitimidad del poder del Estado, surge la resistencia pasiva y activa, la negación de obedecer las normas jurídicas, el sabotaje, y finalmente la polarización total y la guerra civil, que desemboca en el sometimiento de un bando por el otro, es decir, el terror, en la guerra civil con métodos policiales. La soberanía del Estado depende de su legitimidad, y la legitimidad fundamenta su soberanía". Véase M. Kriele, *Introducción a la teoría... op. cit.* p. 13. Sobre el tema de la legitimidad y la estabilidad del poder político puede consultarse el trabajo de Ernesto Garzón Valdés. "Acerca del concepto de legitimidad", en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 5; Instituto de Derechos Humanos. Facultad de Derecho. Editorial de la Universidad Complutense de Madrid. Madrid. 1988-1989, pp. 343-366. En general sobre el lema de la legitimidad, donde la bibliografía es abundante, se sugiere la consulta, en el tenor de la legitimidad por nosotros manejado, de Elias Díaz. "Legitimidad democrática versus legitimidad positivista y legitimidad lusnaturalista", en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. I; Instituto de Derechos Humanos. Facultad de Derecho. Editorial de la Universidad Complutense. Madrid. 1981-1982; "La justificación de la democracia", en *Sistema*, núm. 66, mayo. Madrid. 1985; Jürgen Habermas. *Problemas de*

98. En suma y con base en la ya explicada relación *Derecho-poder-soberanía-legitimidad*, puede señalarse que:

- a) El *poder soberano* del Estado hace posible que las *normas jurídicas* puedan contar con la *fuerza necesaria* para, en su caso, *garantizar su cumplimiento*. La *soberanía* es así la *fuerza de imposición* con que cuenta dicho Estado. El *Derecho*, a su vez, el *medio, el instrumento que utiliza —legítimamente— dicha fuerza*.
- b) La *legitimidad* otorga las *razones que justifican al poder y a sus normas jurídicas*. Por lo tanto, la *legitimidad* afecta al poder político y al Derecho, pues se convierte en *justificación de ambos*.
- c) La *legitimidad transforma la relación Derecho-fuerza en Derecho-poder*, o sea, el *Derecho como norma de conducta que se considera justificada por los gobernados y que en caso de incumplimiento puede hacerse efectiva por medio de la coacción*, sin que ello afecte la *estabilidad política del Estado*.
- d) Es obvio, entonces, que la *obligatoriedad del Derecho no puede apoyarse en la coacción, en la fuerza de imposición* que la soberanía hace posible, es necesario que las *normas jurídicas estén dotadas, tanto de validez formal (que éstas hayan sido producidas por órganos o sujetos facultados o capaces, y de acuerdo con los métodos previstos por el Derecho) como, de validez material (es decir, un sustento o motivación en criterios de corrección o de justicia que las haga obligatorias)*. Esto permite distinguir también a las normas jurídicas de otras normas con las que convive en sociedad y de otras relaciones de fuerza como, por ejemplo, la exigencia de un delincuente o de un grupo de mafiosos, que puede imponer a alguna persona sus deseos, y en casos ocasionales la adopción de ciertos comportamientos a través de la fuerza. La fuerza aplicada por los delincuentes no es (considerada) ni soberana ni legítima, es fuerza "pura" que, en consecuencia y valga la redundancia, *fuerza, no obliga*, que implica un "tener que" y no un "deber". *Es mandato eficaz aunque carente de validez*.
- e) De tal guisa, la coacción que acompaña a las normas jurídicas dota al Derecho de *eficacia*, mientras que la *validez* (formal y material, por supuesto) dota al Derecho de *obligatoriedad*.

legitimación en el capitalismo tardío, trad. José Luis Etchevenry. Amorrortu editores. Buenos Aires. 1973; LEGITIMACY/ t.F.GITIMITE; (Proceedings of the Conference held in Florence. 3 y 4 de junio de 1982); Edited by Athanasios Moulakis. Senes C. Political and Social Sciences. European University Institute. Walter de Gruyter. Berlin-Nueva York. 1986; Raúl Hernández. Vega. *Problemas de legalidad y legitimación en el poder*. Universidad Veracruzana. Xalapa. 1986; León Olivé. *Estado, legitimación y crisis*. Siglo XXI Editores. México, 1985.

" Es en relación con esta circunstancia que Ronald M. Dworkin ha escrito: "*Decir que alguien tiene una 'obligación legal' equivale a afirmar que su situación está comprendida en una norma legal válida que le obliga a hacer algo o a abstenerse de hacerlo. (Decir que tiene un derecho legal, o un poder legal de la clase que sea, o una inmunidad o un privilegio, es afirmar, reticentemente, que otros tienen obligaciones legales, reales o hipotéticas, de obrar o de abstenerse en determinados sentidos). En ausencia de la norma legal válida, no hay obligación legal.*" Posteriormente, Dworkin amplía la idea de obligatoriedad en el mismo sentido señalado por nosotros: "*Cuando una persona está sometida a una norma, se halla obligada no se ve obligada por simple coacción— a hacer lo que esa norma ordena: de ahí la diferencia entre estar sujeto a una norma y exponerse a un daño si se incumple una orden. Una norma difiere de una orden, entre otras cosas, por ser normativa, por establecer una pauta de comportamiento que entraña una exigencia sobre el objeto que trasciende de la posible amenaza para asegurar su cumplimiento. Una norma no será jamás obligatoria por el mero hecho de que una persona dotada de poder material así lo desee: esa persona ha de tener autoridad para emitirla o no habrá tal norma, y dicha autoridad sólo puede provenir de otra norma que obligue a las personas a quienes se dirige. Ésa es la diferencia entre una ley válida y las órdenes de un pistolero.*" Véase "*¿Es el Derecho un sistema de normas?*", irad. Javier Sáinz de los Teneiros, *Filosofía del Derecho*. Ronald M. Dworkin (comp.). FCE, Breviarios, México. 1980. pp 76. 80-81

f) La **validez del Derecho**, es decir, su *obligatoriedad*, radica en la *consideración de que su presencia y su obsen-ancia garantizan algo bueno y valioso, es decir, justo*. En una primera aproximación tai valor está dado porque el *Derecho facilita la convivencia social, asegurando, gracias al orden que su normatividad coactiva procura, la realización de intereses primigenios, principios o valores que como contenido de la justicia constituyen el fundamento y el objeto de la vida en sociedad*. Nos hallamos en presencia del *valor de lo jurídico, del valor del Derecho y, por ende, ante la razón de ser del Derecho, la justicia*.

1.3 Los valores del Derecho y la justicia

99. Es importante hacer hincapié en que al plantear la explicación de la *función original del Derecho*, se trata de mostrar al *fenómeno jurídico del modo como primero aparece y se presenta a la experiencia humana*, es decir, *en cuanto hecho social y creación cultural gestada y vivida en sociedad*. Queda claro que la *función original del Derecho* en cualquier grupo humano *consiste en facilitar una convivencia que garantice la satisfacción de ciertas necesidades, lo cual sólo es posible en medio de una relación social ordenada y pacífica, regulada y asegurada por ciertas reglas que la hagan realidad*. Estas reglas especiales de conducta social, diferentes de la moral o los convencionalismos sociales, se estructuran con base en un *sistema de normas coactivas* que conforman el Derecho.
100. El *interés* que mueve las acciones humanas surge de la *conveniencia por satisfacer una necesidad o un deseo*. El *interés* es *objetivación de la ventaja o provecho que la satisfacción de esa necesidad o deseo nos aporta*. Sin embargo, es preciso subrayar que aquí se utiliza el concepto "interés" no en el sentido que le otorga el subjetivismo valorativo, como reacción directa y sin intermediaciones, que se reduce a un "me agrada" o "no me agrada", sino a la opinión que un sujeto se forma de la *conveniencia* de algo, opinión con carácter intelectual que considera razones o motivos.⁵⁴
101. En cambio, el concepto "**valor**" corresponde al mundo de la Ética y, concretamente, al de la Axiología." *Cuando se habla de un valor se alude a un bien moral, es decir, a ideas o criterios (ideales) que nos permiten discriminar en la realidad entre lo que es bueno y malo, correcto e incorrecto, la fealdad de la belleza, lo útil de lo nocivo, lo agradable de lo desagradable*. Los valores están relacionados con los distintos ámbitos de la vida humana, en tal medida *es dable hablar de valores económicos, religiosos, estéticos y, por supuesto, jurídicos*. "Por ser una *realidad cultural* —opina Jaime Brufau— *el derecho es una realidad de sentido y, por tanto, orientada hacia la realización de un ideal valioso*."⁵⁵
102. Los valores, según Frondizi, *surgen de la relación entre el sujeto y el objeto —individual o colectivo—, la que otorga a dicho objeto una cualidad estructu-*

⁵⁴ Cfr. Risieri Frondizi, *Introducción a los problemas fundamentales del hombre*. FCE., Madrid. 1977. p. 503.

⁵⁵ Para obtener una visión introductoria y general sobre el problema de los valores véase Gustavo Escobar Valen/uela. *Ética. Introducción a su problemática y su historia*. McGraw Hill/Interamericana de México. México. 1985. pp. 84 y ss.; y Risieri Frondizi. *¿Qué son los valores? Introducción a la axiología*. FCE. México. 1972.

* Jaime Brufau Prals. *Teoría fundamental del Derecho*. Tecnos. Madrid. 1970. p. 6(v)

ral empírica (Gestaltqualität) —cualidad⁵⁸ que se da en una situación humana concreta. pues los valores dependen de las necesidades y éstas, a su vez, varían según los cambios económicos, sociales y políticos. La jerarquía de los valores, en consecuencia, es también situacional y compleja, no lineal. Los valores sirven de fundamento a las normas éticas y éstas, lo mismo que las jurídicas, son situacionales. En suma, el valor es el resultado de la relación entre el sujeto y el objeto, y ofrece, por tal razón, una cara subjetiva y otra objetiva.⁵⁹ Los valores, de esta suerte, se traducen en cosas o conductas que estimamos —valga la redundancia— valiosas, buenas moralmente para nuestra vida y funcionan como parámetros para calificar nuestras acciones u omisiones, tal calificación puede aludir también a una institución o un fenómeno social como el Derecho.

103. ¿En qué se distingue entonces un interés de un valoré? En principio, opina Frondizi: *"Quien hace equivaler el valor a interés tendrá que abandonar esa interpretación si se muestra que hay intereses que no otorgan valor a un objeto o, por el contrario, que hay objetos valiosos que no suscitan interés"*⁶⁰. El interés contribuye a dar origen al valor, pero éste no se agota en el interés. Asimismo, el valor precede moralmente al interés, toda vez que mientras el hecho de satisfacer un interés nos aporta siempre un provecho, cumplir con un valor puede aportarnos inclusive un perjuicio de distinta índole, como el económico o el social. Hay ejemplos muy ilustrativos de lo anterior: el ayuno es para algunas religiones un valor que se sobrepone a la necesidad de alimentarse, del interés de hacerlo. Quien ayuna puede provocar perjuicios a su salud, de hecho, un ayuno prolongado puede ocasionar la muerte. Sin embargo, por encima y aun en contra del interés primigenio de sobrevivir o alimentarse, se imponen valores como la purificación del alma que pretende alcanzarse a través del ayuno. Por otra parte, los valores pueden o no realizarse, el hecho de su realización no afecta su fuerza moral.
104. Otro ejemplo es claro: la honradez y la honestidad son valores morales apreciados por la mayoría de las personas. Empero, a pesar de que en la sociedad haya personas deshonestas ello no significa que la honestidad no exista, que sea menos importante o que no pueda darse. Recaséns Siches apunta al respecto: *"...la efectiva realidad de algo no implica la garantía de que ese algo sea valioso: el hecho de que algo sea, de que esté allí, no implica que por eso tal algo encarne un valor: puede representar precisamente la negación de un valor, esto es, un desvalor o antivalor."*⁶¹

⁵⁸ "El valor —explica Frondizi— no es una estructura, sino una cualidad estructural. Una catedral gótica, una orquesta sinfónica, una estatua, son estructuras. Pero bueno, bello, mil, agradable, no tiene ese carácter. Son < cualidades, adjetivos. La noción de 'cualidad estructural' nos permite comprender lo que el valor depende de las cualidades descriptivas. No se puede reducir a la suma de ellas. Esto se debe a que la relación del concepto es lo fundamental. Se lo advierte en un paisaje, un arreglo floral, un ballet, un gobierno, una persona. En otras palabras, el valor emerge de una determinada relación de cualidades descriptivas. Un error consiste en intentar reducirlo a una cualidad descriptiva o a la suma de ellas; el otro, transferirlo a un mundo no empírico, como si lo bello o lo bueno dependieran de esencias celestiales. Véase Introducción a los problemas..., op. cit. pp. 543-544.

⁵⁹ También Gregorio Peces-Barba concibe a los valores como "cualidades de los objetos". Véase Los valores superiores. Técnicos. Madrid, 1982, p. 53. Sobre el tema puede consultarse asimismo José María Rodríguez Panagüa, *La ética de los valores como ética jurídica*, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1972.

⁶⁰ Risieri Frondizi, *Introducción a los problemas...*, op. cit. p. 537.

⁶¹ *Ibid.*, p. 508.

⁶² *Idem.*

105. Finalmente, respecto de la distinción entre *interés* y *valor*, cabe apuntar que a este último se asignan ciertas *características*⁶² que lo singularizan e identifican, algunas de las cuales, como podrá deducirse, no es posible se asignen al concepto de "interés". Por esto, al concepto "**valor**" corresponden las notas de:

Dependencia (no existen por sí mismos. requieren de un depositario, que es el bien; los valores son cualidades de los bienes —la belleza es el valor, una pieza de música, una pintura son el bien respecto del cual se predica aquélla);

Polaridad (encierra dos opuestos -bien / mal, belleza / fealdad);

Jerarquía (poseen una gradación; hay valores superiores e inferiores).

Por ello, precisamente, "(...) *Un valor no es simplemente una preferencia, sino una preferencia que se cree o se considera justificada —ya sea moralmente, como fruto de un razonamiento o como consecuencia de un juicio estético aunque por lo general se compone de dos o tres de estos criterios o de la combinación de todos ellos—*"⁶³

106. El Derecho, con su sola aparición y presencia en sociedad, al cumplir una función, adquiere un *valor*? El *valor de lo jurídico*, entonces, *está dado inicialmente por lo que el Derecho aporta a la vida social*. Consecuentemente, es dable afirmar que *el Derecho, por sí mismo, en cuanto conjunto de normas jurídicas, encarna y propicia ciertos valores, ciertos bienes propiamente jurídicos, sin los cuales sería imposible cumplir su función original*, a saber, la de facilitar la convivencia social que asegure intereses primigenios. Felipe González Vicén ha afirmado a este respecto: "*El Derecho como ordenamiento de conducta crea ya de por sí toda una serie de valores —lo que Fuller llama the morality of law— que son otras tantas razones para su cumplimiento*"⁶⁵

⁶²Cfr. Gustavo Escobar Valenzuela. *Ética. Introducción a su problemática...*, op. cit., pp. 94-98. García Máynez refiriéndose al racionalismo axiológico de Heinrich Henkel otorga a los valores las siguientes características (*relaciones*): los valores están en conexión esencial con un sujeto, sólo existen como valores "para alguien", para quien pueda experimentar su valiosidad. existe una conexión esencial entre el valor y su portador, pues un valor sólo adquiere vigencia cuando es portado por un objeto real, por ejemplo, los valores vitales como la salud, la fuerza física, etcétera, tienen como portadores a los seres vivientes; hay también una conexión esencial entre lo valioso y determinadas situaciones vitales, por ejemplo, la honradez o la valentía de un hombre sólo puede manifestarse en una situación determinada, y ésta condiciona no únicamente la aparición del valor sino que determina su altura jerárquica; los valores reaccionan tomando decisiones en una situación dada, lo que supone una elección de carácter axiológico. Véase Eduardo García Máynez, *Filosofía del Derecho*. Porrúa, México. 1980, pp. 432-434

⁶³Clyde Kluckhohn, "**Value and Value Orientations in the Theory of Action**". *Toward a General Theory of Action*. Talcott Parsons and Edward A. Shils, Harvard University Press, Cambridge, Mass. 1971, p. 396. Para O. Machotka, *el valor es un conjunto interiorizado de principios sustentados en función de su moralidad. Los principios permiten al individuo Luloptar una conducta previsible y metódica, con plena conciencia de sus actos y una sensación interior de corrección*. Cfr. Otakar Machotka, *The (In)conscious in Social Relations*. Philosophical Library, Inc., Nueva York. 1964, pp. 221 y ss.

⁶⁴Aristóteles ha dicho al respecto: "...en el plano de las relaciones sociales o políticas entre los hombres, no se puede hacer nada sin que haya en el hombre un carácter o cualidad moral". Véase **Gran ética**, trad. Francisco de P. Samaranich. Aguilar. Madrid. 1973, p. 1314

Felipe González Vicén. **La obediencia al Derecho. Una anticrítica**", en *Sistema*, núm. 65. Madrid, marzo de 1985, p. 103. El mismo autor, refiriéndose a las razones que el propio Derecho aporta para su observancia, agrega que: "*Una de estas razones es que el Derecho hace posible la certeza de las relaciones humanas en la convivencia, como lo es también que por el Derecho posee un ámbito de acción social definida y protegida eficazmente, como lo es, en fin, el llamado principio de fairness. tan en boga en el pensamiento jurídico anglosajón a partir de Rawls: si gozamos de la ventaja de una sociedad organizada, debemos también cumplir sus exigencias, si el cumplimiento de las normas jurídicas por parte de los demás me liace posible el disfrute de ciertos derechos, es un imperativo del fair play que yo también cumpla las normas que hacen posible el disfrute de sus derechos a los demás. Al Derecho hay que obedecerlo por estas y otras razones, pero lo que ninguna de ellas nos dice, es que haya un fundamento ético para la obediencia al Derecho*".

107. Los bienes o valores que el Derecho con su sola presencia aporta, constituyen el ya mencionado *valor de lo jurídico, el valor del Derecho*. Dichos valores *los contiene todo sistema jurídico normativo*, independientemente de cualquier ulterior consideración moral, como más adelante señalaremos. Es decir, se trata de *valores* que la sola presencia del Derecho comporta, a saber: el *orden*, la *seguridad* y la *igualdad jurídicos*.

1.3.1 Orden jurídico

108. El Derecho, como conjunto de normas jurídicas, instaura o procura un *orden* determinado. Con ello quiere decirse que la presencia de lo jurídico implica la sistematización de conductas sociales, cuáles de éstas deben adoptarse, cuáles omitirse. El *orden jurídico* es el primero de los valores, de los bienes que la presencia del Derecho asegura en sociedad. De ahí que al Derecho también se le identifique con la idea de *ordenamiento jurídico*,^{6A} Bobbio califica a esta *labor ordenadora* como la *función estabilizadora del Derecho*, respecto de la cual expresa: "*Dentro de la mutación histórica, el derecho representa aquello que detiene el movimiento, que lo canaliza y solidifica; en la variación de las acciones humanas representa la determinación de un orden*".⁶⁷
109. El *orden jurídico* implica la existencia de un *conjunto sistematizado y jerarquizado de normas*, es decir, de prescripciones obligatorias y coercibles que deben ser observadas por los miembros de la sociedad. Dicho orden delimita *instancias y competencias*, es decir, el ámbito concreto de lo que la autoridad debe hacer o debe abstenerse de hacer y con qué límites. Obviamente, *adscribe los caracteres y condiciones para ser autoridad*, para *producir y decir el Derecho* (institucionalidad). Todo ello, a través de un sistema normativo, o sea, *un conjunto de normas coherentemente articuladas*, o sea, *jerarquizadas, entrelazadas e interactuantes*, aquello que Hart denominaría, según vimos antes el "*Derecho como unión de normas primarias*" (las que imponen deberes) y "*normas secundarias*" (de reconocimiento, cambio y adjudicación).⁶⁸
- I 10. Ahora bien, *el valor de la función ordenadora del Derecho implica la generación de paz social* El Derecho como orden es también *la renuncia al uso de la fuerza para dejar su monopolio en manos de la autoridad*, a efecto de que los conflictos sociales sean resueltos *por vía de lo previsto por las normas jurídicas*. Exclusivamente en casos extraordinarios como el de la legítima defensa, el Derecho tolera la autocomposición, la "justicia por propia mano", en todos los

** Aftalión y Vilanova señalan: "*El ordenamiento jurídico tiene cierta estructura. Las normas se interrelacionan en forma tal que algunas comparten un mismo plano jerárquico, mientras que otras están en relación de subordinación respecto de normas 'superiores'*". El conjunto de normas integran un '*sistema normativo en el cual unas normas se fundan o derivan de otras*'. Cfr Enrique R. Aftalión y José Vilanova. *Introducción al Derecho*. Aheledo-Perrot. Buenos Aires. 1992. p. 507.

D. D. Raphael ha escrito sobre el orden jurídico que: "*La ley existe ¡Hira mantener el orden en la sociedad. Cuando se juzga a los delincuentes de acuerdo con el derecho penal, la intención es conservar la sociedad y la forma en que es regulada. La sociedad es muy estructura de trabajo que depende de seguir reglas*". Véase *Filosofía moral, op. cit.* p. 152.

"Norberto Bobbio. "**Formalismo jurídico**", trad. Ernesto Garzón Valdés. en *El problema del positivismo jurídico*. Distribuciones Fontamara. México, 1992. p. 33.

"Cfr. H. L. A. Hart. *El concepto, op. cit.* pp. 116-117.

demás el ordenamiento jurídico tiende a prestar los modelos para la solución de controversias o, en su defecto, los criterios interpretativos o *jalegradores* para que el juez señale, con carácter obligatorio, a quién corresponde el mejor derecho poniendo a su disposición, entonces sí, la fuerza legitimada de la autoridad para hacerlo efectivo.

1.3.2 Seguridad jurídica

111. El segundo valor que el Derecho genera y aporta a la sociedad es la *seguridad jurídica*. Esto es, la *certeza o posibilidad de predicción con que cuenta el gobernado para saber qué conductas son jurídicamente debidas y cuáles no*. Gracias al Derecho, en las sociedades se establece claramente *el margen entre lo jurídico y lo no jurídico* y, por lo tanto, se *distingue entre las acciones u omisiones que pueden ser reprimidas coactivamente de aquellas que no pueden serlo*. Es decir, que la presencia de lo jurídico hace posible *discriminar entre conductas indebidas desde el ámbito religioso, la costumbre o los convencionalismos sociales y las que lo son por virtud de la normatividad jurídica*. Es factible que al ámbito del Derecho se trasladen algunas de las normas de los otros sistemas, dotándoseles de coacción, pero antes tales normas deberán asumir el proceso y forma que el ordenamiento jurídico en cuestión señale, dotándolas, según sabemos, de *validez formal*. Por eso, *a ninguna norma ajena al sistema jurídico puede dársele de sanción coactiva*.
112. El valor *seguridad jurídica* encuentra su polo contrario en la *arbitrariedad*, ya que la autoridad tiene proscrito hacer u omitir lo que la norma no autoriza. Para Ralf Dreier "...por más injusto que pueda ser el contenido del derecho, hay un fin que siempre cumple en virtud de su mera existencia: el de la seguridad jurídica".¹¹¹ En efecto, la creación del Derecho ha significado a la civilización humana un avance sustancial entre la *decisión caprichosa y autoritaria del más fuerte*, y la *decisión de poder ajustada a Derecho, sometida y constreñida a los límites establecidos por la ley*. Principio éste en el que se sustenta la idea del *Estado de Derecho*.
113. La *seguridad jurídica* garantiza dos situaciones básicas: *un margen de acción a los gobernados y la certidumbre de que la acción de la autoridad tendrá límites*. De ahí que el valor *seguridad jurídica* produzca en la realidad social un *ámbito* en el que las personas puedan *actuar*, es decir, coadyuva al ejercicio de la *libertad* (mayor o menor, según el orden jurídico de que se trate).¹¹² *estableciendo reglas claras que eviten la interferencia entre unos seres humanos y los otros, la seguridad jurídica prescribe y garantiza un número cierto de procedimientos sociales dirigidos a conseguir lícitamente valores o intereses individuales, grupales o colectivos*. Como afirma Sánchez de la Torre, sintetizando en una frase los valores jurídicos de orden y seguridad: *"El Derecho es el orden colectivo de la libertad social"*.¹¹³

¹¹¹Ralf Dreier. **"Derecho y moral"**, trad. Carlos de Santiago, en *Derecho y filosofía*. Ernesto Garzón Valdés (comp.). Distribuciones Fontamara. México. 1985. p. 81

¹¹²Cfr. Francisco Laporta. **"Sobre el uso del término libertad en el lenguaje político"**, en *Sistema*. Madrid, pp. 1-10.

¹¹³Ángel Sánchez de la Torre. *Los principios clásicos del Derecho*. Unión Editorial. Madrid. 1971. p. 82

1.3.3 igualdad jurídica

114. El Derecho genera, psimismo, el valor *igualdad*.¹¹ La *igualdad* en términos jurídicos significa que las normas de un sistema de Derecho otorgan el mismo trato (iguales derechos y deberes) a todos aquellos que se encuentren en un mismo *daño normativo*. Igual trato a los iguales jurídicamente. es decir, a quienes la norma asigna la misma posición, *trato diferente a los ubicados en una situación jurídica distinta*. La preocupación por *la igualdad jurídica* aparece subrayada en los juristas romanos a través de frases como la siguiente: "En derecho se ha de buscar siempre la igualdad, pues de otro modo no habría derecho" *t fus semper quaerendum est aequabile, ñeque enim aliter ius esset*).
115. En este adagio latino subyace la *igualdad como el valor jurídico que más se identifica con la idea de justicia*. Qui/á por ello es que Hart haya escrito en el mismo sentido que: "El principio general latente en (...) diversas aplicaciones de la idea de justicia es que los individuos tienen derecho, entre si. a una *cierra posición relativa de igualdad o desigualdad*. Esto es algo que debe ser respetado en las vicisitudes de la vida social, cuando hay que distribuir cargas o beneficios; también es algo que debe ser restablecido cuando ha sido alterado. Por ello es que la justicia es tradicionalmente concebida como que mantiene o restablece un equilibrio o proporción, y su precepto principal se formula con frecuencia de la misma manera: 'tratar los casos semejantes de la misma manera'; aunque es necesario añadir 'y trata los casos diferentes de diferente manera'".
116. Sin embargo, la *igualdad* que en términos jurídicos se predica es, en principio, una *noción formal*. que **se circunscribe a la exigencia de no distinguir donde la norma jurídica tampoco distingue** Por ello Bobbio piensa que de la igualdad jurídica de hecho a la que los sujetos deben someterse "...se deduce la consecuencia muy importante de que todos estos sujetos son tratados de igual manera. Que esta igualdad sea relativa y dependa del criterio que ha inspirado la regla, de la cantidad de ventajas o de desventajas por distribuir y de la cantidad de personas a las que la regla se refiere, es decir, que no sea una igualdad absoluta, no impide que la obediencia a la regla en cuanto tal. por el solo hecho de ser una regla y no ya por su contenido, tenga como consecuencia la igualdad de tratamiento".¹¹

" La porta piensa que la idea de igualdad implica, al menos, tres sentidos correlativos: " la *idea de igualdad a la desigualdad* lo están determinadas principalmente, a pesar de las apariencias, por hechos, sino que son simplemente un *producto* de la estructura normativa de la sociedad. Ello quiere decir que no es un conjunto de hechos lo que define la relación de igualdad o desigualdad entre unos seres humanos y otros, sino la valoración, la *'mediación'* normativa de esos hechos que lleva a cabo el conjunto de las normas operativas en una sociedad al atribuir un significado y unos consecuencias a ciertos hechos: / ... / la idea de igualdad es un 'principio' y no una descripción genérica de la realidad. Es decir, que la *idea de igualdad* no pretende describir lo que sucede, y está interesada sólo parcialmente en si los hombres comparten o no ciertos rasgos; /... / la última dimensión normativa del enfoque consiste, consecuentemente, en adoptar un punto de vista que pueda engarzar estas dos afirmaciones. Y este punto de vista global se incorpora al considerar la *idea de igualdad* como una gran 'metanorma' respecto de las normas de la sociedad. Ello supone concebirla como un mensaje prescriptivo dirigido a ellas, como una exigencia genérica frente a la estructura, contenido y efectos de esas normas sociales. Así, la igualdad aparece como una exigencia o demanda frente a normas, como una *constricción genérica* respecto a sus elementos integrantes o a sus consecuencias posibles " Cfr. Francisco Laporta. "El principio de igualdad: Introducción a su análisis", en *Sistema*. Madrid, pp. 3-31.

" Cfr H. L. A. Hart. *El concepto* ... op. cit. p. 198

" Norberto Bobbio, "Formalismo", *Teoría general del Derecho*, op. cit. p. 17.

117. En efecto, lo mismo que el *orden* y la *seguridad*, la *igualdad* es un valor instrumental, porque "...mientras no se establezca —afirma de nuevo Hart— *qué semejanzas y qué diferencias son relevantes, 'tratar los casos semejantes de la misma manera' será una forma vacía*".¹⁵ Corresponde, como veremos enseguida, al segundo estándar valorativo que comporta y protege el Derecho otorgar sentido y contenido a dicha fórmula, precisando cuáles son los valores superiores a los que los instrumentales, como el orden, la seguridad y la igualdad jurídica (que componen el primer estándar valorativo de dicho Derecho), han de conformarse.

1.3.4 El doble estándar valorativo del Derecho y la justicia

118. En atención a todo lo dicho, cabe concluir que la sola presencia del Derecho en cualquier sociedad aporta una serie de valores jurídicos, valores que realí/a, con más o menos éxito, por virtud de su función original. Tales valores —orden, seguridad, igualdad— le otorgan al Derecho una primera e inmediata validez, una validez de orden formal a la que llamaremos el valor de lo jurídico. De tal suerte y en principio el Derecho vincula por virtud de sus valores puramente jurídicos. Esto explica la idea socialmente aceptada de que, con independencia de otras consideraciones éticas o políticas, es correcto obedecer al Derecho, es correcto obedecer lo prescrito por las normas jurídicas.¹⁶
119. El conjunto de normas jurídicas al que también se le denomina *sistema u ordenamiento jurídico* (la suma jerarquizada y coherente no sólo de leyes, sino de otras normas jurídicas como tratados, convenios, sentencias, jurisprudencias, etcétera) busca asegurar intereses socialmente valiosos a través del orden, seguridad e igualdad que su sola existencia y aplicación propician. Efectivamente, **estos tres valores —orden, seguridad e igualdad jurídicos— son el producto típico de una normatividad coactiva, de las características de la jurídica, que opera con un mínimo de eficiencia en el ámbito de la vida social.**
120. Dicho de manera simple: cuando el Derecho es efectivamente aplicado, principalmente por vía de sus leyes, de su legalidad —independientemente de cuáles sean, para estos efectos, sus contenidos— se produce una cierta forma de orden; se garantiza un mínimo de certidumbre respecto de las acciones u omisiones debidas jurídicamente —incluso respecto de prohibiciones o castigos—; y se otorga, en relación con lo señalado en la norma, o sea formalmente, un trato igualitario.
121. I luega decir que la legalidad (la sola norma jurídica, dotada de validez formal, para decirlo de manera más cabal) es insuficiente para justificar al Derecho, **así como para fundamentar plenamente la obediencia al orden jurídico establecido.** El valor de lo jurídico no es el único que sustenta el cumplimiento de las normas jurídicas, porque hay otros valores a los que el Derecho debe responder, lo cual resulta sencillo deducir si nos preguntamos: orden, seguridad e igualdad.

¹⁵H. L. A. Hart. *El concepto...*, op. cit., pp. 198-199.

Un ejemplo del cumplimiento del Derecho por su propio valor y la importancia de obedecer sus mandatos, incluso si fuesen injustos, es la actitud adoptada por Sócrates en el juicio al que fue sometido y que, no obstante su inocencia, le costó la vida. En sus *Diálogos*, Platón pone en boca de Sócrates las siguientes palabras: "Peni sin hablar **Je** la opinión, atenienses, no me ¡Hirece justo suplicar al juez m hacerse absolver a fuerza de suplicas. Es preciso persuadirlo y convencerlo, porque el piez no está sentado en su silla, sino para hacer justicia obedeciéndola. Asi es como lo ha ofrecido por juramento y no está en su poder hacer gracia a quien le agrade, porque está en la obligación de hacer justicia". Mis adelante, al escuchar su condena Sócrates habló así: " Yo vos a sufrir la muerte, a la que me habéis condenado; pero ellos sufrirán (sus acusadores!) la iniquidad y la infamia a que la verdad los condena. Con respecto a mi, me atengo a mi castigo y ellos se atenderán al suyo" Véase Platón: ' *Apología de Sócrates*'. *Diálogos*. Pomia. "Sepan Cuantos ..", núm. 13. México. 1978. pp. 14. 17

¿para qué? Cualquier orden, ámbito de libertad y tipo de igualdad Justifican la obediencia al Derecho?

122. *Kl valor de lo jurídico es un marco de visualizado» que, por sí mismo, aporta algo a la sociedad pero que no se agota con su establecimiento, con su institucionalización, porque el Derecho no es un fin en sí mismo, sino que es el medio ordenado, seguro e igualitario por el que cada sociedad, en cada momento histórico, realiza otros valores superiores, como, por ejemplo, el respeto de los derechos fundamentales de la persona humana y la convivencia armónica de la sociedad. Los valores jurídicos son valores instrumentales,¹¹ son el medio que tiene por objeto la realización y el aseguramiento de otros valores. En efecto, "...lo que importa es darse cuenta —apostilla al respecto Bobbio— de que estos valores no son los únicos (los jurídicos), y que como tales pueden entrar en conflicto con otros valores y, por consiguiente, hay que considerarlos como relativos v no ver en ellos valores absolutos V El Derecho es un medio cuyo propósito es coadyuvar a la consolidación de valores superiores.*
123. *En consecuencia, el Derecho implica un doble estándar valorativo. el cual está conformado tanto por el valor de lo jurídico o primer estándar valorativo (PEV) y que denominaremos indistintamente, aun sin ser sinónimos y sólo para efectos didácticos, legalidad, normatividad, sistema u ordenamiento jurídicos (una especie de justicia formal, cuyo contenido son los valores instrumentales que el Derecho genera); como por un sistema de valores superiores (la vida y la dignidad humanas, por ejemplo) del que el Derecho es portador y garantizador. es decir, un segundo estándar valorativo (SEV). A la adecuación del primer estándar con el segundo la llamaremos justicia.*
124. *La legalidad se manifiesta como una condición necesaria para dar obligatoriedad jurídica a las normas, mas no es suficiente para dotarlas de validez material. "La obligatoriedad del derecho —indica Laporta— se produce cuando sus normas, además de su mera condición de jurídicas, cumplen algunos otros requisitos ulteriores de carácter muy variado y complejo." En otras palabras, el que una norma jurídica cumpla con las características formales que el orden jurídico asigna. no garantiza necesariamente su validez material. Por ello, es perfectamente factible, en prácticamente todos los sistemas jurídicos, verificar la existencia de leyes injustas, es decir, de normas jurídicas válidas desde el punto de vista formal, por ejemplo, leyes prescritas según las exigencias del sistema jurídico en cuestión, pero sustantiva o moralmente incorrectas, al ordenar conductas que contradicen el sistema de valores contenido en el segundo estándar valorativo o que son conforme a una moral ideal."*
125. *La justicia, pues, no se agota ni en la legalidad ni en los valores superiores. Respecto de la primera, porque el orden, la seguridad y la igualdad estarían*

"En axiología se distingue htbilualenie entre valores intrínsecos e instrumentales. Los primeros son un /iii en sí mismos —como la belleza, la justicia, el amor, la caridad, etcétera— ; en cambio, los segundos son medios para lograr fines que los trascienden, como la utilidad Un objeto es útil para algo. Si la creación se refiere a un valor instrumental queda limitada por la altura del valor que debe sen-ir y. en segundo término, por el modo como desempeña esa función." Véase Risieri Froudui, *Introducción a los problemas ... op. cit.*, p. 452.

Norberto Bobbio. "Positismo jurídico", *op. cit.*, p. 63.

"Francisco Laporta. "Ética y Derecho: un panorama general". *Entre el derecho y la moral*. Distribuciones Fontamara, México. 1993, p. 38

"Este enfrentamiento puede darse, también, entre la moral crítica o individual de uno o varios gobernados y el valor o valores que el Derecho prescribe Éste es el esquema planteado en el problema de la desobediencia civil o la objeción Je

vacíos de no hallarse en función (Je otros valores a más de los meramente jurídicos; en cuanto a los segundos, porque muy poco eficaces resultan los sistemas de valores o de principios ausentes del orden, de la seguridad e igualdad jurídica que la coactividad del Derecho asegura. En suma, la justicia exige, necesariamente, la *conjunción del PEV con el SEV*. la justicia requiere de la legalidad como que la legalidad se halle inspirada, justificada y orientada por los valores o principios superiores que dan razón de ser al Derecho.

126. Por ello, la *legalidad (la normatividad, el sistema u ordenamiento jurídico)* como *PSV debe o debería de estar siempre en función del SEV*. El contenido de la legalidad está determinado por los fines o criterios valorativo-paradigmáticos que conforman lo que el Derecho, con su presencia en sociedad, pretende asegurar, respecto de los cuales procura sistematizar y ordenar conductas, y con relación a los cuales busca igualar derechos y deberes. Estos principios, valores o paradigmas caminan paralelos al *TEV* y constituyen la razón de ser de éste, lo explican y justifican.
127. El *PEV* propicia la *validez formal* de las normas jurídicas, el *SEV*, a su vez, procura la *validez material* de las mismas. De ahí que *para que una norma pueda aspirar a ser justa, lia de menester tanto de validez formal como de validez material*. En resumen: debe aspirar a ordenar, asegurar e igualar en función de los valores superiores y paradigmáticos que explican, en última instancia, al Derecho.

CUADRO 1.5 ESQUEMAS EXPLICATIVOS DE LA JUSTICIA CON BASE EN LA TESIS DEL DOBLE ESTÁNDAR VALORATIVO DEL DERECHO

1. El Derecho en términos de la tesis del Doble Estándar Valorativo (DEV)

El **Derecho o sistema jurídico** se conforma así:

Primer Estándar Valorativo (PEV)

Legalidad

Que al realizarse produce...

ORDEN. SEGURIDAD E IGUALDAD

Valores jurídicos (de carácter formal o instrumental)

Estos valores están en función del...

Segundo Estándar Valorativo (SEV)

Valores superiores

Según la posición teórica (**Teoría de la Justicia**) que se asuma, se considerará que *dichos valores (o principios) superiores los establece cada grupo social o son impuestos por quien o quienes detentan el poder; o, en su caso, son creados y/o aceptados o determinados por un entorno dado; o son fijados por principios universales de /usticia válidos per se (como el Derecho natural)*. Son ejemplo de estos

valores superiores

**la vida y dignidad humanas, así como
la libertad.**

**la autonomía de las personas,
el bien común,
la educación.**

Valores o principios implícitos en el concepto de **Derechos Humanos**

conciencia, por ejemplo. Ambos puntos se tratarán cuando abordemos "La obediencia al **Derecho**", en el último capítulo de este libro.

2. La justicia bajo la tesis del Doble Estándar Valorativo del Derecho (DEV)

Un Derecho es justo (teóricamente) cuando el PEV (Legalidad) hace posible, cumple o realiza el SEV (Valores Superiores del sistema, entre otros, por ejemplo, los Derechos Humanos).

En tales casos estaremos ante un **Derecho** o **sistema jurídico justo**

Es decir, cuando el...

Primer Estándar Valorativo (PEV)

o sea, la Legalidad produce...

ORDEN, SEGURIDAD E IGUALDAD

Valores jurídicos (de carácter formal o instrumental)

Estos valores realizan, al aplicar el Derecho, el...

Segundo Estándar Valorativo (SEV)

Valores superiores

Esto es:

el Derecho se constituye en el *instrumento* que hace posible que en la vida social se respeten, realicen o cumplan valores o paradigmas tales como...

la vida y dignidad humanas

la libertad

la autonomía de las personas

el bien común

la educación

valores o principios implícitos en el concepto de **Derechos Humanos**

1.4 Las circunstancias del Derecho

128. En los incisos y subincisos anteriores se delineó cuál es la *función* y los *caracteres del Derecho*, *qué valor*, cuando opera adecuadamente, *propicia a la sociedad*, *qué valores jurídicos produce y comporta*, y *cómo es que se realiza la justicia*. Sin embargo, lo dicho hasta aquí ha tenido un talante principalmente teórico, pero que constituye un obligado punto de partida para introducirse en el estudio del Derecho como lo que es: **un instrumento normativo de práctica aplicación para regular la convivencia en sociedad**. Por lo tanto, *su funcionamiento y, por ende, la realización de la justicia se ve afectada y hasta condicionada por elementos externos a él*, a los cuales hemos denominado **las circunstancias del Derecho**.
129. Más adelante, en el capítulo IX de este libro, dedicado a la *obediencia al Derecho*, abordaremos el tema del **acceso a la justicia**,¹ para el cual *la comprensión de las circunstancias que rodean al Derecho resultan determinantes*. Y ello es así porque la realización de la justicia y el acceso a la misma se ven condicionados

¹ Para un estudio introductorio de este tema véase Mario I. Álvarez Ledesina, *Acceso a la justicia*. Derecho y Justicia. Cuadernos de Trabajo, núm. 17. Departamento de Derecho. División de Humanidades y Ciencias Sociales, Tecnológico de Monterrey, Campus Ciudad de México, México, 2007

por dos tipos de **factores**, a saber, *intrínsecos o sistémicos* y *extrínsecos, fácticos o extrasistémicos*.

130. Los *factores intrínsecos o sistémicos* son aquellos que tienen que ver con *el funcionamiento mismo del sistema u ordenamiento jurídico en cuestión*, es decir, los relativos a la *calidad técnica o jurídica del sistema de Derecho mismo*. Esta calidad es estudiada por la **Teoría del ordenamiento jurídico**, la cual verifica el funcionamiento de lo que hemos denominado *Primer estándar valorativo del Derecho*. Aquí, el Derecho *se concibe como una totalidad de normas ordenadas (unidas) respecto de una norma fundamental y relacionadas coherentemente entre sí*, que tiene que cumplir con *varias condiciones* u ofrecer, como ha dicho Norberto Bobbio/¹ solución a *distintos problemas propios de los sistemas de Derecho*, en los cuales entran en funcionamiento y se interrelacionan todas las normas que lo conforman.

131. Los *problemas sistémicos o intrínsecos* que un ordenamiento jurídico debe atender son, fundamentalmente, los de:

Jerarquía, esto es, que el ordenamiento jurídico constituya una unidad sistematizada de normas, unidad que obedece al orden que éstas guardan respecto de la norma fundamental, o sea, la *Constitución*.

Coherencia, es decir, buscar que las normas del sistema jurídico sean consistentes entre sí, evitando los distintos tipos de *antinomias o contradicciones lógicas o valorativas* que pudieran darse al interior del sistema.

Plenitud, a fin de evitar que en el Derecho existan "*lagunas*", lo que significa construir los criterios de integración que permitan se cuente con la norma que pueda solucionar un problema jurídico.

Por supuesto, deberán cuidarse los constantes *reenvíos* de un ordenamiento a otro, es decir, evitar tener que recurrir a distintos sistemas normativos para hallar la solución de un problema jurídico. Aquí también deberán considerarse las dificultades a que dan pie los conflictos de normas en el tiempo (verbigracia, *la aplicación retroactiva de la ley*) y en el espacio, esto es, las colisiones con otros sistemas normativos tanto jurídicos como no jurídicos (por ejemplo, del Derecho nacional respecto del internacional; del federal respecto del local o del Derecho respecto de la moral, y viceversa).

132. Los *factores extrínsecos, fácticos o extrasistémicos* son aquellos que nada tienen que ver con el Derecho mismo, es decir, son externos e independientes a él, pero que operan en él, influyendo determinadamente su funcionamiento. Hay casos, ilustrados históricamente, en que el Derecho ha tenido que ceder, condicionando su funcionamiento, objetivos y valores, a tales factores, mismos que hemos llamado **las circunstancias del Derecho**. Tal nombre obedece, siguiendo una vez más a Norberto Bobbio, a la idea de que *ningún sistema jurídico se encuentra ni solo ni aislado*. En efecto, el *Derecho está rodeado de circunstancias sociales, culturales, históricas, económicas y políticas*, mismas que lo convierten en un *fenómeno complejo* de la misma naturaleza de aquello que lo influye, es decir, el *Derecho concebido como un fenómeno sociocultural, histórico y político, sujeto también a las condiciones económicas en que se desenvuelve*.

¹ Véase de Norberto Bobbio, *Teoría general del Derecho*. Irad. Eduardo Roza Acuña. Debate, Madrid. 1995, p. 164.

1.4.1 El Derecho como fenómeno social, cultural, histórico, económico y político

133. El Derecho se presenta antes que nada como un *producto o fenómeno social*. Ello implica que:
- a) El Derecho es *creación humana* y, por lo tanto, surge como un *instrumento que adopta las virtudes e imperfecciones de los hombres*.
 - b) El Derecho es *creación humana de carácter social*, esto es, se *expresa en las relaciones con los demás, en la vida comunitaria*. De ahí que su *función original se dirija a facilitar la convivencia social que asegure los intereses primigenios del hombre*.
 - c) El Derecho es un *instrumento creado por los seres humanos, que de suyo posee un valor, el cual se genera cuando aquél cumple una función social*, la que realiza al instaurar un determinado orden, *seguridad e igualdad jurídicos*.
 - d) El Derecho, también, en tanto que *instrumento*, se constituye en un *medio por el que la sociedad o el grupo en el poder y su organización estatal expresan un sistema de valores que las normas jurídicas realizan a través del orden, la seguridad y la igualdad*. Los valores jurídicos son *instrumentos* para la expresión de otros valores. El Derecho, en consecuencia, no es ni bueno ni malo en sí mismo: es sólo un *medio creado por y para el servicio de los hombres*.
 - e) Por lo tanto, *el Derecho es orden, paz social, ámbito de acción y situación determinada por el sistema de normas jurídicas que cada sociedad pone al servicio de ciertos fines o valores. Depende de los hombres que el Derecho contribuya al cambio y a la mejora social*.
134. El Derecho es por todo lo anterior un *producto cultural*. Filio significa que:
- a) Es *resultado del hacer colectivo de los seres humanos en interacción social*, de tal guisa, *adopta y expresa los caracteres culturales de la sociedad de la que forma parte*^V.
 - b) El Derecho es *producto de un hacer* que, si bien en su *función original* permite garantizar la *supervivencia*, es además *reflejo de los valores superiores de cada sociedad*.
135. El Derecho aparece como un *producto histórico*. En consecuencia:
- a) *Acaece en un tiempo social, se realiza en la historia*.
 - b) El Derecho como fenómeno social, cultural e histórico *muestra las preocupaciones, intereses, valores e ideales de la sociedad en la que, en tiempo y lugar, se verifica*.
 - c) El Derecho, como cualquier instrumento social, *puede evolucionar e involucionar*.^u *No existe un necesario desarrollo positivo*, porque ello depende de las conquistas históricas colectivas, del hacer de cada sociedad.

"Gregorio Peces-Barba ha escrito que: "El Derecho es cultura y está inserto en una forma general de cultura propia de cada tiempo histórico y también propia de las líneas de evolución y de las influencias producidas en cada sociedad"
Véase *Introducción a la filosofía del Derecho*. Debate. Madrid. 1986. p. 86

^u Giorgio del Vecchio ha escrito, en torno al Derecho como *producto histórico* que: *Aun después de haber adquirido el Derecho una figura propia y distinta, no permanece inmóvil, sino que se desarrolla. Las normas jurídicas, en su existencia histórica o positiva, están sujetas al flujo continuo: quedan en vigor por algún tiempo más o menos largo y después son substituidas o modificadas por otras /.. / Además, variando las condiciones de vida y las circunstancias de lugar y tiempo, estas mutaciones deben reflejarse a su vez: en el derecho, porque todos los fenómenos y en especial los de la vida social (entre los cuales está también el fenómeno jurídico) están concatenados entre sí"* Véase *Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 476

- d) En este sentido, el Derecho es reflejo de la *civilización*, es decir, del grado de desarrollo de cada comunidad.
136. El Derecho es también un *fenómeno político*, lo cual implica que:
- a) *Expresa las relaciones de poder en una sociedad*, mismas que se refieren a los fenómenos de mando y obediencia.
 - b) El Derecho es *normatividad coactiva*, lo que significa que puede imponerse por la fuerza.
 - c) El Derecho *requiere de un poder soberano*, esto es, de la utilización de la fuerza para garantizar la eficacia de sus prescripciones.
 - d) Por lo tanto, el Derecho se ve afectado por las circunstancias políticas en que se da. por las relaciones de poder en que se gesta, y, en consecuencia, *requiere como el poder mismo de una justificación que se refleje en aceptación —aun mínima— por parte de quienes están sujetos a sus mandatos.*
 - e) *Si la autoridad como garantizadora de la observancia coactiva del Derecho es cuestionada en su legitimidad, el Derecho, a su vez, se ve afectado en su validez material.*
137. El Derecho es también un *fenómeno económico*, lo cual significa que:
- a) *El Derecho es un instrumento sujeto a la economía*, en la medida en que los derechos de las personas y su garantía tienen un costo, que debe ser considerado siempre. Piénsese, por ejemplo, en la manutención de los tribunales de justicia, los jueces, el costo de los procesos; o sea, que el Derecho y los derechos tienen un costo valorado en términos económicos (*the cost of rights*).^{*5}
 - b) El Derecho, entonces, *se ve afectado por las condiciones económicas, en que se realiza, en la medida en que éstas afectan y se pueden ver afectadas por aquél.* Tanto el Derecho mismo como la justicia conllevan un impacto económico. esto es, que su realización implica un costo. Así, por ejemplo, si un juez no emite una sentencia en tiempo y forma, aquellos que esperan recibirla para definir, pensemos, un contrato sobre bienes que se aprecian y deprecian (dinero, propiedades, acciones, etcétera), se verán necesariamente impactados económicamente por lo tardío e ineficiente en la administración de justicia.

CUADRO 1.6 LAS CIRCUNSTANCIAS DEL DERECHO				
EL DERECHO COMO PRODUCTO O FENÓMENO...				
Social	Cultural	Histórico	Político	Económico
Derecho es creación humana.	<i>El Derecho es el resultado del hacer colectivo de los hombres en interacción social.</i>	El Derecho acaece en un tiempo social, se realiza en la historia.	<i>El Derecho expresa las relaciones de poder en una sociedad, los fenómenos de mando y obediencia.</i>	El Derecho es un instrumento indispensable para las transacciones económicas de una sociedad, da seguridad a

*Véase Holmes, Stephen y Cass R. Sunstein. *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, W. W. Norton & Company. Nueva York-Londres, 2002.

				la realización de los negocios, el intercambio de bienes y servicios.
Adopta las virtudes e imperfecciones de los hombres.	<i>Adopta y expresa los caracteres culturales de la sociedad de la que forma parte.</i>	Muestra las preocupaciones, intereses, valores e ideales de la sociedad en cada momento y lugar históricos.	<i>Es normatividad coactiva que puede imponerse por la fuerza.</i>	Es, también, un instrumento sujeto a la economía, en la medida que los derechos de las personas y su garantía tiene un costo.
Se expresa en las relaciones con los demás. Su función original es facilitar una convivencia social que asegure los intereses primigenios.	<i>Es producto de un hacer que en un principio garantiza la supervivencia y después refleja los valores superiores de la sociedad.</i>	Puede evolucionar o involucionar. No existe un necesario desarrollo positivo del Derecho.	Requiere de un poder soberano para garantizar la eficacia de sus prescripciones.	El Derecho se ve afectado por las condiciones económicas, en la medida que éstas afectan y se pueden ver afectadas por aquél.
Al cumplir una función social -la de instaurar un determinado orden, seguridad e igualdad jurídicas- adquiere un valor.		Es reflejo del grado de civilización de cada comunidad en los diferentes momentos de su historia.	<i>Se ve afectado por las circunstancias políticas en que se desenvuelve.</i>	Tanto el Derecho mismo como la justicia conllevan un impacto económico, esto es, que su realización implica un costo.
Medio por el que la sociedad o el grupo en el poder expresan un sistema de valores que las normas jurídicas realizan.			<i>Requiere, como el poder mismo, de un cierto grado de aceptación o consenso por quienes están sujetos a él.</i>	
Depende de la sociedad que el Derecho contribuya al cambio y a la mejora social.				

RESUMEN

Función y caracteres del Derecho: su valor, justicia y circunstancias

La realidad de lo jurídico se halla siempre presente en nuestras vidas, por ello, conscientes o no de dicha realidad, la aludimos constantemente en el lenguaje coloquial al utilizar expresiones como: "Tengo derecho a..."; "Por derecho propio..."; "Es conforme a derecho...". En esas expresiones podemos identificar cómo el Derecho actúa en cuanto elemento legitimador de conductas o situaciones sociales.

La vida humana posee una dimensión social necesaria. Hay elementos determinantes que impelen al hombre, dada su propia condición, a desarrollar su vida en sociedad. Estos elementos, de orden biológico el primero y psicológico los dos últimos, son: la necesidad de supervivencia, la capacidad de decidir (libre albedrío) y la de proponerse fines propios (autonomía). Una vez que éstos son objeto de reflexión y valoración adquieren el carácter de intereses primigenios, es decir, situaciones provechosas que no pueden satisfacerse plenamente salvo en sociedad, con la ayuda y colaboración de los otros.

Paradójicamente es el hombre, en su actuación individual o colectiva, quien amenaza sus propios intereses. A efecto de salvarlo de tal amenaza, las sociedades instituyen reglas de comportamiento que facilitan y aseguran la convivencia o cooperación social. Entre tales reglas están las jurídicas, por eso, en una primera aproximación, la función original del Derecho no es otra que la de ser un instrumento regulador de aquellas conductas sociales que pudieran afectar dichos intereses primigenios.

El Derecho convive en sociedad con otras formas de regir la conducta humana, como la religión, los convencionalismos sociales, la costumbre y la moral. Unas y otras se expresan en normas, es decir, en juicios normativos, ya que prescriben conductas presuntamente obligatorias, conductas que deben asumirse.

Las normas jurídicas constituyen lenguaje normativo o prescriptivo, es decir, una de las formas que adquieren los lenguajes naturales como el español, el francés, el italiano o el inglés, entre otros. Los lenguajes naturales poseen múltiples funciones, sirven, por ejemplo, para describir,

para manifestar emociones y también para dictar órdenes o reglas de conducta. Función esta última que lo vincula con el Derecho al constituirse en su central herramienta. Es por ello que hay que tener presente que el lenguaje normativo padece los mismos defectos que los lenguajes naturales, a saber, su ambigüedad, vaguedad y su textura abierta. Estos defectos, si bien es cierto, han intentado atenuarse por los juristas haciendo del lenguaje jurídico un lenguaje técnico y en ciertos casos muy especializado, es cierto también que la pertenencia del lenguaje jurídico a los lenguajes naturales le permite ser comprendido por un universo muy importante de los destinatarios de sus normas que, en su mayoría, no son juristas.

Dado que el lenguaje jurídico es el mismo que el de todos los sistemas normativos con los que convive el Derecho, es obvio que no existen normas jurídicas *per se*. Por lo tanto, son una serie de condiciones y requisitos los que hacen que una norma sea jurídica. Tales requisitos son: su procedimiento de creación, los sujetos a quien queda encomendada su aplicación y la forma de garantizar su cumplimiento. El Derecho para crear sus normas requiere de una serie de procedimientos formales que hacen que las reglas de conducta resultado de ese proceso formal adquieran validez, es decir, existan para el Derecho. Cuando una norma cumple con esos requisitos establecidos por el sistema jurídico se dice que goza de validez formal.

Asimismo, es necesario que el contenido o materia de dicha norma no contradiga o colisione con los intereses, principios o valores contenidos o protegidos por la norma fundamental del sistema, a saber, la Constitución. Cuando una norma jurídica cumple con tal requerimiento se dice que goza de validez material.

La coacción, entendida como la fuerza legitimada del poder soberano, constituye el elemento más característico de las normas jurídicas, elemento que en realidad debe predicarse de los sistemas jurídicos en su conjunto y no de las normas jurídicas en lo particular, puesto que no todas la poseen ni la requieren y no por ello dejan de ser jurídicas.

La coacción hace posible la eficacia de las normas jurídicas, es decir, su efectivo cumplimiento en la realidad y para ello necesita de la fuerza que le brinda el poder político.

La institucionalización de la fuerza social en el poder político y la consecuente aparición del Estado, hacen que el Derecho se transforme de mero lenguaje social en lenguaje estatal. En otras palabras, si las normas jurídicas se ocupaban originalmente de regular las conductas que pudieran afectar intereses primigenios, con la institucionalización del poder, el Derecho expresará y protegerá los intereses fundamentales que se determinen por la autoridad a quien se ha encargado su aplicación. La coincidencia de estos intereses con los de la sociedad, dependerá del grado de desarrollo de la comunidad en cuestión.

La forma en que se estructura y ejerce el poder del Estado es condición del tipo de Derecho que el Estado produce. Un Estado fascista, autocrático o democrático producirá un Derecho de la misma naturaleza. Ello denota que el Derecho posee una acentuada dimensión política.

La validez formal y material del Derecho dota a éste de obligatoriedad, su eficacia en cambio está dada por la coacción. El Derecho si bien cumple la función originaria de garantizar intereses primigenios, también se ocupa de regular otros intereses individuales o colectivos que son considerados relevantes en función del momento y el lugar histórico en que se desenvuelve.

La relación poder-soberanía-legitimidad-derecho expresa varias cuestiones estrechamente relacionadas con la función y el modo en que el Derecho se desarrolla en tanto fenómeno político. Así, soberanía y legitimidad significan, respectivamente, la fuerza de imposición (coacción-eficacia) y la obligatoriedad (validez formal y material) de las normas jurídicas.

El concepto original de "soberanía" la concibe como una característica propia de un poder político que se encuentra ubicado por encima de los demás poderes con los que convive, apoyado en un núcleo de lealtad en torno al cual tal poder estructura los intereses sociales de abajo arriba, que es el la jerarquía de la Ética de lo político. Es decir, primero asegurar la paz y la supervi-

vencia para hacer posible, luego, modos de vida superiores.

A partir de este concepto clásico de "soberanía" se ha desarrollado una concepción contemporánea de la misma, concibiendo a ésta como una propiedad del poder político que se expresa "hacia adentro" (soberanía interna) y "hacia afuera" (soberanía externa) del propio Estado.

Soberanía interna es la capacidad de actuar con que goza el Estado entendido como el poder más pleno dentro de un ámbito geográfico, cultural y temporal determinado. Esta capacidad implica la posesión de una fuerza reconocida y suficiente para imponerse a los otros poderes con los que interactúa. La soberanía interna se expresa dinámicamente como fuente formal del Derecho, lo que hace eficaces a las normas jurídicas a través de la coacción. La soberanía externa es la capacidad que posee el Estado para conducirse con independencia y ser tratado como igual en el concierto internacional de los Estados.

La legitimidad, por su parte, es la justificación del poder del Estado con la cual se crea la base mínima de aceptación, que permite que las normas jurídicas validadas por aquél sean vistas como dotadas de obligatoriedad, es decir, la suma de validez tanto formal como material.

"Interés" y "valor" son conceptos distintos y su distinción es útil para entender la función y el valor que el Derecho posee. Los intereses surgen de la conveniencia de satisfacer una necesidad; en cambio, los valores pertenecen al ámbito de la Ética o la Axiología y se definen como las ideas, los criterios o los principios que permiten discriminar entre lo bueno y lo malo, lo correcto y lo incorrecto. De una necesidad surge un interés, de un interés, en ciertos casos, un valor. Los valores pueden o no realizarse sin que se afecte su fuerza moral. En cambio el interés, si no se expresa fácticamente, pierde su importancia y se diluye, deja de ser.

La sola aparición y presencia del Derecho en la sociedad le asigna un valor social: el valor de lo jurídico o del Derecho deriva de lo que éste aporta a la comunidad a la que debe servir. El Derecho, como conjunto de normas jurídicas, cumple una

misión social fundamental, ésta es, la de velar por los intereses primigenios del hombre.

Los valores que el Derecho por su sola presencia en sociedad asegura son el orden, la seguridad y la igualdad jurídicas. El orden jurídico aporta la sistematización de conductas sociales, es el ordenamiento de la conducta humana en colectividad y la renuncia al uso de la fuerza, o sea, genera paz social. La seguridad jurídica aporta a la sociedad el conocimiento exacto de las acciones sociales correctas o no según el Derecho, diferenciando lo jurídico de lo moral o de cualquier otro tipo de sistemas normativos que no son acreedores a coacción alguna. El antivallor de la seguridad jurídica es la arbitrariedad. La igualdad jurídica es el idéntico tratamiento que confiere el Derecho tanto a los que se hallan en la misma posición jurídica, como el diferente tratamiento que dispensa a quienes se hallan en situación distinta.

El Derecho posee un doble estándar valorativo, el cual se compone, inicialmente, por la legalidad (u ordenamiento jurídico), legalidad a la que puede denominarse Primer estándar valorativo. Es decir, el conjunto de normas que producen con su sola aplicación: orden, seguridad e igualdad jurídicos.

El orden, la seguridad y la igualdad jurídicos no son fines en sí mismos, se dirigen y orientan por y hacia otros fines superiores, porque el Derecho es un medio, un instrumento. El conjunto de valores superiores de un sistema ju-

ridico constituyen lo que se denomina Segundo estándar valorativo del Derecho. v

Técnicamente, la justicia es posible o se concreta cuando el Primer estándar valorativo —el orden, la seguridad e igualdad jurídicos— realizan los valores superiores del sistema. O, dicho de otro modo, cuando la legalidad, la normatividad u orden jurídico hacen posible dichos valores superiores. Ello explica el fenómeno recurrente de leyes formalmente válidas, es decir, que cumplen con el Primer estándar valorativo pero que son injustas, por no concretar los valores superiores del segundo.

El Derecho es un fenómeno que nunca se encuentra ni sólo ni aislado. En efecto el Derecho se verifica en un ambiente social, cultural, histórico y económico. Estos factores externos al Derecho, llamados también extrasistémicos, pueden y de hecho influyen y hasta condicionan el funcionamiento de los sistemas jurídicos.

Sin embargo, es posible que el Derecho se limite a sí mismo, cuando por factores técnicos y sólo imputables a él, dado los defectos del ordenamiento jurídico, no sea posible contar con un sistema de normas bien jerarquizado, por ende, unido, pleno, coherente y sin reenvíos y colisiones, o con las menos posibles, respecto de otros sistemas jurídicos y no jurídicos.

Ambos factores, los sistémicos y los extrasistémicos, tienen efectos prácticos fundamentales, puesto que impactan tanto en la obediencia al Derecho como en el acceso a la justicia.

Capítulo 2

LA DEFINICIÓN DEL DERECHO

SUMARIO

- 2.1 Planteamiento del problema
 - 2.1.1 ¿Por qué buscamos una definición del Derecho?
 - 2.1.2 Las dificultades para definir al Derecho
- 2.2 Replanteamiento de la Teoría Tridimensional del Derecho
 - 2.2.1 Dimensión fáctica
 - 2.2.2 Dimensión normativa
 - 2.2.3 Dimensión axiológica
- 2.3 Nuestra definición de Derecho
 - 2.3.1 Análisis de nuestra definición
 - 2.4 Principales acepciones de la palabra "derecho"
 - 2.4.1 Derecho objetivo, derecho subjetivo, derecho como ciencia
 - 2.4.2 Derecho positivo, Derecho vigente, Derecho natural

Resumen

SINOPSIS INTRODUCTORIA

El objeto central de este segundo capítulo es continuar el proceso de aproximación al fenómeno jurídico iniciado en el primer apartado, procediendo a esbozar y analizar los problemas, los enfoques y las posibles soluciones teóricas que se hallan detrás de una concepción global del Derecho, cuya aprehensión es al final una de las intenciones motoras de este libro.

Pretendemos alcanzar nuestro objetivo de la siguiente manera: estableceremos nuestra definición del Derecho, previa consideración de las dificultades naturales de esta empresa. Tal definición nos permitirá comprender los rasgos característicos del fenómeno jurídico, la necesidad de su fundamento racional, así como las conexiones y diferencias con otros fenómenos que cumplen una función normativa similar en la sociedad: las reglas morales, las religiosas y los convencionalismos sociales, para finalmente distinguir las diversas acepciones que implica el uso de la palabra "derecho".

A esa definición arribaremos partiendo de la metodología y facilidad didáctica que nos aporta la concepción tridimensional del Derecho; es decir, considerando las recíprocas e inseparables influencias de lo jurídico en cuanto hecho, norma y valor. El replanteamiento de esta teoría nos aportará una visión cabal del Derecho, sus diversas implicaciones, ocultas en la captación empírica de lo jurídico como un todo, y la forma y objetivos con que diversas ciencias —desde el Derecho, vía la Ciencia Jurídica, y fuera de éste, vía las ciencias sociales y auxiliares del Derecho— buscan explicarlo.

2.1 Planteamiento del problema

2.1.1 ¿Por qué buscamos una definición del Derecho?

1. En el capítulo anterior nos iniciamos en el conocimiento del Derecho a través de su primera, necesaria y obvia manifestación: *en cuanto fenómeno social y cultural que afecta nuestra existencia cotidiana*. Esta presencia cotidiana del fenómeno jurídico, a su vez, se delata en nuestro lenguaje por virtud de expresiones de uso frecuente que de forma consciente o no aluden a él. "*Una primera vía de acercamiento a la realidad del Derecho* —asienta Peces-Barba— *puede ser la del lenguaje. la de la etimología y la de la consideración actual del concepto.*" Por más que —como subraya el mismo autor— tales datos etimológicos y del lenguaje vulgar sólo sean *criterios orientadores* para este *concepto provisional del Derecho*.
2. Efectivamente, la *aproximación empírica* que hemos realizado de lo jurídico nos ha aportado un *concepto provisional del Derecho*, el descubrimiento de su *función original o genética* y la inmediata consideración de que éste, como *hecho social, es producto de la cultura y, por lo tanto, está sujeto a la Historia y a la Política*, y se ve afectado y afecta el *entorno económico* en el que se desenvuelve.
3. *Es obvio que el conocimiento empírico del Derecho no es suficiente*. Menos todavía cuando lo que pretendemos es **obtener una visión de conjunto, amplia y comprensiva del fenómeno jurídico** para, después, conocer los **detalles de su funcionamiento y la naturaleza de cada una de sus partes**. Pretendemos, para decirlo metafóricamente, *conocer el bosque en su totalidad y luego conocer en detalle los árboles que lo componen*. Además, nuestro propósito es obtener una visión inicialmente multidisciplinaria que nos permita entender la complejidad del fenómeno jurídico por lo que hace a su riqueza, en tanto fenómeno que dista de agotarse tanto en lo jurídico como en lo ajeno a lo jurídico.
4. Giorgio del Vecchio advertía ya respecto de la tendencia a pensar que *la concepción exclusivamente sociológica o psicológica de lo jurídico bastaba para agotar su estudio y entender su cabal significado*, cuando escribía que: "*Precisamente el carácter de intuición simple e inmediata con que el Derecho se manifiesta en la conciencia, es la razón que de ordinario no se sienta la necesidad de definir metódicamente su significado* Pero, ¿en qué consiste dicha necesidad? ¿Nos aportará, acaso, la definición del Derecho, algo que la mera observación láctica de los fenómenos jurídicos no nos dé?
5. *Definir significa precisar con claridad y exactitud los caracteres genéricos y diferenciales de una palabra o de un concepto*. No obstante lo anterior, desde un punto de vista no sólo léxico, *definir es más que lograr la precisión de dichos caracteres*, sobre todo tratándose de un concepto como el de **"derecho"**, donde lo que se persigue es *"...colocarlo en su verdadero lugar en el orden de los conocimientos, señalar su fundamento y las conexiones con otros análogos conforme a su esencial naturaleza"*.¹

¹ Gregorio Peces-Barba. *Introducción a la filosofía del Derecho*. Dehaie. Madrid. 1988. p. 21

³ *Idem*.

¹ Giorgio del Vecchio. *Supuestos, concepto y principios del Derecho*, irad Cristóbal Masso Escofel. Bosch. Barcelona. 1962. p. 16.

¹ *¡huí!*. p. 18.

6. Al estipular una definición del Derecho se indaga de modo *sistemático* sobre la explicación de un concepto, *indagación que puede darse desde ángulos muy distintos según sea el tipo de definición pretendida*. Hay, entre otras, definiciones nominales, reales, analíticas y sintéticas. Estas persiguen, respectivamente, explicamos ciertos rasgos distintivos del concepto en cuestión, tales como su nombre, su forma de existencia o sus contenidos. En este caso, lo que se busca con la definición del Derecho no es sólo precisar uno o vanos de sus rasgos distintivos, sino orientamos sobre su naturaleza, sus fines y sus conexiones funcionales. Es decir, llevar a cabo la *"...transformación de un concepto inexacto y vago empleado en algún ámbito por otro más preciso y exacto que pueda ser usado en la mayoría de las ocasiones en que se usa el concepto anterior"*
7. Es conveniente **advertir**, no obstante que más adelante nos ocuparemos de diferentes concepciones del lenguaje, *que este ejercicio, el definitorio, parte de convenciones o acuerdos lingüísticos, metodológicos o teóricos, cuyo objeto es facilitar el uso de palabras o conceptos con el propósito de que sean aplicados eficientemente en un determinado ámbito teórico o práctico*. En suma, lo que se busca al definir, *es evitar confusiones y poder avanzar en la construcción del conocimiento de la realidad o del ámbito teórico en que querramos explorar*. Definir es, en este sentido, tratar de evitar que el lenguaje —el cual según vimos antes tiene naturales vaguedades, ambigüedades y zonas de penumbra— nos confunda.
8. Ha sido frecuente en el desarrollo de la Teoría del Derecho que los intentos por definirlo queden atrapados en las redes del lenguaje, lo cual sucede si lo que pretendemos es establecer definiciones reales, es decir, *de objetos*. Así, cuando preguntamos, *sin hacer ninguna aclaración o precisión como las que hemos hecho hasta aquí, ¿qué es el Derecho?*, la sola pregunta nos lleva a pensar en éste precisamente como un objeto, y por ende, intentamos responder haciendo alusión a su naturaleza o su significado intrínseco, **dado que las palabras y los conceptos sólo poseen el contenido o la naturaleza que los iisusarios del lenguaje les asignan**. En efecto, **el lenguaje es un instrumento de naturaleza convencional** y depende del acuerdo de quienes lo emplean, circunstancia ésta que afecta necesariamente la definición del Derecho."
9. Hecha esta importante precisión, queda entendido que **la definición convencional y práctica que queremos construir del concepto "derecho"**, dados los efectos en esencia pedagógicos de este libro, nos ha de permitir ofrecer un concepto del fenómeno jurídico o de lo que llamamos "derecho", que nos permita *saber, distinguir y discriminar*:
 - a) **En qué ámbitos del conocimiento se presenta;**
 - b) **si el derecho es producto de la razón humana o se halla, por ejemplo, insertado "en la naturaleza de las cosas"; y**
 - c) **cuáles son sus conexiones y diferencias en relación con otros fenómenos sociales de la misma o similar naturaleza.**

¹ Carlos Santiago Niño, *Ética y derechos humanos*. Paidós. Buenos Aires. 1984. p. 22

² Sobre esta preocupación de usar definiciones reales en el Derecho, véase de Genaro R. Carrió, *Ídolos sobre Derecho y lenguaje*, pp 95-96 y el capítulo V. en particular

CUADRO 2.1 LA DEFINICIÓN DEL DERECHO

¿Por qué buscamos construir una definición del Derecho?

- La aproximación realizada en el primer capítulo nos permite contar con **un concepto provisional del Derecho**
- La definición o definiciones provisionales que del mismo se puedan enunciar *no resultan del todo suficientes*, toda vez que el **tipo de definición** que buscamos construir pretende ofrecer una visión amplia y comprensiva del fenómeno jurídico que dé cuenta de su riqueza y complejidad.
- Se trata de una definición convencional, cuyo objeto es facilitarnos el manejo del concepto "derecho" en un ámbito teórico y práctico determinado. No estamos definiendo un *objeto* ni buscando la naturaleza "oculta" de lo jurídico.
- *Construimos* una definición para aprender Derecho
- Por lo tanto, nuestra definición *debe dar respuesta a tres* cuestiones básicas en el uso y la aplicación del concepto:

1. **Qué lugar corresponde al Derecho en el orden del conocimiento.**
2. **Cuál es su fundamento racional.**
3. **Cuáles son sus conexiones y diferencias con disciplinas o fenómenos de la misma o similar naturaleza.**

Definir al Derecho comporta algunas dificultades

Hay autores que, incluso, sostienen la tesis de la indefinición. Dado que el Derecho no puede asignarse al modo aristotélico y sin serias dudas un género próximo y una diferencia específica, el Derecho no puede definirse.

Ello implica sostener que hay sólo un método o sistema para definir al Derecho, lo cual es inaceptable si entendemos el carácter convencional del lenguaje.

2.1.2 Las dificultades para definir al Derecho

10. Definir al Derecho, sin embargo, comporta singulares dificultades. Así piensa la mayoría de los autores que han abordado este tema; por ejemplo. García Máynez señala: "*¿Qué es el derecho? He aquí lo primero que el estudioso se pregunta, al hollar el umbral de la ciencia jurídica. El problema, lógicamente anterior a los demás de la misma disciplina es, al propio tiempo, el más arduo de todos. Los autores que lo abordan no han conseguido ponerse de acuerdo ni en el género próximo ni en la diferencia específica del concepto, lo que explica el número increíble de definiciones y la anarquía reinante en esta materia.*"⁷

11. Otros juristas llegan, incluso, a la conclusión de que es imposible delinir al Derecho. En efecto, la llamada *tesis de la indefinición* ha sido sostenida con base en la idea, antes ya indicada por García Máynez, de que *al modo aristotélico no es posible asignar al Derecho un género próximo ni una diferencia específica*. Sin embargo, *esta postura no puede mantenerse en pie porque parte del presupuesto de que sólo existe un único sistema para encontrar la definición de algo, ignorando* —como afirma Vallado Berrón— *que no todos los objetos del conocimiento, y entre ellos el Derecho, pueden definirse por igual procedimiento*. Delinir es tarea de las ciencias y al existir distintas disciplinas, es lógico que haya también formas diversas de alcanzar una definición.*

⁷ Eduardo García Máynez/.: *Introducción al estudio del Derecho*, Porrúa, México. 1992. p. 3.

* Cfr Fausto F. Vallado Berrón. *Introducción al estudio del Derecho*. Henero, México, 1961. p. 21

12. Las dificultades específicas con que se topan los juristas para definir al Derecho no acaban aquí. *Existe el extendido criterio de que así como hay un sistema exclusivo para definir, hay también una definición única y universal del Derecho.* Carlos S. Niño piensa que dichas dificultades parten de la *adhesión a una cierta concepción sobre la relación que se da entre el lenguaje y la realidad*, misma que impide contar con una idea clara sobre los presupuestos, las técnicas y las consecuencias que han de tenerse en consideración cuando se define una expresión lingüística, en este caso, la palabra "**derecho**".⁹
13. Según Niño, *sigue vigente en nuestros días la idea platónica de la relación entre lenguaje y realidad*, ésta presupone que si **los conceptos no hacen más que reflejar la presunta esencia de las cosas, las palabras son únicamente el vehículo de los conceptos, de donde la relación entre lenguaje y realidad sólo puede ser necesaria**. Por lo tanto, al definir se reconoce una realidad, la cual no puede cambiarse ni crearse, pues los conceptos *sólo detectan aspectos esenciales de esa realidad, esencias que deben estar ineludiblemente contenidas en aquellos conceptos*. De ahí que este enfoque, también conocido como realismo verbal, sostenga que *hay sólo una definición válida para una palabra, la que se obtiene por intuición intelectual de la naturaleza intrínseca de los fenómenos denotados en la expresión*.
14. Evidentemente, el *realismo verbal* hace del trabajo definitorio una tarea de *simple reconocimiento* de ciertos aspectos esenciales de la realidad.¹⁰ Pero, ¿cuáles? ¿Cómo no hacer de esta labor definitoria un ejercicio intelectual sumamente subjetivo? ¿Quién posee el monopolio de la verdad para decimos que una persona sí captó y otra no, ese aspecto esencial de la realidad? ¿Qué criterio objetivo se usará para distinguir lo esencial de aquello que no lo es? Esta postura *ha generado buena parte de las dificultades para definir al Derecho*, porque persigue casi de modo metafísico, una huida a esencia que nos indicará indubitadamente cuál es la definición única de lo jurídico.
15. Según lo dicho al inicio de este capítulo al rechazar las *definiciones reales*, una metodología más adecuada para construir una definición parte del llamado *convencionalismo verbal*. Esto es, **el enfoque que postula que la relación entre el lenguaje y la realidad es arbitrariamente establecida por los seres humanos, aunque exista al respecto un acuerdo consuetudinario para el uso de tal lenguaje que evita confusiones**.
16. En efecto, el *convencionalismo verbal* sostiene que *las cosas sólo tienen propiedades esenciales en la medida en que los hombres hagan de esas propiedades condiciones necesarias para el uso de la palabra, decisión que, claro está, puede variar*. Así, al hacer frente a una palabra como "**derecho**", resulta útil darle un significado si lo que pretendemos es describir los fenómenos implicados por tal expresión. Asimismo, y sin perjuicio de estipular un concepto original o más preciso del término, debe investigarse el significado del mismo en el lenguaje común, lo cual nos ayudará a descubrir distinciones conceptuales importantes que se presuponen sin tener conciencia de ellas, y cuyo desprecio puede llevar a discusiones pseudo filosóficas."

* Cfr. Carlos Santiago Niño. *Introducción al análisis del Derecho*. Ariel, Barcelona, pp. 11 -46.

"*Idem*.

" *"De este modo —dice textualmente Niño— la caracterización del concepto de derecho se desplazará de la oscura y vana búsqueda de la naturaleza o esencia del derecho a la investigación sobre los criterios vigentes en el uso común para*

17. Cabe sumar a las anteriores dificultades dos más: la primera tiene que ver con la palabra misma "**derecho**"; y la segunda con el *enfoque científico* y la *posición teórica* adoptados por los distintos juristas o estudiosos del fenómeno jurídico en general.
18. Respecto de la primera dificultad, la *terminológica*, hay que tener en cuenta que la expresión "**derecho**" no posee una acepción única, al contrario, *implica varios significados relacionados entre sí*. Esta ambigüedad o analogía,¹² se denota en la particularidad de la voz "**derecho**" *"...que designando el conjunto de fenómenos jurídicos, es también nombre de la disciplina científica que los estudia"*¹¹ El concepto "**derecho**", por lo tanto, no tiene un carácter *unívoco*, ya que su aplicación en el lenguaje cotidiano y el propiamente jurídico no se refiere a una misma situación. Verbigracia: una cosa es el Derecho como disciplina y otra el Derecho como fenómeno social que es estudiado por la disciplina que, para aumentar la confusión, utiliza el mismo nombre.
19. Conviene agregar, todavía en torno a la primera dificultad, que el término "**derecho**" posee una fuerte *carga emocional*¹⁴ y *se presenta de forma imprecisa en la realidad*. El Derecho se relaciona con las ideas de libertad, justicia, igualdad, bien común, que suscitan la exaltación sobre todo porque a éstas se otorgan predicados dirigidos más a la persuasión, a mover la voluntad, que al convencimiento. No es extraño que en un debate, dos oradores puedan emplear la palabra "**derecho**" como sinónimo de "**justicia**" o "**libertad**", por ejemplo, con sentidos perfectamente contrapuestos.
20. En suma, el término "**derecho**" *no se limita a describir propiedades o hechos, sino que también sirve para designar emociones*. Es evidente que en ciertas expresiones como "*¿No hay derecho!*", estamos dando a entender más que la inexistencia de una norma jurídica, más que la ilegalidad, *la creencia o sentimiento que despierta en nosotros la injusticia de un acto*.¹⁵ En muchos casos, incluso, *sentimos o creemos* que algo es injusto aunque no sepamos explicar racionalmente por qué. Lo cierto es que la expresión "**derecho**" inspira o evoca emociones relacionadas con valores o intereses que nos resultan trascendentes. Como ya se mencionó, el uso cotidiano de dicha expresión implica ideas como justicia, libertad, seguridad, orden, que también están dotadas de una fuerte carga emotiva y tienen que ver, según ya se dijo, con el *valor de lo jurídico*.¹⁶
21. Por otro lado, la palabra "**derecho**" es ciertamente vaga,¹⁷ *dado que no en todos los casos, según estudiaremos más adelante, se presenta con aquellas propiedades*

usar la palabra 'derecho'; y si, prescindiendo de este análisis, o a través de él, llegamos a la conclusión de que nuestro sistema teórico requiere estipular un significado más preciso que el ordinario para 'derecho', la estipulación no estará guiada por un test de verdad en relación a la captación de esencias místicas sino por criterios de utilidad teórica y de conveniencia para la comunicación." *Ibid.*

¹² Cfr. Carlos S. Niño. *Introducción al análisis...*, op. cit., y Miguel Villoro Toranzo, *Introducción al estudio del Derecho*. Poria. México. 1978. p. 5.

¹¹ Trinidad García, *Apuntes de introducción al estudio del Derecho*. Porrúa. México, 1991, p. 13.

¹⁴ Cfr. Carlos S. Niño. *Introducción a análisis...* op. cit.

¹⁵ John Rawls. por ejemplo, habla de un "*deber natural de justicia*", que a diferencia de las obligaciones cuyo fundamento es la voluntad de las partes, deviene de deberes naturales como no causar a los demás un sufrimiento innecesario o de auxiliar a alguien que se encuentre en peligro. Estos deberes naturales surgen entre las personas por su sólo vínculo humano y no tienen que ver. también a diferencia de las obligaciones, ni con las leyes, la autoridad o las instituciones. En este sentido expresiones como "*¿no hay justicia!*", en ciertos contextos, parecerían aludir a esta clase de "deberes naturales" Cfr. John Rawls, *Teoría de la justicia*, trad. Ma. Dolores González Soler. FCE, México, 1978. p. 135 y ss.

Véase sobre el *valor de lo jurídico*, el inciso correspondiente dentro del capítulo I.

¹⁷ *Idem*

que se le asignan como necesarias. Por ejemplo, ya antes mostramos que la *coacción* era una *nota singularísima* de las normas jurídicas, sin embargo, *hay normas jurídicas que en los distintos sistemas de Derecho carecen de ella.* Esas normas "imperfectas", aun contempladas en un ordenamiento jurídico ¿dejan de ser legítimamente jurídicas por carecer de coacción o, incluso, de sanción expresa? Evidentemente, el Derecho comprende *más que normas coactivas* y por esto la expresión "derecho" puede aludir indistintamente, con la consecuente confusión, a normas programáticas, enunciativas y principios, es decir, que de suyo carecen de sanción específica, no obstante se encuadren en un ordenamiento jurídico coactivo concebido como un todo. En este sentido es importante hacer una breve alusión a dos autores que han demostrado que los sistemas jurídicos no sólo están constituidos por normas coactivas, sino por otra clase de normas y hasta por *principios*. Me refiero a Herbert L. Hart^{1*} y a Ronald M. Dworkin.

22. En el capítulo anterior ya nos ocupamos de la obra de Hart quien desarrolla la idea de que los sistemas jurídicos están constituidos por diversas clases de normas —*primarias y secundarias*— cuya unión y estructura es la que distingue al Derecho de otros sistemas normativos. Hart piensa, según sabemos, que además de las normas jurídicas propiamente dichas (*normas de conducta o reglas primarias de obligación*), conforman al Derecho otros tres tipos de reglas denominadas *secundarias*. La unión e interacción de éstas son las que identifican a los sistemas jurídicos y denotan sus características propias. Las *reglas secundarias* cumplen con la tarea de identificar a las reglas o normas primarias de obligación, la principal de aquéllas es la denominada *regla de reconocimiento*, que podría definirse como *el criterio utilizado por funcionarios y particulares para identificar al Derecho*. Dicho criterio, dice Hart, en los sistemas jurídicos modernos, "...*incluyen una constitución escrita, la sanción por una legislatura, y los precedentes judiciales*".¹⁰
23. Hart también identifica como reglas secundarias a las *reglas de cambio* —que establecen los procedimientos de creación, modificación y derogación de las normas— y a las *reglas de adjudicación* —que establecen los procedimientos para los supuestos de violación e interpretación de las normas—. En suma, concluye nuestro autor, que si bien el Derecho está formado por normas coactivas, principalmente, *ni todas prescriben necesariamente una conducta (como las que confieren poderes o atribuyen derechos), ni todas son coactivas (como las reglas de cambio y adjudicación).*
24. Dworkin, por su parte, considera que el Derecho no es sólo un sistema de normas sino de **principios**, es decir, estándares *que sin ser normas jurídicas juegan en los sistemas jurídicos una función determinante*, puesto que **sirven a los jueces para resolver los casos difíciles que se les presentan**. Al respecto Dworkin señala: "...*cuando los juristas razonan o disputan acerca de derechos y obligaciones legales, particularmente en esos casos difíciles donde los problemas que se les plantean a propósito de estos conceptos parecen más agudos, hacen uso de*

^{*} Herbert L. A. Hart, *El concepto de Derecho*, irad. Genaro R. Carrió, Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 2004. pp. 125 y ss. Para una referencia general sobre éste y otros puntos de la obra de Hart puede consultarse de Juan R. de Páramo: H. L. A. Hart y la *Teoría Analítica del Derecho*; Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1984.

¹⁰ Ronald M. Dworkin, "¿Es el Derecho un sistema de normas?", trad. Javier Sáinz de los Terreros, en *Filosofía del Derecho*, FCE, Breviarios, México, 1980. p. 75 y ss.

H. L. A. Hart. *El concepto de Derecho*, op. cit. p. 126.

pautas que na funcionan como normas jurídicas, sino en calidad de principios, directrices o normas de otra clase^V

25. Los principios poseen la peculiaridad de que, justo al contrario que las normas jurídicas, *no se les identifican por su forma de creación sino por su contenido*. Además, poseen una "**dimensión de peso o importancia**", esto es, son criterios que, a diferencia de las normas jurídicas, *se aplican o no se aplican* —en tanto reglas de todo o nada—, puesto que los **principios permiten ponderar una solución, otorgando las razones para adoptarla**, precisamente cuando dos principios, en esos casos difíciles, entran en colisión. Son, por ejemplo, típicos casos difíciles, los relacionados con temas tales como el *aborto*, la *pena de muerte* y la *eutanasia*, a los cuales habrá de dar una respuesta en virtud de una discusión o debate que haya versado sobre **principios**. Debate que, a su vez, en función del principio o principios que se consideren en ese caso deberán *desplazar* a otro u otros, permita elegir cuál es la norma jurídica a aplicar, o qué norma jurídica habrá de crearse ex profeso.
26. Respecto a la segunda dificultad reconocida para definir al Derecho (el *enfoque científico y [aposición teórica]*) es preciso hacer algunas reflexiones.
27. Para empezar, dado que lo jurídico *abarca diversos ámbitos de la vida social, es lógico que de su estudio se ocupen distintas ciencias sociales*, como lo es también deducir que *a cada ciencia social importará un aspecto especial de lo jurídico*. Por lo tanto, el enfoque de la Sociología, la Antropología o la Historia aplicadas a los fenómenos jurídicos, propiciará sus respectivas definiciones, predicando el enfoque ya sociológico, ya antropológico o ya histórico del Derecho. ¿Dichas definiciones variarán? Sí, evidentemente. Ello nos invita a concluir que *el enfoque teórico condiciona la definición del Derecho que se pretende formular*.
28. La *postura teórica* es asimismo determinante y también condicionará el contenido de la definición. ¿Por qué? *Cada ciencia social comprende diversas corrientes de pensamiento, distintas posiciones teóricas que no son otra cosa que construcciones intelectuales que pretenden explicar, desde sus propias hipótesis, el fenómeno o fenómenos de que se ocupan, utilizando al efecto presupuestos similares, análogos y hasta contrapuestos*.
29. Al igual que como sucede con la Ciencia Jurídica, la Sociología, la Antropología y la Psicología éstas *implican de suyo múltiples posturas teóricas* que, en función de sus propios presupuestos definirán, en este caso, al Derecho. Muchas de esas definiciones coincidirán en algunos rasgos o diferirán diametralmente, según tendremos ocasión de ver en posteriores ejemplos. De tal suerte que *no sólo es el enfoque científico sino la postura teórica (cada postura pondera más algunos aspectos que otros), lo que influirá determinantemente en la definición del Derecho*. Esta definición delata la posición teórica que, obviamente, ha condicionado el contenido o predicado del concepto en cuestión.
30. No podemos dejar de mencionar que el origen de la gran diversidad de definiciones del Derecho dentro del propio Derecho, está estrechamente relacionada, según se puede entender ahora, *con la postura teórica adoptada por el expositor de la definición respectiva*. Ello se debe a que las distintas doctrinas que estudian el fenómeno jurídico analizan uno o varios aspectos, para ellas principales, de su manifestación. Puede suceder, también, que esas doctrinas enfoquen ciertos aspectos de ese mismo fenómeno que les parezcan los más importantes o esenciales que

³¹ Ronald M. Dworkin, "¿Es el derecho un sistema de normas?", *op. cit.* p. 85.

otros. *"La raíz de este disenso —expresa Villoro Toranzo— se debe a que se han propuesto nociones del Derecho que resaltan un aspecto del mismo y niegan —o, por lo menos, disminuyen— la importancia de los demás. FA porqué de esta unilateralidad de los puntos de vista hay que buscarlo en las filosofías defendidas por los juristas y-*

31. La diversidad de definiciones del Derecho analizadas desde la posición que sostiene una conexión necesaria entre el lenguaje y la realidad, y como forzosa, consecuentemente, la búsqueda de una sola definición, adquiere caracteres de caos conceptual y hasta de prueba contundente respecto de que la esencia del Derecho es algo inasible; todo lo cual se muestra equivocado. Resulta fácil explicar y justificar que cada escuela o ciencia analice el fenómeno jurídico desde las aristas que racionalmente les parezcan más trascendentes. Sin embargo, ello no significa que esas aristas sean las únicas importantes del Derecho, o que esa posición sea excluyente o definitiva en relación con las otras. Esta circunstancia denota que los logros científicos, tanto en las ciencias sociales como en las ciencias naturales, son producto del análisis constante y no dogmático de las distintas facetas que los problemas plantean, procurando de ese modo pequeñas o grandes contribuciones que permitirán alcanzar, más que verdades absolutas, posiciones superadoras de otras en la escala infinita del conocimiento humano.
32. Para llevar a cabo nuestra propia definición del Derecho, partiremos del ya esbozado concepto provisional sugerido en el capítulo anterior, mismo que nos ha mostrado al fenómeno jurídico como una realidad que se manifiesta o presenta en diferentes formas o dimensiones. Esta circunstancia está corroborada no sólo por la multiplicidad de ángulos desde los cuales se estudia el fenómeno jurídico, sino por la variedad de significados que aluden, también, a distintos ámbitos de su conocimiento. Es decir, que el Derecho —y de ahí buena parte de las dificultades de su comprensión y definición— no se manifiesta unívocamente ni en lo terminológico ni en lo epistemológico, ya que su naturaleza es variada y compleja.
33. Uno de los errores en el análisis y la aprehensión del Derecho ha consistido, según nuestro particular punto de vista, en querer reducir el fenómeno jurídico a una sola de sus facetas por el solo hecho de que en la realidad así aparece. Es decir, lo que la realidad nos presenta como fenómeno único se expresa, por su contenido complejo, de forma multidimensional. Entonces, negar el contenido complejo del Derecho porque en la realidad se manifiesta no como un todo sino parcialmente, es en buena medida, causa de las confusiones.
34. Si el Derecho es un todo de contenido complejo —como cualquier todo— que se traduce en dimensiones distintas pero complementarias, dimensiones unidas, entrelazadas en lo fundamental, es claro que esa complejidad dificulta su comprensión, pero, de ninguna manera, la hace imposible. Si discriminamos con cuidado los datos que nos aporta el acercamiento inicial y provisional que hemos realizado del fenómeno jurídico en el primer capítulo, podremos concluir que el Derecho se manifiesta como un todo multidimensional y complejo del que se advierten tres aspectos distintos y complementarios, a saber, sus dimensiones como hecho social, norma jurídica y valor.
35. Quien planteó ya esta terna de elementos, analítica y sistemáticamente articulados en tanto Teoría de la tridimensionalidad del Derecho, fue el uisfilósofo brasileño

Miguel Reale,²³ su concepción de lo jurídico ha sido desarrollada y enriquecida por autores como Recaséns Siches y García Máynez.²¹ Resulta oportuno subrayar que esta visión más rica y cabal del Derecho, ha tenido un resurgimiento muy importante en la Teoría y la Filosofía del Derecho actuales, sobre todo a raíz del renacimiento de la preocupación por los problemas éticos de lo jurídico y las críticas —muchas de ellas inmerecidas como veremos— a las posturas iuspositivistas.

36. Autores como Elías Díaz, Eusebio Fernández, Gregorio Peces-Barba, Julius Stone y George Nakhnikian, entre otros, aluden a este criterio de la *tridimensionalidad del Derecho*.^{1*} En relación con esta postura, Fernández García ha escrito: *"El Derecho es un elemento básico de la vida social, cuyo análisis adecuado incluye la triple dimensión de norma, hecho social y valor. La dimensión normativa se da desde el momento en que el derecho es un sistema, conjunto u ordenamiento de normas coactivo e institucionalizado. El derecho es un hecho social porque es elaborado por los hombres que viven en sociedad, estimulado por ciertas necesidades sociales y con el propósito tanto de evitar como de solucionar conflictos sociales"*.^{2b}

CUADRO 2.2 LAS DIFICULTADES PARA DEFINIR AL DERECHO

Las dificultades para definir al Derecho, que deben ser superadas, tiene que ver con los siguientes aspectos:

- a) La concepción del lenguaje.
- b) La palabra misma "derecho" (terminológica)
- c) El enfoque científico y la posición teórica que se asumen para definirlo.

²¹ Cfr. de Miguel Reale, *Filosofia do direito*. Edicao Saraiva. San Paulo. 1953, y *Teoría tridimensional do direito*. F.dicao Saraiva, 1968.

²² Cfr. Luis Recaséns Siches, *Introducción al estudio del Derecho*. Porrúa, México. 1981; Eduardo García Máynez. *Introducción al estudio del Derecho*, y, sobre todo *im definición del Derecho: ensayo de perspectivismo jurídico*. Siylo. México. 1948. De cuño más reciente véase Bartolo Pablo Rodríguez Cepeda. *Metodología jurídica*. Oxford University Press, México. 1999. Dicho autor señala: *"Esta corriente del pensamiento jurídico propugna por una visión integral del derecho, en la que se consideren los tres aspectos que conforman el fenómeno jurídico: la norma, el hecho y el valor, o lo que es lo mismo, que en él se da la eficacia, la validez extrínseca y la validez intrínseca, que serían las tres dimensiones del derecho"*. *Ibid.* p. 187.

²³ E. Díaz, *legalidad-legitimidad en el socialismo democrático*. Civitas, Madrid. 1978. E. Fernández, *Teoría de la justicia y derechos humanos*. Debate. Madrid. 1987; Cfr. Gregorio Peces-Barba. *Introducción a la filosofía del derecho*. Debate. Madrid. 1986; J. Stone, *The providence and Function of law*. Harvard. 1950; George Nakhnikian, *El derecho y las teorías éticas contemporáneas*. Distribuciones Fontamara. México, 1993. Este último autor ha escrito, aludiendo a una concepción tripartita del estudio de lo jurídico elaborada por Julius Stone a la luz de disciplinas no jurídicas, lo siguiente: *"He adoptado la definición de 'jurisprudencia' de Julius Stone y su división tripartita en jurisprudencia analítica, jurisprudencia ética y jurisprudencia sociológica... Las siguientes son las tres preguntas principales que pueden formularse acerca del derecho:*

- 1) *¿Cuáles son las definiciones y premisas desde las que es posible enfocar el contenido de un orden jurídico (esto es, las proposiciones o preceptos jurídicos, o parte de los mismos) como un sistema lógicamente coherente (en el sentido lógico)? (Jurisprudencia analítica).*
- 2) *¿Cuál es el ideal o cuáles son los ideales a los que debemos tratar de adecuar nuestro orden jurídico? ¿Qué debe ofrecer este orden a los hombres cuya conducta regula? (Jurisprudencia ética)*
- 3) *¿Cuáles son los efectos reales del derecho sobre las actitudes y conductas de los hombres cuyo comportamiento regula, y cuáles son los efectos de esas actitudes y conductas sobre el orden jurídico?" (Jurisprudencia sociológica)*. Véase *Ibid.* pp 7-8.

* E. Fernández. *Teoría de la justicia* ., *op. cit.* p. 24.

a) La concepción del lenguaje <i>Existe el extendido criterio de que así como hay un exclusivo sistema para definir, hay también una única y universal definición de Derecho. Lo anterior implica aceptar el llamado realismo verbal, el cual se opone al convencionalismo verbal.</i>	Realismo verbal: • <i>Los conceptos reflejan la "esencia" de las cosas; las palabras son únicamente vehículo de los conceptos; la relación lenguaje-realidad es necesaria; los conceptos y las definiciones sólo detectan aspectos esenciales.</i> • <i>Una definición válida es la que detecta esa esencia, por lo tanto, sólo habría una definición válida para cada caso.</i> Convencionalismo verbal: <i>La relación lenguaje-realidad es arbitrariamente establecida por los seres humanos, aunque exista un acuerdo consuetudinario para el uso del lenguaje que evite confusiones; las palabras o los conceptos sólo tienen propiedades esenciales en la medida en que los hombres hagan de esas propiedades condiciones necesarias para el uso de una palabra o una definición, decisión que puede variar. De tal manera que no hay definiciones únicas sino tantas definiciones como necesidades teóricas, metodológicas o de comunicación existan</i>
b) La palabra misma "derecho"	• La palabra "derecho" no posee una acepción única sino varios significados relacionados entre sí. • La palabra "derecho" no posee carácter unívoco. • La palabra "derecho" comporta una fuerte carga emocional y se presenta de forma imprecisa en la realidad. • <i>Carga emocional:</i> se relaciona con ideas tales como "libertad" "justicia," "igualdad" "bien común" términos todos que constituyen <i>lenguaje persuasivo</i> y buscan mover la voluntad del oyente. • La palabra "derecho" entonces, sirve también para <i>designar emociones</i>. • La palabra "derecho" es <i>vaga</i>: no en todos sus usos se presenta con aquellas propiedades que se le asignan como necesarias. Por ejemplo, no todas las normas jurídicas están dotadas de coacción.
c) El enfoque científico y la posición teórica que se asumen para definirlo	• <i>Enfoque científico:</i> el Derecho, en tanto fenómeno complejo, <i>puede ser definido desde distintas ciencias sociales</i>, dado que su presencia abarca distintos ámbitos de la vida social El Derecho, así, puede ser definido desde la Sociología, la Antropología y la Historia propiciando distintas clases de definiciones. • El enfoque científico <i>condiciona la definición del Derecho que se pretende formular</i> <i>Posición teórica</i> cada ciencia social comprende diversas corrientes de pensamiento, <i>distintas posiciones teóricas desde las cuales puede definirse el fenómeno jurídico</i>. Por lo tanto, <i>dentro de cada enfoque científico podrá haber distintas definiciones del Derecho en función de la posición teórica que en cada caso se asuma</i>

Uno de los errores en el análisis y la comprensión del Derecho ha consistido en querer reducir el fenómeno jurídico a una sola de sus facetas por el solo hecho de que así aparece en la realidad.

Empero, el Derecho se manifiesta de forma compleja y multidimensional.

El enfoque metodológico que ve al Derecho como un todo multidimensional y complejo en el que se destacan tres aspectos distintos y complementarios es la Teoría Tridimensional de Derecho.

La Teoría Tridimensional de Derecho analiza el fenómeno jurídico a partir de la idea de que éste es a un mismo tiempo *hecho social, norma jurídica y valor*.

Tres realidades distintas pero complementarias.

2.2 Replanteamiento de la Teoría Tridimensional del Derecho

37. A continuación desarrollaremos la *Teoría Tridimensional del Derecho* elaborada y reelaborada por las distintas contribuciones de los autores antes citados, haciendo algunos agregados que pretenden enriquecerla o complementarla. Esta teoría comporta, hay que decirlo, *enormes ventajas pedagógicas*, toda vez que nos ayudará a transmitir una visión cabal del Derecho y no sólo una visión unilateral o unidimensional del mismo.
38. El concepto tridimensional del Derecho concibe al fenómeno jurídico desde una terna de manifestaciones: como *hecho social, norma jurídica* y como *valor*. Ya nuestro inicial acercamiento a dicho fenómeno evidenció esta triple implicación en que se da y deviene lo jurídico. Ahora bien, el análisis de la tridimensionalidad puede hacerse desde *dos perspectivas científicas*, o sea, *desde fuera o dentro de lo jurídico*, y en *dos niveles del conocimiento*, es decir, *en el plano del ser o del deber ser*.
39. Una *primera perspectiva científica* es la que nos ofrece *la disciplina que de forma primordial se encarga del Derecho*, en otros términos, *la que hace de lo jurídico su objeto de estudio*, a saber, la *Ciencia Jurídica*⁴. Sus distintas ramas o ciencias especiales (*Teoría General del Derecho* y *Filosofía del Derecho*) se ocupan, en particular, de los diversos aspectos y problemáticas propias, respectivamente, del *ser* y el *deber ser* del fenómeno jurídico.
40. Fuera de éstas y en una *segunda perspectiva científica*, el Derecho es estudiado *desde otras ciencias sociales* (como la Sociología, la Historia, la Antropología, la Psicología, la Ciencia Política, la Economía, la Filosofía, y dentro de ella, la Ética y la Lógica, en particular), *mismas que cuando se concentran, a través de su propia metodología, en el fenómeno jurídico reciben el calificativo de disciplinas o ciencias auxiliares del Derecho*. Es decir, cuando dicha disciplina hace del Derecho su principal objeto de estudio, entonces, por ejemplo, la Sociología se convierte en Sociología jurídica o del Derecho.

⁴ Cabe decir que antiguamente se hacía referencia a la Ciencia del Derecho como Jurisprudencia, acepción que sobrevive en los países anglosajones. Entre nosotros, por Jurisprudencia se entiende *"el criterio de interpretación judicial de las normas jurídicas de un Estado, que prevalece en las resoluciones de un tribunal supremo o de varios tribunales superiores"*. Véase: Rafael de Pina. *Diccionario de Derecho*. Porrúa. México, 1979. pp. 309-312. Otros autores entienden por Ciencia Jurídica lo siguiente: *"Es una ciencia práctica porque parte del conocimiento especulativo que se tiene de la realidad jurídica y opera sobre ella para dirigir el obrar humano, es decir, para encauzar la conducta de los integrantes de la comunidad desde la constante jurídica"*. Véase Bartolo Pablo Rodríguez Cepeda. *Metodología jurídica*, op. cit., p. 130.

41. Ahora bien, los *dos niveles de conocimiento o estudio del Derecho* según se deduce de las ciencias que lo estudian, son el *fáctico* o *positivo* (que se mueve en el mundo del ser) y el *filosófico* (que lo hace en el del deber ser), y que corresponden tanto a las ciencias jurídicas como a otras ciencias sociales y a las auxiliares del Derecho. En cada uno de esos niveles de conocimiento, la ocupación central se concreta en analizar *cómo es o se presenta* el Derecho en la realidad y *cómo debe o debiera serlo*. Esta distinción, que para fines analíticos y didácticos se hace del Derecho, quedará mayormente esclarecida una vez que nos explayemos respecto de las tres dimensiones de lo jurídico (*Véase cuadro*).

CUADRO 2.3 CONCEPCIÓN TRIDIMENSIONAL DEL DERECHO		
Se concibe al fenómeno jurídico como <i>hecho social, norma jurídica Y valor</i>		
••• .piji•wi-.ii.V.] - Perspectivas científicas	1a. <i>Desde la ciencia jurídica</i>	Teoría general del Derecho
		Filosofía del Derecho
	2a. <i>Desde las ciencias sociales</i>	<i>Sociología, Historia, Antropología, Psicología, Ciencia Política, Economía, Filosofía (Ética Y Lógica)</i> El Derecho no es su principal objeto de estudio, sino uno de los fenómenos, entre otros, que su disciplina debe analizar. <i>Disciplinas o ciencias auxiliares del Derecho</i> Se generan cuando las ciencias sociales hacen del Derecho su objeto central de estudio y lo analizan a través de su propia metodología.
Niveles de conocimiento	<i>Fáctico o positivo</i> Como es el Derecho en la realidad	
	<i>Filosófico</i> Cómo debe o debería ser el Derecho.	

2.2.1 Dimensión fáctica

42. La *dimensión fáctica del Derecho* denota que el fenómeno jurídico como un *hecho*, es un *acontecer que se presenta en la realidad social*. A todas luces, la primera noticia que tenemos del Derecho es la proporcionada por el lenguaje y su omnipresencia en la vida comunitaria, estemos o no conscientes de ello. El Derecho es, antes que nada, un *fenómeno social* y, por lo tanto, *cultural, sujeto e interrelacionado con los demás fenómenos que acaecen en el devenir comunitario, como los económicos y políticos*. Recaséns sostiene que esta dimensión comprende los hechos sociales en los que se gesta y produce el Derecho, así como los modos humanos de comportamiento en los que realmente se cumple y se lleva a cabo.¹⁸

Cfr Luis Recaséns Siches. *Introducción al estudio del Derecho*, op. cit., p. 45.

43. Esta dimensión táctica o de hecho en que inicialmente se manifiesta el Derecho es estudiada langencialmente y por vía de su propia metodología en otras ciencias sociales como la *Sociología*, la *Antropología*, la *Psicología*, la *Historia*, la *Ciencia Política*, la *Teoría del Estado* y la *Economía*. Cada una de éstas se ocupará de las distintas manifestaciones reales o lácticas del fenómeno jurídico que afectan su disciplina y que deben ser científicamente tomadas en cuenta dada su relevancia.
44. Veamos qué sucede con cada una de ellas:
- La *Sociología* analiza al Derecho como un *modo de comportamiento social, que responde a ciertas circunstancias y que influye en la adopción de determinadas conductas, dando origen a fenómenos sociales específicos*¹
 - la *Antropología* conoce al Derecho como *manifestación cultural, como hacer social que responde a ciertas formas de ver y entender la vida y que aparece, de uno u otro modo, con caracteres idiosincráticos propios en los distintos grupos humanos donde se desarrolla*
 - la *Psicología* ve al Derecho como *una forma de influencia particular en la conducta de los individuos*;
 - la *Historia* comprende al fenómeno jurídico como *uno de lo hechos de la voluntad humana que sobresalen de entre las realizaciones de los pueblos en los distintos momentos de su existencia*
 - la *Ciencia Política* entiende lo jurídico como *un fenómeno social que responde a ciertos intereses o circunstancias que tienen que ver con las relaciones de poder*

¹Cfr. Renato Treves. *La sociología del Derecho. Orígenes, investigaciones, problemas*, trad. Manuel Atienza. Ariel. Barcelona. 1988. Treves concibe la Sociología del Derecho como una disciplina que desarrolla dos tipos de investigaciones diferentes, pero conectadas entre sí e incluso complementarias, esto es, la determinación del Derecho libre o Derecho producido fuera de los esquemas jurídicos formales, y el estudio y función del Derecho en la sociedad. Véase nota del traductor, pp. 9 y ss. A su vez, Luciano Gallino alude a la relación entre Derecho y Sociología del siguiente modo: "El derecho es un componente de la cultura de una sociedad, que interacciona con las estructuras sociales en muchos campos, en diversos niveles de la escala que enlaza, sin solución de continuidad, la fenomenológica". Véase Voz *derecho, sociología del* ". en *Diccionario de sociología*, trad. por Stella Mastrangelo y Lorenzo Alegria. 2a ed., Siglo XXI Editores. México, 2001. p. 281. Karl-Heinz Hillmann. ha escrito en este mismo tenor: "En la doctrina jurídica, que instancia y creadora y mantenedora del orden que. dentro de unos campos de aplicación esjatiotemporalmente delimitados, define los posicionamientos pertinentes para cada interesado de modo que. de acuerdo con la situación específica. las medidas con que rige la conducta, otorga determinadas atribuciones y asigna ciertas obligaciones "(...)". En *Sociología, no interesa tanto el valor imperativo del derecho como su carácter de realidad social, es decir, si y hasta qué punto puede ser considerado causa de acciones sociales reales*" Véase del autor voz "derecho", en *Diccionario enciclopédico de sociología*. Antoni Martínez Riu (director de la ed. española). Herder. Barcelona, 2001, p. 214

²Evidentemente, la Antropología que auxilia al Derecho no se reduce a su versión cultural sino filosófica y. en este último sentido sus preguntas son harto trascendentes. Al respecto. Jesús Ballesteros ha escrito: "No hay duda que la antropología filosófica. el conocimiento de los caracteres existenciales del hombre, constituye el punto de partida necesario para la pregunta acerca del sentido o sinsentido del derecho en la vida, pregunta que con razón ha sido calificada como la más decisiva que puede plantear la filosofía jurídica". Cfr. J. Ballesteros. *Sobre el sentido del Derecho. Introducción a la filosofía jurídica*. Tecnos, Madrid. 1984, p. 123.

³Carl Joachim Friedrich se refiere a la relación de la Historia con el Derecho en los siguientes términos: "El Derecho es historia congelada. En un sentido elemental, todo lo que estudiamos cuando estudiamos derecho es la narración de un acontecimiento histórico, y toda la historia consiste en relatos o testimonios de esta clase". Véase: C. J. Friedrich. *La filosofía del Derecho*, trad. Margarita Álvarez Franco, FCE, México, 1969. p. 331

Bobbio ha escrito: "Poder y derecho son las dos nociones fundamentales de la filosofía política y de la filosofía jurídica respectivamente. Son por así decirlo, dos caras de la misma moneda. Entre escritores políticos y juristas, el contraste implica cuál de esta moneda sea el frente y cuál el reverso: /Mira los primeros el frente es el /Mhler y el reverso el derecho, /tara los segundos es lo contrario". Véase; Norberto Bobbio. "El poder y el Derecho", en Norberto Bobbio y Michelangelo Bovero. *Origen y fundamentos del poder político*, trad. José Fernández Santillán, Enlace-Grijalbo. México. 1985. p. 21

- la *Teoría del Estado* concibe al Derecho como una típica forma de manifestación del hacer estatal
- la *Economía*, que sobre todo en su versión política o social, se aboca al análisis del Derecho como un medio de regulación que auxilia e influye los fenómenos relativos a la producción y distribución de la riqueza.^M

45. Desde el Derecho y en su dimensión fáctica se ocupan del fenómeno jurídico las ciencias o disciplinas jurídicas auxiliares, denominadas así porque ponen al servicio del Derecho una metodología comprensiva particular, procurándolo como especial objeto de estudio. Dichas ciencias auxiliares son: la *Sociología jurídica* o *Sociología del Derecho*¹⁵ y la *Historia del Derecho*.^{*6} Cabe decir, que son también ciencias o disciplinas jurídicas auxiliares, aunque se ocupan del Derecho desde un punto de vista especulativo, la *Filosofía*¹⁷ y, dentro de ella misma, la *Ética* y la *Lógica jurídica*.TM

CUADRO 2.4 DIMENSIÓN FÁCTICA	
Concibe al Derecho como un hecho o fenómeno social. El Derecho como fenómeno social es estudiado...	
Desde otras ciencias sociales	Sociología, Antropología, Psicología, Historia, Ciencia Política, Teoría del Estado, Economía.
Desde el Derecho con metodología de otras ciencias sociales	Sociología jurídica, Historia del Derecho
	Filosofía (Ética y Lógica)

"Hermann Heller ha señalado que: *"Todo poder estatal, por necesidad existencial, tiene que aspirar a ser un poder jurídico. pero esto significa no solamente actuar como poder en sentido técnico jurídico, sino valer como autoridad legítima que obliga moralmente a la voluntad"*. Véase H. Heller. *Teoría del Estado*, trad. Luis Tobio, FCE. México. 1983, p. 235

"En torno a la relación entre asuntos económicos y el Derecho. Otfred Höffe ha escrito: *"¿Existen para el orden económico principios normativos de justicia? Nadie discute que la economía debe producir y distribuir bienes y, por cierto, no bienes cualesquiera y para cualesquiera receptores. Ella debe (a) producir los bienes adecuados, (b) a precios bajos, (c) en cantidad suficiente y (d) debe hacer llegar los bienes a quienes realmente los necesitan. Con una palabra la economía debe ser funcional en todo respecto. Cuando una economía es funcional proporciona ventajas tan grandes a todos los participantes que ellos están dispuestos a asumir los costos de la actividad económica: a pagar el precio de los bienes o aceptar el esfuerzo de la lubricación y la distribución. Requiere un equilibrio de ventajas e inconvenientes, que se manifiesta en el equilibrio de costos y precios. En lugar de equilibrio puede hablarse también de igualdad: pero igualmente es un principio de la justicia. De esta manera, la economía, va por razones immanentes, está sujeta a la idea normativa básica de justicia"*. Cfr. O. Höffe, 'Orden económico y justicia', en *Estudios sobre teoría del Derecho y otros ensayos*, trad. Jorge M. Seña, Distribuciones Fontamara. México. 1992, pp. 41-62. A su vez Jean-Pierre Paulet y F. liseo Santandreu, conceptúan al Derecho desde la economía, en estos términos *"Potestad de hacer o exigir cuanto la ley o la autoridad establece a nuestro favor, o lo permitido por el dueño de un derecho o cosa"*. Voz **"derecho"** en *Diccionario de economía y empresa*. 2a. ed.. Ediciones Gestión 2000. Barcelona. 1997, p. 45

¹⁵ Ramón Soriano apunta que la *Sociología jurídica*: *"(...) se ocupa de la influencia de los factores sociales en el Derecho y de la incidencia que éste tiene, a su vez, en la sociedad: la mutua interdependencia de lo social y lo jurídico"*. Véase *Sociología del Derecho*. Editorial Ariel Derecho, Barcelona. 1997, p. 17.

Sobre este punto puede consultarse la compilación de Ma. del Refugio González. *Historia del Derecho*. UAM. Antologías Universitarias. México, 1992.

"Desde la Filosofía el Derecho es visto como: *"(...) todo aquello que indiscutiblemente y sin vacilaciones acata una regla. También designa al conjunto de leyes o instituciones que regulan de una manera determinada las relaciones entre los hombres"*. Consultar la voz **"derecho"** en Leonor Martínez Echeverm y Hugo Martínez Echeverm, *Diccionario de filosofía*, 3a. ed.. Panamericana Editorial, Santa Fe de Bogotá. 1997, p. 127.

"Sobre el relevante papel que la lógica tiene para los estudios y trabajos jurídicos puede consultarse, entre otros, a Ulises Schmill. *Lógica y derecho*. Distribuciones Fontamara. México. 1993 y Georges Kalinowski. *Lógica de las normas y lógica deóntica*. Distribuciones Fontamara. México. 1993.

2.2.2 Dimensión normativa

46. La segunda dimensión, la *dimensión normativa del Derecho*, reconoce al fenómeno jurídico en su presencia estrictamente jurídica. Así, el Derecho como hecho social se caracteriza por fijar, establecer y ajustar las *conductas sociales* que los seres humanos deben asumir, y no las conductas que son o se dan en la realidad social (de esto último se ocupan las ciencias preocupadas de la dimensión fáctica). En consecuencia, *la dimensión normativa del Derecho se refleja en la realidad como el conjunto de normas coactivas que prescriben la conducta social debida*. Aunque, como ya mencionamos en párrafos precedentes, los sistemas jurídicos no se componen exclusivamente de normas coactivas, aun cuando la característica más destacada de los ordenamientos jurídicos sea la coacción.
47. Ahora bien, dado que socialmente hay más de un tipo de conductas debidas según ya vimos, como las morales, las religiosas y los convencionalismos sociales, la *dimensión normativa del Derecho se ocupa de una normatividad específica*, que se distingue por sus propias notas, entre las cuales está, principalmente, su *impositividad inexorable o coercitividad*.⁹
48. En efecto, según se analizó antes, **el lenguaje del Derecho es normativo, como lo es también el lenguaje de otras formas de regulación del comportamiento social**. Sin embargo, se concluyó que las normas jurídicas *garantizan una determinada conducta social cuya eficacia se respalda con la fuerza institucionalizada del poder político*, en virtud del cual es posible coaccionar su cumplimiento, en aquellos casos en que las normas jurídicas no sean asumidas voluntariamente por los miembros del grupo social.
49. Recordemos que la *Ciencia del Derecho o Jurídica nos ofrece la primera perspectiva científica del fenómeno jurídico*, haciendo de éste su objeto central de análisis, englobando la totalidad de las distintas clases de conocimientos y metodologías con que se aborda ese fenómeno. Hablamos de una *primera perspectiva en función de su importancia*, ya que es la Ciencia del Derecho la que, por naturaleza propia, nos otorga el conocimiento específico de lo jurídico, *mientras que la perspectiva científica que a su vez nos ofrecen otras ciencias en sus respectivas dimensiones* y a partir de su propia metodología (Psicología, Antropología, Historia, Sociología, Ciencia Política, Teoría del Estado, Economía, Filosofía, Ética y Lógica), *complementa el conocimiento tridimensional del Derecho*. Por lo tanto, la dimensión normativa será conocida y analizada a través de las siguientes materias clave que componen a la mencionada Ciencia Jurídica, y que se ocuparán, respectivamente, del Derecho que es y del que debe o debería ser: la *Teoría General del Derecho*⁴⁰ y la *Filosofía del Derecho*.

⁹ *Idem*.

¹⁰ Es oportuno anotar que no existe una terminología homogénea para denominar a las ciencias o ramas de la Ciencia del Derecho (o Jurídica, aquí sí, como se quiera) ocupadas de los distintos aspectos e interrogantes de lo jurídico, como tampoco hay un criterio uniforme para delimitar sus predicados. Así por ejemplo, Recasens Siches adscribe a la Teoría Fundamental o General del Derecho el estudio filosófico de la norma jurídica y cita a la Teoría Pura del Derecho como arquetipo de dicha forma de estudio. García Máynez, por su parte, si bien acepta que la Teoría General del Derecho tiene un carácter "positivista" y no puede dejar de serlo, admite que "...de ese carácter suyo no debe desprenderse la conclusión de que sea una disciplina 'puramente empírica' y únicamente se limite a extraer y sistematizar lo que los ordenamientos jurídicos tienen de común". Luego concluye, citando a Nawiasky: "Más bien parte de la esencia del derecho y deriva de ellas los conceptos generales con cuya ayuda concibe y ordena el material jurídico dado previamente. Su tema consiste, pues, en elaborar ese material empírico de acuerdo con puntos de vista teóricamente fundados". Esta reflexión de García Máynez resulta de suma utilidad porque aclara que si bien la Teoría General del Derecho se ocupa de lo fáctico no se agota en él, como sus primeros inspiradores pretendieron, desterrando cualquier alusión al método normativista, ya que dicha Teoría General no

50. La *Teoría General del Derecho* se concentra en el análisis de los distintos aspectos y problemas surgidos del ser mismo de la normatividad jurídica." Se trata de la doctrina de los conceptos jurídicos fundamentales. Estudia el Derecho que es, tratando de definirlo y ubicarlo desde el punto de vista de una experiencia completa de la vida jurídica.¹-
51. Héctor Raúl Sandler señala que el sector del conocimiento jurídico que se denomina como **"teoría general"**, está integrado por **las teorías que tratan de explicar y resolver los cuestionamientos surgidos del orden jurídico**. Estas buscan plantear soluciones a los problemas reales que se presentan en el quehacer cotidiano de los abogados, atienden, por consecuencia, no sólo los problemas formales sino de contenido de los diferentes sistemas jurídicos. Así, por ejemplo, la *Teoría General del Derecho* se ocupa de conceptos tales como norma, sanción, deber, acto y hecho jurídicos, o de instituciones como la patria potestad, el negocio jurídico, el matrimonio, planteando teorías que permitan su selección, sistematización, comprensión y mejor aplicación en la realidad⁴⁴
52. La *Teoría General* es distinta por su función y sus objetivos a la rama de la *Ciencia Jurídica* que se ocupa de los sistemas jurídicos en cuanto tales, llamada *Dogmática jurídica*. Aquí, como afirma Elías Díaz, para el jurista el dato de estudio fundamental son las normas, el sistema normativo delimita y enmarca la zona de su trabajo.⁴⁵ El nombre **"dogmática"** proviene del hecho de que el estudio sistemático de los contenidos de las diversas ramas del Derecho de que se ocupa, *parte de concebir tales sistemas como algo dado, sin ulteriores consideraciones valorativas*, lo cual no implica que no se deba adoptar una actitud crítica ante las mismas. Son parte de la *Dogmática jurídica* los estudios referidos tanto a cualquiera de las ramas que componen los ordenamientos jurídicos de cada país —*el Derecho civil, el mercantil, el constitucional, el penal, el fiscal, etcétera*—, como los que son de interés y aplicación común: *Derecho internacional público, privado. Derecho internacional de los Derechos Humanos*, entre otros.
53. Por otro lado, la parte de la *Ciencia Jurídica* que estudia y analiza los medios empleados para la elaboración, transformación y aplicación de las normas jurídicas en vigor, se denomina *Técnica Jurídica* o *Técnica del Derecho positivo*⁴⁶ Incluímos también, por considerarlo determinante en la concepción de la dimensión normativa a la *lógica jurídica* o *lógica deóntica*, cuyo objeto de estudio lo cons-

es sólo doctrina de las formas sino de los contenidos jurídicos, aunque es claro —y con esto se distingue de la Filosofía del Derecho— en que "sólo debe lomar en cuenta los fines immanentes al ordenamiento que estudia, y no, por ejemplo, los cuernos que el tratadista o el aplicador desearían ver realizados". Véase, respectivamente, L. Recasens Siches *Tratado general de filosofía...* op cit . p. 160 y Eduardo García Máynez/ *Filosofía del Derecho*. Porrúa, México. 1980. pp. 12-13.

⁴¹ "La Teoría General se distingue de la Sociología Jurídica y de la Filosofía del Derecho en que no ve en los hechos y en las ideas objetos independientes, y sólo los estudia, como doctrina de los contenidos jurídicos, en la medida que entran a formar parte 'de la substancia' de las normas " Ibid p 13.

⁴² Ibid. p. 15.

" Para un análisis detallado sobre la Teoría General del Derecho y su método véase de Miguel Villoro Toranzo, *Teoría general del Derecho*, Porrúa. México. 1989

"Cfr Héctor Raúl Sandler. *Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*. Biblioteca del Estudiante Universitario, núm. 110, UNAM, México. 1980, pp. 55 y ss.

"Cfr. F. Díaz, *legalidad-legitimidad...* op. cit., p. 18

"Cfr. Trinidad García. *Apuntes de introducción al estudio del Derecho*, Porrúa, México, 1991. p. 14: "La escuela científica del derecho en Francia ha propuesto deslindar los campos de la ciencia y de la técnica jurídicas [...] La idea de técnica jurídica viene en línea recta de ideas previas que apuntan desde el siglo xix y que afirman la diferencia entre los conocimientos adquiridos por la ciencia del derecho y la aplicación de ellos con fines prácticos".

tituyen la estructura y la lógica de las proposiciones normativas que conforman al ordenamiento jurídico." Las aportaciones de la *lógica Jurídica* son capitales, como afirma Norberto Bobbio, para la resolución de problemas tales como la naturaleza de la norma jurídica como norma hipotética; las distinciones y relaciones entre los distintos tipos de normas; el ordenamiento jurídico como sistema y sus necesidades de unidad, coherencia e integridad, por citar sólo algunos.⁴⁸

54. Una materia muy importante de la Ciencia Jurídica ocupada de un particular aspecto de la dimensión normativa del fenómeno jurídico es el *Derecho comparado*. A éste se encomienda el estudio de los caracteres propios y comunes, así como la interrelación de las instituciones legales de diferentes sistemas jurídico-normativos.⁴⁹ El análisis comparativo permite apreciar la manera en que cada sistema jurídico ha resuelto, por vía de su propio Derecho, la regulación de los distintos problemas a que da lugar la convivencia humana.⁵⁰
55. Dentro de la dimensión normativa de lo jurídico, pero en el nivel del conocimiento dirigido a la determinación de cómo debe o debería ser el Derecho, hallamos a la *Filosofía del Derecho*.
56. Para cierto sector del Derecho, quienes sostienen que es posible encontrar una definición realista del Derecho y aceptan una concepción del lenguaje que considera que entre éste y la realidad hay una relación necesaria y, por ende, hay una sola definición del Derecho, precisamente la que define la esencia de lo jurídico, continúa cultivando una rama de la Filosofía del Derecho denominada *Ontología jurídica* "Ixi indagación por el ser del derecho —anotan Aftalión y Vilanova— que responde a la pregunta ¿qué es el derecho?, se entiende para nosotros como indagación que no es de pura lógica sino de la esencia del objeto del derecho, de su ser, y recibe por ello el nombre tradicional de ontología jurídica."⁵¹
57. También ocupada del estudio de esta dimensión normativa a nivel de deber ser y como parte integrante de la *Filosofía del Derecho* se halla la Teoría del Derecho, cuyos esfuerzos se encaminan, según Bobbio, "...al estudio de los esquemas intelectuales empleados por los juristas para crear, interpretar, completar y conciliar entre sí las reglas de un sistema jurídico"Elías Díaz asigna a dicha Teoría del

" Jorge Witker Velázquez y Rogelio I. arios Velasco delinen a la *lógica jurídica* en eslos términos: "/.../ es un área técnica de interés propia para ios ahogados y /aristas en general, que consiste en el estudio de la aplicación de todos los recursos dis/Hinibles y utilizables de la lógica, en sentido amplio, al campo del derecho. Estos recursos comprenden el empleo de la lógica indicativa formal llanto tradicional como simbólica) así como el de la lógica deóntva y la lógica retórica o de la argumentación. Sin embargo, ello no significa, de ninguna manera, que todos los elementos de la lógica, en todas sus partes, se puedan aplicar al campo del derecho en cualquier circunstancia ". Respecto de la *lógica Deóntica*, los mismos autores, apuntan: " ; I es la rama de la ciencia lógico formal que emplea y simboliza fundamentalmente material lingüístico relacionado con la función normativa, para el análisis del razonamiento y de las estructuras formales de la comunicación v. por tanto, no utiliza exclusivamente lenguaje relacionado con la función informativa, como lo hace la lógica I I ". Véase *Metodología jurídica*. 2a. ed.. Mc-Ciraw I lili. México. 2002. p. 41.

" Cfr. Norberto Bobbio. *Derecho y lógica*, trad. Alejandro Rossi, Centro de Estudios Filosóficos, UNAM, Colección Cuadernos, núm. 18, México, 1965. pp 42yss. Igualmente véase de Rupert Schreiber, *hígica del Derecho*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Distribuciones Fontamara. México. 1992

" Cfr. E. Díaz. *Legalidad-legitimidad...* op. cit. p. 18.

^{v1} Cfr. Héctor Raúl Sandler. *Introducción a los problemas ... op. cit.*, pp. 54-55.

" Enrique R Aftalión y José Vilanova. *Introducción al Derecho*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires. 1992. p. 177. Estos autores apuntan en el mismo lugar que *ontología* significa estudio del objeto y su denominación fue rehabilitada por Husserl. "...sobre la base de su desconexión de toda resonancia metafísica y de su definición fenomenológica según la cual objeto es el término de la intencionalidad de la conciencia". Véase *idem*.

^B Norberto Bobbio. *op. cit*

Derecho" varias misiones: una reflexión crítica sobre la Ciencia misma del Derecho y sobre la actividad científica de los juristas; el análisis de la metodología y los procedimientos lógicos utilizados en la argumentación jurídica; la aplicación y realización del Derecho; la determinación de los elementos y componentes que hacen a la Ciencia Jurídica; así como el papel que juega en el panorama actual de los conocimientos científicos y su relación con las otras ciencias sociales.⁵⁴

CUADRO 2.4 DIMENSIÓN NORMATIVA		
Concibe al Derecho en su presencia estrictamente jurídica. El Derecho como norma y conjunto de normas es estudiado por la:		
..^..j^iuiX.^, ✖ dimensión Jurídica .	Teoría General del Derecho	Dogmática jurídica (Derecho civil, penal, etcétera).
		Técnica jurídica Lógica jurídica Derecho comparado
	Filosofía del Derecho	Ontología jurídica
		Teoría del Derecho

2.2.3 Dimensión axiológica

58. La *tercera dimensión* en que se expresa el Derecho es la *valorativa o axiológica*. En esta última dimensión *se concibe el Derecho como un valor y como portador y garantizador de otros valores superiores*. Recordemos que el fenómeno jurídico no se concreta al hecho social que tiene una representatividad normativo-coactiva, pues hemos de tomar en consideración que detrás de esas normas, como razón de su obligatoriedad, están valores necesariamente perseguidos por todo Derecho. Andrés Ollero ha escrito al respecto: "*El derecho es, ante todo, juicio de valor. Una actividad humana que, inevitablemente se refiere a valores (más o menos 'superiores') a cuya luz ajustar relaciones*" ⁵⁵
59. La *dimensión axiológica* se ocupa del análisis del *doble estándar valorativo del Derecho*. Esto es: el *Derecho como valor* —el *valor de lo jurídico*— que surge de su sola presencia en sociedad, como generador, inicialmente, de valores jurídicos cuyo carácter es *instrumental* (orden, seguridad e igualdad). *Valor de lo jurídico* que se gesta en "*...las funciones formales que todo Derecho realiza por el mero hecho de existir y de operar de modo efectivo*",* funciones que con mayor o menor fortuna realiza en sociedad todo sistema de normas jurídicas; y, el *Derecho en tanto portador de valores superiores*, como la vida, la dignidad humana, etcétera.

" Una interesante colección de trabajos sobre Teoría de la Ciencia Jurídica, obra de Carlos S. Niño, se hallan en *Algunos modelos metodológicos de Ciencia jurídica*. Distribuciones Foniamara, México, 1993.

"Cfr. E. Díaz, *l. igualdad-legitimidad ... op. cit.* p. 24.

" Andrés Ollero Tassara. *Derechos humanos y metodología jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1989. pp. 230-231.

* Luis Recaséns Siches. *Introducción al estudio ... op. cit.* p. 40

Por eso, el Derecho aparece siempre, a fin de cuentas, *como medio e instrumento de otros valores, nunca como un fin que se agota en sí mismo*.

60. La *dimensión valorativa, axiológica o estimativa del Derecho*, es otra de las facetas expresivas de lo jurídico, como medio para satisfacer una serie de necesidades humanas que se ajustan a la exigencia de ciertos valores como el *"...de-la justicia y de los demás... que ésta implica, entre los que figuran la autonomía de la persona, la seguridad, el bien común y otros*
61. Por lo que toca al estudio del *Derecho como valor*, es fácil deducir que éste se encuentra encomendado, en el ámbito filosófico, a la *Estimativa o Axiología jurídica* y, en el plano lógico, a la *Política del Derecho o jurídica*. La primera es una rama de la Filosofía del Derecho a la que la teoría jurídica contemporánea ha denominado *Teoría de la Justicia*,TM su propósito *es analizar los valores que dan origen y fundamento al Derecho, se encarga del deber ser*, es decir, *del aspecto ético de lo jurídico*. La *Axiología, Estimativa Jurídica o Teoría de la Justicia*, dice García Máynez, no estudia al Derecho desde dentro, como hace la *Teoría General*, sino desde fuera, y lo considera no sólo en sí mismo, sino en sus relaciones y diferencias con otros órdenes que regulan la conducta humana en sociedad, como la moralidad, los convencionalismos sociales y la religión.⁵⁹ A la *Política jurídica*, por su parte, embarga el *estudio de la manera en que los valores que fundamentan o inspiran al Derecho se hacen norma jurídica efectiva*, es decir, el paso de una norma moral crítica o positiva al ámbito de lo jurídico, o lo que es lo mismo, *la aplicación de los criterios estimativos a la elaboración práctica del Derecho*.^{*0}

CUADRO 2.6 DIMENSIÓN AXIOLÓGICA		
Concibe al Derecho como un valor y como portador y garantizador de valores superiores El <i>Derecho</i> en esta dimensión es estudiado por la Ciencia Jurídica desde dos planos:		
Ciencia Jurídica	Estimativa, Axiológica jurídica o Teoría de la Justicia	Analiza los valores que dan origen y fundamento al Derecho
	Política del Derecho o Jurídica	Estudia cómo los valores se hacen norma jurídica

62. La tridimensionalidad del Derecho nos ofrece una visión más rica del fenómeno jurídico y, sobre todo, nos ayuda a *evitar la confusión de los planos en los que el Derecho se expresa*, dando lugar a disputas inútiles cuyo origen no es otro que la unilateralidad desde la que intenta concebirse y aplicarse al Derecho. Esto, además, nos subraya la multiplicidad expresiva del Derecho como *fenómeno complejo*, cuya presencia toca distintos ámbitos de la vida social.
63. Cabe aclarar, que el Derecho es en sí mismo un todo, una *unidad abierta que se desenvuelve junto a otros sistemas normativos y en un ambiente social, cultural, político, histórico y económico*. Esta concepción del Derecho afecta su apre-

TM *IhiJ* .p 45.

^M Cfr. E. Fernández. *Teoría de la justicia* ... op. cit.. p. 30.

^W Cfr. Eduardo García Máynez: *Filosofía* op. cit.. p. 16.

⁶⁰ Cfr. L. Recaséns Siches. *Tratado general* ...op. cit.. p. 160. Cfr. Andrés Ollero Tassara. *Derechos humanos* ... op. cit., p. 233.

hensión y comprensión, admite y justifica este análisis teórico que disgrega sus dimensiones, no obstante que en la realidad social posee una *presencia única* aunque de *naturaleza compleja* (fáctica, normativa, axiológica), evidenciada por esas *tres dimensiones que se hallan en un juego e interacción constantes*.

64. Se trata, de *tres dimensiones interactuantes*, unidas de forma inseparable por su *interrelación*. Ya que, como afirma Recaséns, "...aunque se reconozca la posibilidad de estos tres diferentes estudios, resulta que no puede existir una total independencia entre esos tres ángulos, antes bien, cada uno de ellos necesariamente aparece enlazado con los otros dos. Esto es así, porque el Derecho... es una obra humana, es un producto de la cultura, y por ende es histórico; de forma normativa, con validez dada por el poder público; obra humana que aspira a realizaren la vida social unos determinados valores, y que consigue eficacia en la conducta de los sujetos".⁶¹
65. La visión tridimensional del Derecho *permite comprender a éste en su totalidad, mostrándolo como un fenómeno social vivo, afectado por circunstancias culturales, históricas, políticas, económicas en las que están implícitos valores, aspiraciones, la búsqueda permanente del equilibrio social a través de la coexistencia de intereses que se dan en toda comunidad humana*. Concebido así puede analizarse al Derecho con claridad conceptual y metodológica, evitando disputas bizantinas y distinguiendo que, aunque fenómeno real, el Derecho expresa contenidos dimensionales distintos. Quien desee conocer lo jurídico en plenitud, debe analizar y estudiar individualmente sus dimensiones, para luego comprender la manera en que éstas se integran e interactúan en un todo (*Véase cuadro*).

CUADRO 2.7 CONCEPCIÓN TRIDIMENSIONAL DEL DERECHO		
Dimensiones en que se expresa el Derecho	NIVELES DE CONOCIMIENTO	
	Qué es (mundo del ser)	Cómo debe o debería ser (mundo del deber ser)
1a. Fáctica Sociología Psicología Antropología Historia Ciencia Política Economía (Segunda perspectiva científica)	CIENCIAS JURÍDICAS AUXILIARES Sociología Jurídica Antropología Jurídica Psicología jurídica Historia del Derecho	
2a. Normativa Ciencia Jurídica o Ciencia del Derecho (Primera perspectiva científica)	TEORÍA GENERAL DEL DERECHO Dogmática jurídica Lógica jurídica Técnica jurídica Derecho comparado	FILOSOFÍA DEL DERECHO Ontología jurídica Teoría del Derecho
3a. Axiológica o valorativa Filosofía Ética Lógica (Segunda perspectiva científica)	Política jurídica	FILOSOFÍA DEL DERECHO Teoría de la justicia

⁴¹ L. Recaséns Siches: *Introducción al...*, op. cit., p. 46.

2.3 Nuestra definición de Derecho

66. Antes de esbozar *nuestra definición de "Derecho"* con base en todo lo hasta aquí visto y analizado, y determinar si ésta contiene los elementos que señalamos como necesarios, procederemos a citar los conceptos de otros autores. Lo anterior pretende mostrar **cómo el Derecho puede enfocarse por vía de la unidimensionalidad**, lo cual aporta una visión del mismo talante, circunstancia que evidencia que *para ciertos juristas una de esas dimensionales es más importante que las otras y, por ello, el Derecho debe definirse en términos de tal dimensión*. A continuación se presentan varias definiciones de Derecho, estas aluden a una o varias de sus dimensiones y, por tanto, subrayan ya el aspecto táctico, ya el normativo o el valorativo.
67. Conceptúan al Derecho desde su *dimensión fáctica*
- Edgar Bodenheimer: *"El Derecho es un término medio entre la anarquía y el despotismo"* y-
 - Giuseppe Lumia: *"...el derecho no es más que un instrumento de control social, una de las muchas técnicas con las que se realiza el control social, y quizá no la más importante aunque sí ciertamente la más típica"*.
 - **Rudolff Stammler**: *"El Derecho es la modalidad formal de la voluntad vinculadora, autárquica e inviolable"*.^M
68. Definen al Derecho desde su *dimensión normativa*.
- Hans Kelsen: *"El Derecho es el orden coactivo y soberano de la conducta"* "
 - Rafael Rojina Villegas: *"El Derecho es un sistema o conjunto de normas que regula la conducta humana, estatuyendo facultades, deberes y sanciones"*.^{J*}
 - Elías Díaz: *"Sistema normativo dotado de coacción formalizada e institucionalizada"*.⁶⁷
69. Definen al Derecho en su *dimensión valorativa*:
- Giorgio del Vecchio: *"El Derecho es la coordinación objetiva de las acciones posibles entre varios sujetos, según un principio ético que las determina excluyendo todo impedimento"*.⁶⁸
 - Javier Hervada: *"El arte del Derecho es el arte de lo justo"*.^M
70. Muchos otros autores definen al Derecho tomando en consideración dos o hasta las tres dimensiones mencionadas. Son claros ejemplos de tales conceptualizaciones:
- Miguel Villoro Toranzo: *"Derecho es un sistema racional de normas sociales de conducta, declaradas obligatorias por la autoridad, por considerarlas soluciones justas a los problemas surgidos de la realidad histórica"*
 - Eduardo García Máynez: *"Derecho es un orden concreto, instituido por el hombre para la realización de valores colectivos, cuyas normas integrantes de un sistema —que regula la conducta de manera bilateral, externa y coerci-*

Edgar Bodenheimer, *Teoría del Derecho*, trad. Vicente Herrero, FCE. México, 1971. p. 26

⁶¹ Giuseppe Lumia, *Principios de teoría e ideología del Derecho*. Debate. Madrid. 1985, p. 15.

^M Rudolff Stammler, *filosofía del Derecho*, trad. W. Roces, Reus, Madrid. 1930. p. 123.

⁶⁵ Hans Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, trad. Roberto J. Vernengo, UNAM. México, 1986. p. 1-1

Rafael Rojina Villegas, *Introducción al estudio del derecho*, Porrúa, México, 1967. p. 3.

ⁿ E. Díaz, *legalidad-legitimidad ... op. cit.*, p. 15.

ⁿ Giorgio del Vecchio, *Filosofía del Derecho*. Bosch. Barcelona, 1980, p. 327.

^w Javier Hervada, *Introducción crítica al Derecho natural*. Editora de Revistas. México. 1988. p. 18

¹⁰ Miguel Villoro Toranzo, *Introducción al estudio...*, op. cit., p. 127.

ble— son normalmente cumplidas por los particulares y, en caso de inobservancia, aplicadas o impuestas por los órganos del poder público"."

71. En las anteriores definiciones encontramos que *todas incluyen la comprensión de algunos de los distintos aspectos del fenómeno jurídico*. En virtud de sus predicados puede decirse que son más o menos completas, sintéticas, explícitas, pero *ninguna es incorrecta del todo*, pues cada una de éstas nos dota, sin excepción, de un *elemento de aprehensión, digno de tomarse en cuenta*, proveniente de la compleja realidad jurídica.
72. Ello no obsta para advertir que *si sostenemos alguna de las definiciones unidimensional o bidimensionales como punto de partida, estaremos adoptando una visión parcial del fenómeno jurídico*. Resulta obvio que entre más completa sea la definición del Derecho —como lo son algunas de las citadas, sobre todo aquellas que lo conciben en varias dimensiones— mayores serán los elementos de análisis de los cuales se podrá echar mano para comprender los resortes, las expresiones, las influencias, los límites que como norma, hecho social y valores posee.
73. Vale la pena subrayar que *pretender la existencia de sólo una dimensión y una definición del Derecho haría de todas las ya citadas —salvo que se adoptara la misma postura teórica—, excluyentes concepciones de lo jurídico*, antes que *visiones complementarias de una realidad con carácter complejo* para efectos tanto de su contenido como de su análisis.
74. Proponemos, con base en las consideraciones hasta aquí hechas y partiendo de nuestro concepto provisional, la siguiente definición:

"El Derecho es un sistema normativo de regulación de la conducta social, producido bajo ciertos procedimientos especiales, cuya eficacia está garantizada coactivamente por el poder político de una autoridad soberana, que facilita y asegura la convivencia o cooperación social, y cuya validez formal y material (obligatoriedad), está determinada por los valores jurídicos y éticos de los cuales es generador y portador, respectivamente, en un momento y lugar histórico determinados".

2.3.1 Análisis de nuestra definición

75. Estudiemos ahora los *cuatro elementos que conforman la anterior definición* y veamos si éstos cumplen con los requerimientos que se prescribían como necesariamente constitutivos para definir al Derecho. Más adelante podremos corroborar si *el haber construido dicha definición nos permitirá apoyarnos en ella para guiarnos en la comprensión, lo más cabal posible, del fenómeno jurídico*. Recordemos que a tales efectos nos cuestionamos acerca del porqué de tales requerimientos y directrices. Entonces establecimos que la definición por construir pretendía *aportarnos los datos básicos* gracias a los cuales fuese posible *precisar aspectos centrales de la existencia del Derecho que se muestran como indispensables para su comprensión*, a saber: en qué *ámbitos del conocimiento deviene lo jurídico*; cuál es su *fundamento racional* y cuáles sus *rasgos característicos*.
76. La definición propuesta concibe al Derecho, en su *primer elemento*, como: *Un sistema normativo de regulación de la conducta social*.
 - I. Un *sistema* es un conjunto coherente de reglas (normas) y principios. El *Derecho es el sistema compuesto por las reglas jurídicas y los principios articula-*

dos coherentemente entre sí. cuyo objeto es regular una esfera específica de la conducta social. Dicha esfera está constituida por las acciones exteriores de las personas en relación con los demás y con la autoridad misma. Es decir, nos hallamos frente a una forma específica de ordenar la convivencia humana, distinta de otras formas de regulación o control social.

2. En este punto la definición subraya su separación metodológica, que no divorcio, de la moral, separación que es particularmente importante, pues los límites del Derecho y de sus normas están dados para no franquear —y por lo tanto asegurar— el ámbito privado de la vida y la autonomía individual. Las normas jurídicas que invaden estas esferas se confundirían con las normas morales, produciendo un retroceso a estadios de desarrollo ya superados con la separación de ambos órdenes.
 3. El Derecho debe cuidarse de no prescribir conductas cuya decisión está exclusivamente reservada a la conciencia y autonomía de cada individuo. Por ello, el Derecho sólo debería ocuparse de regular aquellas conductas que afecten la convivencia social, esto es, el ámbito ordenado, seguro e igualitario que permita la realización de objetivos individuales y colectivos.
 4. Todo sistema es un instrumento, creación humana de la que nos servimos para hacer o alcanzar algo. En efecto, el Derecho es una creación del hombre, constituida por el sistema de disposiciones que prescriben ordenando, asegurando e igualando un cierto ámbito del comportamiento de los seres humanos en sociedad. Como instrumento humano, como creación humana, el Derecho es un fenómeno cultural, afectado por la historia, la política, la economía y por la idiosincrasia y cosmovisión que cada pueblo posee. Ello no significa que sea imposible identificar elementos jurídico-normativos comunes en los distintos sistemas de Derecho que han existido y existen en el mundo. Esos elementos, traducidos en fuentes de Derecho o instituciones jurídicas, poseen fines que coinciden con la moral positiva (el respeto a la vida, la integridad física, la propiedad, etcétera) y están influidos necesariamente por la forma en que cada grupo humano concibe y desea vivir su vida.
77. El segundo elemento de nuestra definición se refiere a dos caracteres singulares del Derecho, el de ser producido bajo ciertos procedimientos especiales, cuya eficacia está garantizada coactivamente por el poder político de una autoridad soberana. Esto es:
- I Que el Derecho se distingue de otras formas reguladoras de la conducta social porque es producido y garantizado de una forma específica.¹ Así, el modo en que se producen y garantizan las normas jurídicas hace al ordenamiento jurídico distinto de otros sistemas de conducta social, como los sistemas morales, religiosos o de simple convencionalismo con los que aquél alterna en los grupos humanos. Aun cuando el contenido del Derecho coincida con otros sistemas de normas, le otorga su carácter jurídico una forma o proceso especial de producción, suspensión, derogación y garantización que hoy en día queda encomendado al Estado. Es claro que ni las reglas morales ni las religiosas producen, publican y suspenden su vigencia de la manera en que lo hace el Derecho, ni que tampoco su dinamismo es proporcional, dado que las normas jurídicas cambian más rápido en comparación con sistemas normativos como la moral o la religión, cuyos códigos de conducta permanecen vigentes mucho más.

Aquello que Hart, según hemos indicado antes, llama "regla de reconocimiento".

2. *El poder político soberano se halla organizado en el Estado y las autoridades que lo representan. Esto implica que pone al senicio de las normis jurídicas, en el caso de su incumplimiento, la fuerza legítima (justificada) e institucionalizada (a través de la autoridad creada para tal efecto) que detenta, para coaccionar a aquellos miembros del grupo social que violen dichas normas. El Derecho es, por lo tanto, lenguaje estatal, instituido para regular no sólo las relaciones de los individuos entre si, sino las de éstos con la autoridad.*⁷¹ De este modo, el Derecho adquiere, necesariamente, el acento del Estado que lo produce y lo aplica. El Derecho se revela así como un fenómeno socio político, ya que intenta garantizar los intereses primigenios y los fundamentales que la sociedad y cada Estado según su naturaleza (autocrática, democrática, etcétera) determine.

78. El tercer elemento de nuestra definición nos indica que el Derecho **facilita y asegura la convivencia y la cooperación social**. Esto significa:

1. Que el *Derecho cumple con una función original, la de garantizar que la sociedad sea el espacio pacífico en el que el hombre pueda satisfacer sus necesidades primigenias (supervivencia, libre albedrio, autonomía)*. Es un hecho que todo grupo humano, en términos de asegurar cierta clase de convivencia pacífica, debe establecer reglas de comportamiento social que la aseguren.
2. Conforme la sociedad evoluciona, el Derecho también se convierte en un instrumento para asegurar, además de los primigenios, *otros intereses que en cada grupo humano se determinen como fundamentales (el bien común, la salud pública, etcétera)*. Estos intereses fundamentales decantados por la Historia, y luego de un complejo proceso en el que intervienen factores de múltiple especie, *terminan por convertirse en valores*, es decir, *bienes de particular importancia que el Derecho debe asegurar y que, al mismo tiempo, determinan su obligatoriedad y su calidad de justo o injusto*.

79. El cuarto elemento de nuestra definición **consigna la base o fundamento de obligatoriedad en que se sustenta el Derecho**, al constatar que *su validez, tanto formal como material, está determinada por los valores jurídicos y éticos de los cuales es generador y portador, respectivamente, en un momento y lugar histórico determinados*.

1. Validez⁷⁴ del Derecho significa, en primera instancia, que sus normas existen por ser creadas a través de procedimientos exclusivos de los sistemas jurídicos, lo que se denomina *validez formal* del Derecho. Asimismo, los contenidos regulados por el Derecho deberían coincidir con los valores superiores contenidos

⁷¹ Recordemos que Ronald Dworkin considera que el Derecho es más que un simple sistema de normas, a éstas hay que sumar los principios. Véase Ronald Dworkin Ronald M. Dworkin. "¿Es el derecho un sistema de normas?". *op. cu.* y: *El imperio de la justicia*, trad. Claudia Ferrari. Gedisa, Barcelona. 1992. Sobre la relación normas-principios puede consultarse el artículo de Francesca Puigpelai Martí "Principios y Normas". en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 6. Instituto de Derechos Humanos, Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid. 1990. pp. 232-247.

⁷⁴ Es oportuno precisar que el término "validez" adquiere, según, Alf Ross, tres significados y funciones distintos en relación con el ámbito en que éste se aplique. En una primera acepción, la *validez: aplicada al Derecho positivo*, a las exposiciones de Derecho vigente, *significa que un acto jurídico tiene los efectos jurídicos deseados*. Así, un contrato es válido si está de acuerdo con las normas de un ordenamiento jurídico. De lo contrario ese contrato sería inválido o nulo. La *validez en este primer sentido es el juicio jurídico que aplica un ordenamiento de derecho a ciertos hechos*. En una segunda acepción, *validez: significa, a nivel de Teoría General del Derecho, que una o un sistema de normas efectivamente existen, que son efectivamente observados*. Aquí la *validez es sinónimo de eficacia*. Se trata, dice Ross, de dar no un **JUICIO** jurídico sino una aserción fáctica. Finalmente, un tercer sentido de *validez, a nivel de un discurso ético, significa la cualidad moral o la fuerza obligatoria del Derecho*. Aquí, *validez es sinónimo de obligatoriedad*. Cfr. Alf Ross. *El concepto de validez y otros ensayos*, trad. Genaro R. Carnó y Osvaldo Paschero. Distribuciones Fontamara. México. 1991. pp. 9-32.

en el *Segundo estándar valorativo del Derecho* (lo cual, como sabemos, no siempre es posible), valores que suelen plasmarse en la Constitución política de un Estado; por ello, cuando una norma jurídica cumple con ambas clases de validez./ornia/ y *material*, puede afirmarse que es **obligatoria**

2. Esta precisión es de suma importancia porque resulta *tautológico*⁸⁰ afirmar que el Derecho es obligatorio porque éste dice ser obligatorio, *tautología* contenida también en el adagio "la ley obliga porque es la ley". Es necesario que la validez del Derecho deba darse en función de otras razones, recordemos aquí que la coacción no obliga, sino que fuerza simplemente. Ixi obligación, en suma, surge tanto de elementos formales como materiales que sustenta al Derecho y sin cuya suma no es posible la justicia.
3. Como ya analizamos en el primer capítulo, el Derecho posee un doble estándar valorativo. Al cumplir su función original aporta a la sociedad un valor, el valor de lo jurídico, esto es, el ámbito de orden, seguridad e igualdad que resulta de la existencia y la aplicación de un sistema de normas jurídicas en todo grupo humano y que hacen la convivencia social. Esta convivencia no significa necesariamente convivencia justa, porque los valores que propicia el Derecho tienen un carácter instrumental y, por consecuencia, han de responder a la pregunta: orden, seguridad y equidad ¿para qué? El valor de lo jurídico tiene tal carácter porque la naturaleza del Derecho es también instrumental; éste se encuentra al servicio de otros valores superiores para los cuales la norma jurídica estatuye un orden o marco de acción cierto, que asegura un mínimo de libertad, de accionar humano, en el que cada uno, en relación con la norma jurídica, merece el mismo trato no obstante las diferencias que de hecho existen.
4. El problema de la moralidad o no de esos otros valores considerados como superiores no está exento de examen, toda vez que, un ordenamiento jurídico puede garantizar de forma efectiva orden, seguridad e igualdad destituidos a fines inmorales, tal y como la historia lo ha demostrado (piénsese en el régimen nazi, por ejemplo). De ahí que, si bien lo aportado por el Derecho es valioso, el valor de lo jurídico posee un carácter necesario pero no suficiente para fundar absolutamente la obligación de obedecerlo, más aún cuando lo ordenado resulta especialmente injusto. Esta circunstancia no le quita a la norma de Derecho su carácter jurídico-coactivo, es decir, su validez formal y su coercibilidad, sino que cuestiona su legitimidad, su validez material, su obligatoriedad y, en consecuencia, su justicia. Esto denota que la aplicación coactiva de una norma jurídica no depende de su validez material sino del poder político con que goce la autoridad para hacerla efectiva. Ello es aún más claro si, inviniendo el razonamiento, deducimos que una norma cuyo contenido de moralidad o justicia sea impecable gozará de plena validez material, pero no será jurídica si no está sancionada por el Derecho, es decir, si no asume la forma prescrita para las normas jurídicas. Dicha norma, por supuesto, no podrá ser aplicada coactivamente, hecho que no le restará ni un ápice a su validez moral, pero afectará seriamente su eficacia. Y el Derecho es un sistema de normas que requiere ser eficaz, al mismo tiempo que requiere ser justo, de ahí le necesidad de que los sistemas jurídicos utilicen sus dos estándares valorativos para alcanzar la justicia.
80. Para finalizar este apartado, ha de insistirse en que el Derecho no es un fin en sí mismo, y por lo tanto, la justicia no se agota en la legalidad (valor de lo jurídico),

⁸⁰ La tautología es la repetición de una idea que no continua ni sustenta una afirmación

sino en el cumplimiento de valores superiores que siempre se hallan detrás del Derecho. Desde luego que estos valores de los cuales el Derecho es portador, habrán de estar influidos por la cultura y la historia, según hemos reiterado.

81. El desglose de nuestra definición nos ha permitido corroborar que:

- **El Derecho se desarrolla en tres ámbitos o dimensiones:** la *fáctica*, es decir, como hecho e instrumento creado por el hombre que deviene en sociedad; la *normativa*, que concibe al Derecho como un instrumento dirigido a regular el deber ser de las conductas sociales, cuya eficacia está garantizada por vía de la coacción del poder estatal para asegurar cierto tipo de intereses; y la *axiológica*, dado que su validez material depende necesariamente de los *valores jurídicos* —que su sola presencia asegura—, y de los *valores superiores* —que cada sociedad o Estado determinen, o que una moral ideal señale como parámetros de justicia—, a la luz de los cuales se cumpla con los intereses que originalmente mueven lo jurídico.
- **Que su fundamento racional** habrá de encontrarse en las razones fácticas (necesidades-intereses) y de justicia que el hombre ha tenido para su instauración, dado que como instrumento humano, creación cultural, requiere de causas racionales suficientes en las cuales sea posible fundamentar y justificar su obediencia. El Derecho no es producto del instinto, sino de la inteligencia humana. El estudio de este fundamento racional se realizará, consecuentemente, desde el Derecho mismo, en cuanto ciencia que analiza lo jurídico, y desde otras ciencias que le prestan auxilio por ocuparse también de los fenómenos o hechos sociales, normas o valores, dimensiones en las que igualmente se manifiesta el Derecho. Además, su estudio y análisis sistemático podrá llevarse a cabo en dos niveles de conocimiento, el fáctico o positivo (el Derecho como es) y el filosófico (el Derecho como debe o debería ser).
- **Que son sus rasgos característicos**, por principio, ser un sistema normativo que los hombres han creado como instrumento de regulación de conductas sociales, distinto de otros con los que convive, como la moral, la religión o los convencionalismos sociales. Distinción que le está dada por virtud de su origen, la forma de garantizar su observancia, sus fines y el sujeto a quien queda encomendada su aplicación. Todo esto, sin embargo, íntimamente vinculado con la justicia, en tanto que la validez material de un ordenamiento jurídico está dada en función de los valores superiores que protege, encarna o es portador, así como de su estrecha relación con la costumbre y los usos sociales.

82. La definición anterior nos ha permitido establecer las directrices neurales de lo jurídico, dándonos cuenta de los principales problemas que se han de abordar para obtener un conocimiento introductorio, pero *integral*, del Derecho, del *fenómeno jurídico como un todo*, tal y como el que se pretende ofrecer. Este capítulo y el libro mismo constituyen una referencia reiterada a dichos problemas pero desde distintos ángulos, los cuales se dan en las tres dimensiones en que se expresa dicho fenómeno. Hacia el final de este capítulo y el siguiente abordaremos dos de tales problemas, a saber: el que se refiere, **en lo normativo**, a las *diferentes acepciones de la palabra "derecho"*, y **en lo axiológico** —aunque vinculado con lo primero— al problema que comporta una de tales acepciones, la que alude al *Derecho natural*. Porque en el caso del análisis de los conceptos de Derecho positivo y de Derecho natural subyace un problema tradicional de la Ciencia jurídica: el de *la relación entre el Derecho y la moral* o, si se quiere, entre el *Derecho y la justicia*.

CUADRO 2.8 NUESTRA DEFINICIÓN DEL DERECHO		
Las definiciones que enseguida se presentan muestran al Derecho visto desde distintas dimensiones. Todas incluyen la comprensión de alguno de los distintos aspectos del fenómeno jurídico. En consecuencia son más o menos completas, sintéticas, explícitas, pero ninguna es incorrecta de todo. Todas ellas, sin excepción, nos dotan de un elemento de aprehensión del Derecho, digno de tomarse en cuenta, proveniente de la compleja realidad jurídica.		
Definiciones unidimensionales		
FÁCTICA	NORMATIVA	AXIOLÓGICA
<i>"El Derecho es un término medio entre la anarquía y el despotismo."</i> Edgar Bodenheimer	<i>"El Derecho es el orden coactivo y soberano de la conducta."</i> Hans Kelsen	<i>"El Derecho es la coordinación objetiva de las acciones posibles entre varios sujetos, según un principio ético que las determina excluyendo todo impedimento."</i> Giorgio del Vecchio
<i>"...el Derecho no es más que un instrumento de control social, una de las muchas técnicas con las que se realiza el control social, y quizá no la más importante aunque sí ciertamente la más típica"</i> Giuseppe Lumia	<i>"El Derecho es un sistema o conjunto de normas que regula la conducta humana, estatuyendo facultades, deberes y sanciones."</i> Rafael Rojina Villegas	<i>"El arte del Derecho es el arte de lo justo."</i> Javier Hervada
<i>"El Derecho es la modalidad formal de la voluntad vinculadora, autárquica e inviolable."</i> Rudolf Stammler	<i>"Sistema normativo dotado de coacción formalizada e institucionalizada."</i> Elias Díaz	
Definiciones tridimensionales		
<i>"El Derecho es un sistema racional de normas sociales de conducta, declaradas obligatorias por la autoridad, por considerarlas soluciones justas a los problemas surgidos de la realidad histórica."</i> Miguel Villoro Toranzo		
<i>"El Derecho es un orden concreto, instituido por el hombre para la realización de valores colectivos, cuyas normas integrantes de un sistema que regula la conducta de manera bilateral, externa y coexible son normalmente cumplidas por los particulares y, en caso de inobservancia, aplicadas o impuestas por los órganos del poder público."</i> Eduardo García Máynez		
Nuestra definición del Derecho		
<i>"El Derecho es un sistema normativo de regulación de la conducta social, producido bajo ciertos procedimientos especiales y cuya eficacia está garantizada coactivamente por el poder político de una autoridad soberana, que facilita y asegura la convivencia o cooperación social, y cuya validez formal y material (obligatoriedad), está determinada por los valores jurídicos y éticos de los cuales es generador y portador, respectivamente, en un momento y lugar histórico determinados."</i>		

2.4 Principales acepciones de la palabra "derecho"

83. La palabra "derecho" se presenta como un término ambiguo, es decir, que implica varias acepciones o significados según explicamos antes. Es esta circunstancia, la de su *ambigüedad*, una de las dificultades propias del Derecho que *complican su definición y su comprensión*.
84. La etimología de la palabra "**derecho**" no resuelve del todo este problema, aunque aporta datos que hacen referencia, de manera preferente, a su dimensión normativa. La palabra "**derecho**" proviene del adjetivo latino *directus*, a *um.* es decir, "*lo recto, lo que está en pie, que está en línea recta, recto, derecho*";⁷⁶ que en sentido figurado significa "*lo que está conforme a la regla, a la ley, a la norma*", "*lo que no se desvía a un lado ni a otro, lo que es recto, lo que se dirige sin oscilaciones a su propio fin*".¹¹
85. Recordaremos que en el capítulo anterior señalamos que la palabra "**norma**" significa *encuadrar, arreglar, ajustar*. Es claro que la etimología de "**derecho**" alude a "*lo que norma*", es decir, "*lo que mantiene recto, encuadrado, ajustado*". Luego entonces, *la raíz latina hace referencia al Derecho como norma o conjunto de normas*.
86. En otros idiomas —sobre todo en las lenguas romances que se originan, al igual que el español, del latín— la palabra "**derecho**" mantiene su misma etimología, así como el mismo sentido de *rectitud*. En italiano, francés, rumano y portugués, "**derecho**" se dice, respectivamente: *diritto, droit, dreptu, direito*. Idiomas sólo con influencia latina pero que mantienen esa idea son el alemán: *Recht*, y el inglés: *right*. Sin embargo, en esta última lengua hay más de una palabra para referirse al "**derecho**", que sería *law*, lo cual indica que "**derecho**" tiene más de un significado, facilitándose así el reconocimiento del carácter multívoco de tal palabra, situación que no se da en español, donde un único término sirve para referirse a todas sus acepciones.
87. Cuando utilizamos la palabra "**derecho**" y decimos: "*El Derecho mexicano otorga iguales prerrogativas a los ciudadanos*". "*El Derecho mexicano reconoce y protege el derecho que tengo de expresarme libremente*", "*Estudio Derecho en la Facultad de Derecho*", "*No Itay derecho...*", intuimos que todas estas expresiones poseen algo en común pero que también la palabra "**derecho**" está siendo aplicada en distinto sentido. Y, efectivamente, así es. Veamos esto en detalle.

2.4.1 Derecho objetivo, derecho subjetivo, derecho como ciencia

88. La expresión: "*El Derecho mexicano otorga iguales prerrogativas a los ciudadanos*" emplea el significado de la palabra "**derecho**" *en tanto norma o conjunto de normas que constituyen un sistema jurídico*. Cuando así se usa dicha expresión recibe el nombre de *Derecho objetivo*, toda vez que alude a lo jurídico como *objeto de estudio*. Aquí el Derecho es considerado con independencia de los sujetos a los cuales se dirige.
89. El *Derecho objetivo*, anota García Máynez, es el "*tecnicismo que puede usarse para designar tanto un precepto aislado como un conjunto de normas, o incluso*

Cfr Agustín Blázquez Fraile. *Diccionario español-latino y latino-español* t I y III. Editorial Ramón Sopena. Barcelona. 1975, pp. 290 y 579, respectivamente.

¹¹ Miguel Villoro Toranzo, *Introducción al estudio de la filosofía del derecho*, op. cit. p. 4

todo un sistema jurídico. Decirnos, verbigracia: Derecho sucesorio. Derecho alemán, Derecho italiano",TM Por lo tanto, cuando se habla de *Derecho objetivo* está predicándose el derecho como norma jurídica que forma parte de un conjunto o sistema de la misma naturaleza.

90. En cambio, cuando decimos: "El Derecho mexicano reconoce y protege el derecho que tengo de expresarme libremente", se utiliza la expresión "**derecho**" en el sentido de *derecho subjetivo*, es decir, la facultad atribuida por la norma de *Derecho objetivo*, en este ejemplo, el Derecho mexicano. Recibe el nombre de *subjetivo* porque se refiere al sujeto, a la persona, a la que se otorga la facultad (sí, el *derecho*) que le otorga la norma jurídica (el *Derecho objetivo*).
91. La oración: "Estudio Derecho en la Facultad de Derecho",⁷⁹ emplea la palabra "**derecho**" como *ciencia que se ocupa del estudio y análisis del fenómeno jurídico*, es decir, la *Ciencia del Derecho*. Después de las explicaciones anteriores comprendemos que si la misma expresión fuera usada así: "Estudio Derecho mexicano en la Facultad de Derecho", no se estaría haciendo alusión a la *Ciencia del Derecho*, sino al *Derecho objetivo*, esto es, al conjunto de normas jurídicas que componen el sistema de Derecho en México.
92. El *Derecho objetivo* y el *subjetivo* se manifiestan como norma jurídica que regula el comportamiento social. Por esto, Cosentini, afirma en este tenor que: "*Considerada esta función que el derecho asume en la vida social, se puede advertir en el derecho dos aspectos distintos: el derecho como una norma, que, por una parte, impone deberes y por la otra otorga prerrogativas: esto constituye el derecho objetivo, la norma agendi; y el derecho como la facultad o prerrogativa atribuida por la norma y por consiguiente, en relación con el individuo que actúa o generalmente con el poder político que explica o es capaz de explicar una forma determinada de acción y entonces resulta el derecho subjetivo, la facultas agendi*".⁸⁰
93. No podemos dejar de mencionar, así sea someramente, la *discusión que existe sobre la prelación que supuestamente debe darse entre el Derecho objetivo y subjetivo*. ¿Cuál presupone al otro? ¿Cuál precede al otro? Se sostiene que en virtud de un orden lógico y formal dado, la norma —el *Derecho objetivo*— tiene primacía sobre la facultad, porque sin el otorgamiento que deviene de la norma jurídica no puede darse lo concedido, el *poter* o la facultad que de ella emana. Sin embargo, también se dice que el hombre adquiere primero la noción de *derecho* como facultad y después por vía de la reflexión se elabora el concepto de *Derecho objetivo*, el derecho como norma. No obstante, se acepte o no que a estos conceptos puede aplicárseles categorías temporales o psicológicas, lo cierto es que ambos se implican recíprocamente, porque si todo **Derecho objetivo**, en principio, concede facultades, no hay **derecho subjetivo** que no provenga de una norma de **Derecho objetivo**.
94. Sólo nos restaría analizar la última de las expresiones usadas para ejemplificar las distintas acepciones de la palabra "**derecho**", a fin de determinar si ésta contiene

TM Eduardo García Máynez. *Introducción al estudio del Derecho...*; op. cit., p. 36.

⁷⁹ Durante algún tiempo se dijo "Estudio leyes" para aludir al hecho de que se estudiaba Derecho. Incluso a las facultades de Derecho se les identificaba con "*facultades de leyes*". Si bien la expresión es una sinécdoque (una forma de metáfora) padece una seria incorrección y un reduccionismo inaceptable, porque el Derecho no sólo está, como sabemos, constituido por leyes. Éstas son parte importantísima del mismo (más aún en nuestro sistema jurídico), pero las leyes no son el único tipo de normas jurídicas posibles ni cabe se les use como sinónimo del Derecho. Las leyes constituyen exclusivamente una parte del mismo.

⁸⁰ Francesco Cosentini. *Filosofía del Derecho*. Editorial Cultura. México. 1930, pp. 33-34.

una nueva acepción o es asimilable a cualquiera de las tres anteriores. Cuando utilizamos expresiones como *"No hay derecho..."* o *"No tiene derecho..."* tendremos que recurrir al contexto en que ésta se manifiesta para saber a qué se alude. Por ejemplo, si decimos: *"La autoridad no tiene derecho a privarme de mi propiedad"* puede suceder que dicha autoridad si esté cumpliendo de manera correcta con una norma de Derecho objetivo y, sin embargo, nosotros insistamos en decir que la autoridad no tiene derecho. ¿Por qué? ¿Existe otro Derecho además del objetivo?

95. La respuesta a esta interrogante aporta varios elementos decisivos para su plena comprensión. En principio, si nosotros sustituyéramos con la idea de **justicia** la expresión *"No tiene derecho..."*, la oración anterior no perdería su significado. Probemos: *"No es justo que la autoridad me prive de mi propiedad"*. Como vemos, la expresión no cambia su significado, muy por el contrario, lo precisa. De tal guisa, en ciertos casos específicos, la expresión **"derecho"** alude a la *dimensión valorativa o axiológica del Derecho*
96. Puede darse un evidente conflicto entre lo que el Derecho objetivo señala y lo que ciertos valores prescriben. De tal modo, **no tinlo Derecho objetivo es necesariamente justo**. Pero, regresando a la última interrogante: *¿Hay otro Derecho a más del objetivo?* Porque, *¿qué sentido tiene hablar de que la autoridad "no tiene derecho" a pesar de que se cumpla el Derecho?*
97. Lo anterior nos invita a precisar otras acepciones de la palabra **"derecho"**, ya que desde el tiempo de la antigua Grecia¹ han existido pensadores que identifican a ese otro Derecho *no con el Derecho objetivo, sino con un Derecho que sería traducción o sinónimo de justicia* según ya vimos al sustituir esta expresión en la oración correspondiente.

2.4.2 Derecho positivo, Derecho vigente, Derecho natural

98. El **Derecho objetivo es la norma o el conjunto de normas**. Cuando éstas son producidas de acuerdo con los procedimientos determinados para ello por la autoridad competente, en un momento y lugar histórico dados, reciben el nombre de **Derecho positivo**. Así las cosas, el Derecho objetivo es conjunto de normas obligatorias y coercibles creado de conformidad con los actos o procedimientos reconocidos por la autoridad soberana competente (el Estado), del que se derivan derechos subjetivos —facultades o prerrogativas— en favor de los sujetos que se encuentran bajo el poder de dicha autoridad.
99. El **Derecho positivo que rige en un momento histórico determinado**, recibe el nombre de **Derecho vigente**. La autoridad tiene la facultad de **derogar** (una norma jurídica) o **abrogar** (un conjunto de normas), es decir, *retirarle su vigencia al Derecho objetivo*, convirtiéndolo en **Derecho no vigente**. De tal suerte, *todo Derecho vigente es Derecho positivo, pero no todo Derecho positivo es vigente, es decir, no todo Derecho positivo sigue rigiendo porque ha sido derogado u abrogado*. Como vemos, la *vigencia del Derecho* alude a su *validez temporal*.^{*1}
100. Por lo tanto, *el Derecho positivo es el conjunto de normas (Derecho objetivo) creadas de acuerdo con los procedimientos establecidos por una autoridad soberana competente, que rigen (Derecho vigente) en un momento y lugar*

Cfr. Antonio Truyol y Sorra. *Historia de la filosofía del Derecho y del listado*. I. De los orígenes a la lija Edad Media. Alianza Universidad Textos. Madrid. 1987. pp. 95-18-1.

Validez en el sentido de *derecho existente y eficaz*. Véase nota 7}

histórico determinados y de las cuales se derivan facultades o prerrogativas (derecho subjetivo) en relación con los sujetos a los que se dirige.

101. Cuando se alude al **otro Derecho**, es decir, al conjunto de principios morales previos a cualquier autoridad (no es Derecho objetivo ni positivo) que rigen en cualquier lugar y momento de la historia (Derecho siempre vigente y en todas partes), de los que se derivan parámetros de justicia o virtud personal, estamos hablando del denominado *Derecho natural*. Derecho que se ha considerado por algunos como **sinónimo de justicia**.
102. De las expresiones "No hay derecho..." o "No tiene derecho...", traducidas a la idea de "No hay justicia, no es justo...", se injiere uno de los problemas más arduos del Derecho, el de sus relaciones o vínculos con la moral. Porque aquí cabe plantear varias cuestiones: ¿El Derecho positivo es el único válido? ¿Está subordinado al Derecho natural? ¿El Derecho natural es Derecho? ¿Cómo se conoce al Derecho natural, quién lo prescribe, dónde se origina? Puede haber un Derecho anterior a la autoridad soberana, al Estado? ¿Si el Derecho positivo contradice al natural, a cuál de los dos ha de estarse? ¿El Derecho natural es obligatorio para los individuos y el Estado?
103. En el siguiente capítulo abordaremos con detalle este interesante aspecto de la dimensión axiológica del Derecho, cuya problemática evidencia la *intima relación* que existe entre las tres dimensiones del fenómeno jurídico y cómo ésta aparece inadvertidamente en nuestra realidad a través del lenguaje. Además, es evidente que *el conflicto entre lo prescrito por el Derecho y lo prescrito por la moral surge de manera cotidiana en la vida social*, no se trata de un problema meramente teórico o metafísico, sino que se relaciona principalmente con la **validez**, y, consecuentemente, con la **obligatoriedad y obediencia al Derecho** que norma la conducta social de los hombres. Como lo señala Lothar Kuhlen, *"...las concepciones del derecho y la moral, al igual que el derecho y la moral mismos, representan un esbozo constructivo que, en última instancia, tiene que afianzarse en la solución de cuestiones prácticas, planteadas por la convivencia humana"*.^{8J}

CUADRO 2.9 PRINCIPALES ACEPCIONES DE LA PALABRA "DERECHO"

- La palabra "derecho" se presenta como un término multívoco, es decir, que implica varias acepciones o significados.
- La etimología de la palabra "derecho" no resuelve del todo el problema; hace sólo referencia a su dimensión normativa:

Directus, directa directum: lo recto, lo que está en línea recta.
Lo que mantiene recto encuadrado, ajustado, lo que norma.

^{8J} Lothar Kuhlen. "Violaciones de normas entre el derecho y la moral", trad. Carlos de Santiago, en *Derecho y filosofía*, op. cit., p. 191.

	En otros idiomas, sobre todo los que vienen del latín, mantiene la palabra "derecho" el mismo sentido y generalmente presenta los mismos problemas de multivocidad. Salvo en el caso del inglés donde existen varias palabras para referirse a los varios sentidos de "derecho" (<i>law, right</i>, etcétera). * Principales acepciones de la palabra "derecho" en español: <i>"El Derecho mexicano otorga iguales prerrogativas a los ciudadanos".</i> <i>"El Derecho mexicano reconoce y protege el derecho que tengo a expresarme libremente."</i> <i>"Estudio Derecho en la Facultad de Derecho"</i> <i>"No hay derecho."</i>
Derecho objetivo	<i>"El Derecho mexicano otorga iguales prerrogativas a los ciudadanos."</i> La palabra "derecho" es usada en su sentido de norma o conjunto de normas que constituyen un sistema jurídico. Es decir, en su sentido objetivo, como objeto de estudio. Tecnicismo para designar una norma aislada o un conjunto de normas Derecho alemán, Derecho italiano. Derecho civil, etcétera.
Derecho subjetivo	<i>"El Derecho mexicano reconoce y protege el derecho que tengo de expresarme libremente"</i> La palabra "derecho" es usada como la facultad atribuida por la norma de Derecho objetivo. Se llama subjetivo porque se refiere al sujeto, esto es, a la persona a la que se otorga la facultad (el derecho) derivada de una norma jurídica (Derecho objetivo).
Derecho como ciencia	<i>"Estudio Derecho en la Facultad de Derecho."</i> La palabra "derecho" es usada como ciencia o disciplina que se ocupa del estudio o análisis del fenómeno jurídico. es decir, como Ciencia del Derecho Si entendemos lo anterior, agregando una palabra en la oración anterior, cambiaría su sentido. Por ejemplo... <i>"Estudio Derecho mexicano en la Facultad de derecho"</i> Aludiría al Derecho objetivo (Derecho mexicano) no a la Ciencia del Derecho.
Derecho como sinónimo de justicia	<i>"No hay derecho..."</i> [No obstante existir Derecho objetivo.] <i>"La autoridad no tiene derecho a privarme de mi propiedad"</i> <i>"No es justo que la autoridad me prive de mi propiedad"</i> La palabra "derecho" en ciertos casos alude a la dimensión valorativa o axiológica del Derecho. Entonces, ¿hay otro Derecho además del objetivo? El Derecho al que se alude, no es el objetivo, sino otro Derecho que desde antiguo muchos autores han considerado sinónimo de justicia. Esto es, el Derecho natural.
Derecho positivo	Es el Derecho objetivo creado de conformidad con los actos o procedimientos reconocidos por la autoridad soberana competente (del que se derivan derechos subjetivos) en un momento y lugar histórico determinados. El Derecho positivo que rige en un momento y lugar histórico determinado recibe el nombre de Derecho vigente La autoridad tiene la facultad de derogar (una norma) o abrogar (un conjunto de normas) el Derecho. Con lo cual éste <i>deja de regir y por lo tanto deja de ser vigente</i> (validez temporal). En consecuencia, todo Derecho vigente es Derecho positivo, pero no todo Derecho positivo es vigente.

Así, el Derecho positivo es el conjunto de normas (Derecho objetivo) creadas de acuerdo con los procedimientos establecidos por una autoridad soberana competente, que rigen (Derecho vigente) en un momento y lugar histórico determinados y de las cuales se derivan facultades o prerrogativas (derecho subjetivo) en relación con los sujetos a los que se dirige.

Cuando se alude al otro Derecho, es decir, al conjunto de principios morales previos a cualquier autoridad (no es Derecho objetivo ni positivo) que rige en cualquier lugar y momento de la historia (Derecho siempre vigente y en todas partes), de los que derivan parámetros de justicia o virtud personal, estamos hablando del denominado *Derecho natural*.

RESUMEN

La definición del Derecho

El conocimiento que obtenemos del fenómeno jurídico a través del lenguaje cotidiano, nos aporta una primera y sólo provisoria aproximación a la realidad del Derecho. Es una aproximación empírica que delata la función originaria del Derecho, su carácter de producto social, histórico, económico y político. Este conocimiento no nos basta, requerimos de una definición más precisa para aprehender otros rasgos importantes de lo jurídico. Es decir, debemos pasar de la idea del Derecho como hecho a la del Derecho como norma, buscando por ese procedimiento establecer un concepto que nos permita transformar una noción inexacta y ambigua en una más precisa, a efecto de conducirnos con mayor coherencia en nuestro discurso tanto teórico como práctico.

Sin embargo, existen algunas dificultades particulares para conceptuar al Derecho. Estas se desenvuelven entre posiciones extremas, que van desde la tesis de la indefinición hasta la postura teórica que sostiene la existencia de una sola y única definición esencial del Derecho. Ambas caracterizaciones parten de presupuestos erróneos, porque ni existe un sólo método para definir, ni es posible establecer una relación necesaria entre el lenguaje y la realidad, que nos constriña a desarrollar la labor definitoria buscando una supuesta y única "esencia" de lo jurídico. La naturaleza de la relación lenguaje-realidad es convencional, lo que nos permite concebir a una definición como la elaboración que responde a necesidades teórico-metodológicas y de una mejor comunicación.

A estas dificultades han de agregarse las que se relacionan con cuestiones terminológicas y con la adopción de posiciones teóricas al

interior de cada disciplina científica. Respecto del primer aspecto cabe decir que en el español, como en otros idiomas, la palabra "derecho" es vaga o ambigua, ya que posee varios significados relacionados entre sí. Además, se trata de un término que contiene una fuerte carga emocional y que aparece de forma imprecisa en la realidad. En estos casos la palabra "derecho" alude, como los términos "libertad", "igualdad", etcétera, a situaciones emocionales, lo cual no quiere decir que no puedan describirse racionalmente, sino que a éstos se les asigna indiscriminadamente cualquier predicado. Asimismo, la forma en que lo jurídico se manifiesta a veces adolece de las señas con que se caracteriza su identidad. Hay, por ejemplo, normas jurídicas que no prescriben una conducta y otras que carecen de sanción.

El enfoque científico, la metodología y la posición teórica que se asuman son también determinantes en la caracterización de un concepto. Esto explica la gran variedad de definiciones existentes sobre el Derecho y evidencia que éste no se manifiesta unívocamente. A pesar de que el Derecho se presenta en la realidad como un fenómeno único, posee un contenido complejo y multidimensional, cuya naturaleza se traduce en tres ámbitos distintos pero íntimamente entrelazados e interactuantes: el Derecho como hecho social, como norma jurídica y como valor.

Esta concepción tridimensional del Derecho aporta una visión más cabal de la complejidad del fenómeno jurídico, de sus implicaciones y de su riqueza. Se desarrolla a partir de la idea de que el Derecho se genera como un fenómeno o hecho social, que se traduce en forma de normas jurídicas para prescribir comportamientos y

principios de conducta social a la luz de ciertos valores.

El estudio de las tres dimensiones en que se traduce lo jurídico, puede hacerse desde dos perspectivas científicas y dos niveles de conocimiento: la primera perspectiva observará al Derecho en términos de la Ciencia Jurídica, o sea, desde dentro del Derecho; la segunda lo hará en términos de otras ciencias sociales y auxiliares del Derecho. Los dos niveles de conocimiento serán los planos del ser y del deber ser, dicho de otro modo, los niveles fáctico y filosófico o especulativo.

La primera dimensión en que se denota el fenómeno jurídico es aquella que lo comprende como un acaecer social, como un hecho que se da por virtud de la voluntad humana para regir ciertas conductas de su vida comunitaria. En esta dimensión el Derecho está sujeto al devenir histórico y a los avalares económicos y políticos. Por eso el estudio de la dimensión fáctica se encomienda, en los dos niveles de conocimiento mencionados, respectivamente, a las ciencias sociales y auxiliares del Derecho y a la Filosofía.

Son ciencias sociales que se ocupan, desde su propia óptica, del Derecho: la Sociología, que lo analiza como un modo de comportamiento social; la Antropología, que lo conoce como una manifestación cultural; la Psicología, que ve en éste una forma particular de influencia en la conducta individual; la Historia, que analiza lo jurídico como producción humana relevante en los distintos momentos de la vida de los pueblos; la Ciencia Política, que entiende lo jurídico como un fenómeno vinculado con las relaciones de poder; la Teoría del Estado, que analiza al Derecho como una típica creación estatal; la Economía, que entiende lo jurídico como un medio de regulación de conductas sociales que influye en los fenómenos de producción y distribución de la riqueza.

Son, entre otras, ciencias auxiliares del Derecho: la Sociología jurídica y la Historia del Derecho que hacen de éste su objeto de estudio a través de su propia y singular metodología. En otro nivel de conocimiento, la Filosofía, y dentro de ésta, la Lógica y la Ética, auxilian en la comprensión de los aspectos especulativos que están

implícitos en los distintos problemas a que da pie el fenómeno jurídico.

Una segunda dimensión en que se estudia el Derecho es la normativa, donde se le reconoce en su estricta realidad jurídica, es decir, como un sistema coactivo de regulación de la conducta social. Del análisis de esta dimensión de lo jurídico se hace cargo la propia Ciencia del Derecho o Jurídica a través de la Teoría General del Derecho y la Filosofía del Derecho.

La Teoría General del Derecho estudia a éste tal y como aparece en la realidad, pero buscando entender la coherencia que relaciona todos los fenómenos jurídicos. Analiza los conceptos jurídicos fundamentales (norma, sanción, hecho y acto jurídicos, etcétera) y las instituciones de Derecho positivo (el matrimonio, la hipoteca, la patria potestad, entre otras). La trascendencia de la Teoría General radica en el hecho de que sus estudios y teorías tratan de explicar y resolver los problemas que presenta todo orden jurídico y, en tal medida, auxilian a abogados y jueces en su quehacer cotidiano.

Dentro del ámbito de la Teoría General se desenvuelve una serie de materias específicas, ocupadas de las distintas clases de problemas que surgen en el desarrollo, complementación e interpretación de los sistemas jurídicos. Entre estas ramas están: la Dogmática jurídica, abocada al estudio de dichos sistemas jurídicos en cuanto tales; son parte de ella el Derecho civil, constitucional, administrativo, penal, etcétera; la Técnica jurídica o Técnica del Derecho positivo cuya encomienda es el estudio de los medios empleados para la elaboración, la transformación y la aplicación del Derecho; la Lógica jurídica o Lógica deóntica que estudia la estructura de la norma jurídica como norma hipotética, sus relaciones y distinciones con otra clase de normas, el ordenamiento jurídico como un sistema con necesidades de coherencia e integridad, etcétera; el Derecho comparado, que realiza el análisis de los caracteres propios y comunes de instituciones jurídicas de diferentes sistemas de Derecho.

En el ámbito de la Filosofía del Derecho, del deber ser, son materias que se ocupan de distintos ángulos de tal problemática: la Ontología jurídica, que estudia el ser del Derecho,

disciplina cultivada por los juristas que aceptan una definición realista del mismo; la Teoría del Derecho, que se encarga del estudio de los esquemas intelectuales para crear, interpretar, completar y conciliar entre sí las reglas de un sistema jurídico, así como de la reflexión crítica sobre la Ciencia Jurídica misma, su metodología y los procesos lógicos de la argumentación y realización del Derecho.

La tercera dimensión del fenómeno jurídico, la axiológica o estimativa, concibe al Derecho en su sentido ético, es decir, como garantizador y portador de valores superiores. Esta dimensión es explorada por la Estimativa o Axiología jurídica, también conocida como Teoría de la Justicia, ocupada del análisis de los valores que dan origen y fundamento al Derecho. A su vez, el estudio del modo y la manera en que los valores que fundamentan el Derecho se hacen norma jurídica queda encomendado a la Política jurídica o del Derecho.

Una visión tridimensional del Derecho evita que se confundan los planos o ámbitos en que el fenómeno jurídico se expresa, confusión que surge porque el Derecho se manifiesta con una presencia única en la realidad, no obstante que su naturaleza implica un contenido complejo, evidenciado a través de tres dimensiones que se hallan en un juego e interacción constantes.

El Derecho puede definirse desde una o varias de sus dimensiones; sin embargo, en la medida en que un concepto de Derecho comprenda los distintos ámbitos en que se expresa el fenómeno jurídico, la visión que se ofrezca del mismo será más amplia. Además una definición así precisará aspectos centrales de la existencia del Derecho, su fundamento racional y los rasgos característicos que le distinguen de otros órdenes normativos como la moral y la religión.

Concebimos al Derecho como un sistema normativo de regulación de la conducta social, producido bajo ciertos procedimientos especiales, cuya eficacia está garantizada coactivamente por el poder político de una autoridad soberana, que facilita y asegura la convivencia o cooperación social, y cuya validez formal y material (obligatoriedad), está determinada por los valores jurídicos y éticos de los cuales es generador

y portador, respectivamente, en un momento y lugar histórico determinados.

La definición anterior ronticne cuatro elementos básicos: primero, que el Derecho es un sistema normativo de regulación de la conducta social, es decir, un conjunto estructurado y coordinado de normas y principios que regulan ciertas formas del comportamiento externo y colectivo de los hombres. Todo sistema es una creación humana, y por lo tanto, un producto de la cultura; segundo, que el Derecho es producido y garantizado de un modo especial, diferente del de otros sistemas normativos con los que convive. Nos hayamos, pues, frente a un modo particular de creación, modificación de un orden normativo al cual se aplica, en caso de incumplimiento, la fuerza legítima e institucionalizada que detenta la autoridad soberana; tercero, el Derecho facilita y asegura la convivencia y cooperación social, es decir, un ámbito ordenado, seguro e igualitario donde el hombre puede satisfacer sus intereses primigenios y fundamentales; cuarto, que la validez del Derecho se condiciona por valores jurídicos y éticos de los cuales es generador y portador, respectivamente, en un momento y lugar histórico determinados. Es decir, que la obligatoriedad del Derecho es propiciada por un doble estándar valorativo, constituido por los valores jurídicos que el Derecho *per se* aporta a toda sociedad (orden, seguridad e igualdad jurídicas) y por los valores superiores de los cuales todo sistema de normas debe ser portador y garantizador.

Esta definición nos ha permitido corroborar que el Derecho se desarrolla en tres ámbitos y dimensiones (fáctica, normativa y axiológica); que su fundamento racional lo habremos de encontrar en razones fácticas y éticas que justifican su instauración y posible obediencia; que son sus rasgos característicos el ser un instrumento de regulación de conductas sociales, distinto de la moral o los convencionalismos por virtud de su origen, forma de garantizar su observancia, fines y sujeto a quien queda encomendada su aplicación. Sin embargo, es inseparable de la justicia ya que todo Derecho implica un punto de vista sobre lo bueno y lo malo, y porque sólo valores

morales o principios éticos pueden justificar, en última instancia, su plena obligatoriedad.

La naturaleza multívoca del término Derecho implica que de él pueden predicarse varias acepciones. Etimológicamente la palabra "derecho" proviene del latín *directus*, a, um que significa "lo que es conforme a la regla o a la norma", dentro de este contexto el Derecho alude a "lo que norma, se mantiene recto, encuadrado, ajustado". Implica la idea del Derecho como norma o como conjunto de normas.

En español y otras lenguas romances, así como en idiomas con raíz distinta, como el alemán y el inglés, la noción "derecho" posee el mismo sentido de rectitud. En este último idioma existe más de una palabra para referirse al Derecho, *right* y *law*, lo cual evita incurrir en confusiones.

Cuando la palabra "derecho" se utiliza como sinónimo de norma o conjunto de normas que constituyen un sistema, se hace alusión al Derecho objetivo. En cambio cuando la expresión "derecho" alude a la facultad atribuida por la norma de Derecho objetivo nos hallamos ante el derecho subjetivo. A su vez, si el término "de-

recho" se refiere a la ciencia que se ocupa del estudio y análisis del fenómeno jurídico, estamos ante la presencia de la Ciencia Jurídica o del Derecho.

Igualmente, se entiende por Derecho positivo al conjunto de normas obligatorias y coercibles creadas conforme a los actos y procedimientos establecidos por la autoridad soberana (Derecho objetivo) del que se derivan derechos subjetivos —facultades o prerrogativas— en favor de quienes se encuentran bajo el poder de esa autoridad. Si este Derecho rige en un momento y espacio histórico determinados, es decir, no ha sido derogado o abrogado, recibe el nombre de Derecho vigente.

Al conjunto de principios morales, previos al Estado, que rigen en cualquier momento y lugar, de los que se derivan parámetros de justicia o virtud personal se le conoce con el nombre de Derecho natural.

Finalmente, y por cierto, algunos usos de la palabra "derecho" en ciertos contextos aluden a la idea de justicia antes que a un conjunto de normas, lo que evidencia el talante emotivo o persuasivo que también posee el lenguaje jurídico.



EL DERECHO Y LA MORAL

SUMARIO

- 3.1 El Derecho y la moral
 - 3.1.1 Iusnaturalismo y iuspositivismo
 - 3.1.2 El iusnaturalismo a partir de las tesis de Carlos S. Niño
 - 3.1.3 Diferencias entre moral y Derecho
- 3.1.3.1 *Moral ideal y moral social*
 - 3.2 Hans Kelsen y la Teoría pura del Derecho
 - 3.2.1 De la aportación kelseniana y las imputaciones al positivismo jurídico
 - 3.2.2 Crítica a la teoría kelseniana y a algunas tesis iuspositivistas
 - 3.2.3 Consideraciones finales

Resumen

SINOPSIS INTRODUCTORIA

Este capítulo tiene por objeto presentar uno de los temas centrales, acaso el principal de la Filosofía del Derecho, a saber: el de las relaciones que éste guarda con la moral. La importancia del tema radica no sólo en la idea de aproximarnos con seriedad a la complejidad del fenómeno jurídico, sino en la utilidad de abordarlo en esta primera parte del libro, ya que ahí se encuentran muchas de las claves para comprender y plantear posibles respuestas a problemas fundamentales del Derecho, como los relativos a la justicia y al fundamento de su obediencia.

En este capítulo se plantean cuatro preguntas clave acerca de la relación Derecho-moral. Las interrogantes cumplen, a lo largo del texto, la función de sendas directrices generales que nos van dando la pauta para incursionar en los aspectos más clásicos de dicha relación. Los cuestionamientos que se hacen son: ¿Cuándo y por qué surge la supuesta tensión entre el Derecho positivo y el Derecho natural? ¿Qué está detrás de dicha tensión y en qué consiste ésta? ¿Debe el Derecho positivo ser justo? ¿Es necesario que el Derecho esté dotado de validez moral?

Evidentemente, en esta clase de temas las pretendidas respuestas, a veces, no son más que replanteamientos de las preguntas originales, sugerencias de un camino por dónde transitar. En este capítulo procuramos orientar respecto de la añeja disputa entre iusnaturalismo y iuspositivismo; así como sobre las aportaciones de la Teoría pura del Derecho elaborada por Hans Kelsen y, por supuesto, respecto de los malos entendidos, fundadas e infundadas críticas de las que positivismo jurídico ha sido objeto. El destino final de este recorrido es hacer ver que el centro de gravedad sobre el que gira la relación Derecho-moral está dado por la aspiración de lograr que el Derecho sea un instrumento verdaderamente útil para las mejores causas de la humanidad.

3.1 El Derecho y la moral

1. Lo primero que debemos preguntarnos al afrontar el problema que suscita la relación entre el Derecho y la moral es lo siguiente: *¿Cuándo y por qué surge la supuesta tensión entre el Derecho positivo y el Derecho natural? ¿Qué está detrás de dicha tensión y en qué consiste ésta?*
2. Para poder responder a estas preguntas debemos recurrir conjuntamente a la Historia y a la Filosofía, así como a la fusión de ambas en el ámbito jurídico, esto es, la Historia de la Filosofía del Derecho. Ya que como veremos enseguida la disputa entre los defensores de ambos Derechos, positivo y natural, *se inscribe en un proceso político, histórico y filosófico que llega hasta nuestros días*, y en cuyo fondo subyace una tercera interrogante de orden axiológico en la que está sumergida principalmente la relación entre el Derecho y la moral: *¿El Derecho positivo debe ser justo?* Vayamos por partes, respondiendo una a una, las tres preguntas anteriores.

3.1.1 Iusnaturalismo y iuspositivismo

3. La primera de las preguntas planteadas es: *¿Cuándo y por qué surge la supuesta tensión entre el Derecho positivo (iuspositivismo) y el Derecho natural (iusnaturalismo)?* Si analizamos esta interrogante, comprenderemos que las dimensiones fáctica, normativa y valorativa se presentan intrínsecamente vinculadas en el Derecho, por eso la respuesta implica necesariamente una *reflexión político-histórica y jurídico-filosófica*.
4. Cuando se alude a otro Derecho, como el *natural*, que se dice *anterior y superior* al Derecho *positivo*, nos enfrentamos al problema de la justificación última de las normas jurídicas, de los mandatos que el poder político dirige a los hombres por medio de ellas. En la realidad social han sido los *ciudadanos* en sus luchas permanentes por la consecución y reivindicación de sus derechos y creencias —y con ellos los estudiosos de la Ciencia Jurídica, y en especial de la Filosofía del Derecho— quienes han puesto en tela de juicio *la obligatoriedad de cualquier clase de mandato estatal, sobre todo si éste prescribe comportamientos inmorales o injustos*.
5. Recordemos que es gracias al *poder* con que cuenta el Estado (o cualquier otra forma histórica de organización del poder) que *éste se encuentra capacitado para forzar el cumplimiento de sus normas jurídicas, incluso de aquellas que pudieran parecer injustas*. La historia está llena de ejemplos en los que hallamos, de un lado, un poder que aplica su fuerza para la adopción de ciertos comportamientos sociales, por injustos y aberrantes que parezcan, y del otro a ciudadanos que impelidos por el temor a una sanción, e incluso a la pérdida de su propia vida, se ven forzados a adoptar esa conducta.
6. La tensión original, desde un punto de vista histórico-político, entre el Derecho positivo y el natural, *tiene su origen en el cuestionamiento que con carácter ético o moral se hace de las normas injustas producidas por una autoridad que posee el recurso de la fuerza institucionalizada*. Resulta inaceptable que un poder, *por el solo hecho de poseer el monopolio del uso de la fuerza y en virtud de esa sola circunstancia, se considere justificado* para exigir la adopción de cualquier clase de mandatos, *por más que éstos revistan la forma y cumplan con los procedimientos*

que se exijan para tales efectos. Como sabemos, la legalidad, por sí misma, no es sinónimo de justicia, la sola validez formal del Derecho es insuficiente para superar esa relación de tensión.

7. Ahora bien, ¿cómo puede enfrentarse al Derecho injusto, que por el hecho de provenir de un poder político con la efectiva capacidad de imponer sus normas a través de la fuerza, pretende un sometimiento incondicional? La respuesta histórica fue y sigue siendo la misma: cuestionando su validez material, su obligatoriedad moral.
8. El primer antecedente de la disputa entre **iusnaturalistas** (quienes se consideran partidarios del Derecho natural) y **iuspositivistas** (quienes actúan del mismo modo en relación con el Derecho positivo) se inscribe histórica y socialmente en el cuestionamiento de la validez material de las normas jurídicas inmorales o injustas, por más que éstas sean producto del proceso formal de creación o reconocimiento instaurado e institucionalizado para tales fines.
9. Conviene aclarar que aquí hacemos referencia al origen de la disputa respecto de la validez y obligatoriedad moral de un Derecho formalmente válido y eficaz, pero moralmente cuestionable, **porque sería injusto dejar la impresión de que los iuspositivistas siempre han estado de parte de las causas progresistas y los iusnaturalistas del lado de las inmorales y retrógradas.** Alf Ross ha escrito sobre esta circunstancia: "...desde un punto de vista político-práctico las teorías iusnaturalistas han sido tanto conservadoras como evolucionistas o revolucionarias. En el ámbito de la filosofía política todos los sistemas políticos, desde el absolutismo extremo hasta la democracia directa, han sido justificados por los filósofos del derecho natural".
10. ¿Qué debe entenderse, más concretamente, por "**iusnaturalismo**" y "**iuspositivismo**"? Norberto Bobbio ha establecido las siguientes nociones: "Por '**iusnaturalismo**' entiendo aquella corriente que admite la distinción entre derecho natural y derecho positivo y sostiene la supremacía del primero sobre el segundo. Por '**positivismo jurídico**' entiendo aquella corriente que no admite la distinción entre derecho natural y derecho positivo y afirma que no existe otro derecho que el derecho positivo".- Bobbio concluye: "...por iusnaturalismo entiendo la teoría de la superioridad del derecho natural sobre el derecho positivo; por positivismo jurídico la teoría de la exclusividad del derecho positivo. El iusnaturalismo es dualista; el positivismo jurídico, monista".*
11. El surgimiento del concepto "**derecho natural**" se arraiga en la necesidad de producir un contrapeso a la idea de un Derecho positivo inmoral o injusto. De ahí que los orígenes del iusnaturalismo los encontremos en la idea de *physis*, es decir, de *naturaleza*, como concepción de un orden estable y permanente al cual lo contingente y pasajero —como el poder político y el Derecho positivo, por ejemplo— debe ceñirse. Esta concepción, base de la idea de un orden jurídico estable y eterno como sinónimo de Derecho justo, que se esgrimirá como condición de validez moral de un Derecho positivo pasajero y mudable, no se gestó, curiosamente, en una coyuntura histórica de tensión con el poder, sino en las reflexiones de la

* Alf Ross. "El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el Derecho natural", en *El concepto de validez y otros ensayos*. (ra) Genaro R. Carrió y Osvaldo Paschero. Distribuciones Fontamara. México. 1991, p. 15.

Norberto Bobbio. "**Jusnaturalismo y positivismo jurídico**", trad. Ernesto Garzón Valdés. en *El problema del positivismo jurídico*. Distribuciones Fontamara. México. 1992. p. 167

¹ *Idem*.

filosofía natural presocrática que, según Truyol y Serra, se dan a la luz de la *polis*, estructura política que los griegos consideraban la forma más perfecta de vida en comunidad.⁴ "Para la incipiente filosofía natural griega —escribe Truyol— tal como fue abriéndose camino en las ciudades de Jonia, el enigma radical brotaba del movimiento, del cambio de cuanto nos rodea. Los primeros pensadores buscaban, detrás de las continuas mudanzas a que se halla sometido el mundo sensible, un elemento primordial, estable y unitario, una sustancia primaria de la que todas las demás surjan y a las que todas vuelvan. A esta sustancia primigenia dieron el nombre de *physis*, de naturaleza."⁵

12. La importancia de esta reflexión filosófica centrada en la búsqueda humana de lo no contingente, de algo permanente o eterno a lo cual asirse, radica en la identificación de una idea que sirviese como parámetro, principio o referencia de validez universal. Es por ello que al Derecho al cual se atribuyen esas características de parámetro permanente, principio, fuente de inspiración V guía o contrapeso del Derecho positivo, se le ha denominado *Derecho natural*
13. El iusnaturalismo es producto de una larga evolución histórica que sufre distintos procesos y que pasa de la idea de un Derecho derivado de la Divinidad, a la de un Derecho deducido de la naturaleza humana cuyos postulados o principios pueden obtenerse por métodos racionales. Este proceso evolutivo abarca varios siglos, desde los inicios de la filosofía cosmológica griega hasta nuestros días y, como es de suponerse, ha implicado corrientes sumamente diversas." Sin embargo, no es nuestra intención hacer un recorrido por todas las escuelas que han contribuido a la formación del pensamiento iusnaturalista. es a la Historia de la Filosofía del Derecho a la que le corresponde este propósito. Nosotros sólo pretendemos destacar de ese pensamiento las características que nos permitan distinguirlo y confrontarlo con corrientes iusfilosóficas de cuño distinto. Para esto no es necesario realizar el recorrido histórico del que hablamos antes, sino proceder a la caracterización de las tesis en que se sustenta el *Derecho natural*
14. Carlos S. Niño, en dos de sus principales obras,⁶ identifica las tesis filosóficas fundamentales que están presentes en las distintas escuelas iusnaturalistas. Partiremos de su trabajo para llevar a cabo un análisis que nos permita detectar cuál es la tensión que existe en la relación iusnaturalismo-iuspositivismo y, tal cual lo plantea la segunda de nuestras preguntas, qué es lo que en realidad se encuentra detrás de la tensión mencionada.

⁴ Cf'r. Amonio Truyol y Serra, *Historia de la filosofía del Derecho y del Estado. I De los Orígenes a la Baja Edad Media*, Alianza Universidad Textos, Madrid. 1987, p. 103.

⁵ Ihul., p. 102.

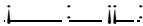
⁶ Realizan un desarrollo de las corrientes más destacadas del iusnaturalismo los siguientes autores: José Antonio Márquez González, *Los enfoques actuales del Derecho natural*. Porrúa. México, 1985. Luis Recaséns Siches, *Iusnaturalismos actuales comparados*. Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid. Madrid. 1980. Un recorrido desde el punto de vista histórico sobre el Derecho natural puede encontrarse en los siguientes trabajos: Guido Fassò, *Historia de la filosofía del Derecho*, tomo I, trad. José F. Lorca Navarrete. Ediciones Pirámide. Madrid. 1980; José Corts Grau, *Historia de la Filosofía del Derecho*, tomo I. Editora Nacional, Madrid. 1988; José M. Rodríguez Panlagua, *Historia del pensamiento jurídico*. Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid. Madrid. 1980.

⁷ Cf'r. Carlos S. Niño, *Introducción al análisis del Derecho*. Ariel, Barcelona. 1983. p. 16 y ss. *Ética y derechos humanos*. Paidós. Buenos Aires, 1984. p. 24 y ss.

CUADRO 3.1 DERECHO NATURAL

Sistema normativo cuyas normas tienen una justificación intrínseca y no están basadas en actos contingentes de dictado o reconocimiento por parte de ciertos individuos.

Distinción bobbiana entre iusnaturalismo y iuspositivismo.



Iusnaturalismo: corriente que acepta la superioridad del Derecho natural respecto del Derecho positivo. Es una corriente **dualista** y de la **superioridad** de un Derecho (el natural) sobre otro (el positivo).

Iuspositivismo: corriente que sólo acepta la existencia del Derecho positivo. Es una corriente **monista** y **exclusivista**.

3.1.2 El iusnaturalismo a partir de las tesis de Carlos S. Niño

15. Para Niño, la doctrina iusnaturalista se sustenta en dos tesis filosóficas, las cuales rezan así:

1. Hay principios que determinan la justicia de las instituciones sociales y establecen parámetros de virtud personal que son universalmente válidos, asequibles a la razón humana, cuya validez no depende del reconocimiento efectivo de ciertos órganos o individuos-.
2. Los sistemas o las normas jurídicas, aun creados e impuestos por el poder estatal, no podrán ser calificados como Derecho, si no satisfacen los principios aludidos en el punto 1.

16. De acuerdo con lo anterior, nuestra segunda pregunta plantea: ¿Qué está detrás de la tensión entre iuspositivistas y iusnaturalistas y en qué consiste ésta? Apoyados en las dos tesis de Niño, esta pregunta puede responderse del modo siguiente: los iusnaturalistas aceptan una o ambas tesis, por lo tanto, contamos con dos posturas básicas. La **primera postura** estaría caracterizada por aquellos que sostienen la idea de que existe un Derecho natural en tanto conjunto de principios de justicia con validez universal que pueden ser deducidos racionalmente (tesis 1). pero que además confirman que el Derecho positivo que no cumpla con dichos principios no podrá ser calificado como Derecho (tesis 2). Quienes así se expresen están ubicados dentro de la corriente llamada **iusnaturalismo mitológico**

17. Los iusnaturalistas ontológicos aceptan las dos tesis de Niño. En tal virtud, conciben al Derecho natural como la ciencia del ser del Derecho (de ahí el nombre de ontológico), ya que dicho Derecho natural es lo jurídico por antonomasia. Consecuentemente, esta corriente niega el carácter de jurídico a todo sistema o norma de Derecho positivo que no cumpla con los principios de justicia contenidos en el Derecho natural. Es claro que para este tipo de iusnaturalismo la relación entre el Derecho y la moral es de carácter no sólo necesaria sino que condiciona la naturaleza jurídica de las normas. Ejemplifican históricamente a esta corriente, según Eusebio Fernández, el iusnaturalismo grecorromano, el escolástico medieval, el iusnaturalismo racionalista y el neotomismo.⁸

⁸ Cfr. E. Fernández, *Teoría de la justicia y derechos humanos*. Debate, Madrid. 1987, p. 87

18. La segunda postura básica es sostenida por los *iusnaturalistas* que sólo aceptan la tesis I. F.sto es, la corriente iusfilosófica denominada *deontológica*, conformada por aquel grupo de pensadores que conciben la existencia del Derecho natural en tanto principios morales y de justicia universalmente válidos, asequibles a la razón humana, que son parámetro que legitima el Derecho positivo, determinan su medida y a los cuales debe estar sometido. El *iusnaturalismo* deontológico no niega el carácter jurídico del Derecho positivo, por más que sea contrario o violatorio de los criterios o principios del Derecho natural. Sólo se limitará a decir de tal o cual sistema jurídico que es injusto o inválido moralmente, aunque le reconoce plena entidad (validez formal) como Derecho. Aquí también es identificable una relación de lo jurídico con la moral, cuyo carácter no determina la validez formal —la condición jurídica— de una norma, sino que condiciona su validez material, es decir, su obligatoriedad.

CUADRO 3.2 LAS DOS TESIS DEL IUSNATURALISMO SEGUN CARLOS S. NINO

1. Hay principios que determinan la *justicia* de las instituciones sociales y establecen parámetros de virtud personal que son universalmente válidos.

Estos principios son válidos *per se* (objetivamente) y, por ende, no requieren del reconocimiento efectivo de ciertos órganos o individuos pero son asequibles a la razón humana.

2. Un sistema normativo, aun cuando sea efectivamente reconocido por órganos que tienen acceso al aparato coercitivo estatal, no puede ser calificado como Derecho si no satisface los principios aludidos en la tesis 1.

19. Amén de lo ya establecido, ciertos *iuspositivistas* y más concretamente, los denominados *positivistas metodológicos* del tipo ético-utilitarista, calificados así porque emplean el método positivista para identificar un sistema jurídico, pero suscriben la existencia de principios universales de justicia (en particular, por ejemplo, el principio de utilidad) aceptan, aunque con determinadas condiciones, la tesis I y negarían de plano la 2. En otras palabras, si bien diversos autores incluidos en esta corriente no tienen inconveniente en hablar de la necesidad de principios morales de validez universal que guíen o condicionen la justicia del Derecho positivo —como por ejemplo Jeremy Bentham—, sí negarían que tales principios fueran calificados como Derecho. A esta primera objeción que inicialmente sería de orden terminológico, se sumará su oposición a que esos principios fueran condición de validez formal del Derecho positivo. Es decir, que el concepto de Derecho deba caracterizarse en términos valorativos —si es justo o injusto—, ya que el carácter jurídico de una norma debe ser identificado sólo haciendo alusión a propiedades fácticas —que sea emitido y garantizado de una determinada forma—, independientemente de su justicia o moralidad.

* *Idem*. Se citan como representantes de esta corriente a Passerin D'Entreves, Hans Welzel y Casterbg. Nosotros sumamos a Recaséns Siches y Luis Legaz y Lacambra. Este último atirina que: "Aquellos preceptos de los que, aun siendo de índole ética, tiene sentido postular su validez para el área social de la vida humana, y de los que por su mismo contenido puede predicarse un carácter de justicia, son Derecho natural. F.l Derecho natural es la proyección social del orden moral o, más exactamente la proyección al orden social de las exigencias del orden moral". Véase *Filosofía del derecho*, Bosch, Barcelona. 1978. p. 295.

20. Las tesis de Nino nos permiten obtener algunas conclusiones mediatas que son también respuesta a las preguntas que guían este apartado. La *primera conclusión* nos ayudará a trasladar la disputa positivismo-iusnaturalismo del plano verbal a su dimensión metodológica. La *segunda conclusión* desentrañará el contenido efectivo de la disputa señalada.
21. **Primera conclusión. La disputa entre una determinada clase de iuspositivistas y iusnaturalistas es, en un plano inicial, de orden verbal o terminológico**, pues autores calificados de iuspositivistas (*iuspositivismo metodológico tipo ético-utilitarista*) y de iusnaturalistas (*iusnaturalismo deontológico*) aceptan que la validez material u obligatoriedad de las normas jurídicas no se funda exclusivamente en el hecho de que el Derecho positivo sea producido y garantizado coactivamente por la autoridad estatal y bajo el procedimiento estructurado previamente para tal efecto, sino que dicha validez demanda que la norma jurídica cumpla con principios universales de justicia que los positivistas llaman moral ideal o principio de utilidad y los iusnaturalistas Derecho natural.¹⁰
22. Así, cuando decimos: "No hay derecho..." lo que expresamos no es que tácticamente se carezca de normas jurídicas, ni que el acto de autoridad esté ausente o haya incumplido una reglamentación, sino que ese acto por más formalmente jurídico y válido que se presente puede ser injusto, es decir, contrario a ciertos principios morales o de justicia de orden universal. Ejemplifiquemos lo anterior.
23. Piénsese en un Estado posible que, conforme a los requisitos establecidos por su propia legislación, no castiga o pena el que sus ciudadanos priven de la vida —cometan homicidio— a personas que pertenezcan a una raza determinada. Es obvio que el sistema jurídico de ese Estado sería formalmente válido y sus disposiciones coercibles, pero, muy probablemente, muchas personas, en atención a ciertos principios morales, se negarían a aceptar sus normas jurídicas, porque considerarían que matar es un acto moralmente reprochable, aunque lo autorizara el Derecho. Es decir, matar a personas de cierta raza en este caso sería legal, pero sería también, para una gran mayoría, injusto e inmoral.
24. Ante una circunstancia de este tipo, los autores **iuspositivistas** desaprobaban moralmente esa norma jurídica o el sistema legal que la contenga. Su reprobación les llevaría a calificar a esa norma o sistema jurídico de *injusto*. Los **iusnaturalistas** coincidirían en que el sistema jurídico en cuestión *es injusto*, pero además agregarían, según sea su postura: que ese Derecho positivo con normas tan aberrantes moralmente no es auténtico Derecho, porque incumple con los principios del Derecho natural, y por lo tanto, ha de negársele el calificativo de "jurídico" (iusnaturalismo ontológico); o que esas normas jurídicas carecen de validez material y por consiguiente no sería inmoral —aunque sí ilegal— desobedecerlas (iusnaturalismo deontológico).

¹⁰ Escribe Nino: "En primer lugar, prácticamente todos los positivistas, aun en los casos en que aceptan el núcleo (le esta tesis (la tesis 1), se resistirán a designar al sistema de principios con el rotulo derecho natural. Ello es así, creo, por dos razones. Primera, porque esta terminología que incluye la expresión 'derecho' puede generar confusiones que involucran introducir subrepticamente la tesis 2 del iusnaturalismo, impidiendo que se cuente con un concepto puramente descriptivo de derecho. La segunda posible razón general por la que los positivistas lo son proclives a denominar 'derecho natural' al conjunto de principios aludidos por la tesis 1 es que ello puede sugerir no sólo por razones etimológicas sino por el contexto histórico en que surgió la expresión: una particular concepción metaética acerca de la forma de fundamentar tales principios, a saber: a través de su derivación de proposiciones acerca de la naturaleza humana, y más específicamente, a través de su derivación del enfoque aristotélico-tomista de la naturaleza humana". Véase Carlos Santiago Nino. *Ética*, op. cit., p. 25.

25. En el ejemplo citado hay coincidencia en un aspecto central: *la injusticia de la legislación en cuestión*. Las diferencias están, como se dedujo de la primera conclusión, en *la denominación que se otorgará a los principios que, se piensa, han de sujetar moralmente el sistema jurídico*. Unos le llaman Derecho natural y otros, aun y coincidan con sus postulados, se resistirán a llamarle así, reservando sólo al positivo el sustantivo "derecho". Aunque, como se podrá inferir, *la verdadera disputa, la fuerza de la tensión, es más profunda, porque radica en la obligatoriedad del Derecho*.
26. La distancia mayor entre ambas posturas, y *donde va no habría tensión sino rompimiento*, estaría caracterizada por dos posiciones extremas. En una los *iusnaturalistas mitológicos*, quienes no sólo considerarían injusto a un sistema normativo que no cumpliera con las exigencias del Derecho natural, sino que a tal sistema le negarían, incluso, el carácter de *jurídico*. En el otro extremo se ubicarían el iuspositivismo que suscribe el *escepticismo ético* y el iuspositivismo kelseniano. El primero, negaría de plano la tesis 1, sosteniendo que no hay ninguna clase de principios universales para justificar acciones individuales o instituciones, y que tales principios no pueden ser justificados racionalmente." El segundo, aceptaría la existencia de principios morales pero de valiez relativa, no universal, y señalaría que la coincidencia o no con tales principios en nada afecta la validez del Derecho.
27. Empero, entre *iuspositivistas conceptuales tipo utilitaristas y iusnaturalistas deontológicos* las diferencias que en principio son terminológicas adquieren posteriormente un carácter distinto, porque superada la disputa verbal y coincidiendo en que la validez material (obligatoriedad) del Derecho está condicionada por principios morales y de justicia de carácter universal, *la disputa habrá de girar en torno al tipo de relación que el Derecho ha de tener con la moral y a la clase de principios morales que han de justificarlo*, lo que da pie a nuestra segunda conclusión mediata.
28. **Segunda conclusión. La tensión central entre iusnaturalistas y iuspositivistas radica en el tipo de relación que se considera debe existir entre la moral y el Derecho.** Esta, como se analizará ahora, es la principal causa de todas las disputas, y a un tiempo, el razonamiento que termina de contestar nuestra segunda pregunta.
29. En efecto, *el origen del problema que se esconde tras la tensión entre iusnaturalistas e iuspositivistas no es otra que la relación que el Derecho ha de guardar con la moral*. Problema que *no se reduce sólo a una diferencia terminológica, sino tanto a una de orden metodológico como a otra de orden metaético*. ¿Qué significa esto?
30. El *iuspositivismo* que *metodológicamente se acerca al Derecho independizándolo de aspectos valorativos, o que lo define en términos puramente fácticos, es decir, aludiendo a la forma en que es creado y se asegura el cumplimiento de una norma jurídica, puede aceptar, sin ningún problema, que el Derecho deba ser justo, pero también que si no lo es sigue siendo Derecho*

" Cfr. *Ibid.*, p. 26.

* En efecto, Ernesto Garzón Valdés, resumiendo los términos de esta disputa ha dicho, textualmente, que: "*la discusión se centra en lo posibilidad o imposibilidad de establecer una relación conceptual entre derecho y moral*". Cfr. "Derecho y moral", en *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*. Rodolfo Vázquez (comp.), Ciedisa Editores. Barcelona. 1998. p. 19.

31. Esta postura positivista —opina Bobbio— nos aporta las siguientes ventajas: permite distinguir entre el Derecho real y el irreal; entre el Derecho como hecho y como valor; entre el Derecho que es y el que debe ser. *"Esta acepción de positivismo jurídico —continúa Bobbio— asume frente al derecho una actitud a-valorativa u objetiva o éticamente neutral; es decir, que acepta como criterio para distinguir una regla jurídica de una no jurídica la derivación de hechos verificables* **fv. gr.:** *que emane de ciertos órganos mediante cierto procedimiento, o que sea efectivamente obedecida durante un lapso determinado por cierto grupo de personas) y no la mayor o menor correspondencia con cierto sistema de valores*
32. En consecuencia, quien acepte ser un **positivista metodológico (tipo utilitarista, como Itentham, o relativista como Kelsen)** podrá considerar perfectamente posible que el Derecho deba prescribir tales o cuales valores, pero se negará a considerar esos valores como metodológica o conceptualmente relevantes para determinar lo que es el Derecho.
33. De ahí que a la tercera pregunta *¿El Derecho debe ser justo?*, habremos de responder, en consonancia con lo anterior, que: *el Derecho no debe ser justo para ser Derecho, pero sí debe o debería serlo para gozar de plena validez material o fuerza obligatoria.*
34. Por lo que toca a la diferencia de orden metaético, o sea, la relativa a la posible fundamentación moral de las normas jurídicas, la aceptación positivista de la validez moral del Derecho estaría condicionada a que, si bien, es menester una referencia a ciertos principios para justificar su obligatoriedad, ello no implica conceder que dicha validez necesariamente tenga que provenir sólo de los principios predicados por el Derecho natural, ya que, como menciona Peces-Barba, *a lo que el positivismo jurídico también se opone, no es sólo a confundir Derecho con moral, sino a integrar al Derecho en una concepción moral."*
35. Alt Koss resume todo lo antedicho del modo siguiente: *"Sostengo que no hay ninguna razón para que un filósofo del derecho natural no admita la tesis positivista y no reconozca que un orden jurídico es un hecho social a ser descrito en términos puramente empíricos, sin referirse al concepto de 'validez'. El jusnaturalista se ocupa de la cuestión de si cierto orden fáctico obliga a las personas también moralmente (en su conciencia, si ellas tienen suficiente comprensión de lo que la verdadera moral requiere). Pero antes de que pueda responderse a esta pregunta es menester saber si existe un cierto orden fáctico, y cuál es su contenido. En consecuencia, la pregunta sobre la validez necesariamente presupone la tesis positivista, a saber, que la existencia de un cierto ordenamiento jurídico puede ser verificada y su contenido descrito, independientemente de ideas morales o jusnaturalistas".*
36. *No existe causa justificada, según hemos mostrado, para negar la relación entre el Derecho y la moral, como no existe razón tampoco para fundirlas o mezclarlas metodológicamente. A través de la historia y con un gran esfuerzo intelectual se ha logrado la separación —que no divorcio— de ambos órdenes. El reto, hoy día, podría resumirse en las palabras de Francisco [aporta: o legalizar la moral o moralizar el Derecho].¹*

¹ Norberto Bobbio, "Jusnaturalismo...", *op. cit.*, p. 42.

² Cfr. Gregorio Peces-Barba, *Introducción a la filosofía del Derecho*. Debate, Madrid, 1988, p. 138. Véase cita I I

³ Alf Ross, "El concepto de validez...", *op. cit.*, pp. 19-20.

⁴ Cfr. Francisco Laporta, *Entre el derecho y la moral*. Distribuciones Fontamara. México, 1993, pp. 45 y 59.

3.1.3 Diferencias entre moral y Derecho

37. Distinguir lo jurídico de lo moral *no significa negar su relación sino precisarla*. determinar las órbitas de su competencia, su ámbito de acción particular. Por lo tanto, establezcamos desde ahora cuáles son sus características propias más significativas.
38. Debemos a Kant¹⁷ la formulación teórica más conocida para llevar a cabo la distinción entre lo moral y lo jurídico. Según este autor *la libertad humana se rige por leyes morales, porque se dirigen a regular su comportamiento*; las leyes morales *que regulan el comportamiento externo de los hombres son las leyes jurídicas*. Ahora bien, dado que estas leyes jurídicas se ocupan del ámbito externo de la conducta humana y las leyes morales, en general, del interno, nos referimos, entonces, *a dos órdenes normativos distintos por su esfera de acción pero ocupados, ambos, de la conducta humana*. García Máynez señala al respecto: *"La idea de que la moralidad constituye un orden interno y el derecho una regulación externa del comportamiento, reaparece, después de las concepciones platónica y aristotélica, en diversos autores y épocas; pero es en la filosofía práctica de Kant donde logra mayor hondura y precisión"*.¹⁹
39. Esta discriminación de órdenes normativos distintos permite, dada la esfera de competencia propia de cada uno, partir de la oposición inicial *exterioridad-interioridad*, **exterioridad del Derecho, interioridad de la moral**. Para Kant, la *interioridad de la legislación ética* procede de la idea del deber, el cual tiene como fuente *el dictado de la conciencia de cada hombre*; en cambio, *los dictados que proceden de una fuente distinta y, por exclusión, siempre externa del hombre, son deberes jurídicos*. Por esto, *el Derecho —los mandatos jurídicos— se preocupa de los actos exteriores de la vida del hombre; la moral —los mandatos morales— se ocupa de los actos internos del hombre, de la bondad o la maldad de su proceder en términos de su propia conciencia*.
40. Dado que *los mandatos de la moral se dan al interior* y en la soledad de cada individuo, las relaciones que éstos establecen son *unilaterales, las del hombre con su propia conciencia*. En cambio, el Derecho regula la vida en sociedad, *nuestra relación externa con los demás*, el carácter de dicha relación será *bilateral*.
41. También el contraste interioridad-exterioridad nos permite deducir la *autonomía* de la moral y la *heteronomía* del Derecho. O sea. que mientras es el individuo, *autónomamente*, quien *se dicta a sí mismo* sus normas morales, las normas jurídicas *proceden de un poder externo a él*.
42. En consecuencia, la moral es *incoercible* y el Derecho *coercible*. En tanto las normas morales *demandan un cumplimiento auténtico que deviene de la voluntad de cada individuo* (espontáneamente), los mandatos jurídicos *pueden ser impuestos aun en contra de la voluntad del mismo individuo*, es decir, *coercitivamente* (en forma no espontánea), por vía de la fuerza que el poder pone a disposición del Derecho.
43. Cabe destacar el *criterio finalista* distinto que comportan la moral y el Derecho. La primera *tiende a la perfección del hombre mismo*; el segundo *a los fines sociales provisorios*.²⁰ Mientras las normas morales rigen *la búsqueda del mejoramiento*

¹⁷Cfr. Immanuel Kant, *Crítica de la razón práctica*, irad. Francisco Larroyo, Porrúa, México, 1983.

¹⁸Cfr. Gregorio Peces-Barba, *Introducción a la filosofía...*, op. cit., p. 146.

Eduardo García Máynez, *Filosofía del Derecho*. Porrúa, México, 1980. p. 57.

²⁰Cfr. Gregorio Peces-Barba, *Introducción a la filosofía...*, op. cit., p. 148.

individual e interno de cada hombre, las normas jurídicas buscan regular los comportamientos sociales en un momento y lugar histórico determinados.

CUADRO 3.3 DIFERENCIAS ENTRE MORAL Y DERECHO	
MORAL	DERECHO
La libertad humana se rige por leyes morales, porque se dirigen a regular su comportamiento. <i>Interioridad de la moral</i>	Las leyes morales que regulan el comportamiento externo de los hombres son las leyes jurídicas. <i>Exterioridad del Derecho</i>
<i>Los mandatos morales se ocupan de los actos internos del hombre, de la bondad o la maldad de su proceder en términos de su propia conciencia.</i>	<i>Los mandatos jurídicos se preocupan de los actos exteriores de la vida del hombre</i>
Los mandatos de la moral se dan al interior y en la soledad de cada individuo, su carácter relacional es: unilateral.	El Derecho regula la vida en sociedad, nuestra relación externa con los demás , su carácter relacional es: bilateral
<i>La moral tiende a la perfección del hombre mismo, su finalidad es el mejoramiento individual e interno de cada hombre</i>	<i>El Derecho busca los fines sociales provisorios, su finalidad es regular los comportamientos sociales en un momento y lugar histórico determinados.</i>

3.1.3.1 MORAL IDEAL Y MORAL SOCIAL

44. La moral como normatividad interna de la conducta del hombre *tiene una forma de manifestación colectiva*. Por eso debemos hacer hincapié en las diferencias existentes entre la denominada "**moral ideal**" o *crítica* y la "**moral social**", también llamada *positiva* o *vigente*.
45. A lo largo de esta parte del libro hemos hablado de *otros sistemas normativos con los cuales convive el Derecho*, visto como un sistema normativo singular, distinto de los otros por su forma de emisión, estructura, aseguramiento y sanción contra las conductas que lo transgreden. Como parte de esos sistemas distintos hemos hecho alusión a la moral en tanto *el conjunto de reglas de conducta con carácter incoercible, socialmente aceptadas, que prescriben lo que está bien o mal, lo que liay de bueno o malo (lo que debemos o no hacer) en nuestra relación con los demás*. Nos hallamos, pues, ante la *moral social, positiva* o *vigente*.
46. Es evidente que *todo Derecho incorpora ciertos aspectos de la moral social*, lo que para un determinado grupo humano, donde tiene verificativo aquél, es considerado como adecuado o no moralmente. Habrá, por cierto, otros aspectos en que dicha moral y el Derecho no coincidan, en virtud de los distintos fines que cada uno persigue, y sobre los cuales no cabe prescribir la adopción de ciertas conductas o la omisión de las mismas a través de normas jurídicas dotadas de coacción y sanción. Por ejemplo: en la mayoría de las sociedades se considera una obligación moral imputable a los padres mantener y educar a sus hijos. A su vez, casi todos los sistemas legales coinciden en esta obligación por lo que el Derecho familiar

sanciona jurídicamente a aquellos que no procedan de ese modo, prescribiendo al efecto las acciones jurídicas de las que se vale para constreñir al cumplimiento de sus obligaciones a padres irresponsables, en este caso, tanto jurídica como moralmente. En cambio, hay sociedades que consideran moralmente incorrecto al homosexualismo, mientras otras no sólo opinan lo contrario, sino que hasta aceptan, incluido su sistema jurídico, la unión (sociedades de convivencia)¹ entre personas de un mismo sexo.

47. La moral y el Derecho son creaciones humanas, de tal suerte, *lo histórico y lo cultural también afectan a la moral social*, sujetándola a las transformaciones que en todo orden produce el paso del tiempo y a las distintas cosmovisiones que los hombres o civilizaciones poseen. En este sentido podría hablarse de un *relativismo moral*, aunque evidentemente su variabilidad no es absoluta ni uniforme. Hay valores que las sociedades conservan por siglos y que son moldeados muy paulatinamente a lo largo del tiempo, aunque en general la mayoría de los valores morales tienden a mantenerse durante periodos más largos que las normas jurídicas. Sin embargo, en uno y otro sistemas normativos hay principios que parecen conservarse (el respeto a la vida, cierto ámbito de libertad positiva, etcétera); pero, queda claro, que hay un mayor dinamismo en el Derecho. *Parecería que por más que el ámbito de la moral social o positiva atiende a comportamientos relacionales, sus prescripciones están más vinculados con el aspecto íntimo de la persona, es decir, aluden a su virtud moral*. Veamos otro ejemplo: la mayoría de las normas jurídicas aceptan que las personas, dada la mayoría de edad, puedan llevar el comportamiento sexual que más les plazca, siempre y cuando no sobrepasen ciertos límites (como que las personas involucradas no incurran en adulterio, que actúen por propia voluntad, que hayan cumplido una edad mínima, etcétera). La moral social en ciertos grupos humanos suele, sin embargo, no aceptar que los jóvenes mantengan relaciones sexuales hasta que no contraigan matrimonio.
48. Es menester considerar que *normalmente dentro de las mismas sociedades pervive más de un tipo de moral social*. Diferentes grupos dentro de ese colectivo de personas sostienen pautas morales diversas, que obedecen a múltiples circunstancias como el nivel socioeconómico, la religión, las costumbres y las tradiciones, etcétera. No obstante, no sólo puede hablarse de sino hasta corroborarse la existencia de una moral social dominante vía una encuesta, es decir, preguntando a la gente cuál actitud le parece dotada de corrección moral y cuál no.
49. Se entiende por *moral ideal o crítica aquellos principios o reglas de orden ueal que son parámetro de bondad o maldad, criterios de correcto o incorrecto para justificar o condenar la conducta humana*. Esta *moral crítica* está vinculada con la *moral social*, ¿cómo? Niño responde: *"Ixi moral positiva sólo concierne al razonamiento práctico del hombre 'prudente', quien está principalmente preocupado por las reacciones sociales que pueden provocar sus actos. El hombre moral' —cuyo razonamiento práctico está dirigido a justificar sus actos y decisiones— se preocupa sólo por los dictados de una moral ideal. Paradójicamente, la moral positiva se genera sólo a través de los actos y actitudes del hombre moral y no*

¹ Por ejemplo, en la ciudad de México, el 16 de noviembre de 2006 se publicó en la *Gaceta Oficial del Distrito federal* la denominada *Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal*, la cual, en su artículo 2. prescribe: *"La Sociedad de Convivencia es un acto jurídico bilateral que se constituye, cuando dos personas físicas de diferente o del mismo sexo, mayores de edad y con capacidad jurídica plena, establecen un hogar común, con voluntad de permanencia y de ayuda mutua"*

del hombre prudente. Una moral social se mantiene sólo en la medida en que ha cierta convergencia en los juicios morales críticos que la gente está dispuesta a formular. De modo que es equivocado aislar completamente la moral ideal de la moral social".

50. Queda claro que la moral y el Derecho son órdenes distintos; que puede hablarse, al menos, de dos tipos de moral, que existe una estrecha relación entre ambos órdenes normativos y ambos tipos de moral. F.mpero, los iusnaturalistas los vinculan forzosamente ante la necesidad real de cuestionar, por su validez, aquellos sistemas jurídicos que prescriben normas moralmente incorrectas. Por su parte, los positivistas reaccionan en una doble dirección: ante el temor de legalizar la moral y con ello fundir y confundir dos órdenes distintos, o legalizar un tipo específico de moral, la que implícitamente predica el iusnaturalismo. Fue Hans Kelsen quien consciente de estas circunstancias buscó establecer la validez del Derecho dentro del propio orden jurídico normativo sin necesidad de recurrir a la moral. El análisis de su obra es imprescindible dentro de este apartado y nos dará la pauta para determinar, desde la posición positivista más conocida, la relación Derecho-moral y los problemas teóricos que surgen en torno a dicha relación.

CUADRO 3.4 MORAL SOCIAL Y MORAL CRÍTICA

La moral se expresa en *dos formas distintas*, una es la del *hombre virtuoso* que responde a los llamados de su conciencia, se trata de *la moral ideal o crítica*.

La otra moral es la del *hombre prudente*, que responde a los llamados de lo que cree o piensa la sociedad como modelo de corrección pública, la llamada *moral social, positiva o vigente*.

Moral ideal o crítica

Conjunto de principios o reglas de orden ideal que son parámetro de bondad o maldad, criterios de correcto o incorrecto para justificar o condenar la conducta humana.

Moral social, positiva o vigente

Conjunto de reglas de conducta con carácter incoercible, socialmente aceptadas, que prescriben lo que está bien o mal, lo que hay de bueno o malo (lo que debemos o no hacer) en nuestra relación con los demás.

3.2 Hans Kelsen y la Teoría pura del Derecho

51. El modo particular con que Kelsen aborda el estudio del fenómeno jurídico, desde un ángulo estrictamente positivista, otorga a su obra un carácter de singular importancia, toda vez que intenta explicar y justificar al Derecho por el Derecho mismo, sin recurrir a elementos ajenos a él. Esta metodología otorga a la moral un rol particular porque, como analizaremos adelante, Kelsen evita conscientemente toda alusión a los valores morales como elementos que otorguen o resten validez a la norma jurídica. Y no es que éste niegue la importancia de la moral, sino que simplemente la considera irrelevante a efecto de otorgar validez a una norma o sistema jurídicos, toda vez que aquélla pertenece a un orden normativo distinto.

" Carlos Santiago Nino. *Ética...*, p 80.

52. En efecto, el objeto de la obra de Kelsen es *realizar el análisis del Derecho positivo* a través de una metodología que asegure la pureza de dicho análisis, evitando que elementos extraños impidan el conocimiento pleno del fenómeno jurídico. *"La Teoría pura del Derecho* —señala textualmente el propio Kelsen en su libro de título homónimo— *constituye una teoría sobre el derecho positivo, se trata de una teoría sobre el derecho positivo en general, y no de una teoría sobre un orden jurídico específico. Es una doctrina general sobre el derecho...*"^{2y} Más adelante en la misma obra, Kelsen precisa: *"Al caracterizarse como una doctrina 'pura' con respecto del derecho, lo hace porque quiere obtener solamente un conocimiento orientado hacia el derecho, y porque desearía excluir de ese conocimiento lo que no pertenece al objeto precisamente determinado como jurídico. Vale decir: quiere liberar a la ciencia jurídica de todos los elementos que le son extraños. Este es su principio fundamental en cuanto al método"*.⁴
53. A Kelsen le preocupaba que la ciencia jurídica tradicional tal y como se había desarrollado, hubiera confundido al Derecho con otras ciencias como la Psicología, la Sociología, la Ética y la Teoría Política. Confusión que *"...puede explicarse —dice Kelsen— por referirse esas ciencias a objetos que, indudablemente, se encuentran en estrecha relación con el derecho. Cuando la Teoría pura del Derecho emprende la tarea de delimitar el conocimiento del derecho frente a esas disciplinas, no lo hace, por cierto, por ignorancia o rechazo de la relación, sino porque busca evitar un sincretismo metódico que oscurece la esencia de la ciencia jurídica y borra los límites que le traza la naturaleza de su objeto"*.¹⁵
54. En resumen, lo que la *Teoría pura del derecho* pretende con dicho método es, exclusiva y únicamente —insiste Kelsen— distinguir su objeto. En otras palabras: *"Intenta dar respuesta a la pregunta de qué sea el derecho y cómo sea; pero no, en cambio, a la pregunta de cómo el derecho deba ser o deba ser hecho. Es ciencia jurídica; no, en cambio política jurídica"*.²⁶
55. ¿Qué es, entonces, el Derecho para Kelsen? El Derecho, afirma, es *"un sistema de normas que regulan el comportamiento humano"*.²¹ Empero, asimismo subraya, **lo que hace a una norma jurídica no es su contenido sino el modo en que fue producida...** *"El sistema normativo que aparece como un orden jurídico, tiene esencialmente un carácter dinámico. Una norma jurídica no vale por tener un contenido determinado; es decir, no vale porque su contenido pueda inferirse, mediante un argumento deductivo lógico, de una norma fundante básica presupuesta, sino por haber sido producida de una determinada manera, y, en última instancia, por haber sido producida de la manera determinada por una norma fundante básica presupuesta. Por ello, y sólo por ello, pertenece la norma al orden jurídico, cuyas normas han sido producidas conforme a esa norma fundante básica."*^{2*}
56. De este modo y en congruencia con una metodología que busca establecer la pureza del Derecho, éste no puede hallar su validez fuera del mismo orden jurídico sino por y en virtud del mismo. Es decir, toca al Derecho otorgar validez al propio Derecho, una norma jurídica ha de fundarse en otra y ésta, a su vez, en otra más,

Hans Kelsen, *Teoría pura del Derecho*. Trad. Roberto J. Vemengo. UNAM. México, 1986. p. 15.

⁴ *Idem*.

¹⁵ *Idem*.

* *Idem*.

²¹ Hans Kelsen. *Teoría pura del Derecho*, op. cit., p. 18

* *Ib id.* p. 205.

hasta llegar a la cúspide de la famosa pirámide kelseniana.-" Ésta es la forma en que Kelsen **pretende eliminar la posibilidad de que el Derecho funde su validez en normas de un sistema normativo distinto al jurídico, como pudiera ser la moral.**

57. De tal suerte, y es aquí donde la teoría kelseniana ha sido blanco de críticas muy severas, **si el Derecho es válido en virtud de su fuente y no por su contenido, a una norma le basta ser emitida conforme al procedimiento indicado en otra norma jurídica del propio sistema, para gozar de plena validez y efectividad, con total independencia del contenido de esa norma, por aberrante, injusto o inmoral que este contenido sea.** La cita textual de Kelsen corrobora lo anterior cuando afirma: *"...cualquier contenido que sea. puede ser derecho. No hay comportamiento humano que. en cuanto tal. por lo que es como contenido, esté excluido de ser el contenido de una norma jurídica. Ni la validez de una de ellas puede ser negada por contradecir su contenido al de otra norma no perteneciente al orden jurídico cuya norma fundante básica es el fundamento de la validez de la norma cuestionada".*⁵⁸
58. Es preciso indicar que la separación de órdenes normativos a que Kelsen alude es de orden metodológico, lo cual puede enunciarse así: **sólo lo jurídico puede fundar y validar lo jurídico; sólo la moral puede fundar y validar lo moral.** Es contrario a la **Teoría pura del derecho** pretender hallar la validez de un orden normativo como el jurídico en la moral. Por lo tanto, para Kelsen *la relación Derecho-moral es metodológicamente intrascendente a efectos de dar validez a una norma jurídica, lo cual no significa que Kelsen haya negado la existencia de sistemas jurídicos justos o injustos, cuestión que, con frecuencia, suele atribuírsele* "Ixi exigencia de distinguir el derecho de la moral, y la ciencia jurídica de la ética —escribe Kelsen a propósito de lo anterior—, significa que, desde el punto de vista de un conocimiento científico del derecho positivo, su legitimación a través de un orden moral diferente del orden jurídico es irrelevante, dado que la ciencia jurídica no tiene que aprobar o desaprobado su objeto, sino conocerlo y describirlo."⁵⁹
59. Kelsen acepta que además de las normas jurídicas existen otras que regulan el comportamiento recíproco de los hombres. Por tanto, la ciencia jurídica no es la única disciplina orientada al conocimiento y descripción de las normas sociales; esas otras normas sociales son la moral." Así, confirma Kelsen: *"En tanto la justicia es una exigencia de la moral, la relación entre la moral y el derecho queda comprendida en la relación entre justicia y derecho."* Es decir, que este autor no niega la relación Derecho-moral, esta relación existe pero no es objeto de estudio de la ciencia jurídica, sino de la moral y se resumiría en la relación Derecho-justicia cuyo análisis estaría encomendado a la Ética, por más que los resultados de ese análisis en nada afectarían la validez de un sistema jurídico. Es decir, que **para Kelsen una cosa es la validez del Derecho y otra muy distinta su justicia o injusticia; dicho de otro modo, la justicia o injusticia de un sistema jurídico en nada afecta su validez.**

⁵⁸ *Ibid.* p. 208.

⁵⁹ *Ibid.* p. 205.

⁶⁰ *Ibid.* p. 81

Cfr. *ibid.* p. 71

⁶¹ *Ibid.* p. 72

60. La posición de Kelsen en relación con la justicia, o de otro modo, entre el Derecho y la moral, está signada por el *relativismo*, que no por el *escepticismo ético*.TM Ello significa que Kelsen niega la existencia no de los valores sino de su carácter absoluto, esto es, de una sola moral, la cual, según él, únicamente puede admitirse a partir de una fe religiosa en la autoridad absoluta y trascendente de una divinidad: "...si se niega —dice Kelsen— que lo que es bueno o justo según una moral, sea bueno o justo en todas las circunstancias, y que lo que sea malo según este orden moral, sea malo en todas las circunstancias; si se admite que en diferentes épocas, en pueblos diferentes —v hasta en un mismo pueblo, dentro de diferentes estamentos, clases y profesiones— existen sistemas morales válidos muy distintos y entre sí contradictorios; que puede considerarse, bajo circunstancias distintas, bueno o malo, justo o injusto, a cosas diferentes, cosas que no pueden considerarse en todas las circunstancias posibles buenas o malas, justas o injustas: si se acepta que sólo hay valores morales relativos, entonces la afirmación de que las normas sociales tienen que contar con un contenido moral, de que tienen que ser justas para ser consideradas derecho, sólo significa que esas normas tienen que contener algo que sea común a todos los sistemas morales, en cuanto sistemas justos".¹⁵
61. En consecuencia, con su postura ética relativista, para Kelsen **el Derecho no debe ser justo para ser Derecho**, lo cual es independiente del hecho de que en la práctica existan sistemas jurídicos tanto justos como injustos. Por lo tanto, lo que nuestro autor pretende evitar es que se confunda una sola moral o una cierta moral como elemento de validez de tales sistemas jurídicos, pues de ser así se estarían mezclando órdenes normativos de naturaleza distinta traicionando no sólo la puridad metodológica con que debe ser concebido el Derecho, sino al Derecho mismo con la moral. "Si se entiende —expresa Kelsen— el interrogante por la relación entre derecho y moral como una pregunta por el contenido del derecho, y no como una pregunta por su forma; cuando se afirma que, según su naturaleza, el derecho posee un contenido moral, o constituye un valor moral, lo que se afirma es que el derecho vale dentro del dominio de la moral, que el derecho es parte integrante del orden moral, que el derecho es moral y, por ende, justo por su propia esencia. En la medida en que semejante afirmación intenta dar una justificación del derecho —y ahí radica su sentido propio—, debe presuponer que sólo hay una moral únicamente válida; es decir: una moral absoluta, un valor moral absoluto; y que sólo las normas que corresponden a esa moral absoluta y, por ende, que son constitutivas del valor moral absoluto, pueden ser tenidas por 'derecho'. Es decir: se parte de una definición del derecho que determina a éste como una parte de la moral; que identifica al derecho con la justicia".¹⁶
62. Ante la interrogante *¿Cuál es la relación entre el Derecho y la moral?*, Kelsen contesta que hay dos posturas posibles y que, como ya vimos, corresponderían respectivamente a las posiciones **iusnaturalista** y **iuspositivista**. La primera de tales posturas sostendría que "...el derecho, por su naturaleza, también es moral, es de-

¹⁵F.I. **escepticismo ético** niega la existencia de los valores o la posibilidad de su comprensión racional. Kelsen no es un escepticista ético sino un relativista; él mismo explica su postura, al decir: "Una doctrina relativista de los valores no significa —como múltiples veces ha sido mal entendido— que no haya valores v. en especial, que no exista justicia alguna. sino que no hay valores absolutos, sino sólo relativos: que no hay una justicia absoluta, sino relativa: que los valores que constituimos mediante nuestros actos productores de normas, v que son fundamentos de nuestros JUICIOS axiológicos, no pueden darse con la pretensión de eliminar la posibilidad de valores contrapuestos" Ibid . p. 80

¹⁶ibid . pp 76-77.

*Ibid. p. 76.

cir: que la conducta que las normas jurídicas exigen o prohíben, también son exigidas o prohibidas por las normas de la moral; que cuando un orden social exige una conducta, que la moral prohíbe, o prohíbe una conducta que la moral exige, ese orden no constituye derecho, por no ser justo".³¹ La segunda postura, por su parte, afirmaría, en el marco del positivismo jurídico, "*que el derecho puede ser moral —en el sentido señalado, es decir, justo— pero no es necesario que lo sea; el orden social que no es moral y, por ende, que no es justo, puede ser, sin embargo, derecho, aun cuando se acepte la exigencia de que el derecho deba ser moral, esto es, justo*".³⁸

63. *La extendida y equivocada idea de que Kelsen niega toda relación posible del Derecho con la moral es, como puede verse, falsa.* Una de las aportaciones más importantes de este autor radica en hacer ver que si no se discrimina entre los órdenes normativos de lo moral y de lo jurídico, resulta imposible la calificación que de justo o injusto pueda hacerse de un sistema jurídico. Efectivamente: "*Una justificación del derecho positivo por la moral sólo es posible cuando aparece una oposición entre las normas de la moral y las del derecho, cuando puede darse un derecho moralmente bueno y un derecho moralmente malo*".^w
64. La separación que Kelsen hace de los órdenes normativos del Derecho y la moral posee un carácter metodológico y esto se explica en virtud de que Kelsen persigue el conocimiento puro de lo jurídico, lo jurídico como es y no como debería ser. Esta separación tiene, sobre todo, un objetivo especial que a Kelsen preocupaba particularmente y que podría resumirse en lo siguiente: *si definimos al Derecho desde la moral, si condicionamos su validez a valores morales, subrepticamente se está integrando al Derecho una concepción de la moral*,TM confundiendo así ambas esferas de la conducta humana, lo cual haría imposible determinar, lógica y metodológicamente, si un Derecho es justo, ya que lo moral se encontraría mezclada con lo jurídico. Ello implicaría, también legitimar, acriticamente, cualquier orden coactivo." "*Si se admite —escribe Kelsen— que el derecho, por su naturaleza, es moral, entonces carece de sentido exigir, presuponiendo un valor moral absoluto, que el derecho deba ser moral. Exigencia semejante sólo tiene sentido —y sólo entonces la moral así presupuesta configura un patrón axiológico para el derecho— si se acepta la posibilidad de un derecho inmoral, moralmente malo; si la definición del derecho, por lo tanto, no incorpora el elemento de un contenido moral*".^{*/}
65. Queda claro que Kelsen separa por razones puntuales Derecho y moral, pero acepta que un sistema jurídico sea calificado de justo o injusto, de moral o inmoral. Luego entonces acepta, igualmente, un tipo de relación entre lo moral y lo jurídico. ¿Cuál es esta relación? Dijimos antes que Hans Kelsen es un *relativista ético*, por lo cual rechaza la existencia de valores absolutos, de una sola moral, de "la moral". La discriminación entre los órdenes normativos de la moral y el Derecho también quiere dejar asentada la no existencia de una moral por excelencia. De ahí que... "*Si una teoría del derecho positivo sustenta la exigencia de distinguir, en general.*

^w *Idem.*

TM *Idem.*

^{*/} Hans Kelsen. *Teoría pura del Derecho*, op. cit., p. 80.

TM Cfr. Gregorio Peces-Barba. *Introducción a la filosofía...*, op. cit., p. 138.

⁴¹ Cfr. Hans Kelsen. *Teoría pura del Derecho*, op. cit., p. 82.

TM *Ibid.*, p. 79.

el derecho de la moral, y en especial, el derecho de la justicia, de suerte de no entremezclarlos, se dirige así contra la opinión tradicional, mantenida como cosa de suyo por la mayoría de los juristas, según la cual, sólo habría una única moral válida; lo (pie implica: una única moral absoluta, v, por ende, una justicia absoluta."»

66. Conviene aquí volver a preguntarse de qué manera Kelsen respondería a nuestra tercera interrogante: *¿Debe el Derecho ser justo?* Por supuesto nuestro autor contestaría que el Derecho para ser Derecho no requiere de ser justo, pues su validez demanda exclusivamente se cumpla con una condición formal, a saber, que en su elaboración se hayan observado las formalidades que la norma jurídica prescriba. Por lo demás, en tomo a la exigencia de que el Derecho deba ser justo no queda más que responder que dado que la justicia se da en la relación Derecho-moral, **tal relación operaría sólo en el ámbito de una moral relativa, a la cual, cabe aceptar, el Derecho debe estar subordinado.**
67. Así, dice Kelsen: *"Si sólo se presupone un valor moral relativo, la exigencia de que el derecho deba ser moral, lo que implica deba ser justo, sólo puede significar que la configuración del derecho positivo debe corresponder a un determinado sistema moral, entre los muchos posibles; con lo cual, con todo, no se excluye la posibilidad de la exigencia de que la conformación del derecho positivo deba corresponder a otro sistema moral, con el cual posiblemente de hecho concuerda, aun contrariando alguno de los diferentes sistemas morales".*⁴⁴ En consecuencia, continúa Kelsen: *"Si, bajo el presupuesto de valores puramente relativos, se formula la exigencia de que, en general, se distinga al derecho de la moral y, en especial, al derecho de la justicia, ello no quiere decir, por acaso, que el derecho nada tenga que ver con la moral o con la justicia; no quiere decir que el concepto de derecho no se subordine al concepto del bien. Puesto que el concepto del 'bien' no puede ser determinado sino como 'lo debidolo correspondiente a una norma; v si se define al derecho como norma, ello implica que lo conforme a derecho es bueno'".*⁴⁵
68. Cualquier evaluación moral que se haga sobre la justicia o injusticia de un orden jurídico positivo, en términos de la **Teoría pura del derecho**, es relativa y no afecta su validez. Para Kelsen es imposible científicamente encontrar un patrón de valores absoluto que sirva para calificar al Derecho.⁴⁶ Cabe calificar la justicia de un sistema jurídico respecto de un cierto patrón valorativo, por ejemplo, el propio de cada sistema de Derecho, lo cual no obsta para que bajo otro patrón moral diferente ese mismo sistema jurídico pueda aparecer como injusto. Por ejemplo, el sistema jurídico del nazismo, bajo su propio patrón moral era calificado de justo, pero bajo el de las potencias que vencieron en la Segunda Guerra Mundial y de

⁴⁴ Idem.

⁴⁵ Idem.

⁴⁶ Idem.

⁴⁷ Cfr. Hans Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, op. cu., p. 80. "Es evidente —dice Kelsen— que una moral puramente relativa no puede cumplir la función, consciente o inconscientemente, requerida de proveer de un patrón absoluto para la evaluación de un orden jurídico positivo. Pero patrón semejante no cube encontrarlo en el camino del conocimiento científico. Ello no significa, empero, que no exista patrón alguno. Cada sistema moral puede servir como 'patrón semejante'. Pero es necesario tener conciencia, cuando se juzga la conformación de un orden jurídico positivo como 'moral', como bueno o malo, justo o injusto, que el patrón es relativo, que no está excluida otra evaluación a partir de otro sistema moral, que cuando se considera un orden jurídico como injusto, conforme al patrón de un sistema moral, el mismo orden jurídico puede ser estimado justo, ateniéndose al patrón de otro sistema moral".

buena parte del mundo occidental, fue generalmente considerado como moralmente aberrante.

69. Concluye, Kelsen, respecto de la relación Derecho-moral: *"La exigencia, formulada presuponiendo una doctrina relativista de los valores, de separar derecho y moral, y también derecho y justicia, sólo significa que cuando se evalúa un orden jurídico como moral o inmoral, justo o injusto, expresando así la relación del orden jurídico como uno de los muchos sistemas morales posibles, y no con 'la moral', sólo efectúa un juicio de valor relativo, no absoluto, y expresa que la validez de un orden jurídico positivo es independiente de su correspondencia, con cierto sistema moral"* En definitiva: *"La tesis de que el derecho, por su naturaleza, es moral, es decir, que sólo un sistema social moral es derecho, no es repudiada por la Teoría pura del derecho únicamente porque implique presuponer una moral absoluta, sino también porque, en sus aplicaciones de hecho, a través de la ciencia jurídica dominante en una determinada comunidad, conduce a una legitimación acrítica del orden coactivo estatal constitutivo de esa comunidad"*.⁴⁸

CUADRO 3.5 RESUMEN DE LAS TESIS EXPUESTAS POR KELSEN EN SU TEORÍA PURA DEL DERECHO RESPECTO DE LA RELACIÓN DERECHO-MORAL

Kelsen estudia al Derecho positivo a través de una metodología que asegure la pureza de su análisis, de ahí el nombre: **Teoría pura del Derecho**. Esta teoría, dice el propio Kelsen: *"quiere liberar a la ciencia jurídica de todos los elementos que le son extraños. Éste es el principio fundamental en cuanto a su método"*

Kelsen pretende evitar el *sincretismo metódico* que oscurece el objeto de la ciencia jurídica y delimita así el conocimiento del Derecho de ciencias como la Psicología, la Sociología, la Ética y la Teoría Política.

La **Teoría pura del Derecho** trata de responder a la pregunta de *qué sea y cómo sea el Derecho* y no a la de *cómo deba ser o cómo deba ser hecho*.

Para Kelsen *lo que hace a una norma jurídica no es su contenido sino el método en que fue producida*. Una norma jurídica válida a otra y así hasta llegar a la **Constitución**, vértice de la pirámide kelseniana. De este modo Kelsen pretende eliminar que el Derecho funde su validez en normas de un sistema ajeno al Derecho, como lo es el de las normas morales.

Si el Derecho es válido en virtud de su *fuerza* y no por su contenido, *una norma jurídica goza de plena validez y efectividad con total independencia de la justicia o injusticia de lo que predica*.

No debe olvidarse que la separación que entre moral y Derecho hace Kelsen es de orden **metodológico**. Por lo tanto, sólo lo jurídico puede fundar y validar lo jurídico; sólo la moral puede fundar y validar la moral.

Así, para Kelsen la relación Derecho-moral es metodológicamente intrascendente a efectos de dar validez a una norma jurídica, lo cual no significa que Kelsen haya negado la existencia de sistemas jurídicos justos o injustos, cuestión que, con frecuencia, suele atribuírsele.

5

•••••

" Idem.

" Idem.

1 24 PRIMERA PARTE. APROXIMACIÓN AL DERECHO

Para Kelsen **la justicia es una exigencia de la moral**, de donde la *relación entre la moral y el Derecho* queda comprendida en la relación **justicia-Derecho**. Siendo así: la justicia o injusticia de un sistema jurídico en nada afecta su validez.

La posición de Kelsen en relación con la justicia (*moral-Derecho*) es la del "**relativismo**" que no la del **escepticismo ético** (el cual niega la existencia de valores o la posibilidad de su comprensión racional). **Kelsen acepta la existencia de valores relativos, rechaza los valores absolutos (una única moral).**

El Derecho no debe ser justo para ser Derecho, aunque de hecho existan sistemas jurídicos justos o injustos. De tal suerte, ante la relación moral-Derecho caben dos posturas para Kelsen, las que corresponderían al iusnaturalismo ontológico y al positivismo metodológico.

La extendida y evocada idea de que Kelsen niega toda relación posible del Derecho con la moral es falsa. Lo que Kelsen realiza es una separación **metodológica** entre el Derecho y la moral, porque *si definimos al Derecho desde la moral, si condicionamos su validez a valores morales, subrepticamente se está integrando al Derecho una concepción moral, lo cual haría imposible determinar si un Derecho es justo pues la moral se hallaría mezclada con lo jurídico.*

El *relativismo axiológico kelseniano* acepta, consecuentemente, que *la relación moral-Derecho se da sólo en el ámbito de la moral relativa, a la cual, incluso, el Derecho debe estar subordinado.*

El propio Kelsen dice textualmente:

"Si, bajo el presupuesto de valores puramente relativos, se formula la exigencia de que, en general, se distinga al derecho de la moral y, en especial, al derecho de la justicia, ello no quiere decir, por acaso, que el derecho nada tenga que ver con la moral o con la justicia; no quiere decir que el concepto de derecho no se subordine al concepto de bien. Puesto que el concepto de "bien" no puede ser determinado sin como "lo debido", lo correspondiente a una norma; y si se define al derecho como norma, ello implica que lo conforme a derecho es bueno".

Cualquier evaluación moral que se haga sobre la justicia o injusticia de un orden jurídico positivo es, para Kelsen, relativa y no afecta la validez de aquél.

3.2.1 De la aportación kelseniana y las imputaciones al positivismo jurídico

70. Volviendo a nuestra tercera pregunta: *¿Debe el derecho ser justo?*, interrogante que en el fondo, a su vez, se cuestiona a sí misma *sobre el tipo de relación que debe existir entre el Derecho y la moral* y que es, también, el *origen de la tensión entre iuspositivistas e iusnaturalistas*, **halla en Kelsen un desarrollo e influencia de tal magnitud que hacen posible una teoría moderna del Derecho.**^{4"}

71. La *teoría kelseniana* realiza un análisis muy riguroso del Derecho positivo y sienta las bases de una *Teoría General que discrimina entre Derecho y moral*. Esta distinción es de enorme utilidad porque permite apreciar que la existencia y validez de un sistema jurídico, resulta independiente de la valoración sobre su justicia e injusticia; es decir, *que no puede negársele su jerarquía de Derecho por no ser justo*. Esta distinción va más allá de la pura diferenciación entre el Derecho que es

⁴ Un muy interesante análisis sobre la evolución moderna del debate sobre moral-Derecho a partir de las aportaciones kelsenianas, el iuspositivismo de H. L. A. Hart y la irrupción de las tesis de R. Dworkin se halla en el libro de Rafael Escudero Alday. *Los calificativos del positivismo jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral*. Cuadernos Civitas. Thomson-Civitas, Madrid. 2004

y el que debe ser, porque permite, por encima de los subjetivismos morales o las preferencias axiológicas, *contar con un criterio objetivo de reconocimiento de las normas jurídicas*. Ésta es, sin duda, una de las grandes aportaciones de la teoría kelseniana, a la cual se reconoce su definitiva sistematización, sin que por ello deban olvidarse los avances que al respecto ya habían realizado **Tomasio** (desde el iusnaturalismo) —con sus conceptos "*honestum*", "*decorum*" e "*iustum*"—, **Bentham** y **Austin** (estos dos últimos, desde el positivismo), en siglos y épocas distintas.⁵⁰

72. Norbert Hoerster denomina este legado de la teoría kelseniana como *la tesis de la neutralidad* —a la sazón, según este autor—, *la tesis central del positivismo jurídico*. La *neutralidad* predica, en breves términos, que *el concepto de "derecho" tiene que ser definido prescindiendo de su contenido*. Esta tesis, enfatiza Hoerster, "*...se encuentra —al menos en la moderna filosofía jurídica— en el centro de la polémica. El iuspositivista exige que el concepto de derecho sea definido a través de criterios puramente formales, neutros con respecto al contenido. Por lo tanto, desde el punto de vista del concepto del derecho, el derecho vigente puede tener cualquier contenido. Normas tan extremadamente inmorales o injustas como las leyes racistas en la Alemania de Hitler o en la actual Sudáfrica caen bajo el concepto de derecho si responde a los principios constitucionales internos del respectivo orden jurídico. Con la tesis de la neutralidad, el iuspositivismo aboga, pues, por una estricta separación entre la atribución de la validez jurídica y la formulación de valoraciones ético-normativas*".
73. Como ya explicamos, la *tesis de la neutralidad* no implica que quien la sostenga deba necesariamente negar la existencia de los valores o juicios de valor (escepticismo ético) o adopte, admitiendo ésta, una posición específica respecto de los mismos (de duda sobre su aprehensión racional, como el relativismo ético de Kelsen, o de certeza como el realismo utilitarista de Austin).
74. Así, una *posición relativista respecto de los valores* que muchos positivistas aceptan, encuadra dentro de la llamada *tesis del subjetivismo*, es decir, pensar que *los criterios o principios que rigen una idea de justicia o de Derecho recto son de naturaleza subjetiva*. Ello significa negar la posibilidad de que esos principios o criterios puedan tener una validez objetiva o una fundamentación metafísica. Analicemos con más detalle esta tesis, a la que Hoerster considera como una posición teórica propia del iuspositivismo y efectivamente sostenida por algunos de quienes se inscribirían en esa línea de pensamiento jurídico-filosófico.
75. Por principio, no está por demás insistir en que la aceptación de la *tesis de la neutralidad* no acarrea ni lógica ni causalmente la necesidad de adoptar la *tesis del subjetivismo*. Así, mientras la primera tesis establece una posición de *neutralidad metodológica para definir al Derecho*, la segunda lo hace con una de *escepticismo epistemológico respecto a la naturaleza de los valores que conforman a la justicia*. Mientras la *tesis de la neutralidad* plantea un problema de *jacto* (sobre la existencia o no de normas jurídicas), la *tesis del subjetivismo* plantea un problema

Cfr. Gregorio Peces-Barba. *Introducción a la filosofía...*, op. cit., pp. 140-146.

" Cfr. Norbert Hoerster. *En defensa del positivismo jurídico*, trad. Jorge M. Seña. Gedisa Editores, Barcelona. 1992, p. 11. *Ibid*, p. 12. Evidentemente la referencia a Sudáfrica alude al régimen de *apartheid* anterior a las reformas constitucionales que lo derogaron e hicieron posible el ascenso a la presidencia del activista negro Nelson Mandela. Sobre una visión introductoria y general del *apartheid* puede consultarse de Odette Guillard. *Apartheid*. trad. Marcos Lara. FCE. Colección Popular, núm. 346. México, 1986.

metaético (sobre el carácter y fundamentación de los juicios morales). Por ello Norberto Bobbio califica la *tesis de la neutralidad* como de *approach positivista*, o sea, *el positivismo jurídico entendido como un modo de acercarse al estudio del Derecho*

76. Restan por aclarar dos aspectos: *¿Qué significa, más precisamente, adoptar una postura subjetivista? ¿Qué distingue a un relativista de un escéptico o un subjetivista?* Eduardo Rabossi indica que las respuestas a estas preguntas dependerán del nivel de discurso teórico que abordemos. Entonces, por **-elativismo**, desde el *ángulo ético sociológico*, se entenderá que la moral varía en función del tiempo y el espacio; desde el *ético normativo*, un relativista sería quien actúa de acuerdo con sus propias convicciones morales subjetivas —una persona auténtica—, o el que actúa de acuerdo con la moral social —una persona conservadora—; y desde un *ángulo metaético*, el relativismo ético puede adoptar la forma de subjetivismo descriptivista —los valores sólo describen actitudes de los individuos o de grupos sociales—, o de subjetivismo no descriptivista —los valores tienen un contenido que no se puede conocer racionalmente, y éstos sólo expresan emociones o directrices de comportamiento.⁵⁴
77. La *tesis del subjetivismo* predica, aunado a lo dicho por Hoerster, varias cosas más y, sobre todo, la posibilidad de distintas posiciones teóricas, lo que sugiere pensar que sería mejor calificarla de *tesis del relativismo*, ya que *el subjetivismo no es sino una de las varias formas que puede adquirir dicho relativismo*. De tal suerte, en autores como Kelsen, más que con una posición subjetivista pura, nos encontramos ante un *relativismo de tipo sociológico*, es decir, *la aceptación de que los valores existen, pero no son otra cosa que las prescripciones prevalecientes en una sociedad, las cuales varían de una a otra*.
78. Queda claro que de la posición relativista de Kelsen pueden deducirse varias conclusiones:
 - *Exi justicia de un sistema de Derecho será tan relativa y variable como la moral con relación a la cual se mida;*
 - *un sistema jurídico puede ser justo respecto de una sociedad y un momento histórico y no serlo respecto de una moral propia de otra sociedad, incluso, contemporánea;*
 - *el sistema jurídico de una misma sociedad puede ser justo respecto de la moral sostenida en una época, e injusto respecto de la moral de ese mismo pueblo pero de una época distinta;*
 - *un sistema jurídico puede ser justo respecto de la moral social prevaleciente en una u otras naciones y ser definitivamente injusto respecto de una moral ideal o crítica.*
79. Del análisis de las *tesis de la neutralidad y del subjetivismo o relativismo*, cuyas posturas teóricas no se implican mutuamente y, por lo tanto, pueden aceptarse conjunta o independientemente, *contrastadas con las dos tesis del iusnaturalismo según Carlo S. Niño*, surgen varias conclusiones interesantes:
 - *Aceptar la tesis de la neutralidad metodológica implica, necesariamente, rechazar la tesis 2 de Niño o viceversa; es decir, quien niegue la tesis de la*

⁵⁴Cfr. Norberto Bobbio. "Jusnaturalismo", *op. cit.*, pp. 41-42.

⁵⁵Cfr. Eduardo Rabossi. "Relativismo: diversidad de sistemas sociales y conducta moral", en *Cuadernos de filosofía*, núm. 14, julio-diciembre de 1970.

neutralidad metodológica o approach positivista suscribe que sólo puede ser calificado como Derecho aquel que sea justo.

- *Aceptar la tesis del subjetivismo implica, necesariamente, negar la tesis 1 de Niño o viceversa; es decir, quien acepta la tesis 1 del iusnaturalismo suscribe la idea de principios o valores absolutos de justicia y es, por lo tanto, un objetivista ético.*
 - *Entonces, es perfectamente posible encontrar autores iuspositivistas que, sin dejar de serlo, pueden aceptar la tesis 1 del iusnaturalismo. Estos autores son monistas y exclusivistas, por ser, precisamente, iuspositivistas, pero aceptan que el Derecho pueda estar guiado por valores absolutos los que, si no son perseguidos por el Derecho, no le quitan a éste tal carácter. Sin embargo, estos autores, bajo ninguna circunstancia (ni formal o semántica ni material) concederán que a esos valores absolutos se les identifique con la idea 0 el concepto de Derecho natural. Primero, porque el calificativo 'derecho' queda reservado para el Derecho positivo (recuérdese que los iuspositivistas son monistas), y segundo porque la fundamentación de principios o valores absolutos -como el de utilidad, para ciertos autores como Hentham— puede justificarse bajo otro tipo de criterios racionales y no necesariamente bajo los del Derecho natural. El sólo uso de ese nombre, subrepticamente sugeriría la fundamentación aristotélico-tomista.*
 - *Asimismo, es perfectamente posible encontrar iusnaturalistas que, sin dejar de serlo, acepten la tesis de la neutralidad metodológica o approach positivista. Por ende, nos hallaríamos ante iusnaturalistas que suscriben la tesis 1 de Niño pero niegan la 2; es decir, piensan que el Derecho debe guiarse o es justo sólo si cumple con los principios absolutos y universales de justicia predicados por el Derecho natural, pero que si no los contempla, busca o alcanza sigue y seguirá siendo Derecho.*
80. Lo anterior explica a cabalidad lo escrito por Bobbio al respecto: "*Creo que el modo más prudente de responder a la pregunta acerca de si cierto autor es iusnaturalista o positivista, es decir, con un gesto de cautela '...depende'. Depende del punto de vista en el cual uno se coloca para juzgarlo. Puede suceder que sea positivista desde un cierto punto de vista y iusnaturalista desde otro. En la medida en que sea útil, pongo como ejemplo mi caso personal: ante el enfrentamiento de las ideologías, donde no es posible ninguna tergiversación, soy iusnaturalista; con respecto al método soy, con igual convicción, positivista; en lo que se refiere, finalmente, a la teoría del derecho, no soy ni lo uno ni lo otro.*"
81. Sin embargo, la totalidad de los iuspositivistas han negado otras tesis que a éstos se les han imputado injustificadamente. Las tesis de referencia sostienen:
- a) *que el concepto de derecho tiene que ser definido a través del concepto de ley (tesis de la ley)*
 - b) *que la aplicación del derecho puede llevarse a cabo sin consideración alguna a valores (tesis de la subsunción).*
 - c) *que las normas jurídicas deben ser obedecidas siempre (tesis del iuspositivismo).**

Analicemos brevemente estas posiciones teóricas que, a la fecha, suelen ser todavía parte de una disputa bizantina entre supuestos defensores de uno u otro bando.

ⁿ Norberto Bobbio, "Jusnaturalismo...", *op. cit.* p. 89

^w Cfr Norbert Hoerster. *En defensa del positivismo ... op. cit.* p. II

82. Respecto de la *tesis de la ley* prácticamente ningún positivista sostiene que la única fuente de Derecho sea ésta. Existen, desde luego, el Derecho consuetudinario y el Derecho judicial, según provengan, respectivamente, de la costumbre jurídica y de las decisiones de los jueces o tribunales. *La naturaleza del Derecho no depende de un concepto teórico sino de los dictados concretos de cada sistema u ordenamiento jurídico en particular.*⁵⁷
83. En torno a la *tesis de la subsunción*, vale decir, que al aplicar o crear el Derecho, jueces y legisladores recurren, necesariamente, a consideraciones valorativas. La teoría jurídica moderna rechaza ampliamente la utilización de medios exclusivamente lógicos para crear y aplicar normas jurídicas.⁵⁸ Esto es independiente del hecho de que para conceptuar al Derecho, como sostiene la *tesis de la neutralidad*, se pueda hacer caso omiso de consideraciones valorativas. Ambas tesis son, por lo tanto, autónomas y casi nadie sostiene que "...quien aplica el derecho actúa como una especie de 'autónoma de la subsunción' que, con medios exclusivamente lógicos, puede averiguar el derecho que hay que aplicar al caso concreto
84. La tesis más utilizada para criticar a Kelsen y al positivismo jurídico en general, es la del *legalismo*. Es decir, *afirmar que el Derecho debe ser obedecido siempre, en todas las circunstancias, por más inmoral o injusto que sea su contenido*. Esta posición, en torno a la cual es muy difícil encontrar autores que la sostengan, ha sido titulada por Bobbio como *positivismo ideológico*⁴⁰ y predica, abundando en la descripción anterior, que cualquiera que sea el contenido de las normas de Derecho positivo, éste tiene validez o fuerza obligatoria y sus disposiciones deben ser necesariamente obedecidas.⁶¹
85. Esta posición que también caería en un tipo específico de formalismo jurídico (identificable en las teorías iusnaturalistas y iuspositivistas) coincide con la *concepción legalista de la justicia*, la cual —dice Bobbio— es "...formulable en su pureza de la siguiente manera: 'la ley positiva es justa por el solo hecho de ser ley' (reducción de la justicia a la validez) es, en realidad, bastante rara; es muy a menudo un paradigma para los clasificadores de teorías y un blanco para los amantes de la polémica".⁶¹
86. Resulta fácil deducir del análisis de cualquier sistema jurídico que no todo lo legal es justo ni que todo lo justo es legal. Ya demostramos que Kelsen no asume esta posición legalista y, al parecer, ningún otro positivista de trascendencia en este siglo lo hace. Hoerster también lo confirma: "*Sin embargo, esta imputación (el*

" Idem.

" Luis Recaséns Siches expresa: "Se ha escrito mucho en los últimos ochenta y tantos años para mostrar que el funcionamiento del Derecho no sólo consiste en una operación de lógica deductiva, o, por lo menos, que no consiste solamente en eso. En muchos lugares, pero especialmente en Alemania, Francia, los países británicos, Hispanoamérica, y en los Estados Unidos de Norteamérica, eminentes juristas, lo mismo teóricos que prácticos, y de innumerable diversas escuelas, han sostenido que la vida del Derecho no es un mero asunto de lógica, ni debe serlo. La observación patentiza que de hecho la dinámica jurídica —la creación, el funcionamiento y la individualización del Derecho—, no se desarrolla como un puro proceso lógico. Las nuevas normas jurídicas, que reforman viejas instituciones o crean otras inicia/mente, no pueden ser entendidas como el resultado de un proceso deductivo, en el que se extraen nuevas consecuencias de las premisas ya sentadas en el orden jurídico. Las sentencias de los tribunales, así como las decisiones administrativas, casi nunca pueden explicarse como mera deducción lógica de lo dicho en las normas generales pre-existentes." Véase Nueva Filosofía de la interpretación del Derecho. Pomia, México. 1980. p. 26.

"Norbert Hoerster. En defensa del positivismo.... op. cit., p. 13.

"Cfr. Norberto Bobbio. "Iusnaturalismo...", op. cit., pp. 67-90.

"Cfr. Carlos Santiago Niño. Introducción al análisis.... op. cu., p. 33.

"Norberto Bobbio. "Formalismo jurídico". El problema del positivismo jurídico, op. cit., pp. 14-15.

legalismo) —que como hilo conductor atraviesa la polémica antipositivista de los últimos cincuenta años— es falsa. Es falsa al menos por lo que respecta a los dos iuspositivistas más importantes del siglo xx: el austriaco Hans Kelsen y el inglés H. L. A. Hart. Estos dos excelentes juristas y competentes filósofos no han dejado la menor duda por lo que respecta a su expreso e ilimitado rechazo de la tesis del legalismo ".⁶⁾

CUADRO 3.6 APORTACIONES DEL POSITIVISMO JURÍDICO

Tesis de la neutralidad

Esta aportación es llamada por N. Hoersler tesis de la neutralidad (tesis central del positivismo jurídico). Approach positivista, según Bobbio.

Predica:

- Que el concepto de Derecho tiene que ser definido prescindiendo de su contenido.
- Que la neutralidad metodológica es un problema de facto, y
- Que la validez jurídica es distinta de las valoraciones ético-normativas.

Aceptar esta tesis no implica ni al escepticismo ético ni la creencia de valores. Los positivistas más bien serían relativistas si aceptan la tesis del subjetivismo.

Tesis del subjetivismo

Esta tesis debería ser mejor llamada tesis del relativismo (el subjetivismo no es sino una de las formas que podría adquirir dicho relativismo). Kelsen mantendría, entonces, un relativismo sociológico. La tesis de la neutralidad y del relativismo no se implican mutuamente, por lo tanto, pueden aceptarse conjunta o separadamente. De tal suerte que puede adoptarse a un mismo tiempo y sin existir contradicción lógica, una posición iuspositivista en función de la metodología para acercarse al Derecho y una iusnaturalista en torno a la discusión metaética de los valores que hacen al Derecho.

CUADRO 3.7 RELACIÓN MORAL-DERECHO BASADA EN LAS DOS TESIS DE CARLOS S. NIÑO						
Movimiento iusfilosófico	Tesis I de Nino	Tesis II de Nino	Tesis de la neutralidad	Tesis del subjetivismo	Relación moral-Derecho	
					Primer estándar valorativo	Segundo estándar valorativo
Iusnaturalismo ontológico	si	si	NO	NO	NECESARIA	NECESARIA
Iusnaturalismo deontológico	si	NO	Sí	NO	CONTINGENTE	NECESARIA

" Norbert Hoerster, En defensa del positivismo ... op. cit., p. 16.

Iuspositivismo ético utilitarista	si	NO	Si	NO	CONTINGENTE	NECESARIA
Iuspositivismo kelseniano	NO	NO	si	si	IRRELEVANTE	EL PROBLEMA DE LA JUSTICIA ES UN PROBLEMA DE LA MORAL

Este cuadro presenta **cuatro posiciones iusfilosóficas básicas que podrían asumirse respecto de la relación moral-Derecho**. Tal clasificación, cuyo objeto es la mejor comprensión de dicha relación, aplica para tales efectos los siguientes criterios metodológicos estudiados tanto en el primero como el segundo capítulos:

A) Para determinar *si una corriente iusfilosófica acepta o no una relación conceptualmente necesaria entre la moral y el Derecho*, se emplean:

- Las tesis de Niño respecto del iusnaturalismo; y
- Las tesis o aportaciones del positivismo jurídico.

B) A su vez, para determinar *si la relación entre el Derecho y la moral posee en el nivel de la legalidad (validez formal) o del contenido de las normas jurídicas (validez material) una relación necesaria o contingente con la moral*, es decir, si en el nivel de la legalidad o del contenido de las normas siempre debe o no aparecer un criterio o consideración moral o de justicia para que una norma jurídica sea válida formal o materialmente, se emplea la **tesis del doble estándar valorativo del Derecho**.

Las cuatro posturas o posiciones iusfilosóficas básicas estarían representadas por:

1. El **iusnaturalismo ontológico**, el cual al aceptar las dos tesis del iusnaturalismo según Niño rechazaría, consecuentemente, las dos tesis del iuspositivismo. Su postura se resumiría en las siguientes frases: el *Derecho que no es justo no es Derecho* o el *Derecho es igual a la justicia*. Entre algunos de los más conocidos filósofos que aceptarían tal posición estarían *Agustín de Hipona* y *Cicerón*.
2. El **iusnaturalismo deontológico**, a su vez, aceptaría la tesis I del iusnaturalismo según Niño pero rechazaría la 2 y, consecuentemente, aceptaría la tesis de la neutralidad metodológica negando la del subjetivismo. Su postura se resumiría en decir que el *"Derecho aunque sea injusto sigue siendo Derecho"* o que *"Las leyes injustas seguirían siendo leyes aunque imperfectas"*. Asumirían tal postura: *lomas de Aquino* y buena parte de los iusnaturalistas contemporáneos.
3. El **iuspositivismo ético utilitarista** curiosamente, según este cuadro clasificatorio, se encuentra en la misma posición que el iusnaturalismo deontológico. Su postura es singular porque teóricamente aceptaría la tesis I de Niño al reconocer la existencia de valores absolutos como, por ejemplo, el *principio de utilidad* (una acción es buena o correcta si logra maximizar la felicidad del mayor número de personas a cambio de la menor infelicidad del menor número de esas personas).

Cabe señalar que el anterior principio o criterio de corrección es de naturaleza objetiva, por lo tanto, inmutable, universal, válido *per se* y obviamente no requiere del reconocimiento ni de individuos ni de instituciones, justo como los principios del Derecho natural.

Sin embargo, dado que quienes adoptan esta posición son iuspositivistas (o sea y siguiendo a Bobbio, se trata de juristas monistas y exclusivistas, es decir, aquellos para quienes sólo existe un derecho, el positivo, y que por lo tanto consideran este nombre exclusivo del Derecho positivo), no aceptarían que a esos principios universales de justicia (como el de utilidad) se le considere, clasifique o denomine como *Derecho natural*.

Ahora bien, su rechazo a que se aplique el concepto "**Derecho natural**" al principio de utilidad no se limita a razones semánticas, porque si bien los iuspositivistas ético-utilitaristas adoptan el objetivismo ético, o sea, la validez *per se* de los principios de justicia, bajo ninguna circunstancia aceptarían, para fundamentar tal validez, la fundamentación que los iusnaturalistas suelen emplear para justificar esa clase de principios, fundamentación que subyace —histórica y conceptualmente— en la idea de Derecho natural, a saber, la aristotélico-tomista. Lo anterior explica que los iuspositivistas tipo ético-utilitaristas otorguen un "Sí" entrecomillado a la tesis I de Nino.

Lo singular, también, de los iuspositivistas ético-utilitaristas es que éstos rechazarían una de las tesis del positivismo jurídico, la del subjetivismo; empero, como buenos iuspositivistas, necesariamente aceptan la tesis de la neutralidad metodológica que es la tesis central del positivismo jurídico. Esto nos muestra, de ahí la importancia de destacar esta posición, que existen iuspositivistas que acepten o rechacen la tesis I de Nino; es decir, que existen iuspositivistas que respecto de la naturaleza de los principios de justicia pueden ser considerados o relativistas u objetivistas.

Entonces, el hecho de que un iuspositivista adopte una posición objetivista o relativista respecto de la naturaleza de los principios de justicia no implica que tal jurista deje de ser iuspositivista. Ello se explica fácilmente por el hecho de que las tesis I y 2 de Nino, por una parte, y las tesis de la neutralidad metodológica y la del subjetivismo, por la otra, en tanto que son lógicamente independientes, pueden aceptarse conjunta o separadamente.

En efecto, como puede deducirse de todo lo anterior, la tesis I de Nino y la tesis del subjetivismo se refieren a la naturaleza de los principios de justicia. La primera, tesis central del iusnaturalismo, sostiene que los principios de justicia son de naturaleza objetiva, es decir, válidos *per se*, por lo tanto su existencia no requiere del reconocimiento ni de individuos ni de instituciones; posición a la que hoy se le conoce también como **externalismo ético**. La segunda, la del subjetivismo, tesis propia del positivismo jurídico kelseniano, sostiene precisamente lo contrario: los principios de justicia son de naturaleza relativa, se transforman según la época y el lugar, y su existencia es creación humana, lo que ha llevado a los autores modernos a denominar dicha posición como **internalismo ético**. Conspicuo representante del iuspositivismo ético-utilitarista es *Jeremy Bentham*.

4. **El iuspositivismo kelseniano** es, en términos de este cuadro clasificatorio y explicativo de la relación moral-Derecho, la posición exactamente opuesta al iusnaturalismo ontológico, postura contra la que encamina sus críticas Hans Kelsen en su Teoría Pura del Derecho. Consecuentemente, el iuspositivismo tic esta impronta mega de plano las dos tesis del iusnaturalismo.

Kelsen, obviamente, acepta tanto la tesis de la neutralidad metodológica como la del subjetivismo. Respecto de la primera por ser creador de la misma al instaurar un positivismo metodológico para determinar qué es y cómo es que funciona el Derecho positivo. En cuanto a la segunda, porque si bien Kelsen no niega la existencia de valores.

cosa que como vimos injustamente se le achacó, si piensa que éstos son relativos; por ende, la justicia es también relativa.

Ahora bien, en torno a las dos últimas columnas, ubicadas bajo el rubro **relación moral-Derecho**, es necesario explicar brevemente lo siguiente:

Si aplicamos a las *cuatro posiciones iusfilosóficas básicas que podrían asumirse respecto de la relación moral-Derecho* la **tesis del doble estándar valorativo**, podremos entender que:

- a) Los **iusnaturalistas mitológicos** considerarían que aun en la legalidad, o sea, en el nivel del primer estándar valorativo, **las normas tienen que ser necesariamente morales o justas**, porque si no lo son, *resultan ser normas no jurídicas, no pertenecientes al sistema*, lo cual las hace *carecer de cualquier clase de vinculatoriedad u obligatoriedad*. Se contunde, como ha dicho Kelsen, la moral con el Derecho.
- b) Los **iusnaturalistas deontológicos** considerarían que en la legalidad la presencia de normas morales o justas es **contingente**, es decir, que sus contenidos o validez, material pueden o no necesariamente coincidir con los valores de justicia. Sin embargo, ese hecho contingente no las hace carecer de validez jurídica y la correspondiente vinculatoriedad. Conceden, sin embargo, que para hablar de justicia es **necesaria** la relación moral-Derecho, es decir, sólo habrá justicia si la legalidad realiza los valores superiores del Derecho. Evidentemente, no mezclan la obligatoriedad jurídica de una norma con su obligatoriedad moral.
- c) Los **iuspositivistas ético-utilitaristas** adoptarían, para efectos prácticos, la misma posición que los *iusnaturalistas deontológicos*.
- d) Los **iusnaturalistas kelsenianos**, en virtud de su metodología purista considerarían, aplicando a su posición la tesis del doble estándar, que:
 - En el nivel de la legalidad o primer estándar la relación moral-Derecho es **intrascendente** para determinar la validez de las normas jurídicas.
 - La justicia o la relación moral-Derecho, la adecuación del primero al segundo estándares valorativos, no es un problema del Derecho sino de la Ética, por ende, queda fuera del ámbito de lo jurídico. En suma, es un asunto de los moralistas, no de los abogados.

CUADRO 3.8 FALSAS IMPUTACIONES AL POSITIVISMO JURÍDICO, "POSITIVISMO IDEOLÓGICO" (N. BOBBIO)

Imputaciones al positivismo jurídico

Tesis de la ley

El concepto de derecho tiene que ser definido a través del concepto de ley *Prácticamente ningún positivista sostiene a la ley como única fuente del Derecho.*

Tesis de subsunción

La aplicación del Derecho puede llevarse a cabo sin consideración alguna a valores. *Tanto en la aplicación como en la creación del Derecho se alude a valores.*

Tesis de legalismo

Las normas jurídicas deben ser obedecidas siempre.

- Es muy difícil encontrar autores que sostengan cualquiera de estas tesis.
- Esta posición es llamada por Bobbio *positivismo ideológico*.
- Una postura de este tipo caería dentro de un *formalismo jurídico*.

3.2.2 Crítica a la teoría kelseniana y a algunas tesis iuspositivistas

87. La teoría de Kelsen y algunas posiciones del positivismo jurídico *no son inmunes a la crítica*. Una y otras incurrir en errores que muchos juristas han destacado y que indican serias contradicciones. Subrayemos algunas de ellas. Una primera deficiencia de la teoría kelseniana tiene que ver con su *método*. Existen múltiples argumentos respecto de la corrección de la *tesis de la neutralidad*, siempre que ésta se conciba como una tesis metodológica para acercarse al Derecho en los términos planteados por Bobbio. Para ser más específicos, *como una tesis antes que para definir al Derecho sirve para identificar las reglas jurídicas*.
88. Esta precisión obedece a razones importantes. Ya en el segundo capítulo se abundó sobre las dificultades y el objeto concreto que se persigue al buscar una definición del Derecho. Resulta de dicha explicación que tal objetivo no se constriñe o agota en la identificación de las reglas jurídicas, sino que, además de ello, *la definición de "derecho" deberá darnos cuenta del ámbito o ámbitos de conocimiento en que se presenta, de su fundamento racional, sus rasgos característicos y las diferencias que, a partir de estos últimos, se derivan con respecto a fenómenos de similar naturaleza*. El método propuesto por Kelsen ¿nos permite cumplir con esas metas?
89. Salvo para el efecto de **identificación** de las reglas o normas jurídicas, *el análisis y definición del Derecho no puede desvincularse de "elementos extraños"*, como el propio Kelsen los llama. Por el contrario, *resulta menester considerar lo jurídico como un fenómeno complejo*, que implica un contenido donde interactúan varias dimensiones íntimamente relacionadas y que se condicionan unas a otras, *incluida la moral, por vía de la dimensión axiológica que es propia del Derecho*.
90. Del mismo modo que por razones didácticas o de aprehensión de lo jurídico se distinguen en la teoría tridimensional los niveles láctico, normativo y valorativo, es evidente que una *abstracción radical* de cada una de ellas, desvinculada de las otras dos, nos lleva, como sucedió con Kelsen, a conclusiones equivocadas. *Kelsen redujo su concepción del Derecho a la dimensión normativa*. Sin embargo, *el Derecho es más que un conjunto de normas distintas, y no absolutamente independientes, de la moral*. La moral también condiciona al Derecho, no en su validez formal, como Kelsen exclusivamente distinguió, sino en relación con su validez material, esto es, su obligatoriedad.
91. Aislar al Derecho de consideraciones sociológicas y éticas, entre otras (salvo para su sola identificación), reduce la Ciencia Jurídica a una concepción más que formal, *mecanicista del Derecho*. En efecto, el purismo kelseniano *no logra explicar de manera exacta las consecuencias de la relación Derecho-moral*, de ahí que por más que Kelsen sostenga la posibilidad de una subordinación del primero en relación con una moral relativa, no acierta a responder satisfactoriamente respecto de los efectos determinantes que, en el mundo del ser, en la realidad del Derecho, acarrea la existencia de un sistema normativo injusto o inmoral. *Porque, si bien es cierto que el Derecho no requiere ser justo para ser Derecho, es también cierto que todo Derecho requiere de un mínimo grado de moralidad y justicia para ser obedecido*. En otras palabras, la obediencia al Derecho es un aspecto que Kelsen obvió y que *afecta de forma sustancial el planteamiento del objeto que, según él mismo, debe guiar a la Ciencia Jurídica: la respuesta a la pregunta "¿qué sea y cómo sea el Derecho"*.

92. La *legalidad*, es decir, la *validez formal* de las normas jurídicas, *garantiza la eficacia de un orden jurídico*, pero no su *validez material* y, por lo tanto, *no garantiza su obligatoriedad sino su coercibilidad*. Es decir, el que será aplicado aun en contra de la voluntad —en caso de desobediencia— de sus destinatarios. Lo cual, como ya mencionamos, reduce la coercibilidad y la sanción a un simple problema de fuerza, ni siquiera de dominación." *La concepción y explicación del Derecho que es, como un mero mandato o un fenómeno de fuerza alejado por completo de la moral, resulta harto insuficiente: el fenómeno jurídico comporta una necesaria relación con la moral, no obstante ser distinto de ella. La tesis de la separación (no de la distinción, ni de la neutralidad metodológica) Derecho-moral es, como se deduce de todo lo dicho, incorrecta.*
93. *El contenido de las normas jurídicas —su validez material, su moralidad, su justicia— es determinante para su obediencia.* La obligatoriedad del Derecho no funciona, según Kelsen describe, como un *proceso mecánico o de mera imposición*, un mandato exento de toda carga moral eficiente, el cual se asume por los ciudadanos dado el hecho simple y llano de tratarse de una ley, proceso en el que no cabe ninguna consideración ulterior. *El Derecho mismo es obedecido porque se parte del presupuesto de que lo que está prescrito en éste es moral o justo (obligatoriedad prima facie), circunstancia que de resultar falsa luego de un análisis moral, dará lugar a que se cuestione en última instancia ya no su validez formal (que puede ser perfecta), sino su validez material y, por lo tanto, las razones que justifican su obediencia.*
94. *La ambición kelseniana por fundamentar la obligatoriedad del Derecho en el Derecho fue infructuosa.* El deber ser no puede fundarse en el ser, el Derecho requiere, necesariamente, de otras razones para originar una legítima validez material, es decir, tendrá que aludir a razones de distinto orden. Sin embargo, Kelsen, liel a su método, a la pregunta ¿por qué obedecer al Derecho?, contestó: *"debemos obedecer al Derecho porque otra norma de Derecho dice que debemos obedecerlo"*. Esta respuesta nos basta hasta que llegamos a la norma jurídica jerárquicamente superior, la *Constitución*. Entonces, debemos volver a preguntarnos ¿por qué obedecer a la *Constitución*? Kelsen respondería: porque existe una *norma hipotética fundamental* que nos ordena que debemos obedecer a la *Constitución*, es decir, que debemos asumir o presuponer que ésta y, por lo tanto, las normas jurídicas que dimanen de ella, son válidas. En conclusión, Kelsen no ofrece una respuesta satisfactoria, más bien elude una pregunta que ahí sigue: *¿Por qué debemos asumir o presuponer que las normas son válidas?*
95. Laporta sustenta su crítica a la teoría kelseniana en este mismo argumento. *"Kelsen trata de decirnos que para poder considerar las normas jurídicas como válidas, es*

^M Max Weber ha realizado un importante estudio, ya clásico, sobre los problemas de poder y dominación. El poder es concebido por Weber como una probabilidad, la de imponer aun en contra de toda resistencia, una voluntad y cualquiera que sea el fundamento de esa probabilidad. Dice textualmente el autor: *"...el concepto de poder es sociológicamente amorfo. Toda la cosa es imaginable. Es un hombre y toda suerte de constelaciones posibles pueden colocar a alguien en la posición de imponer su voluntad en una situación dada"*. Sin embargo, las relaciones de poder no pueden pretender ser una relación de fuerza únicamente sino de dominación, es decir, que ya no estamos ante una probabilidad de imponer, sino ante *"...la probabilidad de encontrar obediencia a un mandado determinado contenido entre personas dadas"*. ¿En virtud de qué la probabilidad de imposición se transforma en una probabilidad de obediencia? Pues en virtud de una justificación (legitimidad) que dote de validez (obligatoriedad) al poder. Véase Max Weber. *Economía y sociedad. Enfoque de sociología comprensiva*, trad. José Medina Echavarría. Juan Roura Parella, Eugenio Imaz. Eduardo García Máynez y José Fértat Mora. FCE, México, 1984. p. 43.

*decir, como normas dotadas de fuerza vinculante, debemos asumir o presuponer que son válidas, que están dotadas de fuerza vinculante, que es precisamente lo que tratamos de demostrar. En efecto, la formulación que nos ofrece de la norma hipotética fundamental, es decir, de aquella norma que hemos de presuponer para entender al derecho positivo como derecho válido, reza así: "Se debe obedecer la Constitución", pero si nuestro empeño consiste precisamente en establecer el significado de validez y validez es equivalente a vinculatoriedad, o lo que es lo mismo, a deber de obediencia, entonces lo que estamos buscando es exactamente una respuesta a la pregunta de por qué se debe obedecer la Constitución y Kelsen nos dice simplemente que al hablar de derecho válido presuponemos que debe obedecerse y no podemos ir más allá".*⁶⁵

96. La respuesta o intento de respuesta que esboza Kelsen es ciertamente inconsistente. Para Laporta el error radica en la alusión a esa supuesta norma hipotética fundamental: *"Porque una categoría lógico-trascendental puede ser en todo caso condición de posibilidad del conocimiento de las proposiciones del derecho, es decir, podría ser un instrumento apto para la descripción correcta de las normas jurídicas, pero en ningún caso implicaría la aceptación de las mismas como válidas".*⁶⁶
97. Los esfuerzos de Kelsen no se circunscribían a distinguir el Derecho de la moral, sino a buscar una fundamentación dentro del propio ámbito de lo jurídico, puesto que —en el rigor metodológico kelseniano— el Derecho ha de fundamentar al Derecho, la moral a la moral, no la moral al Derecho. *"Kelsen trata de buscar a las obligaciones jurídicas un fundamento extra-moral —escribe Laporta— un fundamento jurídico en sentido estricto, pero parece que su indagación desemboca simplemente en una apelación a una validez 'presunta' que no puede dar cuenta satisfactoriamente de una vinculatoriedad específica del derecho. Con su Teoría de la norma fundamental articula un instrumento que tiene sobre todo junciones cognoscitivas: confiere unidad y sistematicidad al derecho, señala qué normas pertenecen y qué normas no pertenecen al sistema, etc.. pero 'validez' no parece significar en Kelsen simple pertenencia al sistema, sino algo más. O bien significa fuerza vinculante, o bien significa aceptación generalizada. En este segundo caso, la validez no pasa de ser sino la existencia empírica de pautas de uso organizado de la fuerza, pero ello no nos dice nada sobre su obligatoriedad, su 'validez' en el primer sentido. Pero si validez en este primer sentido denota obligatoriedad o fuerza de vincular, entonces parecemos abocados a dar una fundamentación moral a las normas jurídicas. Kelsen, por tanto, ha fracasado."*
98. Otro aspecto complejo y fuertemente atacado en Kelsen es su concepción moral relativista, pues lo sitúa en una posición teórica difícil y ambigua. Nuestro autor afirma que no existen valores morales absolutos, esto es, válidos en todo lugar o momento histórico, antes bien, existen tantos tipos de moral como sociedades o grupos haya y éstos, además, varían según el transcurso del tiempo; lo que hoy es moralmente correcto probablemente mañana no lo sea. Va antes calificamos a este relativismo kelseniano de sociológico. Tal postura teórica simplemente *describe una circunstancia fáctica*, anuncia algo que efectivamente sucede en la realidad, a saber: *la moral, como cualquier creación humana se ve afectada por factores*

⁶⁵ Francisco Laporta. "F.ética y Derecho: un panorama general", *Entre el Derecho y la moral*, op. cit. p. 16.

⁶⁶ *Ibid.* pp. 16-17.

⁶⁷ *Ibid.* pp. 18-19.

culturales e históricos. por la acción del tiempo. De ello no se deduce, necesariamente, que todos los valores sean absolutamente relativos, es decir, que no existan valores que permanezcan estables y que más de una sociedad, de impronta cultural o tiempo distinto, así los reconozcan. Igualmente, ello tampoco implica que ante el enfrentamiento de dos morales opuestas sobre un determinado [m]nto, no sea perfectamente posible hallar argumentos que nos permitan considerara una como mejor o más razonable que la otra. Desglosemos, así sea muy brevemente, estas dos vertientes.

99. En torno al primer punto, *la relatividad de los valores o juicios morales*, conviene distinguir entre una postura *relativista absoluta*, como la de Kelsen, y un *relativismo histórico y cultural*, es decir, concebir que tales valores o juicios morales están sujetos, como cualquier instrumento humano, a un proceso de transformación en razón del tiempo y del modo en que cada hombre y cada pueblo conciben al mundo. La diferencia entre ambas posiciones es sustancial: si aceptamos que la transformación de los valores morales es absoluta tendremos que concluir que una variación de ese género haría imposible delectar rasgos característicos comunes en los distintos ordenamientos normativos a los que llamamos Derecho, moral, costumbre, etcétera. ¿Tienen algo en común el Derecho y la moral de hoy y de ayer que nos permita identificarlos como tales? La respuesta es, sí lo tienen. *La relatividad no puede ser tan radical, mientras ciertos hechos de nuestra existencia* (y que están detrás de la función que cumplen el Derecho y la moral) *no se transformen de forma total*, por ejemplo, nuestra condición de mortales, nuestras necesidades materiales, la erradicación absoluta de la violencia y agresividad humanas, etcétera.

I(X). *En tanto nuestras condiciones existenciales y de supervivencia se mantengan iguales en lo esencial, habrá aspectos —asi sean mínimos— que también se mantendrán estables en los ordenamientos que regulan la conducta humana.* ¿Qué variará? Variará la concepción que en cada momento histórico, pueblos e individuos tengamos de la vida, lo cual se ve influido por múltiples factores culturales y por la información y el conocimiento que de esos hechos insoslayables la ciencia nos aporte. No puede negarse que el Derecho y la moral deben revisar constantemente sus enunciados, en la medida que la experiencia y el conocimiento científico en general transformen nuestra concepción de aquellos hechos. Considérese la posibilidad de posponer indefinidamente la muerte o de mantenernos cada vez por más tiempo vivos; o de mejorar de algún modo la producción y calidad de los alimentos, o que se erradique el hambre del planeta, etcétera. Con todo ello a su manera y en sus puntos de coincidencia, el Derecho y la moral seguirán procurando el aseguramiento de intereses primigenios como la vida, la libertad, la autonomía personal —y esperamos que cada vez con mayor eficiencia— aunque bajo nuevos presupuestos o hechos insoslayables. Así pues, hay valores que las sociedades procuran de modo permanente aun en sus más primitivas expresiones, lo cual cuestiona seriamente las afirmaciones de un relativismo absoluto, al menos en este sentido.

IOI. En relación con lo anterior, Hart ha escrito: *"Hay empero consideraciones más simples... que muestran que la aceptación de la supervivencia es una meta necesaria, en un sentido más directamente relevante para la discusión del derecho y de la moral de los hombres. Esa aceptación está presupuesta por los propios términos de la discusión; porque nos ocupamos de medidas sociales para la existencia continuada, no de reglas para un club de suicidas... Ixi reflexión sobre algunas generalizaciones muy obvias referentes a la naturaleza humana y al mundo en que*

los hombres viven, muestra que en la medida en que ellas sigan siendo verdaderas, hay ciertas reglas de conducta que toda organización social tiene que contener para ser viable. Tales reglas constituyen de hecho un elemento común al derecho y a la moral convencional de todas las sociedades que han alcanzado el punto en que uno y otra se distinguen como formas diferentes de control social. Junto a ellas encontramos, tanto en el derecho como en la moral, mucho de lo que es peculiar a una determinada sociedad, y mucho que puede parecer arbitrario o una simple cuestión de elección "^M

102. En torno al segundo punto de la crítica al relativismo moral kelseniano es importante decir algo más. El hecho de que existan más de una moral, más de un punto de vista respecto a la bondad o maldad, de la corrección o incorrección de las acciones humanas, *¿significa acaso que todos éstos son igualmente valiosos o correctos?"* Kelsen derivó del respeto a los distintos puntos de vista morales la *tolerancia*, toda vez que si ninguna moral es absoluta la mejor actitud que puede adoptarse ante tal circunstancia es respetar los puntos de vista morales de los demás. Por lo tanto, *¿debemos dar igual valor a una moral que acepta el desprecio a los más débiles o que sostiene la superioridad de alguna raza? ¿Estaremos inermes para argumentar en contra de esa moral, porque una moral contraria a esas posiciones es tan válida como la primera?* El relativismo ético absoluto nos lleva a una situación en la que da exactamente igual tomar una posición u otra, lo cual parece ser teórica y prácticamente insostenible.
103. Para concluir *agregaremos a las anteriores críticas otras importantes en contra de posiciones iuspositivistas asumidas por Kelsen u otros autores.* Hart, en un famoso artículo sobre el positivismo y la independencia entre el Derecho y la moral,⁶⁹ realizó un muy interesante análisis de tales posiciones. Él considera cinco argumentos como útiles para identificar, a su vez, *"...cinco o más sentidos de 'positivismo' debatidos en la jurisprudencia contemporánea",*¹ éstos son: 1) **Las leyes son mandatos de seres humanos.** 2) **No hay una relación necesaria entre Derecho y moral, o entre el Derecho existente y el Derecho tal como debe ser;** 3) **El análisis de los conceptos jurídicos** (o el estudio de su significado): *a) merece llevarse a cabo\ b) debe distinguirse de la investigación histórica sobre los motivos u origen de las leyes, de la investigación sociológica sobre la relación del Derecho con otros fenómenos sociales y de la crítica o valoración del Derecho desde el punto de vista de la moral, los fines sociales, las "funciones", etc.;* 4) **Un ordenamiento jurídico es un sistema lógico cerrado en el que pueden deducirse por medios lógicos las decisiones jurídicas correctas de normas legales preestablecidas, sin referencia a fines sociales, directrices, o pautas morales;** 5) **No pueden afirmarse o defenderse juicios morales, aunque esto sea posible en la exposición de hechos, mediante argumentos racionales, testimonio o prueba ("ética no cognoscitiva")**
104. A lo largo de estos dos últimos incisos ya hemos procedido al análisis de algunos de estos argumentos positivistas. El *argumento 2)* se ubica dentro de las *tesis de la neutralidad y de la separación*, ampliamente comentadas en espacios anteriores. El *argumento 5)* corresponde a lo predicado por la *tesis del subjetivismo o del*

^{**} Herben L. A. Hart. *HI concepto de Derecho*. Irad Genaro R. Camó. Abeledo-Perroi. Buenos Aires. 2004. p. 238.

^{***} Cfr. Herbert L. A. Hart. "El positivismo y la independencia entre el derecho y la moral". irad Javier Sáinz de los Terreros., en *Filosofía del derecho*. K. M. Dworkin (comp.). op. cu. pp. 35-74
"Ibid.". p. 37.

relativismo. Ésta también es sostenida por muchos iuspositivistas, pero no implica ni lógica ni causalmente, al argumento 2). El argumento 4) se encuadra dentro de la denominada *tesis de la subsunción*, criticada y no asumida por la gran mayoría de los positivistas. En resumen sólo nos resta por estudiar los argumentos 1) y 3).

105. El argumento 1) es conocido como la *teoría imperativa del Derecho* y establece que en esencia *el Derecho es un mandato*, por lo tanto a esta posición también se le denomina *tesis del mandato*. En realidad —señala ésta— *las normas jurídicas no son más que la manifestación que hace una persona con el deseo de que otra realice un determinado acto o se abstenga de hacerlo, advertida de que en caso de desobediencia procede un castigo*. Los mandatos adquieren el carácter de leyes si cumplen con dos condiciones: una, ser genéricos y, otra, que provengan de un ente soberano, ya sea un individuo o un grupo de individuos, al que en toda comunidad política se le otorgue obediencia habitual y no esté sometido a un poder superior.⁷¹ De esta suerte, el *"...Derecho es el mandato de las autoridades de la colectividad no sometidas a ninguna otra autoridad; la creación de la voluntad —libre de trabas legales— del soberano, quien, por definición, se halla al margen de la ley*
106. Son varias las críticas que se encaminan contra la *tesis del mandato*, por su contundencia, cabe destacar sólo algunas: la más importante de éstas es la que alude a la relación moral-Derecho y es sostenida por Hart. *"Es fácil ver —señala el autor— que esta explicación del ordenamiento jurídico estatal es manida. Por lo que se ve, es posible llegar a la conclusión de que su incongruencia se debe a la omisión de algún vínculo esencial con la moral. Esta sencilla trilogía de mandato, sanción y soberano sirve para describir una situación que, si se interpretan estas nociones con absoluta precisión, se asemeja a la de un bandolero diciendo a su víctima: ¿La bolsa o la vida? Ixi única diferencia es que, en el caso del ordenamiento jurídico, el bandolero interpela a un grupo numeroso de personas que están acostumbradas al pillaje y ceden hábitua/mente a él. No obstante, el derecho no equivale exactamente a la situación de bandolerismo antes descrita, y seguramente tampoco puede equipararse de manera tan simplista al ordenamiento jurídico con un acto de coacción".*⁷²
107. También se consideran inconsistencias de la *tesis del mandato*, según Hart, entre otros autores: la relación que establece el Derecho entre autoridad y ciudadanos no se reduce a la de jefe-subordinado, pues en un sistema jurídico hay diversos tipos de normas legales que no caben en un esquema tan simplista que se enunciaría así: *"haz esto quieras o no"* existen normas jurídicas que cumplen funciones muy distintas, como aquellas que otorgan a los individuos la posibilidad de crear estructuras de derechos y deberes, es decir, normas jurídicas que autorizan a contratar, hacer testamentos, etcétera, cuyo esquema sería: *"si deseas hacer esto, así es como debes hacerlo"*, las normas jurídicas entendidas exclusivamente como mandatos, se obedecen o se desobedecen pero no pueden conferir derechos; las ideas de so-

⁷¹ Cfr. *Ibid.* pp. 38-39.

⁷² *Ibid.* p. 39.

⁷³ *Idem.* Es interesante recordar que Kelsen utiliza el mismo ejemplo de "la banda de ladrones" para distinguir al Derecho de otros ordenamientos normativos. Sin embargo, para establecer la diferencia, alude a la validez u obligatoriedad que otorga el propio sistema jurídico a sus normas y no el que reciben desde la moral o por virtud de la congruencia con los principios morales contenidos en ese mismo sistema jurídico. Así, la ley se distingue del mandato o la exigencia de un ladrón sólo porque es una ley y *debemos suponer que las leyes si son válidas*. Por lo tanto, si esa banda de ladrones se hiciera con el poder político de esa sociedad y sus mandatos se convirtieran en leyes deberían ser obedecidos porque habremos de suponer que ahora sí son válidos.

beranía y obediencia que predica esta tesis son insuficientes y no funcionan así en la realidad.⁷⁴

108. En cuanto al *argumento 3*), referente al análisis de los conceptos jurídicos o el estudio de su significado, nos encontramos frente a un problema teórico sumamente interesante pero igualmente complejo. En concreto, podría decirse que autores positivistas como Kelsen *niegan de plano la posibilidad de una lógica de las normas*, mientras que otros como Austin o Bentham lo consideran posible.⁷⁵ ¿Qué quiere decir lo anterior?
109. Para Kelsen las *proposiciones*, como enunciados verdaderos o falsos, *son la significación de un acto de pensamiento*. En cambio, las *normas morales y jurídicas son la significación de un acto de voluntad*. Así, *sólo las proposiciones*, es decir, *los actos de pensamiento, pertenecen al campo de la lógica, porque exclusivamente las proposiciones de este tipo son sinónimo de enunciados verdaderos o falsos*. Siendo —dice Kelsen— *las normas jurídicas significaciones de los actos de voluntad, no pueden ser verdaderas ni falsas y, por lo tanto, no pertenecen a la lógica*.⁷⁶
110. En cambio, aceptar el *argumento 3*), implica considerar que *la lógica de las normas podría constituir el fundamento de las inferencias normativas y, en tal virtud, constituirse en un medio formal de justificación racional de las normas morales y jurídicas*.⁷⁷ De tal guisa, cuando esta posibilidad se niega, como en el caso de Kelsen, se arriba a conclusiones como las que, entre otras, intenta refutar Kalinowski:⁷⁸ las normas jurídicas no pueden ser ni verdaderas ni falsas; no existe ninguna analogía entre la validez de una norma y la verdad de una proposición; las normas jurídicas no pueden ser negadas ni de ellas pueden hacerse inferencias normativas. En suma, *las normas morales y jurídicas nada tienen que ver con la lógica*.
- III Las críticas a esta posición son varias; algunas tienen que ver con el uso que Kelsen hace del término "**significación**" y, otra, con el predicado que aquél otorga a la lógica. Concentrémonos brevemente en ambas, puesto que no es éste el espacio para profundizar en otros de los múltiples aspectos sugeridos por esta problemática. Georges Kalinowski señala que el argumento en que fundamenta Kelsen su negativa de otorgar carácter intelectual a las normas por no provenir de un acto de pensamiento sino de un acto de voluntad, parte de la tergiversación del sentido propio y habitual del término "**significación**", ya que presenta como opuestos la significación de un acto de voluntad de la de un acto de pensamiento. Esta construcción kelseniana es artificial. ¿Por qué? Los conceptos y los juicios creados por nuestro pensamiento son los que hacen posible las significaciones. Así, los conceptos dan lugar a los nombres, los juicios a las proposiciones, de tal modo que resulta erróneo afirmar que una proposición sea la significación de un acto de pensamiento, pues es éste, a través de un concepto o un juicio, el que da significación a la expresión, es decir, el nombre o proposición que se elija como signo lingüístico en que ese pensamiento se traduce. "Con mayor razón —concluye Kalinowski— es

⁷⁴ Cfr. "El positivismo y la independencia .". *op. cu.*, pp. 40-45.

⁷⁵ Cfr. *ibid.*, p. 37.

⁷⁶ Cfr. Georges Kalinowski, "Sobre la significación de la deontica para la filosofía moral y jurídica". Distribuciones fonlamara. México. 1993. p. 15.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 14.

⁷⁸ *liten i*

imposible hablar en el sentido propio de los términos de la significación de un acto de voluntad."¹¹*

112. Además, contrariamente a lo que opina Kelsen, las normas no son una creación exclusiva de la voluntad sino el producto de la colaboración de ésta con la razón; "...colaboración en que prima el intelecto en el sentido en que, durante todo el tiempo en que el hombre no ha conocido —objetiva o al menos subjetivamente— lo que debe o puede hacer. No puede ser realizado, la voluntad no tiene nada que otorgar, por medio del procedimiento legislativo aplicado, a la fuerza obligatoria. En consecuencia, no obstante la contribución de la voluntad a la creación de la norma moral o jurídica, ésta, en tanto juicio normativo del intelecto es, sin embargo, verdadera o falsa. Su enunciado es por lo tanto una proposición lógica en el sentido tradicional de la palabra."¹²
113. Kelsen circunscribe la lógica al estudio de las relaciones entre proposiciones, es decir, de los enunciados sobre los cuales puede predicarse su verdad o su falsedad. Sin embargo, existen otras disciplinas lógicas que se abocan al estudio no sólo de tales enunciados sino de las expresiones no enunciativas, como los ruegos. La dialéctica, la tópica o la retórica misma son disciplinas que se ocupan del análisis lógico de expresiones que no enuncian algo verdadero o falso, como las interrogaciones o los imperativos.¹³ Por lo tanto, pueden ser objeto de la lógica —en sentido amplio— otras expresiones distintas a las proposiciones, como las normas jurídicas o morales en el sentido kelseniano, aun aceptando sin conceder, que éstas fuesen sólo actos de voluntad.
114. En la actualidad la Ciencia Jurídica no niega la importancia que para el Derecho tiene el análisis lógico y deóntico de los conceptos jurídicos. La *Deóntica* realiza el estudio del deber ser a través de los conceptos y sistemas normativos, es decir, de cualquier sistema de normas. Este puede realizarse por medio de la *Semántica deóntica*, analizando los conceptos normativos y de la *Ixigica deóntica*, esto es obviamente, aplicando la lógica a los problemas deontológicos.¹⁴ La trascendencia de estos trabajos, ha escrito Rupert Schreiber, radica en que... "También es necesario un gran respeto de las leyes de la lógica para poder sistematizar el derecho y poder conocer, de esta manera, las grandes ideas jurídicas. Sólo así se pueden llenar las lagunas de la ley sin afectar la seguridad jurídica con fundamentaciones dudosas. Pues la relación entre la seguridad jurídica y la equidad de la decisión particular no está determinada por la oposición de intereses sino que también depende fundamentalmente de la capacidad del material lingüístico. Ésta es, a su vez, también una cuestión de la perfección lógica del lenguaje del derecho".**

3.2.3 Consideraciones finales

115. La labor teórica de enfrentar los problemas referidos a las vinculaciones entre el Derecho y la moral protagoniza un relevante papel en la realidad cotidiana donde tienen verificativo los fenómenos jurídicos,¹⁵ Sin embargo, el tratamiento quizá

¹¹ Georges Kalinowski. "Sobre la significación". p. 16

"*Ibid.*", pp. 17-18

"*Cfr. Ibid.*", pp. 18-19

Cfr. Ibid., p. 13

Rupert Schreiber. *Lógica del Derecho*, trad. Ernesto Garzón Valdés. Distribuciones Fontamara. México. 1992. p. 9

¹⁴ Cfr. Lothar Kuhlen, "Violaciones de normas en el derecho y en la moral", trad. Carlos de Santiago, en *Derecho y filosofía*. Ernesto Garzón Valdés (comp.). Distribuciones Fontamara 50. Barcelona. 1988. pp. 175-209

demasiado técnico que a estos asuntos se ha dado genera la impresión de que nos hallamos frente a una cuestión cuya trascendencia se agota en la doctrina jurídica. Esta impresión errada sobre la aparente inutilidad de las disquisiciones ético-jurídicas es en buena parte responsabilidad de los teóricos del Derecho, quienes tal vez no hemos dejado suficientemente aclarado o al menos no hemos sido lo bastante enfáticos en señalar *cuál es el singular papel que desempeña la moral en la vida de los hombres*. Esta preocupación invita a intentar responder una *cuarta pregunta*, del mismo modo como lo hemos hecho con otras tres a lo largo de los incisos anteriores. La cuarta interrogante quedaría planteada en estos términos: *¿Es necesario que el Derecho sea moralmente obligatorio?*, en otras palabras, *¿es menester que el Derecho esté dotado de validez moral?* En definitiva, *¿tiene algún objeto vincular el Derecho con la justicia?*

116. El planteamiento anterior desemboca en una cuestión previa: *¿Sirve para algo la moral?* Tanto la **moral crítica o ideal** como la **moral positiva o vigente** son *parámetros de las conductas humanas, demarcan los límites de nuestras acciones individuales y colectivas*. Hablamos de *razones de orden superior* que guían el comportamiento de las personas. Pero, *¿para qué nos sirven dichas razones de orden superior?*
117. Es bueno recordar que *al Derecho corresponde la función original de garantizar intereses primigenios, así como de regular la coexistencia de otros intereses, incluso contrapuestos, que están presentes en la vida de cualquier sociedad*. Ello se hace posible a través de la manera en que el Derecho cumple su papel, a saber, propiciando un orden, una seguridad y una igualdad jurídicas que hagan factible la realización y la convivencia de dichos intereses. Pero, *¿cómo hace el Derecho para resolver tales conflictos de intereses?*, *¿qué justifica dar prioridad a unos sobre otros?*, *¿qué es lo que permite exigir a ciertas personas la renuncia a su interés particular en función del de otras o del de la comunidad en su conjunto?* La respuesta parece simple: *con base en valores o principios morales que están por encima de esos intereses, esto es, esas razones de orden superior a las que antes aludimos*.
118. La moral cumple una tarea de singular importancia: *justificar, en última instancia, la elección, jerarquía y renuncia de los intereses que guían las conductas humanas a nivel individual y social*. "Si la moral tiene alguna función —escribe Niño—, ella es precisamente hacer que los individuos obren en cierta forma deseable aun cuando ello contrarie su propio interés. Cuando la conducta deseable es en interés del agente no se necesita la moral sino que el individuo actúa a la luz de consideraciones prudentiales. Es posible que un individuo perciba que puede resultarle a la larga provechoso el ser moral, pero el ser moral implica desentenderse en ciertas áreas, de cálculos de autointerés."^{KS}
119. El Derecho, en consecuencia, si bien es distinto de la moral requiere de ésta para fundar la obligatoriedad de sus prescripciones, muchas de las cuales ordenan conductas distintas, condicionantes y hasta contrarias a los intereses de las personas. En este sentido, *es evidente que todo Derecho, como medio regulador de conductas sociales, como prescripción de lo que debe ser, hacerse o no hacerse socialmente, contiene, necesariamente, una moralidad intrínseca, una escala de valores en función de la cual se justifica lo debido*. Es por esta razón que Elias Díaz ha

^KCarlos Saniago Niño. *Ética*. op. cit., p. 64

afirmado: "*..el Derecho es siempre realización de una cierta idea de Justicia, una u otra, la que sea, como materialización de un cierto sistema de valores*"

120. Por virtud de lo anterior, cuando hablamos del *valor del Derecho* queremos destacar *dos aspectos centrales* relacionados, respectivamente, tanto con la *importancia de éste en toda sociedad* como con la *relación que establece con la moral*. De una parte, *el Derecho aporta con mayor o menor éxito, orden, seguridad e igualdad que su sola presencia asegura*, por tal razón puede hablarse del *valor de lo jurídico*. El Derecho, *como instrumento que rige la conducta social, establece una forma específica de conducir nuestras relaciones con los demás y con la autoridad*. Asimismo *determina a través de las normas, un cierto orden legal, un ámbito de acción preestablecido y seguro que está prescrito por medio de dichas reglas de conducta*. Este marco de acción delineado por la ley, establece una *suerte de justicia formal* que no se agota en sí misma, porque el orden, la seguridad y la igualdad son, como el Derecho, *valores mediatos, instrumentales*, cuya naturaleza demanda un fin específico.
121. En consecuencia, el orden, la sola seguridad e igualdad formales propiciadas por un sistema jurídico —en virtud de su marco legal— *se justifican por los fines hacia los cuales el Derecho se dirige o en función de los cuales su sistema de normas se establece*. La *validez formal* del Derecho, su juridicidad, su pertenencia legítima a un determinado sistema de reglas de conducta dotado de coacción, constituye un *elemento necesario* para hacerlas exigibles, pero *no es suficiente para determinar su plena obligatoriedad*. Así, el Derecho requiere de la *legitimidad* que le aporte la *justificación axiológica* y última que dote de *validez material* a sus normas, o que motive la *adopción voluntaria, la adhesión espontánea de las conductas prescritas por éstas*. Es decir, la *justicia material* contenida en los *valores o principios superiores* de los que el Derecho es portador y garantizador y que se persiguen a través de la implantación de un determinado orden, seguridad e igualdad jurídicos.
122. Resulta de lo anterior que *los valores jurídicos son valores mediatos, instrumentales*, por estar en función de los valores superiores o últimos que el Derecho necesariamente comporta y que legitiman la determinación de qué conductas deben imponerse por considerarse buenas o justas, y cuáles deben evitarse y sancionarse, en su caso, por valorarse como malas o injustas. *La obligatoriedad del Derecho está sujeta a la moralidad, a la idea de justicia, a la escala de valores que comporte. Tal sería un primer e innegable nexo entre el Derecho y la moral*.
- 12.V La aceptación de este nexo entre Derecho y moral implica afirmar que *la validez como obligatoriedad no puede sustentarse exclusivamente en el Derecho mismo, salvo que se trate de una obligatoriedad prima facie, que parta de presuponer que las normas jurídicas poseen fuerza moral al ser validadas por una autoridad sustentada en una base éticamente reconocida —como la de un Estado constitucional democrático, por ejemplo, que proteja y promueva la los derechos fundamentales de la persona humana*.
124. Si el Derecho pretendiera justificarse en función del Derecho mismo, o dicho de otro modo, pretendiese justificar el imperio de la ley por virtud del sólo imperio de la ley, *quedaría reducido a un instrumento de ordenación y aseguramiento de intereses en función del orden y la seguridad que propicia. El orden, la seguridad y la igualdad se justifican en función de razones o fines distintos a ellos, de ahí*

^w Elias Díaz *Sociología y filosofía del Derecho*. Taurus Ediciones. Madrid. 1971. p. 52.

que la sola legalidad no asegura más que la eficacia del Derecho pero no necesariamente su obligatoriedad.¹¹⁷

125. *Este nexo o relación entre Derecho y moral no significa ni identificación ni coincidencia de ambos órdenes normativos*,⁸⁸ Si bien un sistema de normas jurídicas incorpora algunos aspectos o normas de una determinada moral positiva o ideal, ello no significa que ambos sistemas deban coincidir absolutamente. Además, la eficacia de esos aspectos de la moral vigente o ideal que pasan a formar parte del Derecho *adquieren el carácter de principios o de normas jurídicas y por lo tanto pueden exigirse coerciblemente*, lo que, obviamente, no puede hacerse con el resto de las normas que integran a la moral positiva o ideal.
126. Por otro lado, *la separación Derecho-moral es indispensable para la identificación de las normas jurídicas*. Sería metodológicamente inaceptable aproximarse al Derecho si hiciéramos depender el carácter jurídico de las normas de su justicia o injusticia, de su obligatoriedad moral. **La identificación de las normas jurídicas deberá hacerse por métodos empíricos**, es decir, **en función de su fuente y no de su contenido**, tal como se sostiene en el enfoque (*approach*) iuspositivista o el positivismo metodológico. Ello es independiente de que se sostenga que el Derecho hace depender su obligatoriedad o validez material en razones de justicia. Como puede verse son dos problemas distintos que no se implican lógicamente.
127. *Ixi crítica moral de las normas jurídicas no lleva a un debilitamiento del Derecho positivo, sino a la necesidad de buscar sistemas jurídicos más justos*. Para tales efectos debe distinguirse entre la *pretensión de validez formal* y la *pretensión de corrección o justificación*⁸⁹ que todo Derecho se asigna. *Ixi pretensión de validez formal busca asegurar la eficiencia del Derecho, su inexorable coercitividad*. Por su parte, la *pretensión de corrección persigue la justicia como valor supremo que en principio debería guiar a todo sistema jurídico*. La eficacia del Derecho, aun siendo un problema de orden político, de capacidad de imposición —a fin de cuentas un fenómeno de poder—, depende en buena medida de la corrección moral de la norma jurídica. A su vez, la pretensión de justicia es un problema de carácter ético, estrechamente vinculado con los fines últimos que legitiman y dan sentido al Derecho.⁹⁰
128. *Ixi pretensión de corrección que el Derecho debe comportar no significa legalizar la moral, sino moralizar al Derecho*. ¿Cuál moral es la que debemos incorporar a las normas jurídicas? ¿Toda moral vigente es aceptable, la de las minorías poderosas, la de una mayoría inconsciente o irresponsable? *Queda claro que aceptado el nexo y la distancia que existen entre Derecho y moral, el problema se traslada, entre otros aspectos, a la calificación de la justicia, a la crítica y análisis de los principios morales en que se sustentan los distintos sistemas jurídicos*.

*1 Dice Laporta, "... en presencia de una obligación en sentido estricto, sin embargo ésta no deriva de la norma jurídica que la impone, sino de una norma moral incorporada ocultamente en ella o de una motivación moral proyectada sobre ella", en *Entre el Derecho y la moral*, op. cit., 37.

"Cfr. Lothar Kuhlen, "Violaciones de normas", op. cit., pp. 175-209.

"Sobre el argumento de corrección véase, Robert Alexy, "Sobre las relaciones necesarias entre el Derecho y la moral". *Derecho y razón práctica*, trad. Wistano Orozco, Distribuciones Fontamara. México, 1993, p. 51.

Así entiende Lothar Kuhlen esta cuestión: "...no sólo hay que proteger, por así decirlo, la moral individual frente a los esfuerzos hegemónicos del derecho, sino que también hay que proteger la obligatoriedad jurídica y moral del derecho frente a las pretensiones de dominación de la moralidad subjetiva. Quien quiera hacer depender esta obligatoriedad prima facie de las normas jurídicas válidas y la licitud y moralidad de las acciones que en ellas se basan, de la manera cómo en cada caso concreto deba responderse a la cuestión acerca de la solución más justa, desconoce el carácter imperativo del derecho positivo en las actuales condiciones sociales". Véase "Violaciones de normas", op. cit., p. 195.

129. La moralización del Derecho tiene por objeto mejorar su función como instrumento de regulación de conductas sociales, conviniéndolo en un medio más idóneo para permitir a los seres humanos una vida mejor en un ámbito más seguro y justo. Resulta urgente reconocer que esa moralización debe considerar a la persona como centro de gravedad, ponderando el valor de la vida y las potencialidades humanas, como las principales exigencias de justicia que deberían regir y medir la validez última de todo sistema jurídico. El Derecho debe estar al servicio del hombre, de las mejores causas humanas.

RESUMEN

El Derecho y la moral

Las relaciones entre el Derecho y la moral implican una serie de problemas teórico-prácticos referidos, fundamentalmente, a la validez del Derecho, de los cuales el más característico quizá sea el de la supuesta tensión entre el Derecho positivo y el Derecho natural. Los iusnaturalistas o partidarios del Derecho natural sostienen la preeminencia de un orden ideal, intemporal y objetivamente obligatorio como condición de validez del Derecho positivo, dudan de la juridicidad de aquellas normas que sean portadoras de mandatos inmorales o injustos. Por el contrario, el iuspositivismo no admite la distinción entre Derecho natural y Derecho positivo, afirma que sólo existe este último.

El Derecho natural surge de la necesidad de producir un contrapeso a la idea de un Derecho positivo inmoral o injusto. Sus orígenes se hallan en la idea griega de "physis" (naturaleza), que significa la concepción de un orden estable y permanente al cual lo contingente y pasajero, como el poder político y el Derecho positivo, por ejemplo, deben ceñirse. En suma, el Derecho natural es una doctrina que pretende establecer principios ideales de justicia como parámetro permanente, fuente de inspiración y guía del Derecho positivo. El iusnaturalismo ha sido producto de una larga evolución histórica que pasa de la idea de un Derecho derivado de la Divinidad, a la de uno deducido de la naturaleza humana y cuyos postulados pueden aprehenderse por métodos racionales.

Son dos, según Carlos S. Niño, las tesis filosóficas en que se sustenta el iusnaturalismo: 1) Hay principios que determinan la justicia de las instituciones sociales y establecen paráme-

tros de virtud personal, que son universalmente válidos y asequibles a la razón humana, cuya validez no depende del reconocimiento efectivo de ciertos órganos o individuos. 2) Los sistemas o las normas jurídicas, aun creados e impuestos por el poder estatal, no podrán ser calificados como Derecho, si no satisfacen los principios aludidos en el punto 1. De acuerdo con estas dos tesis es posible ubicar y entender las diferentes posturas en torno al conflicto iusnaturalismo-iuspositivismo.

Los iusnaturalistas aceptan una o ambas tesis, por lo tanto, existen dos posturas básicas. La primera, que está representada por el iusnaturalismo deontológico, no niega el carácter jurídico del Derecho positivo, por más que sea contrario o violatorio de los criterios o principios del Derecho natural. Es decir, acepta la tesis 1 pero no la tesis 2. La segunda, que está representada por el iusnaturalismo ontológico, acepta las dos tesis, en consecuencia niega el carácter jurídico de todo sistema o norma de Derecho que no cumpla con los principios iusnaturalistas de justicia.

Respecto de ambas tesis también pueden identificarse las posturas que el positivismo jurídico adopta respecto a la relación del Derecho con la moral. Así, hay iuspositivistas que aceptan condicionadamente la tesis 1 y niegan de plano la tesis 2. Esto es, la aceptación de principios universales de justicia que guíen o condicionen la validez material del Derecho positivo, pero la negación de que tales principios sean calificados de Derecho y de que éstos determinen el carácter jurídico de las normas. Por ello, curiosamente, cierta clase de iuspositivistas y de iusnaturalistas, en concreto los deontológicos, coinciden en

que una cosa es la existencia de hecho de los sistemas jurídicos, del Derecho positivo, y otra distinta su justicia o injusticia.

La causa central de la tensión entre iusnaturalistas e iuspositivistas radica en el tipo de relación que unos y otros consideran debe existir entre Derecho y moral. De esta suerte, el iuspositivismo pretende acercarse al Derecho independizándolo de aspectos valorativos, es decir, aludiendo para su identificación sólo a la forma en que sea crea y se asegura el cumplimiento de una norma jurídica. Por lo tanto, el Derecho positivo debe ser justo por más que si no lo es sigue siendo Derecho.

Sin embargo, cierto tipo de positivismo jurídico se separa del iusnaturalismo más atenuado, como el deontológico, porque aun en el caso de aceptar la necesidad de principios universales de justicia, dicho positivismo no concedería ni en llamarle Derecho natural ni en aceptar el mismo tipo de fundamentación al que acuden los iusnaturalistas, a saber, la aristotélico-tomista. Aceptar los principios que predica el Derecho natural es coincidir con una concepción particular de la moral.

Aunque es evidente que existe un nexo muy importante entre Derecho y moral, se trata de órdenes normativos distintos que no deben ser confundidos. Immanuel Kant estableció las diferencias principales entre uno y otra, partiendo de la idea de que la libertad humana se rige por leyes morales. Así, las leyes morales que regulan la conducta externa de los hombres son las leyes jurídicas. En este entendido mientras la moral es propia del ámbito interno de cada hombre, el Derecho se da en el ámbito externo. Los deberes morales nacen en la conciencia de cada uno, los deberes jurídicos proceden de una fuente externa a él, como la autoridad. Los mandatos de la moral se dan en la soledad de cada individuo, establecen relaciones unilaterales; las normas jurídicas regulan nuestra relación externa con los demás, su carácter es bilateral.

Según Kant, otras diferencias entre el Derecho y la moral, son: la moral es autónoma porque el hombre se dicta a sí mismo sus normas morales; el Derecho es heterónimo porque las normas jurídicas proceden de un poder externo. La

moral es incoercible pues cada hombre obedece espontáneamente a su conciencia; los mandatos jurídicos pueden ser impuestos aun en contra de la voluntad del mismo individuo, el Derecho es coercible. La moral tiende a la perfección del hombre mismo, el Derecho a la regulación de los fines sociales temporales.

Conviene distinguir la denominada moral crítica —esto es, principios o reglas de orden ideal que son parámetro de bondad o maldad para justificar la conducta humana— de la llamada moral social, positiva o vigente —el conjunto de reglas de conducta socialmente aceptadas que prescriben lo que está bien o mal—. La moral social se halla estrechamente ligada con la moral ideal, porque aquélla se genera sólo a través de los actos y las actitudes adoptados por los hombres en lo individual. Es decir, que la moral social no es otra cosa que el conjunto de principios provenientes de la moral ideal o crítica que reciben un reconocimiento social o sobre los cuales hay convergencia de opinión.

La moral y el Derecho son órdenes distintos aunque relacionados de forma estrecha. El Derecho positivo requiere en última instancia de una justificación moral para legitimar su obligatoriedad. Empero, Hans Kelsen buscó establecer esa obligatoriedad dentro del propio orden jurídico normativo sin necesidad de recurrir a la moral.

El análisis del Derecho positivo realizado por Kelsen a través de una metodología que liberara a la ciencia jurídica de elementos extraños se denomina Teoría pura del Derecho. Ésta no rechaza la relación del Derecho con otras disciplinas, sino que busca una separación metodológica con el objeto de descubrir qué es efectivamente el Derecho, para lo cual es menester eliminar cualquier posible confusión que impida establecer los límites que al Derecho traza la naturaleza de su objeto. Kelsen busca responder a la pregunta de qué sea el Derecho y cómo sea, pero no a la pregunta de cómo el Derecho deba ser o deba ser hecho.

El purismo metodológico de Kelsen establece que el Derecho es un sistema de normas que regulan el comportamiento humano, pero sobre todo, subraya que lo que hace a una norma jurídica no es su contenido sino el modo en que

fue producida. Una norma es jurídica por haber sido elaborada de una determinada manera y no por prescribir una acción buena o mala moralmente, como pretende cierto tipo de iusnaturalismo. En tal virtud, al Derecho lo hace su fuente y no su contenido.

Para Kelsen la relación Derecho-moral es metodológicamente intrascendente a efecto de dar validez a una norma jurídica, lo cual no significa que dicho autor haya negado la existencia de sistemas jurídicos justos o injustos. En cualquier caso, la justicia resulta ser una exigencia de la moral no del Derecho.

Además, para Kelsen la justicia es relativa, porque no hay una sola moral sino muchos y cambiantes puntos de vista respecto de lo bueno y lo malo. De tal guisa, aquello que bajo ciertas circunstancias se considera correcto, bajo otras circunstancias u otros valores morales ese mismo hecho puede resultar malo o incorrecto. Kelsen concluye que el Derecho puede ser moral, es decir, justo, pero no es necesario que lo sea, el orden social que no es moral, y por ende, no es justo puede ser, sin embargo, Derecho. Lo anterior no pugna con aceptar, en última instancia, la exigencia de que el Derecho deba ser moral, o sea, justo.

La teoría kelseniana aporta un análisis científico y riguroso de la norma jurídica, sentando así las bases de una teoría moderna del Derecho. De entre las aportaciones más importantes de la Teoría pura está el establecimiento de la tesis de la neutralidad. El Derecho, sostiene esta tesis, debe ser definido prescindiendo de su contenido, porque éste puede ser cualquiera. La aceptación de la tesis de la neutralidad no implica la de otras que se han imputado legítima o ilegítimamente al positivismo jurídico. Todas ellas son independientes tanto lógica como causalmente.

Otra tesis reconocida por algunos positivistas es la del subjetivismo. Ivsta afirma que los criterios o principios que rigen la idea de justicia son de naturaleza subjetiva, ello significa negar la posibilidad de que tales criterios pueden tener una validez objetiva o una fundamentación metafísica. Sin embargo, tal parece que esta tesis debiera mejor ser llamada tesis del relativismo, pues el subjetivismo es sólo una de las

varias posturas que pueden asumirse respecto de los principios o juicios morales o de justicia. El relativismo moral se mueve en dos extremos: o niega de plano la existencia de los valores, como sería el caso del escepticismo ético, o acepta su existencia considerando que su variabilidad depende ya de circunstancias histórico-sociales, ya del juicio subjetivo de cada uno.

Existen, empero, positivistas que aceptan la tesis de la neutralidad pero no la del relativismo; en otras palabras, conceden que para conceptuar al Derecho o identificarlo deba prescindirse de principios morales, pero no conceden en la naturaleza subjetiva de tales principios ni que éstos no sean asequibles a la razón. En suma, estarían aceptando la tesis I de Niño respecto del iusnaturalismo. Esta postura positivista estaría ejemplificada por pensadores utilitaristas como Jeremy Bentham.

Hay otras tesis negadas por la mayoría de los iuspositivistas, éstas son: la tesis de la ley, que predica que el concepto de "derecho" debe ser definido, exclusivamente, a través del concepto de ley; la tesis de la subsunción, la que dice que la aplicación del Derecho puede llevarse a cabo sin consideración alguna a valores; y la tesis de legalismo, misma que predica que las normas jurídicas deben ser obedecidas siempre. Quizá la tesis más utilizada para cuestionar a Kelsen y al positivismo es la del legalismo. No obstante ello, ni éste ni otros autores positivistas han afirmado que el Derecho deba ser obedecido siempre por más inmoral o injusto que sea. Esta posición es también denominada positivismo ideológico y 110 la suscribe ningún positivista importante.

La teoría kelseniana, en particular, y el positivismo, en general, no están exentos de críticas. La separación tajante entre Derecho y moral es útil para identificar o calificar los sistemas jurídicos pero no para definir cabalmente al Derecho ni para fundamentar su obediencia, porque éste es un fenómeno complejo que se expresa en varias dimensiones íntimamente relacionadas y que se condicionan unas a otras.

Una abstracción radical, incluso con fines meramente metodológicos, que desvincule al Derecho de sus dimensiones fáctica, normativa

y axiológica sólo obtendrá una visión parcial del fenómeno jurídico. Kelsen redujo la concepción del Derecho a su dimensión normativa y es evidente que el Derecho es más que un conjunto de normas ajenas a la moral.

Tal vez el problema más grave y, en consecuencia, el aspecto más endeble de la Teoría pura del derecho, radica en intentar sustentar la validez del Derecho exclusivamente en razones jurídicas. La obligatoriedad del Derecho también se funda en razones morales o en motivaciones morales. La respuesta de Kelsen a la pregunta: ¿por qué debemos obedecer al Derecho? es tautológica, pues afirma que debemos obedecer al Derecho porque al Derecho hay que obedecerlo. La referencia a una norma superior como fuente de validez tiene un límite, pues al llegar a la norma jurídica jerárquicamente superior, la Constitución, nos tendremos que volver a preguntar ¿por qué obedecer a la Constitución? Kelsen respondería: porque existe una norma hipotética fundamental que ordena que debemos obedecer a la Constitución, es decir, que debemos asumir o presuponer que ésta y las normas jurídicas que dimanen de ella, son válidas.

Kelsen elude la respuesta porque la aceptación de las normas jurídicas como válidas, es decir, como obligatorias, requiere en última instancia de razones de orden ético, cualquiera que sea el origen o naturaleza de dicho orden.

El relativismo moral asumido por Kelsen es, también, cuestionable. Sostener la relatividad de la moral no significa que no podamos hallar argumentos que nos permitan considerar una moral como mejor o más razonable que otra. En oposición a lo que piensa Kelsen, la actitud tolerante que supuestamente surge del relativismo moral, a partir de la hipótesis de que todos los puntos de vista moral son igualmente válidos, nos llevaría a tener que aceptar cualquier argumento moral como irrefutable y por lo tanto como inmune a cualquier crítica. Esta circunstancia no obsta para aceptar que la moral, como otros instrumentos de impronta humana,

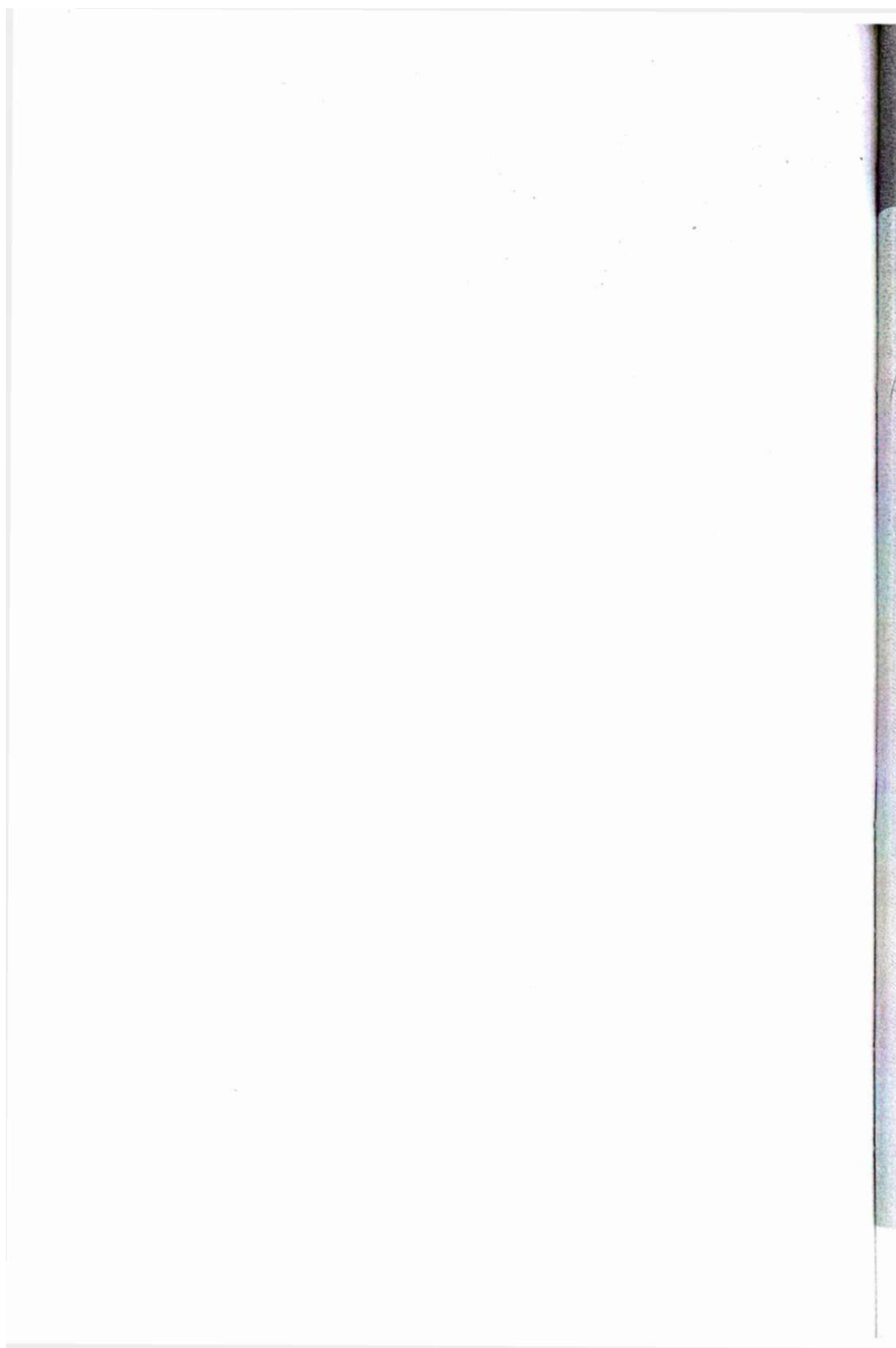
está sujeta a la historia y a otros factores insertos en la cultura.

Otras críticas importantes al positivismo son las referidas tanto a la teoría imperativa del mandato, que reduce el Derecho a una orden, como a la tesis que sostiene que no es posible aplicar la lógica a los conceptos jurídicos. En relación a la teoría del mandato, es evidente que el Derecho no implica sólo órdenes sino normas jurídicas permisivas que crean estructuras de derechos y deberes; con respecto a la segunda tesis, es claro que las leyes de la lógica pueden aplicarse al Derecho porque aun los actos de voluntad, a los que Kelsen considera el origen de las normas morales y jurídicas, como juicios normativos del intelecto, pueden calificarse de verdaderos o falsos.

La importancia de las relaciones entre el Derecho y la moral no se reduce a un debate teórico en el ámbito de la especulación jurídica, sino que se encuentra íntimamente vinculado con la necesidad de dar respuesta a los problemas humanos más trascendentes que conlleva la práctica cotidiana del Derecho. El papel de la moral consiste en justificar la elección, jerarquía y renuncia de los intereses que guían las conductas humanas en el nivel individual y social y, de tal modo, sustentar y producir razones últimas que justifiquen la adopción obligatoria de las conductas prescritas por las normas jurídicas, muchas de las cuales implican para las personas la opción por o el sacrificio de ciertos intereses. La crítica moral del Derecho no pretende debilitar su exigibilidad, sino procurar ordenamientos jurídicos más justos. Es decir, sistemas de Derecho que no se contenten con su validez formal sino que busquen constantemente la justificación de sus contenidos; en suma, perseguir cuidadosamente moralizar el Derecho sin pretender legalizar la moral. Ello significa que si el Derecho es, a fin de cuentas, un instrumento creado por y para el hombre, bien vale la pena ponerlo al servicio de las mejores causas humanas.

Segunda parte

**TEORIA GENERAL DEL
DERECHO Y NOTAS DE
DERECHO POSITIVO
MEXICANO**



Capítulo 4

LA CREACIÓN DEL DERECHO

SUMARIO

- 4.1 Cómo se crea el Derecho
- 4.1.1 La creación del Derecho como un fenómeno complejo
- 4.2 La doctrina tradicional de las fuentes del Derecho
- 4.2.1 Fuentes formales
- 4.2.2 Fuentes formales directas
 - 4.2.2.1 *La legislación*
 - 4.2.2.2 *La costumbre*
 - 4.2.2.3 *Los tratados internacionales*
 - 4.2.2.4 *Normas jurídicas individualizadas*
- 4.2.3 Fuentes formales indirectas
 - 4.2.3.1 *La jurisprudencia*
 - 4.2.3.2 *Los principios generales del Derecho*
 - 4.2.3.3 *La doctrina*
- 4.3 Elementos básicos de Teoría de la Constitución

Resumen

SINOPSIS INTRODUCTORIA

El objetivo de este capítulo es presentar al alumno la forma particular en que se crea el Derecho. Esta creación se califica de singular porque posee formas y procedimientos que le son exclusivos y en virtud de los cuales formaliza y dota de juridicidad y, con ésta, de validez, a las normas que lo integran. Para satisfacer tal objetivo este capítulo se estructura en dos grandes apartados: en el primero se presenta la doctrina tradicional de las fuentes del Derecho esto es, en términos más actuales, el análisis de las formas de producción del ordenamiento jurídico, sin alusión especial a algún sistema de Derecho positivo; en el segundo se esbozan elementos de teoría de la Constitución, a efecto de que el alumno cuente con las bases que le permitan entender el significado, sistematización y funciones de la ley fundamental en un sistema jurídico.

Ambos apartados son complementarios; buscan que la creación del Derecho sea vista no como algo dado, sino como un proceso dirigido y complejo que implica tanto la interacción del sistema jurídico con otros sistemas normativos, como la formalización e integración de normas jurídicas, a partir de procedimientos y asignaciones de competencia y jerarquía específicos.

La idea motora de este capítulo es descifrar la doctrina tradicional de las fuentes del Derecho de un modo más dinámico y actualizado, haciendo ver al alumno que la creación jurídica no se reduce a la producción de normas, sino que se extiende a su interpretación, integración, aplicación y estudio. Y que, además, la producción del Derecho no se agota en el ámbito interno de los Estados, sino que se complementa y enriquece con la producción externa, es decir, con la fuente básica del Derecho internacional, a saber, los tratados internacionales. Todos éstos son procesos insoslayables que crean y recrean al Derecho, adaptándolo así a las circunstancias históricas, políticas, económicas y sociales que lo acompañan y condicionan.

4.1 Cómo se crea el Derecho

4.1.1 La creación del Derecho como un fenómeno complejo

1. Según sabemos, *en las sociedades conviven varios sistemas normativos*, es decir, *distintos ordenamientos de la conducta humana*. Entre éstos encontramos a la moral, los convencionalismos sociales, las religiones y, por supuesto, al *Derecho*.¹ Todos éstos *prescriben conductas*, modos de comportamiento que las personas deben asumir o evitar respecto de la corrección de su propia vida o de sus relaciones con los demás.
2. Es fácil corroborar que tanto la moral positiva más extendida como casi todas las religiones, y prácticamente todos los sistemas de Derecho, *establecen normas que condenan determinadas conductas* (tales como el homicidio, el robo, el secuestro, el incumplimiento con determinados compromisos personales voluntariamente asumidos, entre otros) y *otorgan facultades* (comprar, vender, gozar de los bienes propios, del respeto ajeno, etcétera). Por lo tanto, *son coincidentes en gran parte de su contenido*. ¿Cómo podemos, entonces, *distinguir al Derecho de los otros sistemas normativos con los que alterna?*
3. El Derecho destaca de entre dichos sistemas normativos no sólo porque su objetivo es regular la convivencia social, y por lo general se desentiende del fuero interno de las personas, sino principalmente porque sus *prescripciones poseen una garantía que les permite asegurar su observancia: la coacción institucionalizada*. Esto es que el *Derecho*, a diferencia de los otros sistemas normativos, cuenta con la posibilidad de que si alguno de sus destinatarios no cumpliera con sus prescripciones, éstas podrían hacersele observar por *la fuerza legitimada de la autoridad*. Sabemos ya que se trata de una coacción singular, ejercida por parte de un sujeto calificado y reconocido socialmente.
4. De este modo, la manera efectiva de *distinguir* un sistema normativo como el Derecho de aquellos con los que convive depende, en principio, de *la forma específica en cómo asegura su cumplimiento*. Ello indica que por más que los distintos sistemas normativos *puedan coincidir en contenidos, sólo el Derecho puede imponerse por la fuerza de la autoridad* e incluso en caso de contradicción con las normas de otros sistemas normativos el Derecho *prevalecería*. Esta explicación contesta a la primera pregunta, aunque da pie a una segunda cuestión: *¿Cómo es que ciertas normas sí pertenecen al sistema del Derecho y otras no siendo, en ocasiones, idénticos sus predicados?*
5. El Derecho posee una *particular manera de conformarse*, es decir, de *formalizar* (y con ello de identificar) e *incorporar* (o desincorporar) sus contenidos norma-

¹ Coincidimos con la consideración hecha en este mismo sentido por Atialión y Vilanova: "...el Derecho como forma de coniml social constituye un 'sistemaren el sentido de la moderna teoría de sistemas y no como conjunto de prescripciones lógicamente implicado o deducible) que se encuentra en interrelación con otros 'sistemas'también operantes en el gripto sociocultural en consideración. [...] De acuerdo con el punto de vista de la mtlerna teoría de sistemas el Derecho sería un 'subsistema'del sistema más amplio llamado 'sociedad'. U> característico de un sistema —en esta teoría— consiste en tener 'entradas' y 'salidas'. Dentro de esta teoría advertimos que estos sistemas —que podemos denominar Ss. son distintos de los sistemas propios de la lógica que denominamos SI— porque estos últimos son cerrados sólo admiten como consecuencias válidas las que son deductivamente inferibles del conjunto (de enunciados) que se toman como base ". Véase F.nrique R. Allalió y José Vilanova. *Introducción al Derecho*. Aheledo-Perrol. Buenos Aires. 1992. pp 594, 607.

livos. Esta estructuración opera por medio de una serie de procesos o actos determinados expresamente en cada sistema jurídico, y que son reconocidos como tales por la sociedad; los cuales establecen cómo ciertas prescripciones (normas) adquieren forma jurídica para —a diferencia de las normas de otros ordenamientos— hacerse acreedoras de la garantía especial de aseguramiento¹ con que les dota el poder público (concretado en el Estado, una élite dominante o una sola persona: un rey, un emperador o un tirano).

6. La identificación de las normas que constituyen el Derecho requiere, primero, de un proceso formal por el que la autoridad (la institución encarnada a tales efectos) signa ciertas normas o prescripciones de conducta catalogándolas como *jurídicas*,² esto es, dotándolas de validez. Ello tiene como consecuencia la asignación de una garantía singular (la *coacción*), para el supuesto caso de su incumplimiento, lo cual reviste de eficacia a dichas normas.³ Así las cosas, si el primer paso para

¹ Aquello que Hart llama la *regla de reconocimiento*, esto es, el criterio utilizado por funcionarios y particulares para identificar al Derecho. Cfr. Herben L. A. Hart. *El concepto de Derecho*, trad. Genaro R. Carnó. Abeledo-Perroti. Buenos Aires. 2004, p. 125. Para una ampliación de este tema puede consultarse de Juan Ramón de Páramo. // L. A. Hart y la teoría analítica del Derecho. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1984 pp. 244 y ss.

² La garantía característica y última con que dota el Derecho a sus contenidos normativos es la coacción. Sin embargo, antes de llegar a ésta los sistemas jurídicos contemplan una variada y graduada escala de recursos (que son también formas de garantía) para asegurar la observancia de sus prescripciones. Tal es el caso de las medidas de apremio que dan, previo al uso de la fuerza, cierto margen para que las prescripciones jurídicas sean asumidas, voluntariamente o con medidas menos drásticas, por los destinatarios de las mismas. Se destaca para efectos de este trabajo la coacción legítima con que cuenta el Derecho por ser la más característica y radical de sus garantías, no por ser la única de la que se valen los sistemas jurídicos. Debe tomarse en consideración algo ya mencionado en el capítulo anterior, en el sentido de que no todas las normas jurídicas gozan de coacción y muchas de éstas, por la función que desempeñan en el ordenamiento jurídico, no la necesitan. Ciertamente, los sistemas de Derecho cuentan en general con el recurso de la fuerza legítima, de la que podrán hacer uso incluso discrecionalmente como casi todos los ordenamientos prevén. El recurso a la violencia legítima es un instrumento que conforma al Derecho y que contribuye decididamente a su realización. Todo poder soberano parte de ese presupuesto necesario. El caso paradigmático de esta circunstancia son los estados de excepción, pues permite se suspendan garantías jurídicas fundamentales de los gobernados a efecto de que el Estado pueda hacer frente a una situación extraordinaria o amenazante. Estamos ante la autorización discrecional que la ley otorga para el uso de la fuerza. En el Derecho mexicano este supuesto está contenido en el artículo 29 constitucional, relativo a la suspensión de garantías individuales. Situación que está contemplada también, verbigracia, en la legislación internacional. A nivel interamericano, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 27 I, estipula: "En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social".

³ Por esto Trinidad García ha escrito "La observancia del Derecho positivo implica una labor previa de determinación de las normas vigentes, para poder conocerlas y acuarlas. A su vez, el trabajo de determinación de esas normas requiere el reconocimiento del signo exterior que permita señalarlas con precisión y obedecerlas o aplicarlas" Véase *Apuntes de introducción al estudio del Derecho*. Porrúa. México. 1991. p. 21.

⁵ Como se recordará, en el capítulo II. concretamente, al analizar el cuarto elemento de nuestra definición del Derecho, se indicó, siguiendo a Alf Ross, que el término "validez" podía ser utilizado en tres niveles distintos de discurso. Así, la validez aplicada al Derecho positivo quiere decir que un acto jurídico tiene plenos efectos por ser conforme a dicho Derecho, es decir, que éste lo reconoce como tales. La validez, en el ámbito de la teoría general del Derecho es sinónimo de eficacia: es decir, que una norma pertenece efectivamente a un sistema normativo, en este caso el jurídico y que, por tanto, goza de una serie de garantías que aseguran tal eficacia. Finalmente, a nivel ético, validez es sinónimo de obligatoriedad. Como es obvio suponer, la incorporación de una norma al sistema jurídico del Derecho la dota de eficacia, pues su cumplimiento puede asegurarse por la coacción. Además, esta incorporación válida, en el primer sentido, los actos (jurídicos) apoyados en esa norma dotándolos de plenos efectos legales, es decir, lo que faculta al uso de todos los elementos o garantías con los que el Derecho asegura el cumplimiento de sus normas. Cfr. Alf Ross. *El concepto de validez y otros ensayos*, trad. Genaro R. Carrió y Osvaldo Paschero. Distribuciones Fontamara, México. 1991. pp. 9-32.

la creación o producción del Derecho es un acto o actos de naturaleza formal, ¿de dónde toma su sustancia, contenido o materia el Derecho?

7. El Derecho abreva, toma su materia de los otros sistemas normativos —la moral, la costumbre, los convencionalismos, las normas religiosas— y de su propia experiencia creadora e integradora —legislativa y jurisprudencial—. Esto se realiza a través de un proceso de incorporación de ciertos valores, principios o consideraciones que por razones históricas, políticas y sociales van adquiriendo un consenso que permite se signen como normas jurídicas y se hagan exigibles, ya no como meros requerimientos (morales, religiosos, convencionales, etc.), sino como requerimientos jurídicos coercibles.⁶
8. De acuerdo con lo que precede, la creación del Derecho se manifiesta como un fenómeno complejo constituido por varios procesos o actos que hacen posible tanto su formalización y validación (identificación y declaración de sus normas), como la incorporación de los contenidos que se constituyen efectivamente en normas jurídicas. Gracias a este proceso de formalización-validación-incorporación, el Derecho adopta o adapta sus predicados o contenidos de otros sistemas normativos, así como de su propia experiencia, decantación y estudio. Esto último, reflejado en la producción-formulación de normas, su interpretación, aplicación y análisis.
9. El Derecho, por lo tanto, se concibe no como algo dado ni como el resultado o la invención de un solo hombre ni de una sola sociedad, de un solo momento histórico o de un solo proceso legislativo o jurisprudencial; es la obra de creación permanente que se realiza por un complejo entramado de actos y procesos complementarios que tienen verificativo en un contexto histórico, político y social determinados, que obviamente no pueden reducirse a la acción exclusiva de un legislador o a la deducción de un juez, o al criterio orientador de una jurisprudencia.
10. De tal guisa, para comprender cómo se crea y recrea el Derecho, es menester analizar los ya mencionados procesos y actos por los cuales se identifican determinadas normas de conducta doliéndolas de juridicidad (validez), así como la manera en que al Derecho se incorporan, desincorporan, confirman o renuevan valores, principios, creencias, aspiraciones, necesidades u otros criterios y normas jurídicas, ya sea provenientes de otros sistemas normativos no jurídicos o de la experiencia legislativa, judicial y doctrinal del propio Derecho.
11. En la terminología tradicional, a los procedimientos y actos de formalización-validación de las normas jurídicas se les conoce como fuentes formales, así como a los contenidos normativos que se incorporan al sistema jurídico se les denomina fuentes materiales o reales del Derecho.⁷

Las fuentes formales atienden a la producción del Derecho, las fuentes materiales a la materia o sustancia de éste, como veremos enseguida en detalle.

Dice Coseniini: "Cuando nuevas exigencias o necesidades se manifiestan en una comunidad, y acarrear alteraciones en las relaciones entre individuos, surgen, en correspondencia, nuevas maneras de sentir y de pensar, se determinan una serie de acciones y reacciones entre aquellas exigencias o necesidades y la manera de interpretarlas, de regularlas. Cuando tal procedimiento ha alcanzado un cierto grado de intensidad, se convierte en un mando común, que determina un cambio de las relaciones sociales. Las necesidades sociales, por tanto, se convierten en impulsos y tendencias que orientan de una manera determinada la conciencia colectiva: se manifiesta así una manera de determinarse que, en la conciencia individual, establece la norma de la acción individual; en la conciencia colectiva, la norma de la acción común". Véase Francesco Coseniini. *Filosofía del Derecho*. Editorial Cultura. México. 1930, pp. 49-50

⁷ Eduardo García Máynez opina que "Por fuente formal entendemos los procesos de creación de las normas jurídicas. Jamamos fuentes reales a los factores y elementos que determinan el contenido de tales normas". Véase *Introducción al estudio del Derecho*. Porrúa. México, 1992. p. 51.

CUADRO 4.1 LA CREACIÓN DEL DERECHO

La estructura del Derecho opera por medio de procesos o actos determinados expresamente en cada sistema jurídico, reconocidos como tales por la sociedad, los cuales establecen cómo ciertas prescripciones (normas) adquieren <i>forma jurídica</i> para —a diferencia de las normas de otros ordenamientos— hacerse acreedoras de la garantía especial de aseguramiento (la coacción) con que les dotó el poder público. La creación del Derecho es un proceso de: <i>formalización-validación-incorporación de normas</i>.	
<i>Formalización</i>	Las normas jurídicas deben pasar por un proceso de creación señalado en la ley.
<i>Validación</i>	Las normas al convertirse en jurídicas son signadas, marcadas, validadas y, por lo tanto, se convierten en obligatorias jurídicamente y se garantizan, en su caso, por la coacción.
<i>Incorporación</i>	El Derecho en las normas jurídicas plasma las costumbres, intereses o valores superiores de la sociedad.

4.2 La doctrina tradicional de las fuentes del Derecho

12. La *doctrina tradicional de las fuentes del Derecho* es planteada originalmente por la *Escuela Histórica*⁸ concretamente, por su fundador: *Federico Carlos de Savigny*. Para éste *el Derecho no debía codificarse*, al menos no de forma apresurada ni como producto de una creación racional de los juristas; el Derecho, decía, nace del *espíritu del pueblo*. ' Ése es su origen. Es comprensible que para los historicistas el Derecho se presenta como una creación propia y exclusiva de cada nación, de cada pueblo. Es como su idioma, sus costumbres o su arte, no precisa ser codificado. En tal virtud, su estudio ha de emprenderse *históricamente* conociendo su evolución.¹⁰

⁴ Para una visión sucinta y global sobre los planteamientos de la Escuela Histórica y en particular de Savigny, puede consultarse de José Ma Rodríguez Panlagua. *Historia del pensamiento jurídico*. Facultad de Derecho. Universidad Complutense. Madrid. 1980. pp 189197.

" Anota el propio Savigny: " *todo Derecho nace como derecho consuetudinario, según la expresión no del lodo acertada del lengua/e dominante, es decir, todo Derecho es originado primeramente por la costumbre y las creencias del pueblo y después por la jurisprudencia v. por lanío, en todas partes en virtud de fuerzas internas, que actúan calladamente, y no en virtud del arbitrio de un legislador*" Véase Federico Carlos de Savigny, *De la vocación de nuestra época para la legislación y ta ciencia del Derecho*, irad José Díaz García. Aguilar, Madrid. 1970, p 58.

¹⁰ Explica Rodríguez Camagua en tomo a estas ideas que: "En contraste con las pretensiones citdificadoras. Savigny alude a la evolución histórica para conocer lo que verdaderamente es el Derecho. En las primeras épocas históricas aparece el Derecho claramente integrado dentro del conjunto de las manifestaciones culturales de un pueblo: si ahora podemos tener otro concepto del derecho es porque, al modificar la organización de la vida humana, es sólo una parte del pueblo la que se dedica especialmente a la elaboración del Derecho: los juristas. Pero en realidad el Derecho sigue siendo un producto peculiar, característico de aula pueblo. Por lo demás, no siempre surge el Derecho para atender a necesidades o impulsos de upo general, puede obedecerá las necesidades o requerimientos de un determiuido grupo, de un pequeño círculo: pero aun así es posible una conciencia común de todo el pueblo. En lodo caso siempre es decisivo, o al menos insoslayable, siempre ha de tenerse en cuenta, este elemento 'natural'(en oposición al 'técnico'de los juristas) en el surgimiento del Derecho. El Derecho no se ha de entender, pues, pnmordialmente como un producto que surge racionalmente en las mentes de los juristas, sino como un resultado de la situación, las necesutades v la conciencia del pueblo ". Véase *Historia del pensamiento jurídico...* op. tlf., p 190. Savigny debatió, en relación con las pretensiones codificadoras, con otro jurista alemán de su época quien si consideraba oportuno se instaurase un código civil para Alemania. Este jurista era A. F. J. Thibaut. cuyas ideas

13. Si el Derecho para Savigny halla su *fente* en el *espíritu de los pueblos*, ¿qué significan las fuentes del Derecho para él? Las *fuentes* son para Savigny *manifestaciones exteriores y artificiales del Derecho*, las cuales poseen un carácter simplemente declarativo, pues la *materia* de las reglas jurídicas es ya *vigente y preexistente en la conciencia popular*.¹² Es decir, que la doctrina tradicional de las *fuentes* no es propiamente dicho una teoría de la creación del Derecho, sino de su identificación y declaración; el contenido del Derecho, su "*fente*" antecede a sus "*fuentes*". Sin embargo, nuestro autor no niega en absoluto el valor de las leyes declaradas por las *fuentes*. De hecho, su codificación sirve para que se aclaren los puntos oscuros y se precisen los límites a que se extiende la validez de la costumbre otorgando, así, *certeza y seguridad jurídicas*.¹² Como veremos, estos dos últimos valores son los que subyacen principalmente en la teoría tradicional de las fuentes.
14. Hoy día, el concepto de "*fuentes*" es el generalmente aceptado para referirse a los *elementos constitutivos que son necesarios para la creación del Derecho*; es decir, tanto a la *formalización-validación que incorpora y distingue a las normas jurídicas*, como a los *contenidos que son materia de incorporación*. Por su extendido uso adoptaremos dicho concepto de "*fuentes*", no sin antes hacer algunas precisiones.
15. Por principio de cuentas, el término "*fente*" es una *expresión equívoca* porque según hemos notado, unas son las *formas de manifestación y exteriorización* de la norma jurídica, y otro *lo que da origen o nacimiento al Derecho* que, por cierto.

se encuentran plasmadas en su obra, publicada en 1814: "Sobre la necesidad de un Derecho Civil general para Alemania", trad. José Díaz/ García, *la codificación*. Aguilar. Madrid. 1970.

" Por eso es que en este sentido expresa Savigny: " estas leyes nuevas se promulgarían a menudo tan solo a *Hirentemenie*, ya que lo que en un país fuera nuevo, en otro ya habría estado vigente, debido a lo cual no podría hablarse aquí de un Derecho nuevo, sino de un Derecho ya existente en núcleos de población afines, al que únicamente se le han modificado las *fromeras* de su aplicación " Véase F. C de Savigny. *De la vocación de nuestra época ... op. cit.*, pp. 61-62.

¹² Dice Savigny a este respecto: " el Derecho debe dar origen a la más elevada *certeza jurídica* v. con ella, a la más elevada *seguridad* de una aplicación uniforme. Según esto, es preciso corregir y rectificar los límites externos de la validez del Derecho, puesto que. en lugar de distintos Derechos locales, debe aparecer un Derecho nacional general". Véase *ibid.*, p. 63. A esta función contribuyen, especialmente, las *fuentes del Derecho*

" Francisco Balaguer Callejón en su obra *fuentes del Derecho*. I. *Principios del ordenamiento constitucional*, Tecnos, Madrid. 1991, hace una atinada crítica a la *doctrina tradicional de las fuentes*, usando su propia terminología. En la parte respectiva de dicha obra, este autor expresa: "De acuerdo con la clásica *metáfora*, al igual que la *fente natural* indica el lugar donde el agua surge de las entrañas de la tierra, las *fuentes del Derecho* podrían definirse también como la *manifestación* de un estado de transición en el Derecho, de lo invisible a lo visible. Esta hermosa *metáfora* y otras similares, que en cierta medida han constituido un lugar común en el tratamiento doctrinal de las fuentes, esconden tras su lirismo una *inerte realidad* para el científico del Derecho, va que no expresan sino la *perturbación* a que se somete el estudio de esta materia. Esta *perturbación* puede atribuirse a diversos factores: 1) En primer lugar se trata de un concepto —el de las fuentes del Derecho— que refleja una cierta connotación *iusnaturalista*. mui tendencia a considerar el Derecho como algo dado, *preexistente*, que es necesario descubrir. A ello se une el carácter tradicionalmente *iusprivatista* de la disciplina que se inscribe dentro de esa dinámica de análisis del derecho ya producido y no de su producción, y que ha condicionado la doctrina de las fuentes limitando su desarrollo. 2) En segundo lugar, el concepto suele mezclarse, casi inevitablemente, con la noción de *fente del Derecho* esto es, con la pregunta acerca del origen último del Derecho. Cuestión esta que puede provocar confusiones importantes en el tratamiento científico de las fuentes potenciando su carácter especulativo. 3) En tercer lugar, y puesto que la idea de *fente* implica una remisión al origen del Derecho, supone también una orientación metodológica parcialmente inadecuada para un análisis actual de la materia. Ante todo, porque conduce a eludir cuestiones referidas a la aplicación del Derecho, que son. sin embargo, ineludibles para un conocimiento adecuado del sistema normativo. Además, porque en esta formulación clásica el origen va referido al *órgano productor de!* Derecho, perspectiva que tampoco sirve para dar cuenta de la complejidad actual de las formas de producción jurídica ". Véase *fuentes del Derecho* I. . . . op. cit. pp. 31-32. Cfr., también, Enrique R. Aftalión y José Vilanova. *Introducción al Derecho*, op. cit., p. 627 y Fausto E. Vallado Berrán. *Introducción al estudio del Derecho*, Hertero. México. 1961. p. 169-170. respecto de lo inapropiado de la expresión "*fuentes*".

no sólo se constituye de leyes. Entonces, *sólo de donde emana o se materializa el Derecho (los contenidos del mismo), en sentido estricto, merecería el calificativo de fuente*. Los procedimientos en que se formaliza el Derecho son exclusivamente *métodos de identificación o reformulación* de los contenidos normativos que por causa de ese proceso, se incorporan al sistema jurídico prevaleciente adquiriendo *validez jurídica*."

16. La *doctrina tradicional de las fuentes* muestra su *insuficiencia* a partir de la confusión de estas dos ideas clave: la primera, *el origen del Derecho*, y la segunda sus *formas de producción*. Tal confusión se complica si constatamos que ese desarrollo tradicional ha ignorado varias cuestiones de suyo importantes: en relación con la primera idea, la *presencia de otros ordenamientos* que conviven con el jurídico incluyéndolo. Buena parte de los contenidos normativos del Derecho provienen del ámbito de la moral. El Derecho se va construyendo, no se descubre, dado que no es obra autónoma o exclusiva de sí mismo, salvo en su simple formalización. Y en relación con la segunda idea, porque la forma recurrente de explicarlas se *circumscribe a las normas jurídicas de un Estado y desconoce la*, cada día mayor, *presencia* de formas de producción normativa singularmente trascendentes que, si bien son propiciadas por el propio Estado, se dan en un espacio exterior a éste, como sucede con el *Derecho internacional*,⁶
17. Además, la *doctrina tradicional de las fuentes* se limita a *enunciar y describir la jerarquía de las formas de producción del Derecho* y no abunda sobre *las relaciones de complementariedad que entre tales fuentes existe*. Ni todas las fuentes del Derecho producen normas jurídicas ni todas, en su momento, es necesario que lo hagan. La *aplicación e interpretación de las leyes, su análisis y sistematización* juegan un *papel protagónico que tiende a diluirse, injustificadamente, por virtud del lugar secundario que se les asigna, en relación con la ley, dentro de la pirámide de prioridad normativa*.⁶
18. La doctrina tradicional en consideración clasifica en tres tipos las *fuentes del Derecho: formales, reales e históricas*. Las primeras son todos aquellos *procesos o actos a través de los cuales se identifica a las normas jurídicas dotándolas de juridicidad (validez)*, es decir, *de la protección especial que asegura su cumplimiento (la coacción)*. Las segundas son todos los *contenidos normativos que*

" Este man/. ID anuncia Ovilla Mandujano así: "En la terminología jurídica, la palabra fuente está mal empleada, el tema debe llamarse creación de normas, eventualmente autoproceso de creación de normas. Sin embargo, por la tradición se ha permitido la supervivencia del concepto, lo que ha originado algunas confusiones. Se confunden las fuentes del derecho, las fuentes de la ley y las fuentes de las normas El origen del primero es la sociedad, el origen de la segunda el proceso legislativo, y el origen de la tercera, las normas mismas de superior jerarquía ". Véase Manuel Ovilla Mandujano. *Teoría de! Derecho*. Duero. México. 1990, p 210.

" Esta limitación es explicable por el tiempo en que se genera la doctrina tradicional de las fuentes del Derecho, caracterizado por un fuerte acento de la idea de soberanía jurídica de los Estados nacionales En ese marco, el Derecho internacional sólo se desenvolvía en el estrecho margen de la relación entre gobiernos, con acciones que difícilmente trascendían a los particulares Hue hasta después de la Segunda Guerra Mundial que el Derecho internacional comienza a ser visto y aceptado como una fuente de derechos y obligaciones que efectivamente vinculaba a los ciudadanos de los Estados. Dichos ciudadanos. por lo tanto, quedaban así sujetos a una normatividad que no surgía de los órganos creadores del propio sistema jurídico del Estado, sino de fuera de él Véase Richard B. Lillich. *International lluman Highls Problems of Law, Policy. and Practice*. Editorial Advisory Board. Little. Brown and Company. Boston-Toronto-Londres, 1991, pp. 232, 372.

"* A nuestro parecer, en los países de tradición jurídica escrita esta delegación ha desplazado a segundo plano el estudio, utilidad y trascendencia de la jurisprudencia. La ley requiere de aplicación e interpretación para adquirir su plenitud jurídica La depreciación de las fuentes secundarias o indirectas del Derecho es uno de los graves perjuicios que ha traído la identificación y hasta fusión de éste con la ley

constituyen la materia que se incorpora a las normas jurídicas, como los valores o principios morales, las aspiraciones o los principios sociales, las necesidades a satisfacer, los criterios, las costumbres, etc." Y las terceras y últimas son aquellos documentos o textos de Derecho positivo no vigente que fungen como inspiración o antecedente de la formalización del Derecho.

19. Estas clasificaciones doctrinales, que toman en cuenta criterios teórico-metodológicos, pueden cambiar *dependiendo del sistema jurídico de que se trate*. Como mencionamos antes, *cada sistema jurídico en concreto especificará cuáles son sus fuentes formales*, esto es, *cuáles son los criterios de identificación-validación e incorporación de las normas a su sistema jurídico*. Asimismo, *determinará qué otros actos o procedimientos coadyuvarán a la creación o conformación del Derecho*, por vía del estudio, la utilización de la experiencia jurídica y la interpretación de las normas jurídicas mismas.
20. Otro aspecto digno de destacar en torno a lo anterior, es la *jerarquía u orden de importancia* que cada sistema jurídico otorga a sus distintas fuentes formales. Los *sistemas jurídicos denominados de derecho escrito* como el mexicano, el español, el francés y prácticamente todos los sistemas jurídicos de América Latina, *dan a la ley o a la legislación un sitio preponderante*. En cambio, los *sistemas de derecho consuetudinario* (common law) como el Derecho inglés y el de los Estados Unidos de Norteamérica, otorgan el lugar predominante a los llamados *precedentes judiciales*, que son las decisiones emitidas por los jueces.¹⁸
21. Junto a la idea de *jerarquía* a la que exclusivamente se ha plegado la ordenación de las fuentes debe sumarse la de *competencia*. La *articulación entre unas y otras fuentes no está sujeta exclusivamente al lugar que ocupan en una pirámide de normas, sino a la materia y asuntos sobre los cuales pueden versar y ocuparse*. Así, en los modernos Estados de Derecho ciertas leyes jerárquicamente superiores no pueden actuar o imponerse a otras menores, porque carecen de *competencia* para regir una materia específica en un ámbito determinado de la vida social.
22. Por ejemplo, cuando los órganos legislativos de las entidades que componen una federación tienen exclusividad competencial sobre ciertas materias, sus leyes, no obstante gozar de un rango en inferior a las leyes federales, se antepondrán a éstas, *no en razón de su nivel jerárquico, sino porque sólo a las locales corresponde—según la Constitución federal— la facultad exclusiva de legislar en materias específicas*. En consecuencia, la interrelación de las fuentes de Derecho atiende tanto a la *jerarquía* como a la *competencia normativa*.¹⁹

" Señala IX- Pina que: "texas fuentes materiales son ciertos ítems ideales (incitaciones y pensamiento) o social-vitales que, para convenirse en preceptos jurídicos, necesitan recorrer un camino que es, cabalmente, el de las fuentes formales. Por eso, la cuestión sobre las fuentes materiales versa sobre el 'por qué' del derecho: en cambio, el problema de las fuentes formales refiérese al 'si y al cómo' del mismo, y esta cuestión se plantea estrictamente dentro de la experiencia jurídica y no necesita ser llevada más allá de los límites de un sistema jurídico positivo". Véase Rafael de Pina. *Derecho civil mexicano*. Pomía. México. 1978. pp. 87-88.

Cfr. Frederick G. Kempin Jr., *Historical Introduction to Anglo-American law (in a nutshell)*. West Publishing Co., St. Paul. Minn. 1990. Dentro de la literatura jurídica en español puede consultarse sobre este punto: Eugenio Ursúa-Cocke. *Elementos del sistema jurídico anglosajón*. Porrúa. México, 1984; y de Oscar Rabasa. *El Derecho angloamericano*. Porrúa. México. 1982. Véase, en particular, de John Henry Merryman. *La tradición jurídica romano canónica*, trad. Carlos Sierra. FCE. México. 1971.

Cfr. Francisco Balaguer Callejón, *Fuentes del Derecho. I. op. cit.*, p. 53

CUADRO 4.2 LAS FUENTES DEL DERECHO SEGÚN LA DOCTRINA CLÁSICA	
Clases de fuentes jurídicas	Formales: procesos o actos a través de los cuales se identifica a las normas jurídicas dotándolas de juridicidad (validez) y de la protección especial que asegura su cumplimiento (la coacción).
	Materiales o reales: contenidos normativos que constituyen la materia que se incorpora a las normas jurídicas, como valores o principios morales, aspiracionales o sociales; necesidades a satisfacer, criterios, costumbres, etcétera.
	Históricas: documentos o textos de Derecho positivo no vigente que fungan como inspiración o antecedente de la formalización del Derecho.

4.2.1 Fuentes formales

23. El análisis de las *fuentes formales* no es sino el estudio de *los procesos y actos a través de los cuales algunas reglas de otros sistemas, ciertos intereses y valores se incorporan a los sistemas de Derecho positivo surgiendo en efecto como normas jurídicas*. Al formalizarse e incorporarse al sistema jurídico, esas normas son dotadas de *validez jurídica*, ello significa que al ser parte del sistema jurídico poseen carácter vinculatorio y su *eficacia* (su efectivo cumplimiento, en caso de inobservancia) está asegurada por la *coacción*. *Validez* que implica que ciertas normas al formalizarse e identificarse como jurídicas *se les considere pertenecientes al sistema normativo del Derecho*.
24. El que una norma esté validada por el Derecho, significa que puede hacerse *eficaz* de una manera especial, única y exclusiva de las normas jurídicas: *valiéndose de la fuerza legitimada estatuida a tales efectos*. De las normas que son ajenas al Derecho no puede exigirse su *cumplimiento jurídico*, por más que dichas normas, en función de su propio sistema normativo (la moral, la religión), sean perfectamente obligatorias (y en sentido ético, válidas).
25. La *elaboración de las normas jurídicas* corre a cargo tanto de la *autoridad* —órganos legislativos, ejecutivos o judiciales— como de los *particulares* —a través de la costumbre jurídica o de sus contratos privados—. Dichas *normas jurídicas* según sean sus *fuentes*, adquieren la *forma* de *ley*, *jurisprudencia*, *costumbre jurídica* o *normas jurídicas individualizadas*. El trabajo de los juristas por medio del estudio científico de lo jurídico (análisis, sistematización, crítica), también se toma en cuenta como *coadyuvante* en la conformación, más que de la norma jurídica, de la creación del Derecho. Esta contribución recibe el nombre de *doctrina* o *Derecho científico*. Así, resulta fácil deducir que la *importancia* y el *ámbito de aplicación de las normas jurídicas surgidas de unas u otras fuentes formales son distintos*. Procedamos a su descripción y análisis específicos.
26. Con el concepto de *fuentes formales del Derecho*, según se indicó, se alude a los *procedimientos* o *actos* que *dan forma o validan (dotan de eficacia) a las normas que constituyen el sistema jurídico*. Ello quiere subrayar, que unos y otros *signan a las normas* para que éstas puedan llegar a constituir el sistema de Derecho positivo. Los procesos y actos de creación de las normas jurídicas les *asignan su*

identidad, con un efecto práctico de suma importancia: autoridades y sociedad pueden distinguirlas de las otras normas de conducta con las que se convive en comunidad

21. Estos procedimientos y actos al *incorporar o expulsar del sistema jurídico, respectivamente. nuevas normas y normas obsoletas, hacen que dichos sistemas se vayan adaptando históricamente a los nuevos valores y las necesidades que se considera deben hacerse exigibles a través del Derecho.* En un sentido más amplio, a través de las *fuentes formales, el Derecho crea y recrea sus contenidos.* Tales fuentes serían, en general: la *legislación*, la *costumbre*, la *jurisprudencia*, los *principios generales del Derecho*, la *doctrina*, así como todos aquellos *actos jurídicos de autoridad* (resoluciones administrativas y judiciales) y de *particulares* (contratos) de los que se deriven *normas jurídicas individualizadas*, esto es, aplicables obligatoria y coactivamente sólo a determinadas personas. Son también fuente formal del Derecho los *tratados internacionales*.
28. Ahora bien, en sentido estricto, las *fuentes formales* se pueden clasificar en **directas e indirectas**. Las primeras *son las que producen normas jurídicas* (sea de general aplicación como una ley, o individualizada, como la norma jurídica derivada de un contrato o una sentencia judicial). Las segundas *coadyuvan en su elaboración a través de la interpretación, la orientación y el estudio.* Como veremos, técnicamente dentro de las **directas** cabe ubicar a la *legislación*, la *costumbre* y los *tratados internacionales*, así como a los *actos que generan normas jurídicas individualizadas*. Dentro de las **indirectas** están la *jurisprudencia*, los *principios generales del Derecho* y la *doctrina*.²⁰

CUADRO 4.3 FUENTES FORMALES (NORMAS SOBRE PRODUCCIÓN JURÍDICA)	
<i>Directas</i> Producen normas jurídicas.	<i>Indirectas</i> Coadyuvan en la elaboración, interpretación, orientación y estudio de la norma y de los sistemas jurídicos.
<i>Legislación</i> A través del proceso legislativo se producen leyes. Una ley es la norma jurídica general, abstracta obligatoria y coercible. La legislación es la principal fuente de normas jurídicas en los sistemas de Derecho escrito, como el mexicano.	<i>Jurisprudencia</i> Es el conjunto de principios, criterios, precedentes o doctrinas que se encuentran en las sentencias o fallos de los jueces o tribunales.
<i>Costumbre</i> Es la repetición de acciones al interior de una sociedad que dada su reiteración, aceptación y permanencia van adquiriendo fuerza normativa, apareciendo como obligatorias. Para tener relevancia jurídica debe ser reconocida por el Derecho, lo que la hace ser fuente supletoria y delegada.	<i>Principios generales del Derecho</i> Es el conjunto de criterios orientadores, insertos expresa o tácitamente en todo sistema jurídico, cuyo objeto es dirigir e inspirar al legislador y al juzgador y, en su caso, suplir las insuficiencias o ausencias de la ley u otras fuentes formales

²⁰ Cfr. *ibid.*, p. 88.

Tratado internacional Es el acuerdo celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular.	Doctrina Comprende los estudios, análisis y crítica que los juristas realizan con carácter científico, no sólo de los sistemas de Derecho positivo sino del Derecho en general.
Normas jurídicas individualizadas Son aquellos actos de la autoridad o de los particulares que efectivamente generan normas jurídicas, pero no de aplicación general como la ley, los tratados internacionales y la costumbre, sino individualizada o interpartes.	

4.2.2 Fuentes formales directas

29. Es necesario precisar que las *fuentes formales* son las *categorías conceptuales* que hacen referencia a los *procedimientos de creación de las normas*. Sin embargo, en los ordenamientos o sistemas jurídicos de Derecho positivo estas categorías no se integran como tales, sino necesariamente como *normas jurídicas*. ¿A qué tipo de normas específicas queda encomendada tal integración? Pues bien, *las normas que en cada ordenamiento o sistema de Derecho positivo nos indican cuáles son esas fuentes* reciben el nombre de *normas sobre producción jurídica*.¹¹
30. En efecto, a las *normas sobre producción jurídica* queda encomendada la *regulación del proceso de creación normativa*, es decir, el *régimen de cada una de las fuentes, las relaciones entre las fuentes mismas y su aplicación*. Estas normas no sólo producen normas sustantivas, materiales o de contenido sino que, incluso, se producen a sí mismas." Cuando en un sistema de Derecho positivo se quiera identificar a las fuentes del Derecho, éstas no aparecerán como tales, sino en cuanto *normas sobre producción jurídica*
31. De esta distinción resulta no la exclusión sino la *complementariedad* de ambos términos. Por un lado, las *normas sobre producción jurídica* permiten que una *categoría conceptual*, como la de *fuentes del Derecho*, se articule en los *ordenamientos jurídicos*, otorgándole efectos normativos. Por el otro, la *ubicación* de las *normas sobre producción* dentro de las *distintas clases de fuentes*, nos permite comprender que estas normas no aparecen aisladamente en los diversos ordenamientos, sino integradas en aquéllas, *con lo cual se define el régimen jurídico que le es propio a cada norma en función del tipo de fuente al que pertenezca* (legislación, costumbre, tratados internacionales, etcétera).¹² Circunstancia que enseguida tendremos ocasión de estudiar.

Cfr. Gustavo Zagrebelsky. *Manuale di diritto costituzionale. Il sistema delle fonti del diritto*. vol. I.. Unione Tipografico-Editrice Torinese. Turin. 1994. Véase capítulos I y II.

¹¹Cfr. Francisco Balaguer Callejón. *Fuentes del Derecho*. /.. op cit.. p. 67

¹²M Francisco Balaguer Callejón dice: *"la fuente es sólo una forma que integra normas a las que confiere un régimen jurídico propio. Por eso el concepto fuente del Derecho resulta de gran utilidad para contraponerlo al de NSP (normas sobre producción jurídica) en referencia a la relación productiva que se genera entre las NSP y (ya no el resto de las normas, ni las normas producidas sino) el ordenamiento jurídico. Esu NSP se relacionan con el ordenamiento jurídico a través de las fuentes del Derecho. Las NSP producen normas que se incorporan al ordenamiento mediante el soporte formal que proporcionan las fuentes del derecho, y se producen a sí mismas también por medio de las fuentes del Derecho". Uti supra.*

4.2.2.1 LA LEGISLACIÓN

32. Es la *legislación*, sobre todo en los sistemas jurídicos de derecho escrito, la *principal fuente formal de las normas de Derecho positivo*. El producto individual de la *legislación* es la *ley*, por tal se entiende a la *norma jurídica que, con carácter general y obligatorio, resulta de un proceso específico de creación por parte del órgano o autoridad facultada al efecto*. Al proceso formal de elaboración de las leyes y a la institución encargada del mismo se les denomina, respectivamente, **proceso legislativo y autoridad, poder u órgano legislativo**. Dicho *proceso* se compone de una *serie sistematizada de actos formales en que la autoridad o autoridades respectivas, de acuerdo con las modalidades del sistema jurídico en cuestión, elaboran y dan a conocer las leyes que estarán vigentes, así como aquellas que dejan de estarlo vía su derogación o abrogación*.
33. La *ley* se expresa *de modo escrito*, con el fin de hacer más claras sus prescripciones y de que pueda ser conocida por todos sus destinatarios. El *contenido de la ley puede ser cualquiera pero su forma no*. La *ley*, por lo general, posee las siguientes *características formales*: *abstracción, generalidad, obligatoriedad y coercibilidad*.
34. La *abstracción* como característica de la *ley* exige que ésta sea *formulada en términos de una hipótesis general de deber ser*, en la cual se pueda *encuadrar* cualquier situación concreta que pueda o no darse en la realidad. La *ley*, entonces, se aplicará cuando los *rasgos fundamentales* del hecho o acto sucedido en la realidad *coincidan* con los establecidos *en abstracto* en la *hipótesis* normativa. Ello significa que la *ley* debe ser establecida como un *supuesto que puede o no acaecer, pero que rige para todos los casos posibles que, sucedidos en la realidad, se adecúen a los rasgos fundamentales descritos abstractamente por la norma*.
35. La *ley* hace uso de la *abstracción*, **a fin de poder englobar más fácilmente en sus enunciados formales la multiplicidad de situaciones posibles que pueden acaecer en la realidad**. Dado que es prácticamente imposible establecer o identificar todas estas situaciones, la *ley* *abstrae*, por medio de una operación intelectual, sus *rasgos fundamentales* y los enuncia como norma. Así, sin describirlos individualmente sino sólo en sus rasgos esenciales, en una *ley* quedan comprendidos todos los hechos o actos que los posean y a los cuales se aplicará cuando tengan verificativo en la realidad.¹⁴
36. La *generalidad* ' de la *ley* exige que ésta sea establecida *dirigiendo sus prescripciones a todos aquellos que estén contemplados en su supuesto o hipótesis nor-*

¹⁴ Así, por ejemplo, el artículo 2248 del Código Civil Federal en México, prescribe "*Habrá compraventa cuando uno de los contratantes se obliga a transferir la propiedad de una cosa o de un derecho, y el otro a su vez: se obliga a pagar por ellos un precio cierto y en dinero*". Como puede verse la *ley* no alude a casos concretos, sino que *abstrae* los elementos jurídicos esenciales que constituyen un acto jurídico de compraventa, a saber, la transferencia de la propiedad y el pago de un precio. De tal modo, si una persona paga a otra una cantidad de dinero para quedarse con la propiedad de un automóvil, un terreno o la acción de una sociedad anónima, por ejemplo, ese acto será una compraventa, independientemente de cuánto se pague y cuál sea el bien cuya propiedad se transfiera. Y ello, en virtud de que los elementos de estos actos jurídicos concretos coinciden con los elementos esenciales prescritos abstractamente en la *ley*. Por lo tanto, la compraventa o compraventas en cuestión quedarán subordinadas, en lo general, a ésta y a las demás normas fijadas en la *ley*.

¹⁵ Es importante distinguir entre *generalidad* y *universalidad* de las normas. El que una norma sea *universal* significa que sus destinatarios son todos los miembros de una clase. Entonces, la universalidad atañe a la *forma lógica* de las normas. Cuando una norma prescribe "*Las sociedades anónimas deberán pagar sus impuestos el primer día hábil de cada año*", de esa norma se podrá decir que es *universal* pues se refiere a todas las sociedades anónimas, sin excepción. *F.s. decir. "Todo A (sociedad anónima) debe B (pagar impuestos el primer día hábil del año)"*. La *generalidad* en cambio se refiere a la *amplitud numérica* de los destinatarios de la norma, por lo tanto es una *cualidad graduable*. Una norma puede ser

motiva. Por lo tanto, todos los sujetos contemplados bajo el supuesto de ley deben ser regulados por ésta. Las leyes que son formuladas para una persona o personas en lo individual, no cumplen con este principio formal de generalidad tornándolas técnicamente defectuosas. Las normas jurídicas emitidas así por el Poder Legislativo reciben el nombre de *leyes privativas* y, en general, están prohibidas por los distintos sistemas de Derecho positivo.

37. La *obligatoriedad*, según fue estudiada en la primera parte de este libro, *no es una característica singular de las normas jurídicas sino de las normas de cualquier clase de ordenamiento*. Toda norma obliga, plantea un deber ser, una conducta o una abstención debida. Sin embargo, la *obligatoriedad jurídica* es **singular**, porque el Derecho garantiza por medio de la coacción el cumplimiento de sus normas. Además, la obligatoriedad de las normas jurídicas, en principio, se considera sustentada en los valores jurídicos y éticos de los cuales el Derecho positivo es generador y portador, respectivamente.²⁶
38. La *coercibilidad* es una nota propia del Derecho que, entre otras, lo distingue de la moral. Kmpero, lo mismo que la obligatoriedad, la *coercibilidad jurídica* es especial. Coercibilidad significa que *un mandato pueda ser impuesto aun en contra de la voluntad de los destinatarios*. Sin embargo, cualquier mandato, incluso los que no provengan del Derecho pueden, si se quiere, hacerse coercibles aplicando para ello una fuerza o violencia física o moral (el chantaje, por ejemplo). **La violencia física de que el Derecho echa mano en los supuestos de incumplimiento, está legitimada, validada por el grupo social o por quienes detentan el poder**. Esa coercibilidad la hemos denominado *coacción* y se constituye en el *instrumento* para hacer efectiva una norma, sobre todo aquellas que contienen una *sanción*.
39. Cabe hacer notar que *no todas las leyes están dotadas de sanción*, es decir, que por más que sean obligatorias no se puede castigar su incumplimiento. Esta circunstancia es perfectamente explicable en los sistemas jurídicos, y su origen puede hallarse en un *error del legislador* o en la *función de la norma misma*. En el primer caso

más o menos general según sea el número de sus destinatarios. En consecuencia, la universalidad no implica ni requiere lógicamente a la generalidad, *la universalidad es la forma en que se expresa una norma, la generalidad la amplitud del círculo de sus destinatarios*, no debe de extrañar entonces que normas formalmente universales tengan como destinatarios a unos cuantos individuos. Ilustremos esto último con el ejemplo anterior. La norma que prescribe "*Las sociedades anónimas deberán pagar sus impuestos el primer día hábil del año*" cumple con el principio formal de universalidad pues está dirigida a todas las sociedades anónimas existentes en el espacio y tiempo para el que se ha producido la norma. Sin embargo, puede suceder que en la realidad sólo existan unas cuantas sociedades anónimas o quizá sólo una, lo cual hace a la norma en consideración muy poco general. La doctrina tradicional se refiere a la generalidad de las normas como *universalidad lógica*, es decir, como requisito formal de las normas jurídicas, lo cual la vincula con el principio de seguridad jurídica, *al que nosotros hemos ubicado precisamente como un principio de justicia formal, es decir, de legalidad*. Ello explica que *normas perfectas, en lo que concierne al principio de universalidad, puedan ser desigualitarias o discriminatorias*. Por ejemplo: si una norma prescribe "*Exis personas de raza blanca carecen de derechos políticos*". ésta es una norma perfecta formalmente, no es privativa, pues va dirigida a todos los miembros de una clase, a saber, todas las personas de raza blanca. Queda claro que aun siendo dicha norma formalmente intachable, éticamente no lo es, ya que el privar a las personas de ciertos derechos, como los políticos, por el sólo e irrelevante hecho de pertenecer a una cierta raza, es discriminatorio, lo cual incumple con el *principio de igualdad* y no con la *consistencia normativa* que exige la universalidad. La discriminación puede, entonces, tener como vehículo tanto a una norma privativa como a una norma general (entendida como universalidad lógica). En resumen, la *generalidad de la ley no garantiza su igualdad material*. Puede consultarse sobre este punto el artículo de Francisco t. aporta. "*El principio de igualdad: Introducción a su análisis*", en *Sistema*. Madrid, pp. 6-10, principalmente.

* Véase al efecto, también en la primera parte de este libro, los capítulos I y II. específicamente los apartados "Los valores del Derecho y la justicia" y "Nuestra definición del Derecho"

la explicación sobra; en el segundo, la falta de sanción de ciertas normas jurídicas obedece a que no todas ellas poseen un contenido material sancionable, una conducta, ya que, o rigen la producción de otras normas, su jerarquía o competencia, o cumplen un papel interpretativo, programático, orientador o inspirador, como el de los *principios*.

40. Así, al respecto de su *aplicación en el tiempo* las leyes deben cumplir con el *principio de no retroactividad*, lo cual significa que éstas *habrán de regir para los hechos y actos presentes y futuros y no para aquellos sucedidos antes de su promulgación*. Este principio persigue la *preservación de la seguridad jurídica* para el gobernado, ya que resultaría ilógico y arbitrario que se impusieran responsabilidades jurídicas por circunstancias sobre las cuales no existía aún normatividad, o si la había, ésta no contemplaba ciertos supuestos. Pero este principio tiene sus *excepciones*, la más típica de ellas es la que *justifica la aplicación retroactiva de una ley si con ésta se hacen extensivas ciertas ventajas o beneficios a sujetos que llevaron a cabo actos o hechos jurídicos anteriores a la promulgación de la norma*.
41. La *leyes* pueden *clasificarse* desde múltiples puntos de vista. Por esto, sólo citaremos aquí algunos criterios que pueden resultarnos útiles.¹

- Por su **contenido** las leyes pueden ser *positivas* (si autorizan o facultan), *negativas* (si prohíben); *interpretativas* (si desentrañan el sentido de otra ley), *supletorias* (si llenan la laguna dejada por otra ley); *taxativas* (si obligan siempre a su observancia), *dispositivas* (si su aplicación depende de la voluntad de las partes).
- Por el **sistema jurídico al que pertenecen**, las leyes pueden ser *nacionales o extranjeras*.
 - Por su **ámbito espacial de validez**, pueden ser *generales* (si rigen en todo un Estado) o *locales* (si rigen sólo en parte de un territorio).
 - Por su **ámbito temporal de validez**, las leyes son de *vigencia indeterminada* (si el legislador no especificó cuándo dejarían de regir) o *determinada* (cuando expresamente se fijó su lapso de vigencia).
 - Por las **sanciones que aplican**, las leyes pueden ser *perfectas* (si prevén la inexistencia o nulidad del acto jurídico) e *imperfectas* (si no prevén ninguna sanción), *más que perfectas* (si además del castigo al infractor exigen una indemnización), *menos que perfectas* (si hay una sanción pero el acto produce sus efectos jurídicos).
- Por su jerarquía, las leyes pueden ser *constitucionales* (si pertenecen a la ley de máximo estatus en un Estado); *ordinarias* (leyes que derivan de las constitucionales); *reglamentarias* (leyes que sirven para aplicar las ordinarias).

CUADRO 4.4 LA LEGISLACIÓN	
La legislación: principal fuente formal de las normas de Derecho positivo.	

¹Cfr. Eduardo García Máynez. *Introducción al estudio del Derecho*, op. cit., p. 78 y ss.

Ley: producto individual de la legislación. La ley es la norma jurídica que con carácter general y obligatorio resulta de un proceso específico de creación por parte del órgano legislativo	
La ley se expresa característicamente de modo escrito	
Características formales de la ley	abstracción
	generalidad
	obligatoriedad
	coercibilidad
Principios que deben ser cumplidos por la ley	No retroactividad: las leyes no deben aplicarse hacia el pasado
	Generalidad: las leyes no deben ser privativas

CUADRO 4.5 CLASIFICACIÓN DE LAS LEYES	
La legislación: principal fuente formal de las normas de Derecho positivo.	
Contenido	Positivas: <i>autorizan o facultan</i>
	Negativas: <i>prohiben</i>
	Interpretativas: <i>desentrañan el sentido de otra ley</i>
	Supletorias: <i>llenan una "laguna legal"</i>
	Taxativas: <i>son irrenunciables</i>
	Dispositivas: <i>son renunciables</i>
Sistema al que pertenecen	Nacionales y extranjeras
Ámbito espacial de validez	Generales: <i>rigen en todo un Estado</i>
	Locales: <i>rigen súb en parte del territorio estatal</i>

Ámbito temporal de validez	Vigencia determinada: <i>el legislador especificó su fecha de derogación</i>
	Vigencia indeterminada
Sanciones que aplican	Perfectas: <i>prevén la inexistencia o nulidad del acto</i>
	Imperfectas: <i>no prevén ninguna sanción</i>
	Más que perfectas: <i>prevén sanción e indemnización</i>
	Menos que perfectas: <i>prevén sanción pero el acto produce sus efectos</i>
Jerarquía	Constitucionales: <i>pertenecen a la ley de máximo estatus</i>
	Ordinarias: <i>derivan de las constitucionales</i>
	Reglamentarias: <i>detallan la aplicación de las ordinarias</i>

42. Existe, además de los anteriores, un criterio de clasificación de las leyes que es particularmente importante, el referido a su **ámbito material de validez**. Tal importancia radica en el *uso generalizado y extendido de ese criterio, tanto en la enseñanza, con efectos didácticos, como en la práctica jurídica, con propósitos de aplicación de la ley*. Con base en su validez material, es decir, por el *tipo de relaciones jurídicas sobre las cuales rige*, el Derecho positivo se ha dividido tradicionalmente en dos grandes ámbitos, el *Derecho público* y el *Derecho privado*.

4.2.2.1.1 DERECHO PÚBLICO Y PRIVADO

43. Este criterio de clasificación del Derecho no exento de críticas o adhesiones,²⁸ halla sus orígenes en el *Derecho romano*. Los romanos consideraban que las leyes cuyo

Una crítica famosa sobre esta distinción se debe a Hans Kelsen y en estos términos: "*En todos los ordenamientos jurídicos modernos, el Estado, lo mismo que cualquier otra persona jurídica, puede tener derechos in rem y derechos in personam, e incluso cualesquiera de los derechos y deberes estipulados por el 'derecho privado'. Cuando hay un código civil, sus normas se aplican por igual al Estado y los particulares. Las controversias relativas a los deberes y derechos del Estado, son normalmente resueltas en la misma forma que los juicios entre particulares. El hecho de que una relación jurídica tenga al Estado como parte, no desplaza necesariamente tal relación al campo del derecho privado. La dificultad de distinguir el derecho público del privado, reside precisamente en que la relación entre el Estado y sus súbditos puede tener no sólo carácter público, sino también privado*" Véase *Teoría general del Derecho y del Estado*, trad. Eduardo García Máynez. UNAM. Textos Universitarios. México. 1979. p. 241. En la doctrina mexicana sigue este criterio el maestro Ernesto Gutiérrez y González. Al respecto véase la 5ª edición de su libro *El patrimonio*, o la 10ª. de *Derecho de las obligaciones*. Porrúa. México, 1995. pp. 11-21. Contrariamente, justifica esta división Rojina Villegas cuando escribe: "*En el derecho moderno existe la tendencia de negar valor a la distinción tradicional romana relativa al jus publicum y jus privatum; sin embargo, aun cuánto es difícil establecer el criterio de distinción, en la clasificación de las diversas ramas de esos dos grandes sectores del derecho, se puede considerar que las normas jurídicas relacionadas con la organización del Estado de una manera directa (derecho constitucional, derecho administrativo), o indirecta (derecho penal y procesal), son indiscutiblemente de orden público, en tanto que las reglas relacionadas con la organización de la familia y el patrimonio (derecho civil y mercantil), son generalmente consideradas como de interés privado*" Véase Rafael Rojina Villegas. *Introducción al estudio del derecho*. Porrúa. México. 1967. p. 358.

interés fuese la conservación de la cosa pública (*res publica*), es decir, los asuntos relacionados con el Estado, pertenecían a una materia o ámbito especial, a saber, el *Derecho público* (*jus publicum*). En cambio, aquellas leyes cuyo objetivo estuviera concentrado en el *interés particular*, conformarían el *Derecho privado* (*jus privatum*). Esta teoría denominada del *interés en juego* dio pie a diversas argumentaciones respecto de la justificación y utilidad de dividir al Derecho en normas públicas y normas privadas.

44. Otra teoría que trata de justificar tal división es la denominada de la *naturaleza de la relación*. Esta parte del presupuesto de que existen dos tipos de relación jurídica a que dan origen las leyes: las de *supra a subordinación* y las de *coordinación*. Las primeras son propias del *Derecho público* y en ellas los sujetos participantes se encuentran en planos distintos. De un lado está siempre una **autoridad** actuando con *imperium* (con base en su poder soberano y legítimo); y del otro, un **particular**. Para esta misma teoría también dan origen a una relación de *Derecho público* aquellos supuestos en los que *todos los sujetos son autoridades*.
45. En las relaciones jurídicas de *coordinación* los sujetos de derecho están siempre en el mismo plano, por ejemplo *cualquier acto jurídico realizado entre particulares* (una compraventa, una donación, etc.). En las relaciones de coordinación —propias del *Derecho privado*— podría, como de hecho sucede, participar incluso la autoridad (pero actuando sin *imperium*) y un particular.
46. Más allá de la teoría que se adopte para sustentar tal división, lo cierto es que *ésta tiene un carácter metodológico* y se justifica en función de la *utilidad que pueda brindar para comprender o analizar el Derecho*. Esta división metodológica y doctrinal **no debe confundirse** con el supuesto de que sea, en última instancia, el *legislador* quien decida si una norma es de *orden público*, lo cual es distinto a que pertenezca al Derecho público o privado. Una norma de *orden público es aquella dirigida a proteger intereses de particular importancia para la sociedad y que no cabe sea renunciada por los particulares*, es decir, protege sus intereses aun en contra de lo deseado por éstos. Dicha norma *puede encontrarse tanto en un ordenamiento de Derecho público como en uno de Derecho privado*.
47. La siguiente es la manera *clásica* de ubicar las diferentes materias que se hacen cargo de los diversos problemas a que está abocado el Derecho positivo; se considera que *forman parte del Derecho privado*, principalmente:
 - **Derecho civil** (*regula los atributos de las personas físicas y morales colectivas—, a la familia, el patrimonio, y las relaciones económicas de los particulares que no sean actos de comercio*).¹
 - **Derecho mercantil** (*regula las relaciones jurídicas derivadas de los actos de comercio y la profesión de quienes los realizan*).¹⁰

En cambio, serían *ramas del Derecho público* las siguientes:

- **Derecho constitucional** (*regula la estructura, facultades y relaciones de los órganos estatales entre sí y con los particulares*);¹¹
- **Derecho penal** (*regula las conductas catalogadas como delitos y las penas correspondientes*);¹²

¹Cfr. Rafael Rojina Villegas. *Compendio de derecho civil. Introducción, personas y familia*. 1.1, Pomia. México. 1980. p. 22.

¹⁰Cfr. Roberto L. Mantilla Molina. *Derecho mercantil*. Pomia. México. 1982. p. 23.

¹¹ Cfr. J. Eduardo Andrade Sánchez, *Derecho constitucional*. Oxford University Press. México. 2008. p. 21.

¹²Cfr. Francisco Muñoz Conde. *Teoría general del delito*. Temis, Bogotá. 2004, Enrique Díaz-Aranda. *Teoría del delito*

- **Derecho administrativo** (*regula la función administrativa que se revela en el Estado*),"
- **Derecho procesal** (*regula la realización del Derecho objetivo*),"
- **Derecho internacional público** (*regula las relaciones entre los sujetos o personas de la comunidad internacional*)
- **Derecho internacional privado** (*regula la solución a los conflictos de leyes derivados de la pluralidad de legislaciones de Derecho privado*).*
- **Derecho marítimo** (*regula los fenómenos jurídicos relativos a la navegación, a la industria, tráfico de mercancías y pasajeros por mar*)."

48. Se han encuadrado no sin dificultad en la concentración tradicional de materias del *Derecho privado*, las siguientes disciplinas jurídicas:

- **Derecho hancario** (*regula las actividades de las empresas bancarias que realizan en masa la intermediación en operaciones de crédito*).^{1*}
- **Derecho bursátil** (*regula las actividades relativas a los valores, a las operaciones que con éstos se realizan en bolsas de valores o en el mercado fuera de la bolsa, así como a los agentes, autoridades y servicios que en tales actividades participan*).

49. Asimismo, hoy se suman a la categoría de *Derecho público*:

- **Derecho financiero** (*regula la actividad financiera del Estado, esto es, el establecimiento de tributos, su erogación y las relaciones jurídicas que genera*).^w

(*Doctrina. jurisprudencia > casos prácticos*), Straf, México, 2006. Luigi Ferrajoli. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. irad Perfecto Andrés Ibáñez el al.. Trola, Madrid. 2006.

"Cfr. Andrés Serra Rojas. *Derecho administrativo*. Pomia, México, 1981. p. 136. Cfr. José Roldan Xopa, *Derecho administrativo*. Oxford University Press. México. 2008. p. 32.

"Cfr. José Ovalle Favela. *Teoría general del proceso*. Oxford University Press. México. 2001.

"Cfr. César Sepúlveda. *Derecho internacional*. Pornia, México, 1980. p. 3. Pastor Ridniejodetine el Derecho internacional Público en estos términos: *conjunto de normas positivistas por los poderes normativos peculiares de la Comunidad Internacional* " Véase José A. Pastor Ridruejo. *Curso de derecho internacional público*. Tecnos. Madrid, 1986, p. 36.

"Carlos Arellano García define al Derecho internacional privado como *"...el conjunto de normas jurídicas de Derecho Público i/ue llenen por objeto determinar la norma jurídica aplicable en los casos de vigencia simultánea de normas jurídicas de más de un Estado que pretenden regir una situación concreta"*. Véase *Derecho internacional privado*. Pornia, México. 1981, p. 27

"Cfr. Ornar Olvera de Luna. *Manual de derecho marítimo*. Pornia, México, 1981, p. II Este autor nos dice al respecto de la difícil clasificación de este Derecho que: *"La distinción tradicional del Derecho en Público y Privado, no tiene definitiva relevancia en el campo del Derecho Marítimo: y es que desde sus remotos orígenes, éste se ha presentado con rasgos propios y originales, que más tarde sirvieron acaso para conformar principios de comercio terrestre. Pero hoy día, con los avances políticos de carácter internacional: con la eficacia de Tratados para el público control; con las medidas de seguridad \ vigilancia que todos los Estados perfeccionan día a día. el Derecho Marítimo loma relevancia dentro del ámbito del Derecho Público, y de/a más clara su diferenciación respecto al Derecho Marítimo Privado, sin que deje de existir conexión entre ambas facetas, a través de sus particulares afinidades, independientes de la actividad especulativa de los ciudadanos, declarada en torno al buque y por medio del buque. Y. siendo tan amplia esa gama de actividades, resulta más correcto hablar de un Derecho Marítimo Privado, que de un Derecho Comercial Marítimo"*. *Ut supra*. p. 12.

"Cfr. Joaquín Rodríguez Rodríguez. *Derecho bancario*. Pornia, México, 2003.

"Cfr. Sergio Francisco de la Garza. *Derecho financiero*, Pomia, México. 1981. p. 15. Pugliese. uno de los autores clásicos en esta materia, ha dicho respecto de la división o contenidos del Derecho financiero, que: *"...hav que agregar que por una simple motivación prai tica y didáctica, el derecho financiero se divide generalmente en disciplinas seciutdarias... Las ramas particulares en las que se divide el derecho financiero son las siguientes: derecho financiero internacional, privado y público: derecho financien del Estado (presupuesto, gestión del patrimonio estatal y principios constitucionales financieros); contabilidad del Estado: derecho penal financiero y derecho tributario (sustantivo, fonnal y procesal). Es casi inútil añadir que el derecho tributario constituye la parte más importante del derecho financiero. ¡Mr tener como objeto el estudio de todas las relaciones legales activas y pasivas que emanan del impuesto, con el que se conectan intereses esenciales del Estiulo y de los particulares Véase Mano Pugliese. *Instituciones de Derecho financiero* (sin datos de traducción). Pomia, México. 1976. pp. 149-150 Al Derecho tributario se le conoce también y más comúnmente como Derecho fiscal.*

- **Derecho aéreo** (regula lo relativo a la navegación aérea, las aeronaves y el espacio aéreo).⁴¹

50. Conforme se patentizan nuevas necesidades de ordenación de las conductas sociales, comienzan a aparecer paralelamente nuevas regulaciones jurídicas, normas que conforman nuevas disciplinas de Derecho objetivo. Los primeros en agregarse a la clasificación tradicional fueron el **Derecho laboral o del trabajo** y el **Derecho agrario**. La singular naturaleza de estas materias complicó su ubicación. Así, en las relaciones laborales el vínculo jurídico se da claramente entre dos particulares, o entre un particular y la autoridad, cuando ésta actúa como patrón; por lo tanto, nos encontramos ante una relación de coordinación en la que aquélla actúa desprovista de *imperium*. ¿Por qué entonces se le ubicó originalmente dentro del Derecho público? ¿Son de esta naturaleza los vínculos laborales, no obstante generar relaciones de coordinación?

4.2.2.1.2 DERECHO SOCIAL

51. No sin razón, ciertos autores, subrayando éste y otros casos similares, buscan superar la división tajante entre lo jurídico público y lo jurídico privado y ubican al **Derecho del trabajo** en una nueva dimensión que no cabe en los moldes tradicionales: el *Derecho social*.⁴² Éste contemplaría aquellas materias encargadas de regular las relaciones que operan en agrupamientos de personas que protagonizan un papel importante dentro de la vida del Estado, tales como los empresarios, los trabajadores o los campesinos.⁴³

52. Se ubican, entonces, dentro del *Derecho social*:

- **Derecho del trabajo** (regula las relaciones obrero-patronales):
- **Derecho agrario** (regula las relaciones sociales y económicas de los sujetos que intervienen en la actividad agraria);⁴⁴
- **Derecho de la Seguridad Social** (regula los instrumentos estatales para satisfacer necesidades sociales, individuales y colectivas, a cuya protección tienen derecho los individuos);⁴⁵
- **Derecho económico** (regula la acción del Estado sobre el desarrollo económico y social de un país):⁴⁶

Para algunos autores esta materia debe ubicarse en el Derecho internacional, con mayor razón cuando se le califica más ampliamente como Derecho aeroespacial. Véase en torno a este tema de Antonio Franco/ Kigali. *Derecho aeroespacial*. Pomia. México. 1981. pp 41-45.

⁴¹ Una crítica en este sentido la realia/a Alberto Bncño Ruiz en su obra *Derecho individual del trabajo*. Haria. Colección Textos Jurídicos Universitarios, México. 1985, pp 28-31. Un análisis de los aspectos más recientes del Derecho social, puede encontrarse en *Problemas actuales del Derecho social mexicano*, vols I y II. Emilio Kabasa Gamboa y Juan Ramírez Marín (coords), Pomia-Tecnológico de Monterrey. México, 2006 y 2007.

⁴² Cfr. Rogelio Martínez Vera. *Fundamentos de derecho público*. McGraw-Hill. Sene Jurídica. México, 1994. p. 40. El mismo autor agrega respecto del Derecho social que: "El llamado derecho social seguramente participa de un mayor acercamiento con el derecho público que con el derecho privado, sin embargo, se encuentra en una posición intermedia entre las dos ramas tradicionales de la ciencia jurídica". *Ul supra*.

⁴³ Cfr. Antonio Luna Arroyo y Luis C. Alcérreca. *Diccionario de derecho agrario mexicano*. Pomia, México. 1982, p 207. Véase también, para un planteamiento contemporáneo del Derecho agrario, el trabajo de Isaías Rivera Rodríguez. *El nuevo derecho agrario mexicano*. McGraw-Hill, Serie Jurídica, México, 1994.

⁴⁴ Cfr. José M. Almansa Pastor, *Derecho de la Seguridad Social*. Tecnos. Madrid. 1989. pp. 63-64.

⁴⁵ Cfr. Jorge Witker, *Derecho económico*. Haria. Colección Textos Jurídicos Universitarios, México, 1985, p. 9. Para Hugo Rangel Couto el Derecho económico antes que una nueva rama del Derecho es el enfoque de un nuevo orden jurídico para lograr el desarrollo económico y social. Véase *El derecho económico*. Pomia. México, 1980. pp 28-35.

- Derecho turístico (*regula las relaciones que se dan entre el turista, los prestadores de servicios turísticos y el Estado*)\
- Derecho ecológico (*regula las relaciones hombre-naturaleza, con el propósito de explotar racionalmente, proteger y conservar el medio ambiente*)-.
- Bioderecho (*regula la compleja realidad de los seres vivos y particularmente la del humano respecto de la vida, su modificación, su desarrollo y muerte para converger en el estudio y solución de su problemática regulatoria*).⁶

CUADRO 4.6 EL DERECHO PÚBLICO, PRIVADO Y SOCIAL. SUS DISCIPLINAS JURÍDICAS	
Clasificación de las ramas más comunes	
Derecho privado	Derecho civil Derecho mercantil Derecho internacional privado Derecho bancario Derecho bursátil
Derecho público	Derecho penal Derecho administrativo Derecho procesal Derecho internacional público Derecho financiero Derecho marítimo Derecho aéreo
Derecho social	Derecho del trabajo Derecho agrario Derecho de la seguridad social Derecho económico Derecho turístico Derecho ecológico Bioderecho

4.2.2.2 LA COSTUMBRE

53. La **costumbre** no sólo es un modo *espontáneo*^d sino el más antiguo por el que ciertas normas se incorporan al Derecho. Se constituye gracias a la **repetición de acciones al interior de una sociedad que dada su reiteración, aceptación y permanencia van adquiriendo fuerza normativa, apareciendo como obligatorias**. La costumbre es espontánea, porque ninguno de quienes con sus comportamientos la van conformando, ha tenido el propósito expreso y deliberado de formular una norma de conducta, en contraposición a lo que sucede con la ley.
54. En principio, debe distinguirse la **costumbre** de los meros **hábitos**. *No todo comportamiento repetido genera una regla de conducta (una norma), ni toda regla*

^dCfr. Fernando Flores Trejo, *Hmderecho*. Porrúa. México, 2004. p. 168. El Bioderecho es la forma en que la Ciencia del Derecho intenta hacer frente a los avances en materia tecnológica vinculados con la Biología, la genética, la división celular, el genoma humano y la clonación, entre otros temas de especial actualidad y urgencia regulatoria.

^e Cfr. Carlos Santiago Niño, *Introducción al análisis del Derecho*. Ariel. Barcelona. 1987. p. 150.

de conducta llega a convertirse en costumbre jurídica. Hay acciones que se reiteran constantemente en la sociedad pero que por su naturaleza son irrelevantes para ser parámetros de conducta, es decir, *acciones de las que se pueda destacar su corrección o incorrección moral*.^{1*} Así, verbigracia, por más que sea un buen hábito ejercitarse físicamente todos los días y por más extendida que sea su práctica y aceptación social, ésta no es considerada una norma de conducta. *Otros hábitos si llegan a convertirse en normas de los otros sistemas de conducta que conviven con el Derecho*, tal es el caso de los *convencionalismos sociales* (las reglas de etiqueta, las maneras de la mesa, etc.) o de *cienos preceptos religiosos* (como el asuelo, el ayuno o la asistencia a ceremonias religiosas en días determinados).

55. Para que la *mera costumbre* se convierta en *costumbre jurídica* es necesario que ésta *se incorpore al sistema de normas que constituyen el Derecho*. A tal efecto, la costumbre requiere de la *validación* que le otorgue alguno de los procedimientos formales que cada sistema jurídico dicta con tal propósito. En suma, *para que la costumbre, o más concretamente, ciertas normas consuetudinarias sean jurídicas, requieren el reconocimiento del Derecho*.

"Fagothey explica los orígenes de la ética en este tenor: *"La palabra ética proviene de éthos, esto es. la fonna alargada de éthos. Ambas palabras significan costumbre, pero éthos indica un tipo más fijo de costumbres v se utiliza a menudo para designar el carácter del hombre. Ixi palabru latina para costumbre es mas. v su plural mores, es el equivalente del éthos griego. De mores derivamos las palabras moral y moralidad La ética es llamada también filosofía moral. Por derivación de la palabra, pues, la ética es el estudio de las costumbres humanas. Algunas de éstas son meras convenciones, como las maneras de la mesa, los modos de vestir, las formas del lenguaje y la etiqueta. Se trata en esto de caprichos y corrientes que varían de una parle del mundo a otra y de un momento a otro, y nos damos cuenta de que podemos cambiarlos a voluntad. Son maneras, no moral. Pero hay otras costumbres, en cambio, que florecen más fundamentales, como la de decir la verdad, de pagar las deudas, de honrar a nuestros padres v de respetar las vidas y la piopiedad ajenas Sentimos que semejante conducta es no sólo costumbre, sino también, tal como debe ser. v que apartarse de ella estaría mal: que resulta no de un capricho arbitrario, sino de un principio inherente al propio ser humano. Esta es la moral*

Véase Ausiin Fagothey, *Ética. Teoría y aplicación*, trad. Carlos Cierhard Ottenwaelder. McGraw-Hill, México, 1991, pp.

I 2. La explicación de nuestro autor permite comprender más cabalmente la *relación* existente entre *hábito, costumbre, moral y Derecho*. El hábito es una acción repetida que puede convertirse en una manera social, en un convencionalismo. Su fuerza moral es bastante reducida. IX- hecho su transformación responde a circunstancias totalmente caprichosas que dependen sólo de su aceptación: es una moda, que puede pasar o pennanecer. Otras acciones repetidas que forman también parte de la costumbre en sentido general, poseen una fuerza moral mayor, es decir, de su cumplimiento o no. pueden derivarse situaciones éticamente más trascendentes para las personas. Recurriendo al ejemplo citado en el texto la explicación será más clara. El hábito de ejercitarse físicamente lodos los días se ha puesto de moda en estos últimos años. Independientemente de su aceptación social, evidentemente el ejercicio reporta, si se hace con constancia y técnica, inmejorables beneficios a la salud. Sin embargo, difícilmente podremos aceptar que. por más que el deporte mejore la salud física, mental y fortalezca el carácter de las personas, aquellas que lo practican sean más virtuosas que las que no lo practican. Ello denota que *la bondad de una acción o un hábito no se traduce, necesariamente, en relevancia moral* Es también una costumbre arraigada socialmenie que los padres se hagan cargo del mantenimiento y la educación de sus hijos. Aquellos padres que no practiquen esta costumbre, lo mis probable es que serán reprobados moralmente por el grupo social al que pertenezcan y se les lachará de irresponsables, aunque dichos padres lucran en contrapartida excelentes atletas. Parece obvio que es más probable que al sistema normativo que compone los sistemas jurídicos se incorporen costumbres con un peso moral, que meros hábitos o convencionalismos sociales. Los hábitos y los convencionalismos sociales son costumbres en un sentido genénco. pero sólo aquellos hábitos o convenciones sociales de las que se pueda predicar su obligatoriedad moral podrían ser costumbre en el sentido que interesa al Derecho. Es decir, aquellas acciones repetidas por un lapso prolongado y vistas socialmente como efectivamente obligatorias. Todo lo cual no implica que el Derecho pueda incorporar a su sistema normativo cualquier contenido, aunque la tendencia clara es que sólo se incorporen a él las acciones con una cierta relevancia moral y no modas o maneras que pudieran ser intrascendentes a los fines primigenios o superiores del Derecho como instrumento social.

56. A la *costumbre jurídica* se le asignan dos elementos constitutivos esenciales: uno es la **duración y repetición de una conducta en el tiempo** (*consuetudo inveterata*), y el otro la **opinión generalizada respecto de la obligatoriedad jurídica de esa conducta** (*opinio juris seu necessitatis*). Estos elementos revelan que a la *costumbre* no la hace sólo la repetición, sino la consideración de su obligatoriedad, de su relevancia moral. La obligatoriedad que se le otorga a la norma consuetudinaria adquiere con su integración al Derecho, *validez jurídica*, por lo tanto, obligatoriedad jurídica, la *eficacia* que garantiza la coercibilidad.
57. Hoy en día, incluso en los sistemas jurídicos del *common law*, en que la costumbre juega un papel más importante que en los sistemas de derecho escrito, aquella ha ido paulatinamente cediendo terreno ante la ley.⁴⁹ En la Antigüedad, la costumbre llegó a ser la fuente inmediata y más importante del Derecho,⁵⁰ mientras que ahora posee el carácter de *fuerza supletoria y subordinada a la ley*. En tal entendido, el que las normas consuetudinarias tengan validez jurídica significa que *funcionan*, fundamentalmente, *para responder a la necesidad de reglamentar las acciones o los actos en que se presente alguna ausencia o laguna legal*; que la ley debe remitir expresamente a la costumbre para poder echar mano de ésta-, y que la costumbre no puede oponerse a la ley."
58. La *costumbre jurídica* se manifiesta en tres formas básicas: como *norma consuetudinaria delegante, delegada o derogatoria* ⁵²
- Es *delegante* cuando la costumbre se convierte en la fuente de facultades para legislar Derecho escrito-, en este caso ese derecho consuetudinario se encuentra por encima de cualquier norma jurídica. Se concreta lácticamente cuando una autoridad al arrogarse la facultad de emitir normas de observancia general, obligatoria y coercible, lo hace justificando su poder en una costumbre que le delega tal poder.
 - Es *delegada* la costumbre cuando la ley escrita remite a ésta para la solución de controversias. Situación esta que opera en casi todos los sistemas jurídicos modernos, donde la costumbre funciona gracias a la *delegación de validez* que le otorga la ley.

⁴⁹ Cfr. Frederick G. , Jr., *Historical Introduction to Anglo-American law...* op. cit., pp. XVII-XtX

⁵⁰ "En este punto dice del Vecchio: "La autoridad de la costumbre es superlativa en los inicios de la sociedad humana, y esto constituye un hecho digno de la mayor atención. Varios son los factores que concurren a formar la costumbre. En las épocas primitivas, estando el individuo dominado casi enteramente por el ambiente social, no concibe la posibilidad de separarse de las prácticas tradicionales de sus mayores. Lo que siempre ha sido hecho, se identifica en su mente con la idea de lo que debe hacerse. A determinar el dominio de la costumbre cooperan, sobre todo, dos motivos psicológicos: la imitación y el hábito. [...] Debemos tener la seguridad de que el Derecho positivo fue originariamente consuetudinario. Este concepto contradice la afirmación de que el Derecho fue creado, inventado por legisladores singulares, por los fundadores de la civilización (tesmóforos). [...] De otra parte, ya VICO, con maravillosa anticipación adivinatoria a su tiempo, advirtió que el Derecho nace del fondo de la conciencia popular, de la 'sapienza volgare'. merced a una obra anónima y colectiva de las naciones". Véase Cnorgio del Vecchio, *Filosofía del Derecho*. Bosch. Barcelona, 1980. pp. 368-369.

⁵² tiste posición formal peculiar de la costumbre en relación con la norma de Derecho se resume en dos preceptos antiguos pronunciados por Juliano (1.32. pr. D. de legibus, 1,3) y Acursio, respectivamente: *De quibus causis scriptis tegibus non utinul, id custodiri oportet, quos moribus ed consuetudine indictum est* ("En aquellos casos en que no usamos de leyes escritas conviene que se observe lo que se ha introducido por los usos y la costumbre"); *Valel consuetudo cui lex non adversatur* ("Es válida la costumbre a la que no se opone la ley").

Cfr. Eduardo García Máynez, *Introducción al estudio del Derecho*, op. cit., pp. 64-65

- Es *derogatoria* la costumbre cuando ésta prescribe conductas contrarias al Derecho positivo vigente. El legislador, obviamente, niega cualquier validez a esta costumbre.⁵¹

CUADRO 4.7 LA COSTUMBRE	
La costumbre es el modo espontáneo y más antiguo de incorporar normas al Derecho.	
<i>Componente s</i>	Duración y repetición de una conducta en el tiempo; opinión generalizada de la obligatoriedad de la conducta
<i>Características</i>	La costumbre moderna tiene carácter de <i>fuentes supletoria y subordinada a la ley</i>
<i>Clasificación de la costumbre</i>	Delegante, delegada y derogatoria

4.2.2.3 LOS TRATADOS INTERNACIONALES

59. Las características y limitaciones de la *doctrina tradicional de las fuentes del Derecho* han provocado que se olvide, injustificadamente, a los *tratados internacionales* como una de sus *fuentes formales directas* más importantes. Pero, ¿qué es un *tratado*? Por tal se entiende, *el acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular*
60. El *tratado* es un *acto jurídico que genera normas asumidas voluntariamente por los Estados o los organismos internacionales que los llevan a cabo*. Los sujetos de los tratados son, principalmente, los *Estados* y las *organizaciones internacionales*, ambos tienen el carácter de personas jurídicas colectivas que actúan a través de personas físicas que los representan. Por el número de sus contratantes se clasifi-

" Es en el caso de la *costumbre derogatoria* que podremos notar la importancia de la obligatoriedad como elemento constitutivo de la costumbre, porque ésta trae aparejada la garantía de su observancia espontánea. La costumbre comporta la *opinio juris seu necessitatis*, es decir, el reconocimiento general de su fuerza moral, su necesidad de obediencia. Por eso cuando al Derecho se incorporan contenidos normativos flagrantemente opuestos a la costumbre, esta última puede convertirse en derogatoria de la disposición jurídica. En relación con este punto Cosentini opina: "*Cuando la costumbre concuerda con el espíritu de la ley, es consentida por ella, o se relaciona con normas no consideradas por la ley. su existencia es completa/nenue justificada, su valor incontestable. El conflicto con la legislación surge, cuando se trata de la costumbre contra legem en tal caso, la costumbre encuentra un serio obstáculo en la ley y la ley lo encuentra en su aplicación. Pues que la costumbre tiene una mayor fuerza de obligatoriedad hacia las clases populares, siendo una *lutaplaaón* espontánea a las condiciones de la convivencia, mientras que la ley es muchas veces la emanación de pensadores o estadistas que se abstraen tal vez de las condiciones de la vida real, entonces, en tal conflicto, o la ley queda como letra muerta, y es lo que sucede más a menudo, o no es nunca completamente aplicada o aplicable, porque la costumbre contraria constituye una excusa poderosa que atenúa todo el rigor de las sanciones legislativas*". Francesco Cosentini. *Filosofía del Derecho*, op. cit., pp. 54-55.

" Art. 2 de las *Convenciones de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 y 1978*. Cfr. también Max Sorensen (ed y coord.). *Manual de derecho internacional público*, trad. Sergio Rodríguez Restrepo. José Antonio Galvis, Angel María Buitrago y Constanza Silva. FCE, México, 1985, p. 155.

can en *bilaterales* y *multilaterales*, cuando los sujetos que en ellos intervienen son, respectivamente, dos o de tres en adelante.⁵⁵

61. Hay tratados que se limitan a regular solamente cuestiones intergubernamentales (prestamos económicos, intercambio de funcionarios, profesionales, asesoría científica o técnica, etcétera), pero otros *si trascienden a los ciudadanos de los Estados partes en cuestión*. Esto significa que *generan normas que afectan de uno a otro modo la esfera jurídica de sus gobernados*, por lo que el gobierno respectivo, con la firma y ratificación de dichos tratados, se *compromete a incorporar esas normas a su propio sistema jurídico*, de acuerdo con las formalidades y modalidades que exija cada Derecho positivo. De esta manera, *una norma de Derecho internacional se convierte en parte de la legislación de un país*, adquiriendo la jerarquía que al efecto le otorgue su ordenamiento jurídico.
62. A diferencia de la legislación nacional, la normatividad internacional no surge de un legislador interno, sino del *acuerdo o manifestación de voluntades concordantes de los sujetos a quienes se otorga el ius tractati*, o sea, *la facultad de producir tratados o normas de Derecho internacional de los que se derivan obligaciones y derechos*. De esta facultad gozan, principalmente, los Estados y los organismos internacionales, aunque la misma se reconozca a otros sujetos del ya referido Derecho internacional.⁵⁶
63. A partir de 1969, el procedimiento de elaboración y formulación de los *tratados internacionales entre Estados* está regulado por la *Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados*. Ahora bien, los tratados entre *organizaciones internacionales* y entre *éstas y los Estados*, han sido objeto de una *Convención posterior*, a cuya elaboración se abocó la *Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas*. El texto de esta *otra Convención de Viena* fue adoptado el 21 de marzo de 1978 y entrará en vigor una vez que, de acuerdo con su artículo 85, quede depositado el trigésimo quinto instrumento de ratificación o adhesión.⁵⁷
64. Los *tratados internacionales*, como *fuentes formales directas* de normas jurídicas, implican un *doble proceso*.
 - El primero, se *constituye por el conjunto de fases y requisitos formales que requiere su elaboración, negociación y firma*. Tal proceso se *rige por el Derecho y la costumbre internacionales*.
 - El segundo, estaría *integrado por el conjunto de etapas que implica el reconocimiento y la validación de ese acuerdo internacional por el Derecho positivo de cada Estado*
 - El primer proceso tiene por objeto la *creación del tratado internacional*; el segundo su *incorporación* al sistema jurídico del Estado en cuestión.⁵⁸

⁵⁵ Cfr. Antonio Remiro Brotons. *Derecho internacional público. Derecho de los tratados*, t. 2, Tecnos, Madrid. 1987. p. 31.

⁵⁶ Se otorga también esta facultad a las facciones rebeldes, grupos beligerantes y movimientos de liberación nacional y gobiernos en el exilio que hayan obtenido tal estatus por el propio Derecho internacional. Véase Max Sorensen (ed. y coord.). *Manual de Derecho internacional público*. . op. cit.

⁵⁷ Al 31 de mayo de 2009, se contaba con 39 firmas pero aún no se habían completado los 35 instrumentos de ratificación que se requerían para que dicha Convención entrara en vigor. México, por cierto, ratificó la Convención de mérito desde el 10 de marzo de 1988.

⁵⁸ El doble proceso que ocurre en la realización de un tratado hace referencia también a la doble regulación de que es objeto. Por eso el Derecho de los tratados se define como " *el conjunto de normas, internacionales e internas, que rigen la vida de los tratados desde su formación a su terminación, pasando por todos sus efectos y alteraciones* ". Véase A. Remiro Brotons. *Derecho internacional público*. . op. cit. p. 39.

CUADRO 4.8 TRATADOS INTERNACIONALES

Tratado internacional: acuerdo celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular.

Los tratados:

- generan normas asumidas por los Estados o por los organismos internacionales.
- pueden ser bilaterales y multilaterales.
- se fundan en el *ius tractati*

La Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969 y 1986 es la normativa internacional que regula los tratados.

Los tratados internacionales implican un *doble proceso*:

1o.- Fase de elaboración,
negociación y firma, regido por el Derecho
y las costumbres internacionales.

2o.-Reconocimiento,
validación e incorporación del tratado al
Derecho de cada Estado, proceso regido por
el Derecho nacional

4.2.2.4 NORMAS JURÍDICAS INDIVIDUALIZADAS

65. Decíamos que las *fuentes formales del Derecho* (que en realidad son las fuentes de las normas jurídicas) se clasifican en *directas e indirectas*. Las primeras —la *legislación, la costumbre, los tratados internacionales y los procesos de creación de normas jurídicas individualizadas*— *generan normas jurídicas*-, las segundas —la *jurisprudencia, los principios generales del Derecho y la doctrina* — *coadyuvan a esa generación, a través de su interpretación, la determinación de principios inspiradores u orientadores y su crítica, análisis o estudio*. Pues bien, toca ahora su turno a la última de las *fuentes formales directas de normas jurídicas*, a saber, *aquellos actos de la autoridad o de los particulares que efectivamente generan normas jurídicas, pero no de aplicación general como la ley, los tratados internacionales y la costumbre, sino individualizada o interpartes*.
66. Así como la *legislación* se origina de un *proceso formal*, denominado legislativo, *las normas jurídicas individualizadas se elaboran a través de actos —de autoridad no legislativa o de la voluntad de las partes— que implican un proceso del mismo tipo.*" Tal es el caso tanto de las **resoluciones administrativas** (por el que la autoridad de ese orden resuelve en torno a derechos y obligaciones de los particulares en asuntos relacionados con la Administración Pública); de las **sentencias u otras resoluciones judiciales** (es decir, los actos procesales por los que un juez o un tribunal —la autoridad judicial— resuelven ya un litigio —un conflicto de intereses conforme a Derecho— o atienden las necesidades del desarrollo de un

"García Máynez está entre los autores para quienes el proceso de creación de normas individualizadas es una fuente formal del Derecho. Sobre el hecho de que los actos jurídicos o de autondad no legislativa generadores de normas implican un proceso, apunta: "Así como en el caso de los preceptos genéticos (las leyes) la creación de los mismos está condicionada por una serie de requisitos de orden formal, en el de las individualizadas hay también una serie de condiciones de validez, lo que ius permite hablar de los procesos creadores de dichas normas". Véase *Introducción al estudio del Derecho*, op. cit., p. 75.

- juicio); como de los actos jurídicos realizados por los particulares (convenios o testamentos, verbigracia).
67. De las resoluciones administrativas o judiciales y actos de particulares se derivan normas jurídicas, cuya característica no es la de su aplicación general, sino la de dirigirse sólo a personas jurídicas determinadas a quienes afecta en particular, o a aquellas otras personas físicas o morales que voluntariamente decidieron acordar determinados derechos u obligaciones en función, por ejemplo, de un contrato de compraventa. Por constituir dichos actos de autoridad normas que individualizan la afectación, han recibido el nombre de *normas jurídicas individualizadas*.
68. Los actos de autoridad y particulares generan normas jurídicas porque éstas, al producirse bajo las formalidades que el sistema jurídico establece (por eso son fuentes formales también), adquieren validez, es decir, vinculan jurídicamente. El que las normas jurídicas individualizadas posean validez y la consecuente vinculatoriedad significa que, al igual que las normas generadas por la legislación y por la costumbre jurídica, dada su pertenencia al sistema jurídico gozan de la garantía con que el Derecho asegura la eficacia de sus normas, o sea, con la posibilidad de hacer coercible su cumplimiento. Las normas jurídicas individualizadas al ser válidas tienen plenos efectos para el Derecho; su invalidez, obviamente, genera lo contrario, a saber, su nulidad absoluta o relativa, con lo cual sus efectos son limitados o, de plano, nulos.
69. Si bien es cierto que la principal función del juez es la aplicación del Derecho, no hay una opinión generalizada respecto de si la actividad judicial es, también, creadora del mismo,⁶⁰ al menos en los sistemas jurídicos escritos. No lo será si la función judicial se reduce a aplicar mecánicamente la norma sin poder integrar el Derecho produciendo para el caso concreto, la norma que llene la "laguna" de la ley.
70. Debe subrayarse que la sentencia de un juez no es que este* produciendo leyes en el sentido estricto. Lo que hace el juzgador al emitir una resolución definitiva, es elaborar, conforme a la ley, es decir, de acuerdo con normas jurídicas generales, normas jurídicas individualizadas. Esta función, aun en el limitado ámbito de acción con que cuentan los jueces en los sistemas de Derecho escrito, no es ni sólo lógico-mecánica ni está basada exclusivamente en la ley, sino en otras fuentes del Derecho como la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales del Derecho con los cuales el juez enriquece y define su criterio.

⁶⁰ Hans Kelsen opina que: "Como aplicación del derecho, la doctrina tradicional considera en primer término a la decisión judicial, es decir, la función desempeñada por los tribunales. Al resolver una controversia entre dos particulares o condenar a un acusado a sufrir determinado castigo, el tribunal aplica, es verdad, una norma general de derecho consuetudinario o legislado. Pero, al mismo tiempo, crea una norma individual que establece determinada sanción que habrá de imponerse a cierto individuo. Esta norma individual puede ser referida a normas generales en la misma forma en que la ley es referida a la Constitución. Así pues, la función judicial, lo mismo que la legislativa, es, al propio tiempo, creación y aplicación del derecho. La función judicial se encuentra ordinariamente determinada por normas generales, tanto en lo que respecta al procedimiento como en lo que atañe al contenido de la norma que debe crearse, mientras que la legislación sólo se halla determinada por la Constitución en el primero de los dos aspectos. Esta diferencia, sin embargo es sólo de grado. ¿...? La norma general que, a ciertos supuestos abstractamente determinados, enlaza ciertas consecuencias determinadas también de manera abstracta, tiene que ser individualizada y concretada a fin de quedar en contacto con la vida social y de aplicarse a la realidad. Para este efecto es necesario determinar en cada caso si las condiciones señaladas in abstracto por la norma general, se encuentran presentes in concreto, a fin de que la sanción determinada abstractamente por la norma genérica, pueda ser ordenada y ejecutada in concreto. Estos son los dos momentos esenciales de la función judicial. Tal función no tiene de modo alguno, como a veces se piensa, un carácter puramente declarativo". Véase Hans Kelsen. *Teoría general del Derecho* ... op cit.. pp 159 y 160

71. En lo concerniente a los *actos de los particulares que elaboran normas jurídicas*, es donde nos encontramos frente a la inlinita y más abundante actividad con que se enfrenta el Derecho. *IMS innumerables transacciones jurídicas de los particulares son el reflejo de la vida social que el Derecho norma a través de los criterios generales que prescribe la ley* Esta faculta, prohíbe, enuncia taxativamente, marca límites, concede, en suma, *delimita los espacios ciertos de acción jurídica, seguros e igualitarios en los que la voluntad libre de los individuos se recrea socialmente, buscando consecuencias jurídicas plenas*. Por ello, *los actos jurídicos deben ajustarse a Derecho si del Derecho pretenden la validación de sus normas*, o sea, su juridicidad, su vinculatoriedad. Lo anterior explica que los actos de particulares jurídicamente imperfectos, padezcan, como se dijo antes, alguna clase de **nulidad**, es decir, su **invalidéz**, precisamente por no ajustarse a la ley.

CUADRO 4.9 NORMAS JURÍDICAS INDIVIDUALIZADAS

Actos de autoridad o de los particulares que generan normas jurídicas de electos o aplicación individualizada o interpartes.

Se distinguen de la ley, los tratados internacionales y la costumbre, pues no son de aplicación general.

Fuentes: *resoluciones administrativas, sentencias u otras resoluciones judiciales y actos jurídicos de particulares.*

(Por ejemplo: convenios, contratos, testamentos, etcétera).

Las normas jurídicas individualizadas deben *estar sujetas al mandato general de la ley* para gozar de plena validez.

4.2.3 Fuentes formales indirectas

72. Como ya lo acotamos, debemos entender por *fuentes formales indirectas aquellas que, al menos en su concepción original, no producen normas jurídicas*. Estamos hablando de procedimientos de formalización del Derecho, *cuya función creadora es indirecta por coadyuvar en la formulación de las normas jurídicas orientando, interpretando e integrando*. Si bien como criterio metodológico general esta división de las fuentes —en directas e indirectas— es válida, *no puede obviarse el caso especial de la jurisprudencia que sí es productora de normas*. Conviene entonces explicar con más detalle la razón de ubicar a la *jurisprudencia* como fuente indirecta.
73. La *jurisprudencia*, como veremos enseguida, está **conformada por la sentencia o el conjunto de sentencias que, en cuanto tales, poseen el carácter de normas**

" También sobre este punto Kelsen es muy claro: "Cuando se dice que las transacciones jurídicas crean normas de derecho, es a las normas secundarias a las que se alude. Pues éstas dan nacimiento a deberes jurídicos y a derechos subjetivos únicamente en conexión con esas normas generales primarias que enlazan una sanción al incumplimiento de la transacción. En este caso, la norma secundaria, que estipula de manera directa la conducta de las partes conforme al derecho, no es una simple construcción auxiliar de la teoría jurídica. Es el contenido de un acto jurídico establecido por la norma general primaria como condición de la sanción." Véase *ibid.* p. 163.

jurídicas individualizadas. En este sentido *cabría clasificarla como fuente directa*. Empero, en cuanto *jurisprudencia misma*, es decir, **como la decisión o el conjunto de decisiones de los tribunales de más alta jerarquía**, *cumple sobre todo, aun en el nivel de cada sentencia (por las tesis o razonamientos jurídicos que contiene) una función orientadora que fija los criterios de interpretación y aplicación de la ley*. Es en relación con esta *función principal* que realiza, y que la distingue de las sentencias emitidas por el resto de los tribunales, que se le clasifica como *fuentes indirecta*. No debe dejarse de mencionar que, dependiendo del país en cuestión, la *jurisprudencia* puede llegar a constituirse en norma jurídica de aplicación obligatoria y general, incluso, derogatoria de la ley.

4.2.3.1 LA JURISPRUDENCIA

74. La *jurisprudencia*,⁶² sin duda la fuente formal indirecta más importante, *consiste en el conjunto de principios, criterios, precedentes o doctrinas que se encuentran en las sentencias o fallos de los jueces o tribunales*. Por lo tanto, la *jurisprudencia* cumple una doble función porque a más de *generar normas jurídicas* en sentido estricto, comporta un propósito principal: *ser coadyuvante, tanto de la formación de las normas jurídicas, como de su aplicación por parte de los mismos jueces, los profesionales del Derecho y los particulares*.
75. Los contenidos jurídicos que forman la *jurisprudencia* son *directrices que surgen como resultado de la aplicación del Derecho por parte de los tribunales*. Esta aplicación va confrontando a las leyes con la realidad, de tal confrontación se obtiene una invaluable experiencia jurídica. De ella se desprende *que en muchos casos la ley es oscura o confusa, o que de plano no regula situaciones concretas que en la práctica se presentan y que no pudieron o no supieron ser previstas por el legislador*. En tales casos, los tribunales deben resolver a través de la *interpretación del sentido de la ley, precisando el predicado de sus términos o elaborando criterios de resolución de casos en que la ley es ausente, recurriendo tanto a los principios generales insertos en cada ordenamiento jurídico, como a los principios superiores por él protegidos y que orientan al mismo Derecho*.
76. Cada sistema jurídico establecerá de modo especial *cuál es el proceso que requiere la elaboración de la jurisprudencia, a qué tribunal o jueces queda encomendada, cuál es su jerarquía, efectos específicos y el alcance de su aplicación*. Es decir, si ésta se compone por una sentencia única o por la repetición de sentencias en asuntos análogos; si todos los jueces o sólo algunos tribunales de alto nivel pueden establecerla; si es obligatoria o no y si se hace efectiva exclusivamente a los involucrados por el fallo (quedando sólo como norma jurídica individualizada); o tiene un carácter *erga omnes* (es decir, si de su criterio pueden aprovecharse personas distintas a los involucrados por el fallo).
77. Es en este último caso, donde la *jurisprudencia* tiene valor *erga omnes*, que ésta *puede convertirse efectivamente en norma jurídica de aplicación general*. Consecuentemente, el criterio jurisprudencial en consideración modificaría o dejaría sin efecto a una ley que, por ejemplo, fuese considerada inconstitucional o, simple-

⁶² La noción "jurisprudencia", según ya lo habíamos anotado, posee varias acepciones. Las más recurridas son: aquella que la concibe como *Ciencia del Derecho*, sobre todo en el ambiente jurídico anglosajón; y, aquella que la utiliza para referirse a los *criterios o doctrinas insertas en las decisiones de los tribunales judiciales*.

mente, crearía una norma que vendría a llenar una "laguna" de la legislación. Aquí el juez o tribunal en cuestión deja de ser un aplicador o intérprete de la ley para convertirse, a través de esa aplicación e interpretación, en un *verdadero legislador*."

78. En los *sistemas jurídicos de impronta sajona* (Reino Unido y Estados Unidos, por ejemplo). La jurisprudencia *tiene una gran relevancia* y se encuentra contenida, fundamentalmente, en las *decisiones de las Cortes de apelaciones*.^w Estas decisiones son emitidas para definir y resolver las controversias que se les plantean por las partes en un litigio, pero además cumplen con una segunda función que es característica de la *common law*, a saber: sentar *precedentes (precedents)*.^{bi} De este modo, los casos similares que aparezcan en el futuro probablemente serán resueltos en la misma forma, esto es, con base en el precedente respectivo.
79. Los *precedentes judiciales constituyen o establecen criterios que orientan la labor judicial sobre el modo de resolver determinados asuntos*; es decir, van creando una *costumbre judicial*. Estos precedentes conforman la base sobre la que jueces y abogados sustentan sus resoluciones y sus demandas, respectivamente. Se parte, pues, de la consideración de que mientras prevalezcan las causas y los supuestos que sirvieron a una autoridad judicial para fallar en uno u otro sentido, el juez deberá seguir tomándolos en cuenta, siempre y cuando los criterios de equidad y justicia que fueron entonces utilizados continúen hoy —y en el caso en estudio— siendo válidos.
80. La *doctrina del precedente* recibe la designación de *stare decisis* que proviene del latín *stare decisis et non quieta movere* ("respetar lo decidido y no cuestionar los puntos ya resueltos") y halla sus orígenes en los comienzos del Derecho inglés. Esta doctrina se incorporó al sistema jurídico de los Estados Unidos⁶⁷ como parte

*' En países como España, por ejemplo, su máximo órgano judicial, el Tribunal Constitucional, emite decisiones con carácter *erga omnes*. Textualmente reza el artículo 164.1 de la Constitución española de 1978: "*Las sentencias del Tribunal Constitucional se publicarán en el Boletín Oficial del Estado con los votos particulares, si los hubiere. Tienen el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación y no cabe recurso alguno contra ellas, luis que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tienen plenos efectos frente a todos*". En general, atribuciones de este tipo al Poder Judicial, suelen tener partidarios en favor y en contra. Quienes están en favor, piensan que si la inconstitucionalidad de una norma fue ya declarada por el tribunal del más alto nivel, de no generalizarse tal decisión, otros tribunales o jueces podrían seguir aplicándola vulnerando así el orden constitucional. Quienes se manifiestan en contra del carácter *erga omnes* de las sentencias de los tribunales del más alto nivel, consideran que de otorgarle tal fuer/a al Poder Judicial, éste haría las veces del Legislativo, sustituyéndolo, invadiendo sus funciones y con ello, rompiendo el equilibrio de poderes. De este modo el Judicial podría convertirse en un super Poder Legislativo, en tanto que le estaría enmendando la plana al legislador.

Debe agregarse que con la reforma a algunos dispositivos constitucionales mexicanos del 31 de diciembre de 1994, de acuerdo con el nuevo texto del artículo 105, "*ciertas resoluciones sobre controversias constitucionales y las declaraciones de invalidez que recaigan a las acciones de inconstitucionalidad emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tendrán efectos generales (erga omnes)*".

^m Cfr. E. Alian Farnsworth. *Introducción al sistema legal de los Estados Unidos*, trad. Horacio Abeledo, Zavalia. Buenos Aires. 1990. p. 69

⁴⁵ "*Un precedente consiste en un acto oficial repetido bajo circunstancias sustancialmente semejantes que ha sido llevado a cabo por una persona o, antes, por su predecesor. El fundamento, entonces, de un precedente es la analogía oficial de lo que, en la sociedad toda, conocemos como tradición, o como instituciones, y lo que, en lo individual conocemos como hábito*". Véase. Karl N. Llewellyn. "Karl N. Llewellyn on the Kunction of Precedent, law, Justice and the Common Good. Sidney Hyman (ed.). Hubert H. Humphrey Insitute of Public Affairs. University of Minnesota, University Press of Amenca. EUA. 1988. p. 333

^{**}Cfr. E. Alian Farnsworth. *Introducción al sistema legal...*, op. al. p. 74

" En opinión de E. A. Farnsworth: "*Por varias razones la doctrina del precedente no ha gozado en los Estados Unidos de la autoridad absoluta que parece haber alcanzado en Inglaterra, txi enorme cantidad de fallos, que establecen prece-*

de la *tradición* de la *common law*, por lo tanto, no ha sido convertida en ley escrita, lo cual explica que no se le mencione ni en la *Constitución* ni en otras leyes. Cabe agregar que esta doctrina se sustenta en cuatro principios básicos:

- *igualdad* (aplicar la misma regla en casos análogos redundaría en igualdad);
- *previsibilidad* (un respeto consistente al principio del precedente contribuye a anticipar el contenido de futuros fallos otorgando mayor seguridad jurídica);

CUADRO 4.10 JURISPRUDENCIA	
Conjunto de principios, criterios, precedentes O doctrinas que se encuentran en las sentencias o fallos de los jueces o tribunales.	
• Fuente formal indirecta más importante con carácter híbrido, pues comienza siendo una norma jurídica individualizada y termina convirtiéndose en una fuerte formal indirecta.	
• Cumple una doble función:	1. Genera normas jurídicas en sentido estricto; y
	2. Coadyuva tanto en la producción de normas jurídicas como en su aplicación por parte de los jueces, los profesionales del Derecho y los particulares.
• Los contenidos jurídicos de la jurisprudencia (tesis) conforman directrices que surgen como resultado de la aplicación del Derecho por parte de los tribunales.	
Cada sistema jurídico establecerá el proceso que requiere su elaboración, a qué tribunal o jueces queda encomendada, jerarquía, efectos específicos y el alcance de su aplicación.	
En los sistemas jurídicos de impronta sajona, la jurisprudencia tiene una gran relevancia y se encuentra contenida en las decisiones de las Cortes de apelaciones, mismas que son emitidas para definir y resolver controversias planteadas en un litigio. Además, establecen precedentes (precedents), es decir, que los casos similares que aparezcan en el futuro muy probablemente serán resueltos en la misma forma, precisamente con base en el precedente respectivo. Los precedentes judiciales sientan o establecen criterios que orientan la labor judicial sobre el modo de resolver determinados asuntos. La doctrina del precedente recibe el nombre de <i>stare decisis</i>, doctrina que se incorporó al sistema jurídico de los Estados Unidos de Norteamérica como parte de la tradición de la <i>common law</i>.	
La doctrina del precedente se sustenta en cuatro principios básicos:	Igualdad: aplicar la misma regla a casos análogos.
	Previsibilidad: un respeto consistente al principio del precedente contribuye a la previsión de futuros fallos.
	Economía: el uso de criterios ya establecidos ahorra tiempo y energía.
	Respeto: adherirse a criterios anteriores evidencia consideración a la sabiduría y experiencia de los jueces anteriores.

denes diferentes en distintas jurisdicciones, tienden a disminuir la autoridad de las decisiones individuales. La rapidez del cambio social ha debilitado a menudo la aplicabilidad de precedentes a casos posteriores surgidos después de que las condiciones económicas y sociales se han alterado. Aun así la doctrina del precedente, aunque aplicada con menos rigidez que en Inglaterra, todavía está firmemente arraigada en los Estados Unidos " Ut supra.. p. 95.

- *economía* (el uso de criterios ya establecidos ahorra tiempo y energía); y
- *respeto* (adherirse a criterios ya emitidos evidencia consideración a la sabiduría y experiencia de los jueces anteriores).⁶ⁿ

4.2.3.2 Los PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

81. Por *principios generales del Derecho* entenderemos, inicialmente y en el sólo ámbito de la teoría jurídica tradicional, *el conjunto de criterios orientadores insertos expresa o tácitamente en todo sistema jurídico, cuyo objeto es dirigir e inspirar al legislador y al juzgador y, en su caso, suplir las insuficiencias o ausencias de la ley u otras fuentes formales*. Tales principios se manifiestan como una *típica fuente formal indirecta del Derecho*. No constituyen un acto o procedimiento específico contemplado o reglamentado por el propio sistema del que se deriven normas jurídicas o precedentes jurídicos (como la legislación o la jurisprudencia). Se trata, en cambio, de las *inferencias o deducciones jurídicas que a lo largo del tiempo han hecho, jueces, legisladores y juristas*. Éstas *coadyuvan* en la aplicación de las propias normas jurídicas.
82. La doctrina tradicional establece que los *principios generales del Derecho se deducen del propio sistema jurídico de normas, donde éstos se encuentran sea tácita, sea expresamente establecidos y se derivan de la lógica interna de dicho sistema*. Su relevancia positiva depende, a su vez, de cada ordenamiento jurídico circunstancia que, según vemos, hay que tomar en cuenta para ésta y todas las demás fuentes. Cada legislador decidirá el papel o fuerza vinculante que habrán de tener tales *principios*, así como los supuestos en que es jurídicamente válido recurrir a ellos.⁶⁹
83. El Derecho romano ya había tomado en consideración la idea de *principios generales del Derecho*⁷⁰ Incluso, muchos de los formulados por los juristas romanos han pasado al Derecho moderno en forma de *aforismos*,⁷¹ y en éstos se constatan directrices clave como la *no retroactividad de la ley* o el *pacta sum servando* ("los

⁶ⁿ *Ibid.*, pp. 74-75.

^M Del Vecchio señala que " .como es manifestamente imposible que la mente humana pueda prever y regular con normas adecuadas todos los innumerables casos futuros —multa enim nova producit natura —. el legislador mismo ha señalado las fuentes, a las cuales debe el juez acudir siempre que no sea posible resolver una controversia aplicando una disposición precisa de la ley . tales fuentes son, en primer término, la analogía, y después, cuando tampoco mediante ésta sea posible decidir, los principios generales del derecho." Véase Giorgio del Vecchio. *JIS principios generales del derecho*, trad. Juan Ossorio Morales. Bosch. Barcelona. 1979, pp. 42-43.

"Aunque Sánchez de la Torre reduce los principios generales del Derecho a los *tria luris praecepta* del Derecho romano (*honeste vivere: alterum non laedere. suum cuique tribuere* —"vivir honestamente: no hacer mal a nadie, dar a cada cual lo suyo"—), éstos son conceptos que no se agotan en el orden normativo-jurídico de cada sistema de Derecho. "Los *tria praecepta iuris* —escribe el propio autor— no pueden ser tampoco entendidos como 'normas jurídicas' (por ejemplo, como los *communia praecepta* en que, para SUÁREZ, consisten las leyes) sino como 'principios prejurídicos' ". Véase Angel Sánchez Alatorre. *Los principios clásicos del Derecho*, Unión Editorial. Madrid, 1975, p. 48. Ello no significa, relinándonos al carácter prejurídico de los principios generales del Derecho, como bien advierte Del Vecchio, que éstos se correspondan con los principios del Derecho natural: "Los intérpretes contemporáneos están de acuerdo, casi sin excepción —opina textualmente el autor italiano—, en declarar que por 'principios generales del derecho' no deben entenderse los principios del Derecho natural. Se considera generalmente como un triunfo de la moderna Jurisprudencia el haber derrocado la antigua escuela del Derecho natural, para dejar paso a una visión exclusivamente histórica o positiva del fenómeno jurídico, según las enseñanzas fundamentales de la Historische Rechtsschule alemana, depurada por el transcurso del tiempo de algunos de sus elementos románticos y metafísicos." Véase Giorgio del Vecchio, *Los principios generales...*, op. cit., pp. 43-45.

ⁿ Cfr. Jaime M. Mans Puigamau. *Los principios generales del Derecho. Repertorio de reglas, máximas y aforismos jurídicos con la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia*. Bosch. Barcelona. 1979.

contratos son para cumplirse"). Estos preceptos constituyen una especie de *sabiduría jurídica*, que se ha ido generando y deduciendo de la propia **lógica y dinámica de aplicación e interpretación del Derecho**.

84. Sin embargo, la idea de *principios generales del Derecho* no se agota en esos aforismos, pues si bien es cierto que la *aplicación* de las normas jurídicas se orienta por los criterios generados dentro del propio sistema jurídico, es obvio que la *producción del Derecho* se alimenta no sólo de sus propios principios. Una concepción más plena del Derecho, de su creación y su transformación demanda fuentes de inspiración *axiológica e ideológica* que se gestan históricamente fuera del propio sistema jurídico (incluso a veces influidas por él) y que, necesariamente lo condicionan. Esta concepción supera, creemos, la idea del Derecho como un sistema normativo cerrado e independiente de otros sistemas normativos, y del cual pueden deducirse lógicamente todas las respuestas normativas necesarias para dar solución a los problemas generados en la realidad social.
85. Los *principios generales del Derecho* implican, entonces, no sólo las reglas inferidas del propio ordenamiento jurídico, sino también a aquel conjunto de valores que, funcionando ahora sí como *fuentes de Derecho*, sirven de *inspiración al legislador y al juzgador*. Se trata de los valores superiores a los que el Derecho en tanto valor instrumental está abocado a realizar. Entre éstos se encuentran la libertad, la vida y la dignidad humanas, la justicia social, los cuales constituyen fuente última de las propias reglas o directrices contenidas en los sistemas jurídicos. Así, por ejemplo, el principio *pacta sunt servanda* (los contratos son para cumplirse) se sustenta a su vez y está guiado por la consideración de que los seres humanos gozan de voluntad propia y capacidad de decisión (autonomía), gracias a la cual, cuando libremente aceptan una obligación y la formalizan jurídicamente, lo hacen para cumplirla.
86. Ahora bien, es importante hacer referencia de nueva cuenta a Ronald Dworkin, porque es precisamente a partir de la publicación de su obra. *Im derechos en serio*,¹ a finales de los años setenta, que el concepto *principios* adquiere nueva vida. ¿Por qué? Pues porque para Dworkin los sistemas jurídicos han de menester para su existencia y funcionamiento no sólo de normas jurídicas (*reglas*), sino de *principios*, es decir, estándares que, precisamente, *sin ser normas* resultan determinantes para resolver casos particulares, inclusive los más difíciles o dilemáticos que a los jueces se presentan.
87. La aportación de Dworkin dio pie a un rico debate que partía de la idea de que una teoría de las normas debería dar cuenta no sólo de éstas sino de los *principios* que son, a la sazón, un *componente de naturaleza lógica distinta* que amerita, consecuentemente, un diverso tratamiento. Esta afirmación redimensionó la idea original de los *principios generales del derecho* con una profundidad y alcances de los que no había sido objeto. Analicemos con más detalle esta idea de *principios*, a fin

"Plumear en Derecho el lenúi de los principios' es plantear el problema de la dinámica del cambio jurídico. Pues no se trata sólo de la apreciación superficial, a fuerza de evidente, de que los sistemas normativos del derecho cambian históricamente, sino de observar el sentido del proceso del cambio, así como las razones por las cuales el cambio se va introduciendo en cierto sentido. Las innovaciones normativas son consecuencia de la acción de ciertas ideas-fuerzas cuya vigencia sustituye a otras, tras cambios en las relaciones observadas o por cambios en la estimación colectivo-normativa del alcance y medida que han de ser asignados a la conducta implicada en dichas relaciones." Véase Ángel Sánchez de la Torre. *MS principios clásicos del Derecho*. op. cit. p. 17.

¹Cfr Ronald M. Dworkin. *"¿Es el Derecho un sistema de normas?"*. op. cit.

de armonizarla con el concepto de *principios generales del Derecho*, este último más propio de nuestra tradición jurídica.

88. En efecto, ya en la doctrina de la tradición iusromanista se debatía sobre la naturaleza de los *principios generales del Derecho* y el nombre que debía asignárseles. Es de tal suerte que se reconocía que no resultaba tarea sencilla establecer la distinción y las relaciones que existen entre el concepto de *principio general* y el de *regla de derecho*, toda vez que uno y otro pueden considerarse desde aspectos o puntos de vista diversos. La distinción que, se concluye, aclara más las relaciones entre ambos conceptos es que a los *principios* *deben considerárseles como conceptos o normas fundamentales y abstractos, hayan sido objeto o no de formulación concreta*; mientras que a la *regla* *debe concebirse como una locución concisa y sentenciosa que sirve de expresión a un principio jurídico*, como un medio o vehículo para introducir en la práctica jurídica a los *principios generales del Derecho* invocados en tanto fuente supletoria."
89. Dworkin va más allá, en la inteligencia de que los *principios* son parte neural de los ordenamientos jurídicos y *se constituyen en el principal instrumento del razonamiento judicial, el cual opera a través de estándares que no encajan en la idea de normas o reglas jurídicas*. Por lo tanto, tales *principios* juegan un papel protagónico y no se circunscriben, como sucede en la teoría jurídica tradicional, a ser una fuente interpretativa e integradora del Derecho. Además, a los *principios*, sostiene Dworkin, *se les identifica no por su origen, sino por su contenido*. Entonces. ¿qué naturaleza poseen?
90. Al respecto se han planteado tres posiciones, las cuales sostienen, respectivamente, una *separación estricta* entre normas y principios, una *separación débil* y la *tesis de la coincidencia*, o sea, que *principios* y *normas* resultan ser lo mismo.
91. La *tesis de la separación estricta* establece que las *normas* y los *principios* *poseen una estructura lógica distinta, por ende, no son asimilables*. Entre los autores que apoyan esta tesis estarían el propio Dworkin y Joseph Esser." Algunos de los argumentos centrales en que sustentan su posición son los siguientes: *las normas se aplican o no se aplican* (son reglas de todo o nada); *los principios en cambio ofrecen razones para la decisión pero no la determinan totalmente*; *los principios tienen una dimensión de peso o importancia de la que carecen las normas*. Así, *en caso de conflicto entre principios ninguno deviene inválido, mientras que en el caso de las normas una de ellas evidentemente sí*.
92. Esser agregaría que los *principios* *no contienen una instrucción vinculante de tipo inmediato, pues requieren o presuponen la acuñación judicial o legislativa de dichas instrucciones*. Otrosí, *los principios ofrecen sólo un perfil de la solución a un problema jurídico, no la solución misma*; es decir, *constituyen fórmulas que operan en sentidos opuestos del mismo modo como sucede con los valores*.
93. La *tesis de la separación débil* está suscrita por autores como Bobbio y Pecese-Barba.⁶ El primero piensa que *los principios son normas, las normas más generales del sistema jurídico, pero no son algo de carácter distinto, dado que si los*

⁶Cfr. Jaime M. Mans Putgarnau. *Los principios generales del Derecho*, op. cit.

⁷ Esser. Joseph, *Principio y norma en la elucoración jurisprudencial del derecho privado*, irad. E. Valentina Fiol. Bosch, Barcelona. 1961

* Puede consultarse de tales autores, respectivamente. Norberto Bobbio. "Principi generali di diritto". *Contribui a un dizionario giuridico*. Giappichelli Editori. Turin. 1994 Gregorio Pecese-Barba, *Los valores superiores*. Editorial Tecnos. Madrid. 1982.

principios se obtienen de las normas por procesos de generalizaciones sucesivas, no es que llegados a un cierto punto la generalización haga que las normas, al convertirse en principios, pierdan su naturaleza original, la de reglas. Además, si la función de los principios es regular los supuestos de "lagunas", las normas jurídicas cumplen igualmente ese fin.

94. Peces-Barba, en la misma línea de argumentación, piensa que dicha tesis *gira principalmente en torno a la actividad judicial, pero no opera del mismo modo respecto de la actividad legislativa*. Un ejemplo concreto es, señala dicho autor, el artículo 1.1 de la Constitución española de 1978, en el cual los principios que el Constituyente originario llamó *valores superiores* conforman el contenido de una norma. De tal suerte, *dicha norma integra los valores que se convierten en la guía de todos los operadores jurídicos en la dinámica creadora y de aplicación del Derecho*. En suma, los principios son, y especialmente en este caso, *normas de carácter más general y de jerarquía superior pero no algo distinto a ellas*.
95. Robert Alexy⁷⁷ ha explorado de manera especialmente acuciosa la diferencia entre **normas** y **principios**. Este autor, adhiriéndose con importantes contribuciones a la *tesis de la separación estricta*, sostiene que los principios a diferencia de las reglas tienen un carácter *prima facie*, tal carácter constituye una **peculiaridad lógica** que permite que lo prohibido o permitido pueda ser satisfecho en mayor o menor medida. Así las cosas, los principios son mandatos de optimización, donde lo que se busca es el **deber ser ideal**, es decir, aquello que no puede concretarse cabalmente en su extensión fáctica y jurídica. En cambio, las normas son reglas de aplicación disyuntiva dado su carácter de todo o nada, contienen una determinación concreta para la decisión de casos, con lo cual lo prescrito por la norma puede o no puede ser satisfecho desde el punto de vista fáctico y jurídico. Esto es, a diferencia de los principios, las reglas o normas jurídicas buscan el **deber ser real**.
96. Esta distinción hecha por Alexy permite entender, mucho más cerca de la tradición jurídica primero señalada y sin rechazar del todo algunas propuestas de la *tesis de la separación débil*, que: *los principios puedan asumir las funciones de normas más generales*, que *la idea de principios puede integrarse a una tesis positivista del Derecho*, y que, en cualquier caso, *lo que los principios buscan con su alto grado de generalidad es posibilitar acuerdos mayoritarios en torno a valores, los que pueden conseguirse en mayor o menor medida dependiendo tanto de otros principios como de las circunstancias fácticas imperantes*.
97. En tal virtud, y con base en la concepción jurídica tradicional de los principios generales del Derecho y las disquisiciones de la teoría jurídica contemporánea en torno a la idea de principios, es posible concluir que los *principios generales del Derecho son un conjunto de criterios orientadores insertos en todo sistema jurídico, cuya finalidad es múltiple: de una parte, constituirse en valores o paradigmas que dotan de sentido último (deber ser ideal) al Derecho y de sentido mediato (deber ser real) a las normas jurídicas de un sistema. De la otra, tienen como objeto suplir las ambigüedades e insuficiencias de la ley u otras fuentes formales*.

⁷⁷ Cfr. Robert Alexy. "Zum Begriff des Rechtsprinzips", en *Rechtstheorie*. Beiheft. I. 1979 y "Rechtsregeln und Rechtsprinzipien", en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft, 25, 1985.

^a Cfr. Francesca Puigpelat Maní, "Principios y normas", en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 6. Instituto de Derechos Humanos. Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid. 1990.

98. Así, los *principios generales del Derecho* pueden **clasificarse por su naturaleza y función en principios generales del Derecho lógico-jurídicos y principios generales del Derecho axiológicos o valorativos**. De igual modo, dichos *principios generales del Derecho*, en virtud de su **forma de aparición en los sistemas jurídicos** pueden calificarse de *expresos o tácitos*.

99. Los *principios generales del Derecho lógico-jurídicos* son los que se constituyen en *fuerza formal indirecta del Derecho* y que *cumplen funciones de interpretación e integración jurídicas*, además de expresar lo enunciado por Alexy como *deber ser real*. Estos *principios generales del Derecho* resumen en forma paradigmática los criterios últimos en los que se basa el funcionamiento de los ordenamientos jurídicos por causa de su lógica interna, razón por la cual, según vimos antes, en algunos casos pueden concretarse en *máximas o aforismos jurídicos*.

l(K). Los *principios generales del Derecho axiológicos o valorativos* son los que predicen, en términos de lo llamado por Alexy, el **deber ser ideal** del Derecho y suelen expresarse en normas que rigen a otras normas, una especie de *reglas ideales*. Estos *principios* no tienen por objeto dictar criterios respecto del funcionamiento de los ordenamientos jurídicos, sino que establecen estándares de alto grado de generalidad que constituyen el argumento último en que se sostiene un sistema jurídico y son jerárquicamente superiores a los *principios generales del Derecho lógico-jurídicos*. De suerte tal que, en caso de *colisión* *entrambos principios*, deberá estarse a los segundos, en tanto que constituyen las razones o argumentos últimos que se tienen en cuenta para la determinación y fundamentación de resoluciones judiciales y, en especial, para los casos *dilémicos* o *difíciles*. Es decir, **se debería hacer prevalecer un valor o principio de justicia en lugar de un valor o principio de legalidad**.

ÍOL A los *principios generales del Derecho lógico-jurídicos* se les puede considerar como *principios de primer estándar valorativo* y su funcionamiento se explica en términos de satisfacer los fines o valores que rigen la *Teoría del ordenamiento jurídico*. Se está ante principios o valores jurídicos de carácter mediano que el Derecho con su funcionamiento normativo busca generar, a saber: orden, seguridad e igualdad jurídicas. En cambio, a los *principios generales del Derecho axiológicos o valorativos* se les puede considerar como *principios de segundo estándar*, en tanto que dotan de sentido último a los del primero y han de ser estudiados y analizados a la luz de criterios metaéticos, axiológicos y de *Teoría de la justicia*.

CUADRO 4.11 PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO (PGD)

- Conjunto de criterios orientadores insertos en todo sistema jurídico, cuya finalidad es múltiple: de una parte, constituirse en valores o paradigmas que dotan de sentido *Mimo* (*deber ser ideal*) al Derecho y de sentido mediano (*deber ser real*) a las normas jurídicas de un sistema. De la otra, tienen por objeto suplir las ambigüedades e insuficiencias de la ley u otras fuentes formales.
- En la doctrina tradicional *iusromanista*, se trata de inferencias o deducciones jurídicas que a lo largo del tiempo han hecho jueces, legisladores y juristas, y que coadyuvan en la aplicación de las propias normas jurídicas.
- La doctrina tradicional establece que los PGD se deducen del propio sistema jurídico, donde éstos se encuentran *tácita* o expresamente establecidos y se derivan de la lógica interna de dicho sistema.
- Los *Principios generales del Derecho* implican las reglas inferidas del propio ordenamiento jurídico y también el conjunto de valores que sirven de inspiración al legislador y al juzgador, tales como la vida, la libertad, la dignidad humana y la justicia social, por ejemplo.

Clasificación de los PGD:	
Por su forma de aparición en los sistemas jurídicos	
<i>EXPRESOS</i> Aparecen directamente plasmados en el sistema jurídico por obra del legislador en la Constitución y leyes secundarias.	<i>TÁCTOS</i> Son aquellos que infiere el doctrinario o el juez por un ejercicio de analogía <i>iuris</i>.
Por su naturaleza	
<i>Lóctco-juríbicos</i> Fuente formal indirecta del Derecho que cumple funciones de interpretación e integración jurídicas.	<i>AXIOLÓGICOS</i> Tienen por objeto establecer estándares de alto grado de generalidad que son el último argumento en que se apoya un sistema jurídico.
Se trata de <i>PRINCIPIOS DE PRIMER ESTÁNDAR. SU funcionamiento se explica en términos de satisfacer los fines o valores que rigen la legalidad.</i>	Se trata de <i>PRINCIPIOS DE SEGUNDO ESTÁNDAR. SU funcionamiento se explica en términos de buscar la justicia del Derecho.</i>
Los estudia la <i>Teoría del ordenamiento jurídico</i> .	Se estudian a la luz de criterios metaéticos, axiológicos y de <i>Teoría de la justicia</i> .
Expresan el <i>deber ser real</i> del Derecho.	Expresan el deber ser ideal del Derecho.

4.2.3.3 LA DOCTRINA

102. Entiéndese por *doctrina* a los estudios, los análisis y la crítica que los juristas realizan con carácter científico, no sólo de los sistemas de Derecho positivo sino del Derecho en general. También a la *doctrina* la llaman algunos autores *Derecho científico*,¹ dada la naturaleza del método con que enfrentan los problemas jurídicos. Por lo tanto, no se trata de cualquier opinión que sobre dichos problemas puedan externar los particulares, sino de una *opinión experta y calificada*.
104. No obstante, la costumbre de clasificar técnicamente a la *doctrina* como una fuente formal no lo es en sentido estricto, al menos por lo que toca al hecho de que *no constituye un acto ni un proceso del que se deriven normas jurídicas*. Por lo demás, su carácter, al menos nominativo, de fuente formal indirecta, dependerá de que el sistema jurídico en cuestión le otorgue expresamente tal posición. En un sentido más amplio, la *doctrina* se constituye en una *fuentes del Derecho*, del mismo modo en que la reflexión científica es fuente invaluable de otras ramas del saber humano. De ahí que su ámbito de acción no se circunscriba a la especulación del sistema normativo en sí mismo, sino a la reflexión y análisis general del Derecho como una ciencia no reductible a la norma jurídica.

^NCfr. Francesco Cosenlini *Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 52. Este autor señala: "El derecho científico, en su evolución doctrinal, puede influir como convicción jurídica común, correspondiente a nuevas necesidades y aspiraciones morales: ella se impone al legislador en la formación de la ley. al juez en su aplicación".

105. De acuerdo con la *concepción tridimensional que del Derecho hemos adoptado*, la doctrina implicará el estudio no sólo de su dimensión normativa (es decir, como sistema de normas específicas, como Derecho positivo), sino también de sus dimensiones fáctica y axiológica. Esto es, el Derecho como hecho social y como valor y portador de valores superiores a los cuales sirve. Si la doctrina se circunscribiera al análisis de la dogmática jurídica, no podría auxiliar cabalmente al legislador y al juzgador en la elaboración de normas jurídicas y su aplicación.
106. En efecto, la *reflexión doctrinal en torno al Derecho* influye tanto en el legislador como en el juez, por esto es que tradicionalmente se le reconoce como una fuente formal indirecta. Los estudios jurídicos realizan una sistematización de los cuerpos de Derecho positivo clasificando e interpretando la ley, analizando los obstáculos reales que se oponen a su realización. Estas interpretaciones influyen en el juicio del juzgador y lo auxilian al aplicar las leyes en aquellos casos en que éstas se muestren con lagunas u oscuridades. No olvidemos que los jueces a través de sus sentencias y la jurisprudencia, formulan normas jurídicas individualizadas o criterios de interpretación.
107. Asimismo, las teorías elaboradas por los juristas suelen influir en los legisladores, quienes las utilizan como guía para la formulación, actualización o modificación de las leyes. No olvidemos tampoco que, a través de dichas teorías, los teóricos del derecho sugieren caminos por los cuales es posible solucionar algunos de los múltiples problemas que implica la normación o aplicación del Derecho a la realidad. El trabajo doctrinal no es pura abstracción o teorización que se agoten en sí mismas como a primera vista podría suponerse, y aun en ese caso, la especulación sobre modelos ideales, bien pueden servir de parangón para aspirar a una mejor manera de normar jurídicamente la realidad social.
108. De acuerdo con el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de La Haya, la doctrina es una de las fuentes secundarias o auxiliares del Derecho internacional. Concretamente, el referido estatuto alude a "...las doctrinas de los publicistas de mayor competencia [...] como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho...". Por lo tanto, las opiniones de los tratadistas si bien no son una fuente autónoma, juegan un papel relevante en este ámbito. Papel que, según algunos de los propios estudiosos del Derecho internacional, tiende a disminuir tanto por una marcada tendencia a una codificación que restringe el protagonismo de la doctrina, como porque ésta no es única —como pretende el citado artículo 38— sino múltiple y con criterios distintos y no siempre independientes, dada la vinculación de los estudiosos con las políticas jurídicas de los gobiernos a los que a veces representan.¹⁰⁹
109. La efectiva influencia de la doctrina en los sistemas de Derecho interno es evidente. Citemos, al respecto, un par de ejemplos. El primero tiene que ver con la asimilación no sólo de las teorías sino de la terminología creada por aquélla para resolver los problemas que conlleva la aplicación de la ley en el tiempo, nos referimos, específicamente, a la retroactividad de la ley. Cada legislación ha asumido, para plantearla normativamente, ya la teoría de los derechos adquiridos, ya la de las situaciones jurídicas abstractas o concretas, etcétera. El segundo ejemplo es un caso paradigmático, el de las doctrinas de la soberanía y de la división de poderes, que no obstante ser en sus inicios meras postulaciones teóricas, hoy día forman

¹⁰⁹ Cf. Huben Thierry. *L' évolution du droit international. Cours général de droit international public*. Academic de Droit International. Martinus Nijhoff Publishers. Netherlands, 1991, pp. 42-52.

parte de los principios fundamentales de la mayoría de las Constituciones vigentes de muchos países.

I lü. Hasta ahora hemos hecho sólo alusión tangencial, como en el párrafo precedente, a la *idea de Constitución*. ¿*Qué es una Constitución*? El estudio de la creación del Derecho no puede entenderse sin el análisis de la norma jurídica de mayor jerarquía (la *Ley Suprema*, la *Carta Magna*), a partir de la cual pueden explicarse política y jurídicamente los distintos sistemas de Derecho positivo existentes en el mundo. Para comprenderlo mejor esbozaremos algunos aspectos básicos de su *teoría*.

CUADRO 4.12 DOCTRINA

- *Estudios, análisis y crítica que los juristas realizan con carácter científico, no sólo de los sistemas de Derecho positivo sino del Derecho en general.*
- *La Doctrina es denominada también Derecho científico.*
- Su ámbito de aplicación no se circunscribe a la especulación del sistema normativo en sí mismo, sino a la reflexión y análisis general del Derecho como una ciencia no reductible a la norma jurídica.
- *La Doctrina implica el estudio del Derecho como hecho social, como valor y portador de valores superiores a los cuales sin/e.*

Los estudios jurídicos realizan una sistematización de los cuerpos de Derecho positivo *clasificando e interpretando* la ley, analizando los obstáculos reales que se oponen a su realización.

Estas interpretaciones influyen en el juicio del juzgador y lo auxilian al aplicar las leyes en aquellos casos en que éstas se muestren con "lagunas" u oscuridades.

4.3 Elementos básicos de Teoría de la Constitución

11 I. De la constitución y caracteres de cada sistema jurídico nos da cuenta, efectivamente, su Constitución.¹¹ Históricamente, la *forma de creación del Derecho*, digamos que a partir del siglo xviti,"² con la *invención del concepto de Constitución*

Para una consulta sobre las teorías constitucionales clásicas de Ferdinand Lasalle. Cari Schmitt, Hans Kelsen y Hermann Heller véase el sucinto análisis realizado por Alejandro del Palacio Díaz, *facciones de teoría constitucional*. Claves Latinoamericanas. México, 1989. pp. 9-38.

La *idea* y con ella el *concepto* de una *Constitución escrita* tiene sus antecedentes más remotos en Inglaterra, curiosamente, el país del Derecho constitucional consuetudinario. Entre los documentos escritos que a ello contribuyeron y que tuvieron gran influencia, sobre todo en las Colonias Americanas, están la Carta Magna de 1215. Sin embargo, precedió a la idea de una Constitución escrita la idea de una Declaración de Derechos también escrita, por ello aparecen primeramente en América documentos como la Declaración del Buen Pueblo de Virginia de 1776. Ésta, al igual que las demás declaraciones americanas de su tipo, tiene sus antecedentes más remotos en el Nuevo Mundo, con el Cuerpo de Libertades de la Bahía de Massachusetts de diciembre de 1641. Posteriores a las declaraciones de derechos aparecen las Constituciones propiamente dichas, como aquellas en las que las trece colonias americanas se organizaron política y soberanamente. De ellas surge la Constitución de los Estados Unidos de 1787. Puede decirse, con razón, que el origen cierto del concepto de Constitución escrita tal y como lo conocemos ahora se concreta en el siglo XVIII. En este tenor se expresa González Amuchástegui: "Si bien la idea proviene de Inglaterra, las primeras Constituciones que alcanzaron un vigor positivo fueron las Constituciones de las colonias americanas. Fue en América del Norte donde por primera vez se establecen reglas que están por encima del legislador ordinario, donde se instituye la distinción entre poder constituyente y poder

escrita." adquiere acentos singulares. Y es que la concreción de la idea de Constitución significa la suscripción de una especie de pacto social^{1,4} en cuyo marco se formaliza y adquiere validez el Derecho, es decir, la incorporación de contenidos normativos al sistema de normas jurídicas, bajo las condiciones políticas allí establecidas.

*constitutivo, donde a la ley se le prohíbe ir contra la Constitución, donde se formulan principios de organización política y se determinan las líneas de separación entre el estado y el individuo". Véase Jesús González Amucháslegui, "Acercas del origen de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789", en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 2, Instituto de Derechos Humanos. Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, marzo de 1983, p. 141. Para una consulta sobre algunos aspectos históricos de los aquí referidos, puede remitirse el lector a la compilación comentada de los principales textos históricos de derechos humanos (íntimamente vinculados al Derecho constitucional desde el susodicho siglo XVIII), dirigida por Gregorio Peces-Barba en colaboración con otros autores. *Derecho positivo de los Derechos Humanos*. Debate. Madrid. 1987. Asimismo, se recomienda la obra de Antonio Truyol y Serra. *Historia de la filosofía del derecho y del Estado (Del Renacimiento a Kant)*, vol. II. Biblioteca de la Revista de Occidente, Madrid. 1976. En especial el apartado intitulado "De la América inglesa a los Estados Unidos de América", pp. 274-279.*

"Ferdinand Lassalle explica en admirables y claros términos el origen y evolución necesarias para llegar al concepto de Constitución escrita: *"Una Constitución real y efectiva —escribe Lassalle— la tienen y la han tenido siempre todos los países [...] y no hay nada más equivocado ni que conduzca a deducciones más descaminadas, que esa idea tan extendida de que las Constituciones son una característica peculiar de los tiempos modernos. No hay tal cosa. Del mismo modo y por la misma ley de necesidad que todo cuerpo tiene una constitución, su propia constitución, buena o mala, estructurada de un modo o de otro, todo país tiene, necesariamente, una Constitución, real y efectiva, pues no se concibe país alguno en que no imperen determinados factores reales de poder, cualesquiera que ellos sean. Cuando, mucho antes de estallar la gran Revolución francesa, bajo la monarquía legítima y absoluta de Luis XVI, el Poder imperante abolió en Francia, por decreto de 1.º de febrero de 1776, las prestaciones personales de construcción de vías públicas por las que los labriegos venían obligados a trabajar gratuitamente en la apertura de caminos y carreteras, se creó para afrontar los gastos de estas obras públicas un impuesto que había de gravar también las tierras de la nobleza, el Parlamento francés clamó, oponiéndose a esta medida: Le peuple de France est taillable et corvéable à volonté, c'est une partie de la constitution que le roi ne peut changer o dicho en castellano El pueblo de Francia —es decir, el pueblo humilde, el que no goza de privilegios— se encuentra sujeto a impuestos y prestaciones sin limitaciones y es ésta una parte de la Constitución que ni el rey mismo puede cambiar. [...] Aquello a que los nobles franceses llamaban Constitución, la norma bajo la cual el pueblo bajo tenía que soportar todos los tributos y prestaciones que se le quisieran imponer, no se hallaba recogido todavía, cierto es, en ningún documento especial, en un documento en que se resumiesen todos los derechos de la nación y los más importantes principios del Gobierno: no era, por el momento, más que la expresión pura de los factores reales de poder que regían en la Francia medieval. Y es que en la Edad Media el pueblo bajo era, en realidad, tan impotente, que se le podía gravar con toda suerte de tributos y gabelas, a gusto y antojo del legislador; la realidad en aquella distribución de fuerzas efectivas, era ésta: el pueblo venía siendo tratado desde antiguo de ese modo. Estas tradiciones de hecho brindaban los llamados precedentes, que todavía hoy en Inglaterra, siguiendo el ejemplo universal de la Edad Media, tienen una importancia tan señalada en las cuestiones constitucionales. En esta práctica efectiva y tradicional de cargas y gravámenes, se invocaba con frecuencia, como no podía ser menos, el hecho de que el pueblo viniera desde antiguo sujeto a esas gabelas, y sobre ese hecho se erigía la norma de que podía seguirlo sin interrupción. La proclamación de esta norma daba vida al principio de Derecho constitucional, al que luego, en casos semejantes, se podía recurrir. Muchas veces se daba expresión y sanción especial sobre un pergamino a una de esas manifestaciones que tenían su raíz en los resortes reales de poder. Y así surgían los fueros, las libertades, los derechos especiales, los privilegios, los estatutos y cartas otorgadas de una clase, de un gremio, de una villa, etc. Todos estos hechos y precedentes, todos estos principios de Derecho público, estos pergaminos, estos fueros, estatutos y privilegios juntos formaban la Constitución del país, sin que todos ellos, a su vez hicieran otra cosa que dar expresión, de un modo escueto y sincero, a los factores reales de poder que regían en ese país. Así, pues, todo país tiene, y ha tenido siempre, en todos los momentos de su historia, una Constitución real y verdadera. [...] específico de los tiempos modernos hay que fijarse bien en esto, y no olvidarlo, pues tiene mucha importancia—, no son las Constituciones reales y efectivas, sino las Constituciones escritas, las hojas de papel. En efecto, en casi todos los estallidos modernos vemos apuntar, en un determinado momento de su historia, la tendencia a darse una Constitución escrita, cuya misión es resumir y estatuir en un documento, en una hoja de papel, todas las instituciones y principios de gobierno vigentes en el país". Véase Ferdinand Lassalle, *¿Qué es una Constitución?*. Colofón. México, 1990. pp. 54-56.*

"Cfr. André Hauriou. *Derecho constitucional e instituciones políticas*, trad. José Antonio González Casanova. Ariel. Madrid. 1971, pp. 147-163.

112. Sin embargo, antes que revelarse como el instrumento jurídico de mayor jerarquía con que se da validez al Derecho positivo de un Estado, la *Constitución* se manifiesta como una institución eminentemente política, donde se fijan, en general, los aspectos fundamentales (por esto también se le llama *norma fundamental*) relativos al origen, depósito, adquisición, ejercicio y traspaso del poder político. A través de su Constitución política, los Estados instituyen, entre otros aspectos, su nombre, sus fronteras físicas, su estructura política fundamental, o sea, su sistema de gobierno (democracia, monarquía constitucional, etcétera), así como los derechos fundamentales de sus ciudadanos.⁸⁵ El origen de toda *Constitución* es político antes que jurídico; no debemos olvidar que el *Derecho* posee como uno de sus caracteres centrales el de ser un fenómeno de la misma naturaleza, es decir, político. ¿Qué significación tiene esto?
113. Significa que la *Constitución* es producto de la soberanía,⁸⁷ del poder político que se ostenta como legítimo en un espacio y tiempo histórico determinados. Esa soberanía al expresarse hacia el interior del Estado se manifiesta como poder dinámico, es decir, como la capacidad de constituirse en la fuente formal, por excelencia, del Derecho y hacer efectiva la obligatoriedad de sus normas a través de la coacción. El poder soberano se legitima al instaurar la fuente formal de todo Derecho y, con ella, da justificación jurídica de las acciones, funciones y facultades con las que habrá de manifestarse. Esta fuente y base de legitimidad jurídica es la *Constitución*.
114. Ahora bien, como primero se mencionó, para efectos de la creación del Derecho la *Constitución* tiene un carácter jurídico-positivo.^M Por lo tanto, es formalmente una ley, la *Ley fundamental*, que a través de un conjunto articulado de normas de derecho objetivo determina la estructura jurídica del Estado y establece las condiciones de validez que deben satisfacer los procedimientos y actos de formalización de las normas jurídicas (fuentes formales) y de los sujetos con facultades para llevarlos a cabo.
115. Si la *Constitución* es una ley, la *Ley Fundamental*, ésta ha de ser emitida —promulgada— por un poder legislativo especial denominado *constituyente originario*. En éste se depositó la facultad soberana de legislar los aspectos fundamentales del Estado en cuestión. Es así como se constituye dicha *Ley Suprema*, la que legitima (válida) la existencia y condiciones de elaboración, aplicación e interpretación de las demás leyes (secundarias) de un sistema jurídico. Por eso, una violación a la *Constitución* por parte de esas leyes secundarias sustrae a éstas su validez. Esta posición de prioridad jurídica en sentido formal (validez formal) y (validez ma-

¹⁵ "Con este siglo (el xvni) —apunta Peces-Barba— los derechos se vincularon con la idea de constitución, y desde entonces no se separarán de ella. En la llamada por la doctrina parte dogmática de las constituciones se incluirán desde entonces los objetivos fundamentales de una determinada comunidad y su desarrollo en los derechos humanos. Esta vinculación tendrá importantes consecuencias para la cultura jurídica y política moderna, puesto que las leyes producidas por el Parlamento tendrán que ajustarse a esos contenidos materiales incluidos en las constituciones." Véase Gregorio Peces-Barba et al., *Derecho positivo de los derechos humanos*, op. cu., p. 98.

¹⁶ Puede consultarse sobre este aspecto del capítulo I el apartado 1.4 "Las circunstancias del Derecho".

¹⁷ Sobre la relación soberanía-Derecho se abundó en el inciso 1.2J.2 "Estado y soberanía", capítulo I de la primera parte de esta obra.

¹⁸ "Conforme a la lógica jurídica —escribe Burgoa—, toda constitución positiva debe ser el elemento normativo en que trascienden las potestades de autodeterminación y auto-limitación de la soberanía popular, mismas que traducen el poder constituyente." Véase Ignacio Burgoa, *Derecho constitucional mexicano*, Porrúa, México, 1979, p. 296.

terial) que posee la *Constitución* en relación con cualquier ley de menor entidad, se traduce en el denominado *principio de supremacía constitucional*

116. Lo anterior no implica que la norma suprema no pueda modificarse. De hecho **las Constituciones pueden y deben ser modificadas o actualizadas cuando las necesidades histórico-sociales así lo demanden**. Pero, ¿cómo se modifica la *Ley Suprema*? En principio por un proceso legislativo, pues la *Constitución* es una ley. Cuando los sistemas normativos prevén un *proceso legislativo especial para modificar la Constitución*, a tal sistema se le denomina *rígido*. Si, en cambio, la *Constitución no debe seguir un procedimiento legislativo distinto al de las otras leyes*, al sistema se le denomina *flexible*. Las *Constituciones* se clasifican en relación con tales sistemas, respectivamente, ya sea en *rígidas* o en *flexibles*.
- I \ 7. ¿Puede una *Constitución* ser abrogada? Si, el *constituyente originario* está facultado para hacerlo cuando quiere promulgar una nueva *Constitución*. La abrogación de un texto constitucional también puede ser el resultado lógico de un cambio en las relaciones de poder; es decir, con el surgimiento de una nueva soberanía, un nuevo poder, producto de un golpe de Estado, una revolución o, en forma pacífica, a través de la conformación de un nuevo *constituyente originario*.
118. Las *Constituciones* escritas, tradicionalmente, se estructuran en dos grandes partes: la *dogmática*, que contiene *los derechos fundamentales de la persona humana frente al Estado, así como las directrices y objetivos primigenios de éste* y la *orgánica*, donde se establece *la división de poderes del Estado, los órganos que los ejercen y sus facultades*. La parte *dogmática* determina las **condiciones jurídicas** expresas a que debe sujetarse todo acto de autoridad y los **finés últimos** que esos actos han de perseguir (el bien común, la educación, la democracia, etcétera); la parte *orgánica* señala los *términos en que deberá realizar el Estado sus funciones* y cómo, dentro de él, deberá *transmitirse pacíficamente el poder*. Para algunos autores, las *Constituciones* aceptarían una tercera parte, la *social*, donde se concreta el sistema de normas e instituciones que buscan promover y propiciar mejores condiciones socio-económicas de los sectores más débiles de la sociedad
119. Finalmente, cabe señalar que si bien la mayoría de los países posee *Constituciones* escritas, todavía hay algunos, como Inglaterra, que mantienen la tradición de *Constituciones no escritas o consuetudinarias*. Esto significa que lo que se entiende por *Constitución* no es un documento único, sino que ésta se halla dispersa en varios documentos y en el derecho común (*common law*), así como en costumbres jurídicas practicadas hasta por siglos. La *Constitución*, en ese país, es en realidad *la estructura fundamental del Estado —en sentido material—*, no el instrumento jurídico único que así la contempla.

*"Tena Ramírez opina: "En la supremacía de la Constitución presupone dos condiciones: el poder constituyente es distinto de los poderes constituidos, la Constitución es rígida y escrita. En efecto f. 1 los órganos del poder reciben su investidura y sus facultades de una fuente superior a ellos mismos, como es la Constitución, eso quiere decir que el autor de la Constitución debe ser distinto y estar por encima de la voluntad particular de los órganos, iii doctrina designa al primero como 'poder constituyente' y a los segundos los llamo 'poderes constituidos'" Véase Felipe Tena Ramírez, *Derecho constitucional mexicano*. Porrúa, México. 1977. p. 10.

^wCfr. José Manuel Lastra Lastra, *Fundamentos de Derecho*. McGraw-Hill, Serie Jurídica. México, 1994. pp. 176-177.

CUADRO 4.13 LA CONSTITUCIÓN

Ley que fija la forma en que se constituye y caracteriza cada sistema jurídico.

Es el **instrumento de mayor jerarquía jurídica** y es también una **institución política** porque *determina el depósito, adquisición, ejercicio y traspaso legítimo del poder.*

La **Constitución** prescribe:

El nombre de un Estado, sus fronteras físicas, su estructura política gubernamental, su sistema de gobierno y los derechos fundamentales de los ciudadanos.

La **CONSTITUCIÓN es producto de la soberanía, del poder legítimo en un espacio y tiempo histórico determinados**

La **Constitución** es formalmente una **ley**, la **Ley Fundamental**, que establece las **condiciones de creación (fuentes formales) y validez (formal y material)** de todas las normas de un sistema jurídico.

Determina, también quiénes están facultados para aplicarlas.

La **Constitución**, en cuanto **Ley Fundamental**, es promulgada por el **constituyente originario**, el cual tiene la **facultad de legislar sobre los aspectos fundamentales del Estado**.

La **CONSTITUCIÓN** posee en relación con las demás leyes la **máxima jerarquía**. A esta posición de prioridad jurídica se le denomina: **principio de supremacía constitucional**.

Si la Constitución requiere un proceso legislativo especial para modificarse, se le denomina **rígida**. Si el sistema de modificación constitucional es el mismo que de otras leyes, se le llama **flexible**.

Como cualquier ley la **Constitución** puede ser **derogada**, sea por el Constituyente originario, o por circunstancias lácticas, como el cambio en las relaciones de poder (revolución, golpe de Estado, etcétera) o por vía de una reforma del Estado en forma pacífica.

Tradicionalmente, la **Constitución** se divide en dos partes: la **dogmática**, que contiene los derechos fundamentales de la persona humana frente al Estado; y la **orgánica**, que establece la división de poderes del Estado, órganos que la ejercen y sus facultades.

A partir de la **Constitución mexicana de 1917** se considera que la **Constitución** debe contemplar también una parte **social**, donde se contenga el **sistema de normas e instituciones que buscan promover y mejorar las condiciones de vida de los sectores más vulnerables de la sociedad**.

RESUMEN

La creación del Derecho

En las sociedades el Derecho convive con varios sistemas normativos u ordenamientos de la conducta humana, tales como la moral o la religión. Uno y otros coinciden en algunos de sus contenidos pero no en la forma en que garantizan su observancia: sólo el Derecho puede hacer, legítimamente, uso de la coacción institucionalizada.

Las normas de Derecho se distinguen, también, por su manera de conformarse, es decir, de formalizar y, con ello, incorporar o desincorporar sus contenidos normativos. Éstas se formalizan por una serie de procesos o actos determinados expresamente en cada sistema de Derecho positivo en las llamadas normas sobre producción jurídica.

La identificación de las normas jurídicas por medio de esos procesos formales signa a ciertas normas o prescripciones de conducta dotándolas de juridicidad, revistiéndolas así de validez. Las normas que se incorporan al Derecho provienen de otros sistemas normativos o del propio Derecho, a través de su propia experiencia creadora e integradora, legislativa y jurisprudencial. De esta suerte, la creación del Derecho aparece como un fenómeno complejo y dinámico que incorpora, desincorpora, confirma o renueva valores, principios, creencias, aspiraciones, necesidades u otros criterios y normas jurídicas.

Se conoce a los procedimientos y actos de identificación o formalización-validación de las

normas jurídicas con el nombre de fuentes formales. Los contenidos normativos que se incorporan al sistema jurídico se denominan fuentes materiales o reales del Derecho. A los documentos o textos de Derecho positivo no vigente que sirven de inspiración o antecedente para la formalización del Derecho, se les denomina fuentes históricas.

La doctrina tradicional de las fuentes formales del Derecho fue formulada por la Escuela Histórica y su objetivo era establecer con claridad los procesos artificiales de elaboración del Derecho, ya que su origen natural se hallaba en el espíritu de los pueblos. Esta doctrina refleja una cierta connotación iusnaturalista y iusprivatista.

Son fuentes formales del Derecho todos aquellos procesos o actos establecidos en cada sistema jurídico a través de los cuales se identifica y dota de juridicidad y validez a las normas jurídicas. Las fuentes formales se clasifican en directas e indirectas. Las primeras son aquellas que producen normas jurídicas; las segundas son las que coadyuvan en la elaboración de dichas normas por medio de su interpretación, orientación y estudio. Dentro de las fuentes formales directas se hallan la legislación, la costumbre, los tratados internacionales y los actos jurídicos que generan normas jurídicas individualizadas. Dentro de las fuentes formales indirectas se ubica a la jurisprudencia, los principios generales del Derecho y la doctrina.

La legislación, sobre todo en los sistemas de Derecho escrito, es la principal fuente formal de normas jurídicas. El producto de la legislación es la ley, esto es, la norma jurídica que, con carácter general y obligatorio, resulta de un proceso específico de creación por parte del órgano o autoridad facultado para tal efecto. Al proceso de elaboración de las leyes y a la institución encargada del mismo se les denomina, respectivamente, proceso legislativo y autoridad, poder u órgano legislativo.

El contenido de la ley puede ser cualquiera pero sus características formales no. La ley normalmente está o debería estar dotada de abstracción, generalidad, obligatoriedad y coercibilidad. La abstracción es la formulación de los rasgos fundamentales de una prescripción gene-

ral de deber ser. La generalidad significa que el mandato de la ley se dirige a todos sus destinatarios. La obligatoriedad implica que el mandato de la ley debe ser cumplido necesariamente por su valor intrínseco. Aunque, específicamente, la obligatoriedad jurídica alude a la posibilidad de que el mandato normativo pueda hacerse coercible por la fuerza legítima de la autoridad. Además de las características anteriores, una condición que deben cumplir las leyes es la de no ser retroactivas, lo cual significa que las normas jurídicas deben regir para los hechos presentes y futuros, y no para los hechos o actos jurídicos acaecidos antes de su nacimiento.

De los distintos criterios de clasificación de las normas jurídicas, sobresale el referido a su ámbito material de validez; es decir, a aquel que hace referencia al tipo de relaciones jurídicas sobre las cuales rigen. En este sentido el Derecho se divide en público y privado. Se considera que las normas son de Derecho público cuando se ocupan de asuntos cuyo interés atiende a la conservación de la cosa pública o cuando dan origen a relaciones de supra a subordinación entre autoridades y gobernados o cuando todos los sujetos son autoridades. Asimismo, se considera que las normas son de Derecho privado cuando atienden a un interés privado o particular, o cuando el tipo de relación jurídica a que dan origen es de coordinación, como en las relaciones entre particulares o de éstos con el Estado, siempre y cuando este último actúe sin imperium.

Se clasifican dentro del Derecho privado al Derecho civil y mercantil y, con algunas dificultades de ubicación al Bancario y Bursátil. A su vez se ubican en el Derecho público al constitucional, penal, administrativo, procesal, internacional, financiero, aéreo y marítimo.

Desde inicios del siglo pasado se ha considerado como una tercera gran rama del Derecho el área social. Así las cosas, el Derecho social contemplaría aquellas materias encargadas de regular las relaciones de los distintos agrupamientos de personas que desempeñan un papel importante dentro de la vida del Estado, como empresarios, trabajadores y campesinos, entre otros. Se ubica dentro del Derecho social al Derecho del trabajo, al agrario, al de la Seguridad

Social, al económico, al turístico, al ecológico y al Biotecnológico.

La costumbre, en tanto fuente formal del Derecho, se define como la conducta o conductas sociales repetidas en el tiempo (*consuetudo inveterata*), sobre las que existe consenso respecto a su carácter obligatorio (*opinio juris seu necessitatis*). La costumbre se distingue de los hábitos, porque éstos son acciones que no implican corrección o incorrección moral. La costumbre jurídica para ser tal requiere de su reconocimiento expreso por el sistema jurídico en cuestión. Hoy día, pese a la relevancia que tuvo, la costumbre es fuente supletoria y subordinada a la ley.

Los tratados internacionales son una de las fuentes formales más importantes, equiparable a la ley producida al interior de un sistema jurídico de Derecho positivo. Los tratados son los acuerdos internacionales que celebran dos o más Estados u otras personas internacionales, de los que se derivan derechos y obligaciones. Los Estados incorporan los tratados internacionales a su propio sistema jurídico convirtiéndolos en parte de su legislación. Por eso los tratados implican un doble proceso: el primero, contempla su elaboración, negociación y firma y se rige por el Derecho y costumbre internacionales; el segundo proceso implica el reconocimiento y validación del acuerdo internacional por parte del Derecho positivo de cada Estado.

En la actualidad, los tratados internacionales se rigen por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Esta Convención se aplica a los acuerdos celebrados entre Estados. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, pero de 1986, una vez que entre en vigor, regirán los tratados internacionales que se celebren entre organizaciones internacionales y los que se lleven a cabo entre estas últimas y los Estados.

Los actos jurídicos entre particulares o los llevados a cabo por la autoridad, de los que se derivan normas que afecten sólo a ciertos sujetos, son fuente inequívoca de Derecho y reciben el nombre de normas jurídicas individualizadas. Las normas jurídicas surgidas de esos actos, a diferencia de la ley, sólo atañen

a los sujetos que los realizaron o a quienes van dirigidos los mandatos de las autoridades. Son ejemplo de esos actos: los convenios privados o los testamentos producidos por los particulares, así como las resoluciones administrativas o las sentencias y resoluciones judiciales que emanan de las autoridades respectivas. Las normas jurídicas individualizadas, para ser válidas, deberán cumplir con lo establecido en la ley.

La jurisprudencia es la principal fuente formal indirecta del Derecho. Consiste en el conjunto de principios, criterios, precedentes o doctrinas que se encuentran en las sentencias o fallos de los jueces o tribunales. Generalmente no produce normas jurídicas, sino que actúa como coadyuvante de la formación e interpretación de tales normas y su aplicación. Solamente cuando la jurisprudencia es considerada como norma o conjunto de normas jurídicas individualizadas o cuando sirve para llenar las lagunas del Derecho o declara la inconstitucionalidad de una ley es, ciertamente, creadora de normas.

Los principios generales del Derecho, en la tradición jurídica iusromanista, son el conjunto de criterios orientadores insertos, expresa o tácitamente, en todo sistema jurídico, que cumple funciones de interpretación e integración jurídica. Asimismo, por principios generales del Derecho ha de entenderse, también, a los valores o criterios que son fuente de inspiración axiológica e ideológica y que se plasman en el segundo estándar valorativo del Derecho. Los principios generales del Derecho se clasifican por su naturaleza en lógico-jurídicos y axiológicos. Los primeros se ubican en el primer estándar valorativo del Derecho, buscan satisfacer los fines o valores que rigen la legalidad y expresan el deber ser real del Derecho. Los segundos, según se dijo, son valores de segundo estándar y buscan alcanzar la justicia; expresan, entonces, el deber ser ideal del Derecho.

Se entiende por doctrina a la fuente formal indirecta del Derecho consistente en los estudios, análisis y crítica que, con carácter científico, llevan a cabo los juristas. Dichos estudios versan sobre los propios sistemas de Derecho positivo y el Derecho en general. De acuerdo con la concepción tridimensional del Derecho, la doctrina

abarcará el estudio de las dimensiones fáctica, normativa y axiológica en que se manifiesta el fenómeno jurídico. El análisis realizado por los científicos del Derecho es considerado una fuente, en la medida que brinda a jueces y legisladores pautas o posibles vías de solución a los distintos y complejos problemas que conlleva la creación y aplicación del Derecho.

La Ley Fundamental que especifica el orden, jerarquía y singularidades de los sistemas de Derecho positivo modernos es la Constitución. Históricamente la invención del concepto de "Constitución escrita" se hace patente a partir del siglo xvm. Desde entonces se constituye como la Ley Fundamental y el marco de referencia político-social del que deriva la validez formal y material del Derecho.

La Constitución se manifiesta como una institución eminentemente política antes que jurídica, pues ahí se establecen los aspectos fundamentales relativos al origen, depósito, adquisición, ejercicio y traspaso del poder político. En este sentido, la Constitución es producto de la soberanía, entendida como el poder dinámico con capacidad de constituirse en la fuente formal del Derecho y hacer efectiva la obligatoriedad de sus normas a través de la coacción. El poder soberano se legitima al instaurar la Constitución como fuente formal de todo Derecho.

La Constitución, Carta Magna o Ixy Fundamental es emitida o promulgada por un poder legislativo especial denominado constituyente

originario. La Ley Fundamental se encuentra jerárquicamente por encima del resto de las leyes secundarias que de ella derivan y que, por lo tanto, no la deben contradecir. Esta preeminencia de la Constitución se conoce como principio de supremacía constitucional.

La Constitución se estructura, tradicionalmente, en dos partes. La primera, denominada dogmática, contiene los derechos fundamentales de la persona humana frente al Estado, así como las directrices y objetivos primigenios de éste. La segunda, llamada orgánica, establece la división de poderes del Estado en cuestión, los órganos que los ejercen y sus facultades. Algunos estudiosos hablan de una tercera parte de la Constitución, la social, donde se especifica, el sistema de normas e instituciones para promover y propiciar mejores condiciones socioeconómicas o la participación de ciertos sectores en la cooperación social.

Las Constituciones se clasifican en flexibles y rígidas, cuando, respectivamente, no requieren o requieren de un proceso legislativo especial para modificar o actualizar sus contenidos. Se clasifican en escritas y consuetudinarias, cuando las normas que hacen a la Constitución se encuentran o no, respectivamente, concentradas en un documento único. En los sistemas de Derecho constitucional consuetudinario que no cuentan con una constitución escrita, se considera que ésta deriva de la estructura fundamental del Estado en sentido material.

LAS FUENTES FORMALES EN EL DERECHO MEXICANO

SUMARIO

- 5.1 Generalidades de la *Ley Fundamental mexicana*
- 5.1.1 La *Constitución* de 1917
- 5.2 Fuentes formales directas del Derecho mexicano
 - 5.2.1 Legislación
 - 5.2.1.1 *El proceso legislativo*
 - 5.2.2 Tratados internacionales
 - 5.2.3 Costumbre jurídica
 - 5.2.4 Normas jurídicas individualizadas
- 5.3 Fuentes formales indirectas en el Derecho mexicano
 - 5.3.1 Jurisprudencia
 - 5.3.2 Principios generales del Derecho
- Resumen

SINOPSIS INTRODUCTORIA

El presente capítulo se concentra en los aspectos esenciales del *Derecho positivo mexicano* por lo que hace a sus fuentes formales. Su objetivo es brindar una visión general y resumida de esas fuentes, a través del estudio de las normas sobre producción jurídica que las contienen y regulan. A partir de los instrumentos teórico-metodológicos de que nos ha dotado el capítulo IV, en éste se procede al análisis somero de la forma específica en que un sistema de Derecho positivo, el mexicano, crea y recrea sus normas jurídicas.

Se comienza analizando su *Ley Fundamental* o *Constitución* vigente, en la inteligencia de conocer, a grandes rasgos, tanto la forma de organización y gobierno del Estado mexicano, como las jerarquías y competencias de su ordenamiento jurídico. Posteriormente y con base en la división de las fuentes formales en directas e indirectas, se desglosan en ese mismo orden apartados dedicados a escudriñar las peculiaridades de la legislación, los tratados internacionales y la costumbre, así como la jurisprudencia, los principios generales del Derecho y los procesos de creación de normas jurídicas individualizadas en tanto generadoras de normas jurídicas o coadyuvantes de tal generación.

Los procesos de formalización y complementación aquí estudiados son muy similares a los de otros países de Derecho escrito e impronta iusromanista. Variará, empero, el valor que se otorgue después de la legislación como la fuente común más importante a las demás fuentes tanto directas como indirectas. En tal virtud, este capítulo también orientará al estudiante de modo muy cercano a la manera de crear el Derecho en otros sistemas jurídicos análogos al mexicano.

5.1 Generalidades de la *Ley Fundamental mexicana*

1. Hecho el análisis de las *fuentes formales del Derecho en general*, toca ahora su turno al estudio de la manera *como se encuentran reguladas éstas en el Derecho positivo mexicano*. Será posible conocer, con base en la teoría general y con las herramientas que ella nos aporta, *el modo específico en que un sistema jurídico regula los medios formales de incorporación, interpretación y análisis de sus propios contenidos*.
2. En principio, debe subrayarse que *el Derecho mexicano es un sistema de derecho escrito* de origen iusromanista. Su conformación es síntesis singular, principalmente (pero no exclusivamente, por supuesto), de la herencia jurídica europea traída a México por el Derecho español y, a través de éste el proveniente de otros países como Francia, Italia y Alemania, fundamentalmente. Sin embargo, las instituciones jurídicas mexicanas no se explican sin la influencia del Derecho norteamericano y la experiencia y la creación jurídica propia. Ciertamente, el Derecho mexicano abreva, no sólo a nivel constitucional sino de Derecho privado, en sus propias *fuentes históricas*.¹
3. Dado que la *legislación* es la fuente formal principal de las normas jurídicas en México, *es menester que iniciemos su estudio a partir de los datos más esenciales de su Ley Fundamental*, esto es, su *Constitución*. Con esta información podremos entender más fácilmente las características de la regulación con que el Derecho mexicano formaliza su creación.

5.1.1 La *Constitución* de 1917

4. La tradición jurídica constitucional propia del Estado mexicano es larga y dilatada.² La actual *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* fue promulgada el 5 de febrero de 1917.³ Esta se gestó en virtud de un nuevo constituyente conformado por las fuerzas políticas dominantes, que resultaron de la Revolución mexicana de 1910.⁴ La ideología revolucionaria mexicana dio a luz una *Constitución* con un fuerte contenido social, lo que se reflejó en las denominadas *garantías sociales* que protegen, de modo particular, a las clases más desfavorecidas del país: obreros y campesinos. En este rubro la *Carta Magna* de 1917 es la primera en el mundo que plasmó tales garantías.⁵

¹ Para una visión global y didáctica del origen y evolución histórica del Derecho mexicano conviene remitirse a la obra de Guillermo Floris Margadán S., *Introducción a la historia del Derecho mexicano*. Esfinge. México. 1978.

² El libro ya clásico de Felipe Tena Ramírez, *Los fundamentos de México*, da cuenta de los textos constitucionales que han regido la vida independiente del país desde 1810. Cfr. Porrúa. México. 1982.

³ Otro análisis de la *Ley Suprema Mexicana* se encuentra en la obra de Jorge Carpizo, *la Constitución Mexicana de 1917*. Porrúa. México, 1986.

⁴ Francisco J. Peniche Bolio precisa: "Si hubiera sido por el *partido* legislativo común y corriente la gestación de la Constitución de 1917, por ejemplo, habría sido abrogada la anterior de 1857 lo que, es de tanto sabido, no sucedió así, sino que fueron otras circunstancias nacidas de un contenido revolucionario que aspiro a la mejoría social y económica de las clases débiles, concretamente de obreros y campesinos, las que motivaron la instalación de un Congreso Constituyente que dio al pueblo mexicano una nueva Ley Suprema, que rigiera a partir de entonces la vida institucional del país, consagrando como preceptos constitucionales y por tanto supremos, las garantías sociales protectoras de campesinos y obreros en sus artículos 27 y 121 de la Constitución." Véase *Introducción al estudio del Derecho*. Porrúa. México. 1988. pp. 58-59.

⁵ Esta plasmación fue anterior a la realizada por la Constitución soviética de 1918 y la de Weimaren 1919. Cfr. Imre Szabo. "Fundamentos históricos de los derechos humanos y desarrollos posteriores", *las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, trad. Hernán Sahalé y María José Rodellar. Serbal/UNFSCO. Barcelona. 1984, p. 47.

5. La parte **dogmática** de la *Constitución* mexicana vigente formada, principalmente, por sus primeros 29 artículos, contempla las denominadas *garantías individuales*. El artículo 29 constitucional se refiere a la *suspensión* de dichas garantías para el supuesto caso de que, a juicio del Presidente de la República, la sociedad mexicana se encontrara en grave peligro o conflicto.⁶ Sin embargo, *hay otras garantías que no están en esos primeros 29 artículos, sino que se hallan contenidas en otras partes de la Constitución y complementan los derechos fundamentales establecidos en aquellas disposiciones*. Por ejemplo, el artículo 123 estipula garantías para proteger la libertad de trabajo establecida en el artículo 5 de la *Constitución*.
6. De acuerdo con el artículo 10. constitucional,⁸ en México *todo gobernado* (personas individuales o jurídico-colectivas, como una sociedad anónima o un sindicato) *gozará de las garantías que otorga la Ley Fundamental*. Éstas no podrán *restringirse ni suspenderse* sino conforme a lo dispuesto por dicha ley. Pero, ¿qué son las *garantías individuales*? Las *garantías individuales son las normas jurídicas protectoras en favor de los gobernados, que regulan la relación de éstos con el Estado*. De tales normas se derivan *derechos subjetivos públicos en beneficio de los primeros, que obligan jurídicamente a la autoridad a que sus actos revistan siempre determinadas condiciones, o bien, para que ésta se abstenga de realizar ciertas acciones en relación con tales gobernados*.
7. Una *fuentes histórica del Derecho mexicano*, como lo es la *Constitución de 1857*, *lley Fundamental* predecesora de la de 1917, *precisaba la distinción entre derechos del hombre y las garantías de protección otorgadas a tales derechos*." El actual texto constitucional influido por la doctrina y modas jurídicas de la época¹⁰ fusionó ambas figuras y. por ello, solamente hace alusión al concepto "garantías". De ahí que el ámbito protector de esta figura involucre no sólo los derechos fundamentales del hombre, *sino que abarca cualquier aspecto de la esfera jurídica del gobernado que pudiera verse vulnerado por un acto de autoridad*. Así. *procura jurídicamente tanto a los individuos como a las personas jurídicas colectivas*; no

⁶ El artículo 29 constitucional señala: "En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, de acuerdo con los titulares de las Secretarías de Estado, los Departamentos Administrativos y la Procuraduría General de la República y con aprobación del Congreso de la Unión, v. en los recesos de éste, de la Comisión Permanente, podrá suspender en todo el país o en un lugar determinado las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la suspensión se contraiga a determinado individuo. Si la suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el ejecutivo haga frente a la situación, pero si se verificase en un tiempo de receso, se convocará sin demora al Congreso para que las acuerde."

⁷ Cfr. Ignacio Burgoa, *Las garantías individuales*. Porrúa. México. 1990. p. 187.

⁸ El artículo 10. constitucional reza así: "En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse sino en los casos, y con las condiciones que ella misma establece".

⁹ La sola lectura del artículo 10. de la *Constitución* mexicana de 1857 hace evidente lo anterior: "El pueblo mexicano reconoce, que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales. En consecuencia declara, que todas las leyes y todas las autoridades del país, deben respetar y sostener las garantías que otorga la presente Constitución". Para un análisis detallado sobre las razones históricas y jurídicas, así como efectos de la transformación de este artículo en la *Constitución* de 1917. véase Mario I. Álvarez Ledesma, "Sobre el Artículo 10. de las Constituciones de 1857 y 1917", en *Juripolis* Revista de Derecho y Política del Departamento de Derecho. División de Humanidades y Ciencias Sociales. Tecnológico de Monterrey, Campus Ciudad de México, año 5. vol. I. núm. 7, 2007, pp. 113-152.

¹⁰ El concepto de "garantía", según Hauriou. luego de aparecer en las Constituciones americanas y francesas se propaga al constitucionalismo occidental después de la guerra de 1914. Cfr. André Hauriou, *Derecho constitucional e instituciones políticas*. trad. J. González Casanova. Ediciones Ariel, Barcelona. 1971. p. 208.

obstante ello, *el término "garantías" es confuso*. La mayoría de los autores prefieren referirse a éstas como *garantías del gobernado*.¹³

8. La *Constitución mexicana*, a través de sus *garantías individuales*, protege la *igualdad*, la *libertad*, la *propiedad* y la *seguridad jurídica* de los gobernados. Así:

- las *garantías de igualdad resguardan* entre otros derechos fundamentales —además del acceso de todos a las garantías mismas— la prohibición de esclavitud, la igualdad ante la ley del hombre y la mujer, la prohibición de títulos de nobleza y fueros;
- las *garantías de libertad se ocupan*, entre otras cuestiones, de la protección de las libertades de trabajo, expresión, imprenta, del derecho de petición, de asociación y reunión, de pensamiento, conciencia y concurrencia económica;
- las *garantías de propiedad aseguran la propiedad privada y otros tipos de propiedad con las modalidades que pueda imponerle el Estado*;
- las *garantías de seguridad jurídica establecen las exigencias constitucionales que debe observar todo acto de autoridad*. Como por ejemplo, el derecho de audiencia, exacta aplicación de la ley en materia penal, irretroactividad de la ley, principio de legalidad para la materia civil (y, por extensión, mercantil, administrativa, Hsca y laboral), los arraigos,¹⁴ los requisitos de las órdenes de aprehensión, cárceles y las visitas domiciliarias a cargo de autoridades administrativas.

9. La *Constitución* vigente otorga el *juicio de amparo* para proteger las *garantías individuales*. Éste es una institución obra de los juristas mexicanos, que ha adquirido con los años una personalidad y desarrollo únicos.¹⁴ El *juicio de amparo*

¹³ En torno a las críticas al concepto de "garantías individuales" dice Hurgoo: "...las garantías que con el título de 'individuales' instituye nuestra Constitución, propiamente se refieren a todo sujeto que tenga o pueda tener el carácter de gobernado [...]. Consecuentemente, la denominación 'garantías individuales' que se atribuye a las garantías que debe tener todo gobernado, no corresponde a la verdadera índole jurídica de éstas y sólo se explica por un resabio del individualismo clásico..." Véase Ignacio Hurgoo. *Las garantías individuales*, op. cit., p. 176. Juventino V. Castro en otro tenor pero sobre la misma ambigüedad del término "garantías individuales", escribe: "...la confusión pone de manifiesto el equivoco en el uso del concepto garantías —para referirse a ciertos derechos destacados—, cuanto que la garantía en realidad es un instrumento procesal que permite el aseguramiento de los derechos reconocidos..." Cf. Juventino V. Castro, *lecciones de garantías y amparo*. Porrúa. México, 1981, p. 28.

¹⁴ F.I. 18 de junio de 2007 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la reforma a los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22, así como a las fracciones XXI y XXIII del artículo 73; la fracción VII del artículo 115 y la fracción XII del apartado B del artículo 123 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Estas reformas llevan a cabo una transformación sustancial del proceso penal en México, incluido un sistema integral de justicia para adolescentes y del sistema penitenciario, entre otros de los múltiples aspectos y materias que la reforma alcanza. Sin duda, entre lo más relevante es que el procedimiento penal en México se convierte ahora en acusatorio y oral; asimismo, se basará en los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación. Para la implementación de este nuevo sistema, la reforma prevé a nivel federal una *vacatio legis* de 8 años, no obstante que en algunos estados del país ya está operando. Además y por otra parte, se dota a las autoridades de procuración de justicia de importantes herramientas procedimentales para la lucha en contra de la delincuencia organizada, entre las cuales se halla la intervención de comunicaciones privadas y el arraigo. Discutida y discutible figura esta del arraigo podrá solicitarse por el Ministerio Público al juez hasta por una duración de hasta 80 días, en la inteligencia de que aquél tenga el tiempo suficiente para investigar probables responsabilidades penales en materia de delincuencia organizada.

¹⁵ El juicio de amparo es un proceso cuyo objeto es la protección de las garantías establecidas por la *Constitución Federal de 1917*. Procede sólo por iniciativa del gobernado, agraviado o quejoso contra actos u omisiones de autoridades gubernamentales que vulneren tales garantías. La regulación constitucional del amparo se halla contenida, fundamentalmente, en el artículo 107. Respecto a la forma en que se instancia, se ha promulgado a propósito la denominada Ley de Amparo, misma que reglamenta los artículos 103 y 107 de la susodicha *Constitución*. Son otras leyes aplicables a su regulación: la *Ley Orgánica del Poder Judicial Federal* y, de modo supletorio, el *Código Federal de Procedimientos Civiles*.

¹⁶ Sobre los antecedentes y fuentes del amparo puede consultarse Juventino V. Castro, op. cit. pp. 271-285.

constituye, además, un instrumento de *control de la constitucionalidad*, pues una vulneración a cualquier precepto de la *Ley Fundamental*, y no sólo a las garantías individuales, atenta contra la legalidad u orden constitucional. Esta afectación también puede ser corregida a través del amparo para hacer posible la defensa de la *Constitución*. Los efectos del amparo no son, sin embargo, *erga omnes*, pues sólo protegen a aquellos que lo instancian o promueven.

10. El *control de la constitucionalidad*, propiamente dicho, se lleva a cabo por vía de las denominadas *acciones de inconstitucionalidad*.¹⁴ reguladas en el *artículo 105, fracción II* de la *Ley Fundamental*. De tales *acciones* conocerá la *Suprema Corte de Justicia de la Nación* la cual goza de la *facultad de declarar inconstitucionales aquellas normas de carácter general que contradigan la Carta Magna, a excepción de las normas referidas a la materia electoral*. Las resoluciones que recaigan en tales *acciones de inconstitucionalidad* serán de aplicación general, es decir, *erga omnes*, siempre y cuando hubieren sido aprobadas por una mayoría de por lo menos ocho votos. Estas acciones, a diferencia del juicio de amparo, no requieren la existencia de un agravio para que sean promovidas, y *su objeto no es otro que el de presentar la supremacía constitucional*. En el mismo *artículo 105*, la *Carta Magna* también otorga efectos *erga omnes* a las *resoluciones sobre algunas controversias constitucionales, si éstas son aprobadas por una mayoría de por lo menos ocho votos*.¹⁶
11. En 1990 nace la *Comisión Nacional de los Derechos Humanos* cuyo objetivo general es *proteger y promover los derechos humanos contenidos en las garantías individuales y sociales otorgadas por la Constitución mexicana*. Dos años después, es elevada a nivel constitucional a través del *apartado 8 del artículo 102*, junto con

¹⁴ Las acciones de inconstitucionalidad sólo podrán ser ejercitadas por: "a). - El equivalente a treinta y tres por ciento de los integrantes de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, en contra de leyes federales o del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión: b).- El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes del Senado, en contra de Leyes Federales o del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión o de tratados Internacionales celebrados por el Estado Mexicano: c).- El Procurador General de la República, en contra de tesis de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano, d) - Equivalentes al treinta y tres por ciento de los integrantes de alguno de los órganos legislativos estatales, en contra de leyes expedidas por el propio órgano: e).- El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, en contra de leyes expedidas por la propia Asamblea: f) Los partidos políticos con registro ante el bismuto Federal Electoral, por conducto de sus dirigencias nacionales, en contra de leyes electorales federales o locales y los partidos políticos con registro estatal, a través de sus dirigencias, exclusivamente en contra de leyes electorales expedidas por el órgano legislativo del Estado que les otorgó el registro. Ixi Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos consagrados en esta Constitución. Asimismo, los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en los estados de la República, en contra de leyes expedidas por las legislaturas locales y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, en contra de leyes emitidas por la Asamblea legislativa del Distrito Federal".

Cabe señalar que las declaraciones de inconstitucionalidad no tienen efectos retroactivos salvo en materia penal, en cuyo caso sólo lo tendrán si es en favor de persona alguna.

¹⁶ Las resoluciones adoptadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación tendrán efectos generales (*erga omnes*) para el caso de las *controversias constitucionales* que se susciten entre el Poder Ejecutivo y el Congreso de la Unión, entre aquel y cualquiera de las Cámaras de éste o, en su caso, la Comisión Permanente, sean como órganos federales o del Distrito Federal; entre dos poderes de un mismo estado; entre dos órganos del Distrito Federal o dos municipios y siempre que las controversias versen sobre disposiciones generales de los estados, los municipios impugnadas por la Federación o los municipios impugnadas por los estados.

la exigencia de que órganos similares fueran constituidos en cada Entidad federativa." Estas Comisiones están facultadas para recibir *quejas sobre posibles violaciones a los derechos humanos por actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público, a excepción de los del Poder Judicial de la Federación*. A las quejas que con tal motivo reciba la Comisión, puede recaer una *recomendación* para el órgano o servidor público infractor. Estas recomendaciones son *públicas, autónomas y no vinculatorias*, por lo tanto, buscan realizar una *protección paralela o complementaria a la judicial* cuyo ejemplo más destacado, según se mencionó, es el juicio de amparo. En su caso, la Comisión formulará además de la recomendación que resulte las *denuncias y quejas* ante las demás autoridades judiciales o administrativas que resulten competentes.

12. Además de los 29 primeros artículos que otorgan las *garantías individuales*, la *Constitución* contempla las llamadas *garantías sociales*. Según decíamos, éstas estatuyen una *protección especial a grupos sociales específicos que se suponen más desfavorecidos*. En la ley suprema mexicana estas protecciones son de dos tipos: *garantías sociales en materia laboral y en materia agraria* dirigidas a las *clases trabajadora y campesina particularmente*. Su regulación se detalla en los *artículos 27 y 123 constitucionales*, respectivamente.¹⁸
13. Cabe señalar que, en un sentido más amplio, las *garantías sociales* corresponderían a lo que hoy se denomina *derechos económicos, sociales y culturales*, los cuales se sustentan en la idea o el *principio de igualdad* cuya repercusión social, económica y jurídica es de largo alcance.¹⁹ Por lo tanto, aluden a *la protección de la dimensión social de toda persona humana y no sólo de las pertenecientes a ciertos grupos*. Allí quedan contenidos, entre otros, el *derecho a la educación, a la salud, a la vivienda, a la seguridad social*. La *Constitución* mexicana otorga especial atención a algunos de estos aspectos, a través de *artículos constitucionales* como el 3o. (derecho a la educación), 4o. (derecho a la salud y vivienda) y 123, apartado B), fracción XI (derecho a la seguridad social).
14. La parte *orgánica* de la *Constitución* de 1917 se ocupa de regular en sus respectivos apartados: la *nacionalidad mexicana* y la condición de *extranjera*: las *obligacio-*

¹⁸ El apartado B del artículo 102 dice textualmente de la *Constitución* mexicana vigente, que: "*El Congreso de la Unión y las legislaturas de los Estados en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán organismos de prolección de los Derechos Humanos que otorga el orden jurídico mexicano, los que conocerán de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación, que violen estos derechos. Formularán recomendaciones públicas autónomas, no vinculatorias y denuncias y quejas ante las autoridades respectivas. Estos organismos no serán competentes tratándose de asuntos electorales, laborales y jurisdiccionales. El organismo que establezca el Congreso de la Unión conocerá de las inconformidades que se presenten en relación con las recomendaciones de los organismos equivalentes de los Estados*".

¹⁹ Escribe a propósito de estas garantías Del Palacio Díaz: "*El carácter distintivo de nuestra estructura política lo proporcionan los derechos sociales, pues no sólo establecen una relación especial entre gobernantes y gobernados claramente diferenciable de la derivada de las garantías individuales, sino que determinan las particularidades de la organización y funcionamiento del poder presidencial y la práctica política del país. [...] Los derechos sociales se instituyen a partir del reconocimiento de las desigualdades entre los seres humanos a causa de sus condiciones reales de existencia; protegen no al individuo, sino al integrante de un grupo social identificado por sus intereses comunes... De estos supuestos los derechos sociales reciben dos notas distintivas: 1 - Determinan la ampliación de las atribuciones del Estado. 2.- Su práctica y defensa dependen de la eficacia del poder político*". Cfr. Alejandro del Palacio Díaz, *lecciones de teoría constitucional*. Claves Latinoamericanas, México, 1989, pp 125-126.

²⁰ Cfr. Antonio-Enrique Pérez Luño. "El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales", en *Anuario de Derechos Humanos*, niim. I. Universidad Complutense, Facultad de Derecho. Instituto de Derechos Humanos. Madrid, enero de 1992. p. 75.

nes y prerrogativas de los ciudadanos mexicanos; el depósito de la soberanía nacional y la forma de gobierno', la integración de la Federación y su territorio nacional', la adopción del principio de división de poderes, así como la conformación y facultades de cada uno; la iniciativa y formación de las leyes; las responsabilidades de los funcionarios públicos', la regulación general de los estados de la Federación, del municipio —como la célula básica de organización política nacional— y del Distrito Federal, las garantías sociales del trabajo y la previsión social; un título especial sobre prevenciones generales —como el no depósito de dos poderes en más de una persona; la remuneración de funcionarios públicos, el principio de supremacía constitucional, etcétera—; y las reformas a la Constitución y la inviolabilidad (no derogabilidad) de ésta por causa de alguna rebelión. De lo anterior, abundaremos sobre los aspectos más destacados, para los efectos de este capítulo.

15. La soberanía nacional mexicana, según el artículo 39 constitucional, "...reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimanará del pueblo y se instituye para beneficio de éste. El pueblo tiene, en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno". De este artículo se desprenden dos consideraciones que no por obvias dejan de ser sumamente importantes. Una es el reconocimiento del *inalienable derecho del pueblo mexicano para decidir su destino político y la forma de ejercerlo*. Otra, el claro señalamiento del *origen último de la legitimidad política* y, por extensión, *jurídica* del Estado mexicano, a saber: la *voluntad popular*.
16. Según el artículo 40 constitucional, el Estado mexicano posee la siguiente forma de gobierno es una república, representativa, democrática y federal. A saber, república significa que la jefatura del listado no es vitalicia sino que debe ser renovada, periódicamente, a través del voto popular; representativa quiere decir que por vía de la prerrogativa política ciudadana (el voto), los mexicanos tienen el derecho de elegir libremente a sus representantes, en quienes depositarán la soberanía que en el pueblo mexicano reside; ser democrática implica, en términos del artículo 3o. constitucional, que ésta debe concebirse no sólo como un tipo especial de estructura jurídica y régimen político, sino como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo mexicano.²⁰ Por último, ser federal alude a la forma política bajo la cual quedan reunidas las entidades político-territoriales que lo integran, es decir, los estados. Estos serán soberanos en su régimen interno, pero estarán unidos en un pacto federal de acuerdo con los principios fijados por la *Ley Fundamental*. De tal forma que a éstos

²⁰ La teoría democrática ha realizado importantes esfuerzos para concretar los contenidos que definan a la democracia, al menos, en sus notas mínimas, sin las cuales no podría hablarse de ésta. Sobre este punto Salvador Giner expresa: "En toda teoría democrática hay una dimensión contrafáctica. En la medula en que la política es concebida por ella, como expresión de lo que podría ser una ideal Buena Sociedad, la leona democrática constituye una visión de la moralidad deseable. [...] Antes de afrontar las realidades del poder y la autoridad, así como las de los intereses e intenciones de las gentes, la teoría democrática formula hipótesis generales sobre cómo ha de ser una politeya popular, libre y comunitaria. Trátase de las subteorías o elementos de la teoría general de la democracia. I / Entre tales elementos o subteorías podrían identificarse los siguientes: la teoría de la politeya participativa, la de la obligación política, la de la ciudadanía, la de la comunidad democrática y su marco institucional y la de la libertad". Véase Salvador Giner, "La estructura lógica de la democracia", en *Sistema*, núm. 70. Madrid, enero de 1986, p. 5. Con base en los elementos o subteorías aportados por Giner como necesarios para hablar de democracia, sumados a otros considerados por nosotros, hemos definido a ésta en los siguientes términos: "La democracia es el sistema de gobierno por el que una comunidad política, a través de la participación igual y libre de los ciudadanos en el marco de sus leyes decide, conforme al criterio de las mayorías, el contenido de su obligación política, es decir, su legitimación estatal".

les están reservadas todas aquellas facultades que no se encuentren expresamente otorgadas en la *Constitución* para la Federación (art. 124 constitucional).²¹

17. La *soberanía se ejerce* (art. 41 constitucional) "a nivel federal, por medio de los *Poderes de la Unión*. A nivel de cada estado integrante de la Federación, la *soberanía se ejercerá* a través de los *poderes de cada entidad*. De este modo, *México se estructura políticamente en dos estratos o niveles*: el federal, regido por la *Constitución* federal; y el *estatal o local*, sujeto a la *Constitución* de cada una de las 31 entidades federativas (art. 43 constitucional).¹¹ Los *Poderes de la Unión o poderes federales* tienen su *sede* en la ciudad de México (o *Distrito Federal*)¹² cuyo nombre deviene, precisamente, de la función que desempeña. Este es, además, la capital del país (art. 44 constitucional).²¹
18. *En México impera* por virtud del artículo 49 constitucional el principio de la *división de poderes*. Consecuentemente, son tres en los que, para su ejercicio, se divide el *Supremo Poder de la Federación* (misma estructura que conservan los 31 estados integrantes de ésta, según el art. 116 constitucional),¹³ a saber: *Legislativo*, *Ejecutivo* y *Judicial*. El *Legislativo* se deposita en un *Congreso General* o *Congreso de la Unión* dividido en dos *Cámaras*, la de *diputados*, elegidos para representar a la ciudadanía; y la de *senadores*, constituida por ciudadanos escogidos del mismo modo y que originalmente representaban cada uno a su estado.¹⁴ El *Ejecutivo*, a su vez, se deposita en un solo individuo denominado *Presidente de los Estados*

¹¹ Determina el artículo 124 constitucional "Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados".

¹² El primer párrafo del artículo 41 constitucional dice "El pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión, en los casos de la competencia de éstos, y por los de los Estados en lo que toca a sus regímenes interiores, en los términos respectivamente establecidos por la presente Constitución Federal y las particulares de los Estados, las que en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del Pacto Federal".

El artículo 43 constitucional estipula "Las partes integrantes de la Federación son los Estados de Aguascalientes, Baja California, Baja California Sur, Campeche, Coahuila, Colima, Chiapas, Chihuahua, Durango, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, Estado de México, Michoacán, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tamaulipas, Tlaxcala, Veracruz, Yucatán, y Zacatecas y el Distrito Federal".

Las bases para el gobierno del Distrito federal se hallan establecidas en el artículo 122 constitucional. De conformidad con dicho numeral, los órganos en que se asienta dicho gobierno son la Asamblea de Representantes, el Jefe de Gobierno del Distrito federal —el que tiene carácter unipersonal y es elegido por votación universal, libre, directa y secreta— y el Tribunal Superior de Justicia: estos órganos constituyen, respectivamente, los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Sin embargo, para expedir el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal y legislar sobre dicho Distrito, salvo en las materias expresamente conferidas a la Asamblea de Representantes, es competente el Congreso de la Unión, según el artículo 7.1 constitucional, fracción VI.

¹³ El artículo 44 constitucional dice: "La Ciudad de México es el Distrito Federal, sede de los Poderes de la Unión y Capital de los Estados Unidos Mexicanos. Se (compondrá del territorio que actualmente tiene y en el caso de que los Poderes Federales se trasladen a otro lugar, se erigirá en el Estado del Valle de México con los límites y extensión que le asigne el Congreso Federal)".

El artículo 49 constitucional señala "El Supremo Poder de la Federación se divide, para su ejercicio, en Legislativo, Ejecutivo y Judicial. No podrán reunirse dos o más de estos Poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un individuo, salvo el caso de facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión conforme a lo dispuesto en el artículo 29. En ningún otro caso, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1.º, se otorgarán facultades extraordinarias para legislar".

El primer párrafo del artículo 116 constitucional ordena: "El poder público de los Estados se divide, para su ejercicio, en Ejecutivo, Legislativo y Judicial, y no podrán reunirse dos o más de estos poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el legislativo en un solo individuo".

El artículo 50 constitucional prescribe "El Poder Legislativo de los Estados Unidos Mexicanos se deposita en un Congreso General, que se dividirá en dos Cámaras, una de diputados y otra de senadores".

El artículo 51 constitucional, a su vez, reza "La Cámara de Diputados se compondrá de representantes de la Nación, electos en su totalidad cada tres años. Por cada diputado propietario, se elegirá un suplente".

Unidos Mexicanos. El Judicial, finalmente, se constituye por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el Tribunal Electoral, los Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito, los Juzgados de Distrito y el Consejo de la Judicatura Federal.¹⁰*

19. Por lo que toca al régimen interior de los estados o entidades federativas, la Constitución dispone en su artículo 115 que éstos deberán adoptar la misma forma de gobierno para su régimen interior que para la Federación, o sea, republicana, representativa y democrática. Asimismo, establece que la base de la división territorial, organización política y administrativa será el municipio. A su vez, la administración de éste quedará en manos de un Ayuntamiento cuyas autoridades (presidente municipal, regidores y síndicos) serán elegidas por voto directo de la ciudadanía.
20. Por su forma de adición o reformas, la Ley Fundamental mexicana es una Constitución rígida, lo cual quiere decir, que sus reformas requieren de un procedimiento legislativo especial. Así, de conformidad con el artículo 135 constitucional, para que las adiciones o reformas a la Constitución procedan, es menester que sean

El artículo 52, en relación con el número de diputados explicita: "La Cámara de Diputados estará integrada por 300 diputados electos según el principio de votación mayoritaria relativa, mediante el sistema de distritos electorales uninominales, y 200 diputados que serán electos según el principio de representación proporcional, mediante el Sistema de Usías Regionales, votadas en circunscripciones plurinominales".

Según el artículo 56 constitucional "La Cámara de Senadores se integrará por ciento veintiocho senadores, de los cuales, en cada Estado y en el Distrito Federal, dos serán elegidos según el principio de votación mayoritaria relativa y uno será asignado a la primera minoría. Para estos efectos, los partidos políticos deberán registrar una lista con din fórmulas de candidatos. La senaduría de primera minoría le será asignada a la fórmula de candidatos que encabece la lista del partido político que, por sí mismo, haya ocupado el segundo lugar en número de votos en la entidad de que se trate. Los treinta y dos senadores restantes serán elegidos según el principio de representación proporcional, mediante el sistema de listas voladas en una sola circunscripción plurinominal nacional. La ley establecerá las reglas y fórmulas para estos efectos. La Cámara de Senadores se renovará en su totalidad cada seis años".

A partir de la reforma que incluyó a los senadores plurinominales se trastocó la concepción original del Constituyente de 1917, pues la representación plurinominal es una figura que es válida para hacer más legítima la presencia de la ciudadanía en la Cámara de Diputados. Sin embargo, esa lógica constitucional no existe engatándose de los senadores porque estos, originalmente, representaban a sus entidades federativas, de donde el número de senadores debía ser el mismo por cada estado. Se sigue entonces de lo anterior, que al variar el número de senadores en función de la población de cada entidad federativa, la idea de que éstas queden representadas en el Senado, como parte integrantes de la federación, queda claramente diluida.

"El artículo 80 constitucional explicita "Se deposita el ejercicio del Supremo Poder Ejecutivo de la Unión en un solo individuo que se denominará 'Presidente de los Estados Unidos Mexicanos'".

El artículo 94 constitucional estipula "Se deposita el ejercicio del Poder Judicial de la Federación en una Suprema Corte de Justicia, en un Tribunal Electoral, en Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito y en Juzgados de Distrito. La administración, vigilancia y disciplina del Poder Judicial de la Federación, con excepción de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, estarán a cargo del Consejo de la Judicatura Federal en los términos que, conforme a las bases que señala esta Constitución, establezcan las leyes. La Suprema Corte de Justicia de la Nación se compondrá de once Ministros y funcionará en Pleno o en Salas. En los términos que la ley disponga las sesiones del Pleno y de las Salas serán públicas, y por excepción secretas en los casos en que así lo exijan la moral o el interés público. La competencia de la Suprema Corte, su funcionamiento en Pleno y Salas, la competencia de los Tribunales de Circuito, de los Juzgados de Distrito y del Tribunal Electoral, así como las responsabilidades en que incurran los servidores públicos del Poder Judicial de la Federación, se regirán por lo que dispongan las leyes, de conformidad con las bases que esta Constitución establece.

El Consejo de la Judicatura Federal determinará el número, división en circuitos, competencia territorial y, en su caso, especialización por materia, de los Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito y de los Juzgados de Distrito. El Pleno de la Suprema Corte de Justicia estará facultado para expedir acuerdos generales, a fin de lograr una adecuada distribución entre las Salas de los asuntos que compete conocer a la Corte, así como remitir a los Tribunales Colegiados de Circuito, para mayor prontitud en el despacho de los asuntos, aquéllos en los que hubiera establecido jurisprudencia o los que, conforme a los referidos acuerdos, la propia Corte determine para una mejor impartición de justicia. Dichos acuerdos surtirán efectos después de publicados." Según el artículo 100 de la Constitución, corresponde al Consejo de la Judicatura, la administración, la vigilancia y la disciplina del Poder judicial de la Federación, con excepción de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. El Consejo se integrará por siete miembros y su presidente será el mismo de la Suprema Corte.

acordadas por las dos terceras partes de los miembros presentes del Congreso de la Unión (Cámaras de diputados y senadores) y por la mayoría de las legislaturas (Cámaras de diputados) de los estados de la Federación

CUADRO 5.1 LA CONSTITUCIÓN DE 1917 (ESTRUCTURA DEL ESTADO MEXICANO)

La *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* fue promulgada el 5 de febrero de 1917. Se gestó por virtud de un nuevo constituyente conformado por las fuerzas políticas dominantes que resultaron de la Revolución de 1917.

La ideología revolucionaria produjo una *Constitución* con un fuerte contenido social, reflejado en las **garantías sociales** (para trabajadores, obreros y campesinos).

PARTE DOGMÁTICA

Conformada por los **28 primeros artículos** que contienen las **garantías individuales**.

El artículo 29 se refiere a la suspensión de dichas garantías (procede cuando a juicio del Presidente de la República, la sociedad mexicana se hallara en grave peligro o conflicto).

Las garantías individuales son las *normas jurídicas que contienen los derechos humanos en favor de todos los gobernados*. Estas garantías son *derechos subjetivos públicos con acceso directo al juicio de amparo*.

Las garantías individuales que protege la <i>Constitución</i> son de 4 tipos	1. Igualdad
	Acceso de todos a las mismas garantías; prohibición de esclavitud igualdad ante la ley del hombre y la mujer; prohibición de títulos de nobleza y fuero
	2. Libertad
	Protección a la libertad de trabajo, expresión, imprenta, derecho de petición, asociación y reunión, de pensamiento, conciencia y concurrencia económica
	3. Propiedad
	Garantiza la propiedad privada y otros tipos de propiedad con las modalidades que le imponga el Estado
	4. Seguridad jurídica
	Exigencias formales, constitucionales que debe observar todo acto de autoridad: derecho de audiencia, principio de legalidad, de irretroactividad de la ley, etcétera

Las **garantías individuales** (derechos humanos) están protegidas por el **juicio de amparo** (artículos 103 y 107 constitucionales).

El **juicio de amparo** es también un *control de la constitucionalidad*, pues protege contra cualquier acto de autoridad.

El que atente contra el orden constitucional; sólo *ampara a* aquellos que lo promueven (no tiene validez *erga omnes*).

El *control de la constitucionalidad* se lleva a cabo, asimismo, por otras vías jurisdiccionales como las *acciones de inconstitucionalidad* y las *controversias constitucionales*, a las cuales no tiene acceso el ciudadano (artículo 105 constitucional). Para proteger los derechos humanos existe la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (artículo 102 constitucional, apartado B), la cual está facultada para recibir quejas por violaciones a derechos humanos por actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público, a excepción de los del Poder Judicial de la Federación. La Comisión podrá emitir *recomendaciones* para el órgano o servidor público infractor, las cuales son públicas, autónomas y no vinculatonas. Las **garantías sociales** se encuentran contempladas (en *materia laboral y agraria*) en los artículos 27 y 123 constitucionales y constituyen la visión mexicana de los derechos económicos, sociales y culturales.

Parte orgánica

Regula la nacionalidad mexicana; la condición de extranjería; obligaciones y prerrogativas de los ciudadanos (*artículos 34, 35 y 36 constitucionales*); el depósito de la soberanía nacional (*artículo 39 constitucional*); y la forma de gobierno —republicano, representativo y federal— (*artículo 40 constitucional*); integración de la Federación y su territorio nacional (*artículos 43 y 44 constitucionales*); adopción del principio de división de poderes, conformación y facultades de cada uno (*artículo 49 constitucional*); iniciativa y formación de las leyes (*artículos 71 y 72 constitucionales*); responsabilidades de los funcionarios públicos (*artículos 108-114 constitucionales*); regulación general de los Estados de la Federación, municipio y Distrito Federal (*artículos 116, 115 y 122 constitucionales*); garantías sociales del trabajo y previsión social (*artículo 123 constitucional*); prevenciones generales, tales como el principio de facultades expresas para los funcionarios federales, la remuneración adecuada y renunciabile a funcionarios públicos, la toma de protesta por los cargos públicos, la separación del Estado y las iglesias, entre otros (*artículos 124, 127, 128 y 130 constitucionales*); reformas a la *Constitución* y su principio de inviolabilidad (*artículos 135 y 136 constitucionales*).

5.2 Fuentes formales directas del Derecho mexicano

5.2.1 Legislación

21. De acuerdo con lo analizado en el capítulo anterior respecto de la *legislación* en general, tuvimos ocasión de establecer que ésta es la *principal fuente formal* de las normas jurídicas en los sistemas de Derecho escrito. La *ley*, que es su componente particular, fue definida como *la norma jurídica que, con carácter general y obligatorio, resulta de un proceso específico denominado legislativa*. Analicemos, entonces, las singularidades y la jerarquía de la ley, los órganos legislativos y los pasos específicos de su proceso según el *sistema jurídico mexicano*.
22. La *ley* es, en sentido amplio, *toda norma jurídica emanada del poder público*. En el sistema jurídico mexicano, de acuerdo con el *artículo 70 constitucional*, "*toda resolución del Congreso tendrá el carácter de ley o decreto*". Sin embargo, aunque en principio la *Constitución* emplea ambos términos como sinónimos, procede hacer una distinción entre uno y otro. Se entiende por *ley*: *la norma jurídica emanada del Poder legislativo con carácter general y obligatorio*. En cambio, por *decreto* se entiende *la norma jurídica obligatoria que, a diferencia de la ley, tiene un carácter particular y no general*. Trataremos de ejemplificarlo, cuando el Congreso emite decisiones específicas como la imposición de una condecoración, el permiso para que el Presidente de la República abandone el territorio nacional por un periodo determinado, o aquellas relacionadas con asuntos administrativos propios del Congreso, éstas *adquieren, por su función y ámbito de aplicación particular, la forma de decretos*."
23. Los *decretos* son *las normas jurídicas emanadas del Poder Ejecutivo y tienen fuerza de ley*. A saber, son aquellas disposiciones que para el *despacho de los asuntos relativos a la Administración Pública* emite el Ejecutivo, o que se refieren

" Explica Rafael de Pina: "*En nuestra opinión, la distinción entre ley y decreto es susceptible de aclararse teniendo en cuenta la clasificación de la ley en material y formal, considerando como ley en sentido material toda disposición general declarativa de relaciones de carácter obligatorio (leyes civiles, penales, etc.) v como ley formal (o decreto) a la disposición de carácter particular o singular emitida por el congreso y promulgada por el jefe del Estado (autorización de créditos para la realización de una obra determinada; concesión de una pensión por servicios eminentes prestados a la Pama, etc.)*" Véase *Derecho civil mexicano*. Porrúa. México, 1978, p. 93.

al ejercicio de facultades extraordinarias para legislar, en el caso de suspensión de garantías individuales (artículo 29 constitucional)" y en materia de comercio exterior (párrafo segundo del artículo 131 constitucional)."

24. Las facultades del Ejecutivo en estos dos últimos rubros son, como ya se anotó, excepcionales y requieren la autorización expresa del Congreso de conformidad con lo dispuesto, además de los numerales citados, por el artículo 49 constitucional. De lo anterior se deduce que en el Poder Legislativo reside la facultad exclusiva y general de emitir leyes. Esta facultad se concede sólo por excepción al Presidente de la República en los supuestos ya referidos.
25. Existen otras disposiciones emitidas por el poder público en México, principalmente el Ejecutivo y el Judicial, que deben ser diferenciadas de la ley.-" La ley, según se dijo, posee un carácter general y obligatorio y es emitida específicamente por el Congreso. Además de los decretos legislativos y los decretos-ley del Ejecutivo ya mencionados existen: los decretos o providencias judiciales, a través de los que un órgano jurisdiccional (juez o tribunal) comunica determinaciones de trámite', el reglamento que es una disposición que el Ejecutivo expide en ejercicio de las facultades que le concede el artículo 89 constitucional,¹⁶ fracción primera, y cuyo objeto es detallar la aplicación de una ley, en tal virtud, su marco de referencia obligada es dicha ley, es decir, no puede excederla ni tampoco ignorarla; el acuerdo, que es la resolución administrativa o judicial que versa sobre situaciones jurídicas particulares', y la circular, que es la instrucción que un órgano superior de la administración pública dirige a sus subordinados en relación con los servicios encomendados o la aplicación de una ley. decreto o reglamento

5.2.1.1 EL PROCESO LEGISLATIVO

26. Ya establecido lo que es una ley en el Derecho mexicano, así como las demás disposiciones que la autoridad puede pronunciar con el mismo sentido, aunque distin-

La parte respectiva del artículo 29 constitucional reza "Si la suspensión (de garantías individuales) tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el ejecutivo haga frente a la situación..." Dichas autorizaciones no son sino las facultades extraordinarias para legislar

" Establece el párrafo segundo del artículo 131 constitucional: "El Ejecutivo podrá ser facultado por el Congreso de la Unión para aumentar, disminuir o suprimir las cuotas de las tarifas de exportación e importación expedidas por el propio Congreso, y para prohibir las importaciones, las exportaciones y el tránsito de productos, artículos y efectos, cuando lo estime urgente, a fin de regular el comercio exterior, la economía del país, la estabilidad de la producción nacional, o de realizar cualquier otro propósito en beneficio del país. El propio Ejecutivo, al enviar al Congreso el presupuesto fiscal de cada año, someterá a su aprobación el uso que hubiese hecho de la facultad concedida ".

" El segundo párrafo del artículo 49 constitucional establece. "No podrán reunirse dos o más de estos finieres en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un individuo, salvo el caso de facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión conforme a lo dispuesto en el artículo 29. En ningún otro caso, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1)1. se otorgarán facultades extraordinarias para legislar".

" Peniche López señala: "Podemos afirmar que entre ley, decreto, reglamento, etc., no existe ninguna diferencia total sino específica puesto que todos contienen dispositivos de carácter obligatorio, basándose la única distinción en que la ley sólo puede ser elaborada por las Cámaras, mientras que las demás normas son expedidas por el Poder Ejecutivo o alguna autoridad administrativa facultada [híra ello ". Véase E. Peniche López, Introducción al Derecho y lecciones de Derecho civil. Porrúa. México. 1972, pp 40-41.

¹⁶ Según el artículo 89 constitucional: Las facultades y obligaciones del Presidente son las siguientes: I Promulgar y ejecutar las leyes que expida el Congreso de la Unión, proveyendo en la esfera administrativa a su exacta observancia ". La facultad de emitir reglamentos —o facultad reglamentaria— se deriva, según interpretación de la Suprema Corte de Justicia, de la palabra "proveyendo". El Ejecutivo provee la observancia de la ley vía la expedición de reglamentos. Cfr. Andrés Serra Rojas. Derecho administrativo. Porrúa, México. 1981. p. 195 y ss.

"Cfr E. Peniche López, Introducción al derecho ...op cit. y Rafael de Pina. Derecho civil mexicano, op. cit., p. 150.

tas en su órgano emisor v objetivos específicos, procedamos a estudiar el proceso de elaboración de las leyes federales. Esto es, el conjunto de etapas sistematizadas y ordenadas por la *LF* Fundamental mexicana, que deberán ser observadas puntualmente por los poderes Legislativo y Ejecutivo para incorporar al sistema jurídico aquellas normas jurídicas de aplicación general y obligatoria conocidas como leyes.

27. Este proceso formaliza y distingue, al dotar de juridicidad, aquellas normas que oficialmente se conocerán y reconocerán como *leves* del sistema jurídico mexicano. Tales leyes son normas cuyo contenido puede ser cualquiera sobre los que la Constitución otorgue competencia al órgano legislativo. Empero, el proceso mismo de creación de esas normas se constituye por otras *ctivo objetivo es la producción jurídica*; a éstas, la doctrina moderna identifica precisamente por la función que desempeñan como *normas sobre producción jurídica*.^M
28. Pues bien, las *normas sobre producción jurídica* que conforman el proceso legislativo en México están reflejadas en los artículos 71 y 72 constitucionales. A su vez, las referentes a la iniciación de su vigencia se encuentran en los numerales 3 y 4 del Código Civil del Distrito Federal. Este proceso consta de seis etapas: *iniciativa, discusión, aprobación, sanción, publicación e iniciación de la vigencia*. En éstas participan dos poderes, a saber: el Legislativo, encargado propiamente de elaborar o dar forma a la ley a través de las tres etapas iniciales y, el Ejecutivo que, además de tener facultades para participar en la iniciativa, se encarga específicamente de su sanción, publicación e iniciación de la vigencia.
29. La etapa de *iniciativa* se constituye por el acto en virtud del cual el Presidente de la República (Poder Ejecutivo), los diputados y senadores al Congreso de la Unión (Poder Legislativo Federal) y las legislaturas de los estados (poderes legislativos locales) ejercen su facultad de poner a consideración del Congreso un proyecto de ley. Cuando dicho proyecto proviene del Ejecutivo o alguna legislatura o diputación local, se turna a una **Comisión de la Cámara respectiva**, donde el proyecto adquiere la forma definitiva con que se presentará para ser debatido. Dichas **Comisiones** son los grupos de trabajo conformados por diputados o senadores y creados en función de las materias en que puede versar su labor legislativa. Obviamente, si el proyecto procede de alguna de las Cámaras del Congreso, de inmediato se pasa a su deliberación en los términos del Reglamento de Debates.
30. La Cámara ante la cual se inicia un proyecto de ley recibe el nombre de *Cámara de origen*, la que le sigue es la *Cámara revisara*. Para la legislación mexicana la Cámara de origen puede ser cualquiera, la de diputados o senadores, salvo que el proyecto respectivo se refiera a *empréstitos, contribuciones, impuestos o reclutamiento de tropas*. En estos casos, la cámara de origen será siempre la de diputados (artículo 72, fracción h).
31. La *discusión* es la etapa del proceso legislativo donde los diputados y senadores realizan un ejercicio deliberativo sobre las distintas iniciativas de ley, se realiza con base en un debate parlamentario. En éste los diputados o senadores de los diferentes partidos políticos hacen uso de la tribuna para exponer sus argumentos en pro o en contra de un proyecto de ley. Así, según el primer párrafo del artículo 72 constitucional: "Todo proyecto de ley o decreto, cuya resolución no sea exclusiva de alguna de las Cámaras, se discutirá sucesivamente en ambas, observándose

^M Cfr. Hans Kelsen. *Teoría general del Derecho y del Estado*, irad Eduardo García Máyne/, UNAM. Textos Universitarios, México, 1979, p. 157 y ss. Véase del capítulo IV el punto 4.2.2

el Reglamento de Debates sobre la forma, intervalos y modo de proceder en las discusiones y votaciones".

32. Una vez que el proyecto de ley ha sido discutido le sigue en orden lógico la *aprobación*. Esta etapa del proceso legislativo tiene por objeto *la aceptación total o parcial del antedicho proyecto de ley*. La *aprobación*, por lo tanto, deberá-hacerse, respectivamente, en la Cámara de origen y luego en la revisora. Aprobado en su totalidad por ambas Cámaras, el proyecto de ley se remite al Ejecutivo para que lo sancione y, en su caso, *publique*. Sin embargo, es posible que la *Cámara revisora rechace total o parcialmente el proyecto de ley, reamándolo a la Cámara de origen*. Cada proyecto sólo puede ser reenviado *una sola vez*, durante el mismo periodo de sesiones. Todo esto da pie a una serie de *combinaciones posibles*.

CUADRO 5.2 COMBINACIONES DEL PROCESO LEGISLATIVO MEXICANO

- a) Cámara de origen aprueba (CO) (A).
Cámara revisora rechaza totalmente (CR) (RT).
El proyecto vuelve (V) a (CO) con observaciones (O) a ser discutido nuevamente (DN) entonces ..
a.) (CO) (A) (CR) rechaza nuevamente (RN), el proyecto no se puede presentar más en ese periodo (NPS).
- b) (CO) (A) (CR) (RT), (V) a (CO) (O) (DN) entonces...
b.1) (CO) (A), (CR) (A), el proyecto pasa al Ejecutivo para ser publicado (PEP).
- c) (CO) (A), (CR) rechaza en parte, reforma o adiciona (RRA), (V) a (CO) (O) (DN) entonces...
c.i) (CO) aprueba la supresión, reforma o adición (ASRA), (PEP).
- d) (CO) (A) (CR) (RRA), (V) a (CO) (O) (DN) entonces...
d.1) (CO) rechaza la supresión, reforma o adición (RSRA).
(CR) insiste en la supresión, reforma o adición (ISRA), (NPS).
- e) (CO) (A) (CR) (RRA), (V) a (CO) (O) (DN) entonces...
e.1) (CO) (RSRA), o sea, acepta el proyecto original, (PEP).
- f) (CO) (R), (NPS).

33. A partir de la *aprobación* de un proyecto de ley, el proceso legislativo pasa a ser del control del Poder Ejecutivo. La *sanción* es la etapa en la que *el Presidente de la República acepta o desecha un proyecto de ley*. Según la *Constitución*, se reputa como *sancionado* aquel proyecto que no sea devuelto con observaciones a la Cámara de origen dentro de los siguientes diez días útiles, salvo que agotado este plazo hubiere el Congreso cerrado o suspendido sus sesiones, en cuyo caso la devolución deberá hacerse el primer día útil en que el Congreso se reúna (*artículo 72 constitucional, inciso c*).
34. La *sanción*, al igual que la *aprobación*, puede ser *total o parcial*; empero, el Ejecutivo sólo podrá rechazar un proyecto de ley en *una única ocasión*. Si las Cámaras *insisten en su proyecto por mayoría de las dos terceras partes de sus votos*, el

Ejecutivo *deberá ordenar su publicación*. Esta facultad del Ejecutivo para realizar observaciones a los proyectos de ley se denomina *derecho de veto* (artículo 72 constitucional, inciso c).^w

35. La publicación es el acto formal por medio del cual las leyes aprobadas por el Poder Legislativo y sancionadas por el Ejecutivo son dadas a conocer por éste, y de manera indubitable, a la población en general. Para que la publicación surta efectos legales deberá plasmarse específicamente en un periódico que el Estado mexicano posee, precisamente, para dar publicidad a sus actos, a saber, el *Diario Oficial de la Federación*.
36. La publicación oficial de la ley, que lleva a cabo el Poder Ejecutivo con las formalidades antes citadas, recibe el nombre de *promulgación*.^{*0} Ésta implica no sólo el hecho mismo de la publicación que la da a conocer, sino la exigencia de su acatamiento y observancia por parte de los particulares y la autoridad. Pero, ¿cuáles son los efectos de tal promulgación! El efecto inmediato es el de que una vez publicada la ley ésta surte sus efectos con plena fuerza obligatoria en todo el país. La promulgación de una norma jurídica es la condición para que la ley sea aplicada y pueda hacerse efectivo el principio que señala: la ignorancia de las leyes no excluye de su cumplimiento. El conocimiento de las normas jurídicas es una obligación que recae sobre los gobernados, a partir de que éstas son promulgadas.
37. Sin embargo, el artículo 21 del Código Civil plantea una excepción antes mencionada. Esta disposición ordena a los jueces que en aquellos casos en que por causa del notorio atraso intelectual de algunos individuos, su apartamiento de las vías de comunicación o su miserable condición económica, podrán si está de acuerdo el Ministerio Público eximirles de las sanciones en que hubieren incurrido o, de ser posible, concederles un plazo para que cumplan la ley infringida. Esto a condición de que no se trate de leyes que afecten directamente al interés público.
38. La última etapa del proceso legislativo se denomina *iniciación de la vigencia*. Es, como su nombre indica, la determinación del momento específico en que una ley comenzará a surtir sus efectos. Se supone que entre la publicación y la entrada en vigor de toda ley debe mediar un tiempo, a efecto de que ésta sea efectivamente conocida por sus destinatarios. A este lapso se le conoce doctrinalmente como *vacatio legis*.
39. De acuerdo con el Derecho mexicano (artículos 3 y 4 del Código Civil Federal), existen dos sistemas para que la ley inicie su vigencia. El sucesivo y el sincrónico. El primero de éstos, ordena que la ley entrará en vigor, para los lugares donde se publica el Diario Oficial, tres días después de su promulgación. En los lugares distintos a éste, se conceden otros días en función de la distancia. Por lo tanto, se sumarán a los tres primeros uno más por cada cuarenta kilómetros o fracción que exceda de la mitad. Por su parte, el sistema sincrónico establece que la ley entrará en vigor, en

^w El inciso referido señala: "El proyecto de ley o decreto desechado en todo o en parte por el Ejecutivo, será devuelto, con sus observaciones, a la Cámara de origen. Deberá ser discutido de nuevo por ésta, y si fuese confirmado por las dos terceras partes del número total de votos, pasará otra vez a la Cámara revisara. Si por ésta fuese sancionado por la misma mayoría, el proyecto será ley o decreto y volverá al Ejecutivo para su promulgación. Las votaciones de ley o decreto, serán nominales" El Presidente de la República sólo puede vetar una sola vez cada proyecto de ley y, de acuerdo con el mismo (art. 72, inciso f), dicha facultad no puede ejercerse en tres supuestos: las resoluciones del Congreso o de alguna de las Cámaras, cuando ejerzan funciones de cuerpo electoral o de jurado; cuando la Cámara de Diputados declare que debe acusarse a uno de los altos funcionarios de la Federación por delitos oficiales; en el caso de la convocatoria a sesiones extraordinarias que expida la Comisión Permanente.

^{*0} Cfr. Efraín Moto Salazar. *Elementos de Derecho*. Porrúa, México, 1990. p. 51.

todas partes, el día preciso que la propia ley Jije, siempre y cuando su publicación haya sido anterior. En el supuesto caso de que la ley entrara en vigor el mismo día de su publicación, no hay posibilidad de que opere la *vacado legis*."

40. Sólo resta hacer referencia a la *jerarquía de las leyes en el sistema jurídico mexicano*. Para ello contamos ya con datos de suma utilidad. Sabemos que el *sistema de Derecho mexicano es escrito* y que la *estructura política del país gira en torno a una Federación, constituida por entidades libres y soberanas*. De ambas afirmaciones resultan dos conclusiones necesarias: que existen *dos niveles muy claros de legislación, la federal y la local o estatal*, y, por supuesto, que la *ley de mayor jerarquía es la Constitución federal*, a la cual no podrán contravenir, en ningún caso, las Constituciones de los estados (*art. 41 constitucional*) ni ley alguna.
41. La *Constitución federal* prescribe en su *artículo 133* cuál es el *orden jerárquico* de las leyes en México. Dicho artículo dice textualmente: *"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 Senculo, 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"*.
42. De tal guisa, en el *escalón superior* se encuentra la *Constitución federal*, luego, en el inmediato inferior los *tratados internacionales*² y posteriormente las *leyes*

² Cfr. F. García Máynez. *Introducción al estudio del Derecho*. Porrúa, México. 1992. p. 60.

Finalmente, en el año 1999, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó con claridad que la *jerarquía de los tratados internacionales es superior a la de las leyes federales*. Al efecto, la jurisprudencia en cuestión reza textualmente, **TRATADOS INTERNACIONALES SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL**. Persistentemente en la doctrina se ha formulado la interrogante respecto a la jerarquía de normas en nuestro derecho. Existe unanimidad respecto de que la *Constitución Federal* es la norma fundamental y que aunque en principio la expresión *"...serán la Ley Suprema de toda la Unión ..."* parece indicar que no sólo la Carta Magna es la suprema, la objeción es superada por el hecho de que las leyes deben emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano constituido, como lo es el Congreso de la Unión y de que los tratados deben estar de acuerdo con la ley Fundamental, lo que claramente indica que sólo la Constitución es la ley Suprema. El problema respecto a la jerarquía de las demás normas del sistema, ha encontrado en la jurisprudencia y en la doctrina distintas soluciones, entre las que destacan: supremacía del derecho federal frente al local y misma jerarquía de los dos, en sus variantes lisa y llana, y con la existencia de "leyes constitucionales", y la de que será ley suprema la que sea calificada de constitucional. No obstante, esta Suprema Corte de Justicia considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la ley Fundamental y por encima del derecho federal y el local. Esta interpretación del artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional: por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado tiene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades. Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es la relativa a que en esta materia no existe limitación de competencia entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio artículo 133 el presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativas. Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del artículo 133 lleva a considerar en un primer lugar al derecho federal y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 de la ley Fundamental, el cual ordena que *"Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados"*. No se pierde de vista que en su anterior conformación, este Máximo Tribunal había adoptado una posición diversa en la tesis P/C/92, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Número. 60, correspondiente a diciembre de 1992, página 27, de rubro: *"LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA"*. Sin embargo, este Tribunal Pleno considera oportuno abandonar tal criterio y asumir el que considera la jerarquía superior de los tratados incluso frente al derecho federal.

federales —elaboradas según el proceso antes descrito—. Estas normas *se encuentran por encima de las Constituciones y leyes locales*. Incluso, como ya se anotó antes, estas últimas *no deben contradecir a las primeras*. Sin embargo, para comprender el **segundo escalafón** a nivel de jerarquía de normas, hay que distinguir previamente *dos ámbitos de validez espacial de las leyes en México*. De una parte encontramos la *legislación estatal o local que rige en cada una de las entidades federativas y en las islas sobre las cuales dichos estados ejercen su jurisdicción (artículo 48 constitucional)*.⁴¹ De la otra hallamos la *legislación que rige en el Distrito Federal y zonas federales* a que se refiere el antes citado numeral 48 de la Constitución.

43. De tal modo, la *legislación vigente en cada uno de los estados que forman la Federación se estructura, en orden de importancia jerárquica*, de la siguiente manera: **Constitución local, leyes ordinarias, leyes reglamentarias, leyes municipales y normas jurídicas individualizadas**. A su vez, *la legislación del Distrito Federal y zonas federales lo hace de esta forma: leyes ordinarias, leyes reglamentarias y normas jurídicas individualizadas*.

CUADRO 5.3 JERARQUÍAS Y ÁMBITOS DE VALIDEZ ESPACIAL DE LAS LEYES	
a) Ámbitos y zonas federales	
1o. Constitución federal	
2o. Tratados internacionales	
3o. Leyes federales	
b) Estados de la Federación e islas Sobre las que ejerzan jurisdicción	
Distrito Federal	1 o. Leyes ordinarias
	2o. Leyes reglamentarias
	3o. Normas jurídicas individualizadas

Amparo en revisión 1475/98 Sindicalo Nacional de Consoladores de Tránsito Aéreo. 11 de mayo de 1999 Unanimidad de diez votos. Ausente. José Vicente Aguinaco Alemán Ponente: Humberto Román Palacios Secretario: Antonio F.spinoza Rangel.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el veintiocho de octubre en curso, aprobó, con el número LXXVII/1999, la tesis aislada que antecede: y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial México. Distrito Federal, a veintiocho de octubre de mil novecientos noventa y nueve.

Nota: Esta tesis abandona el criterio sustentado en la tesis P (792, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Número 60. Octava Época, diciembre de 1992, página 27, de rubro: "LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES UENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMA NVA ".

" Dice así el artículo 48 constitucional "JLS islas, los cayos y arrecifes de los mares adyacentes que pertenezcan al territorio nacional, la plataforma continental, los zócalos submarinos de las islas, de los cayos y arrecifes, los mares territoriales, las aguas marítimas interiores y el espacio situado sobre el territorio nacional, dependerán directamente del Gobierno de la Federación, con excepción de aquellas islas sobre las que hasta la fecha hayan ejercido jurisdicción los Estados".

Estados de la Federación e islas sobre las que ejerzan jurisdicción	1 o. Constitución estatal
	2o. Leyes ordinarias
	3o. Leyes reglamentarias
	4o. Leyes municipales
	5o. Normas jurídicas individualizadas

CUADRO 5.4 LEGISLACIÓN

Artículo 70. - *"Toda resolución del Congreso tendrá el carácter de ley o decreto."*

—

Ley:

norma jurídica emanada del Poder Legislativo con carácter general y obligatorio.

Decreto:

norma jurídica obligatoria que tiene un carácter particular y no general. Ejemplo: Permiso para que el Presidente de la República abandone el territorio nacional por un periodo determinado.

También son decretos las normas jurídicas emanadas del Poder Ejecutivo y que tienen fuerza de ley. Son aquellas disposiciones que para el despacho de los asuntos relativos a la administración pública emita el Ejecutivo, o que se refieran al ejercicio de facultades extraordinarias para legislar en el caso de suspensión de garantías individuales (artículo 29 constitucional) y en materia de comercio exterior (párrafo segundo del artículo 131).

—

Facultades extraordinarias del Ejecutivo: requieren la autorización expresa del Congreso, pues reside en el Poder Legislativo la facultad exclusiva y general de emitir leyes. Sólo por excepción esta facultad se concede al Presidente de la República.

Decretos o providencias judiciales: aquellos a través de los que un órgano jurisdiccional comunica determinaciones de trámite.

Reglamento:

disposición que el Ejecutivo expide en ejercicio de las facultades concedidas por el artículo 89 constitucional, fracción primera, y cuyo objeto es detallar la aplicación de una ley; su marco de referencia obligada es dicha ley, no puede excederla ni tampoco ignorarla.

Acuerdo:

resolución administrativa o judicial que versa sobre situaciones jurídicas particulares.

Imperfectas: no prevén sanción.

Circular:

la instrucción que un órgano superior de la administración pública dirige a sus subordinados en relación con los servicios encomendados o la aplicación de una ley, decreto o reglamento.

CUADRO 5.5 EL PROCESO LEGISLATIVO

Proceso legislativo: *proceso de elaboración de las leyes federales; conjunto de etapas sistematizadas y ordenadas por la Ley Fundamental mexicana, que deberán ser observadas puntualmente por los poderes Legislativo y Ejecutivo para incorporar al sistema jurídico aquellas normas jurídicas de aplicación general y obligatoria conocidas como leyes.*

Este proceso *formaliza y distingue*, al dotar de *juridicidad*, aquellas *normas* que oficialmente se conocerán y reconocerán como *leyes* del sistema de Derecho en México.

El proceso mismo de creación de esas normas se constituye por otras cuyo objeto es la *producción jurídica*, a saber *normas sobre la producción jurídica* (Artículos 71 y 72 constitucionales).

El proceso legislativo consta de seis etapas:	<i>Iniciativa</i>
	<i>Discusión</i>
	<i>Aprobación</i>
	<i>Sanción</i>
	<i>Publicación</i>
	<i>Iniciación de la vigencia</i>

En estas etapas participan dos poderes

- **Legislativo:** *encargado propiamente de elaborar o dar forma a la ley a través de las tres etapas iniciales.*

- **Ejecutivo:** *tiene facultades para participar en la iniciativa y se encarga de su sanción, publicación e iniciación de la vigencia.*

Iniciativa: *acto en virtud del cual el Presidente de la República, los diputados y los senadores al Congreso de la Unión y las legislaturas de los Estados ejercen su facultad de poner a consideración del Congreso un proyecto de ley.*

La Cámara ante la cual se inicia un proyecto de ley recibe el nombre de *Cámara de origen*, la que le sigue es la *revisora*. Para la legislación mexicana la *Cámara de origen puede ser cualquiera, la de diputados o senadores*, salvo que el proyecto respectivo se refiera a **empréstitos, contribuciones, impuestos o reclutamiento de tropas**. En estos casos la *Cámara de origen será siempre la de diputados* (Artículo 72, fracción h).

Discusión: *etapa del proceso legislativo donde los diputados y senadores realizan un ejercicio deliberativo sobre las distintas iniciativas de ley.* Se realiza con base en un debate parlamentario, en el que los diputados o senadores hacen uso de la tribuna para exponer sus argumentos en pro o en contra de un proyecto de ley.

Discutido el proyecto de ley sigue la *aprobación*, la cual tiene por objeto *la aceptación total o parcial del antedicho proyecto de ley*, que deberá hacerse en la Cámara de origen y luego en la revisora.

Aprobado en su totalidad el proyecto de ley se remite al Ejecutivo para que lo sancione y, en su caso, lo publique. La *Cámara revisora rechaza total o parcialmente el proyecto de ley, reenviándolo a la Cámara de origen*. Cada proyecto sólo puede ser reenviado una sola vez durante el mismo periodo de sesiones.

A partir de la *aprobación* de un proyecto de ley, el proceso legislativo pasa al control del Poder Ejecutivo.

Sanción: etapa en que *el Presidente de la República acepta o desecha un proyecto de ley*.

Se reputa como *sancionado* aquel proyecto que no sea devuelto con observaciones a la Cámara de origen dentro de los siguientes diez días útiles, salvo que, corriendo este término hubiere el Congreso cerrado o suspendido sus sesiones, la devolución deberá hacerse el primer día útil en que el Congreso esté reunido.

La sanción puede ser *total o parcial*. El Ejecutivo sólo podrá rechazar un proyecto de ley en una *única ocasión*. Si las Cámaras *insisten en su proyecto por mayoría de las dos terceras partes de sus votos*, el Ejecutivo *deberá ordenar su publicación*.

Derecho de veto: *facultad del Ejecutivo para realizar observaciones a los proyectos de ley*.

Publicación: *acto formal por medio del cual las leyes aprobadas por el Poder Legislativo y sancionadas por el Ejecutivo son dadas a conocer por éste, y de manera indubitable, a la población en general*.

Para que surta sus efectos legales, la *publicación* deberá plasmarse en un periódico que el Estado posee, a efecto de dar publicidad a sus actos: el *Diario Oficial de la Federación*.

Promulgación: *publicación oficial que de la ley lleva a cabo el Poder Ejecutivo en el Diario Oficial de la Federación*; implica la publicación que la da a conocer, la exigencia de su acatamiento y observancia por parte de los particulares y la autoridad.

Efectos de la promulgación: *una vez publicada la ley, ésta surte sus efectos con plena fuerza obligatoria en todo el país*.

La promulgación es la condición para que la ley sea aplicada y pueda hacerse efectivo el principio que señala: *"la ignorancia de las leyes no excluye de su cumplimiento"*.

El artículo 21 del *Código Civil* contempla una **excepción** a dicho principio, ordena a los jueces que en aquellos casos en que por causa del *notorio atraso intelectual de algunos individuos*, su *apartamiento de las vías de comunicación* o su *miserable condición económica*, dichos jueces podrán, si está de acuerdo el Ministerio Público, **eximirlos de las sanciones** en que hubieren incurrido o, de ser posible, concederles un plazo para que cumplan la ley infringida. *Cuando no se trate de leyes que afecten directamente al interés público*.

Iniciación de la vigencia: *determinación del momento específico en que una ley comenzará a surtir sus efectos*. Entre la publicación y la entrada en vigor de toda ley *debe mediar un tiempo*, a efecto de que ésta sea *efectivamente conocida* por sus destinatarios; esto se conoce como *vacatio legis*.

Sucesivo: la ley entrará en vigor, para los lugares donde se publica el Diario Oficial, tres días después de su promulgación. En lugares distintos se conceden otros días en función de la distancia.

Existen dos sistemas para que la ley inicie su vigencia.

Se sumarán a los tres primeros uno más por cada cuarenta kilómetros o fracción que exceda de la mitad.

Sincrónico: la ley entrará en vigor en todas partes el día preciso que la propia ley fije, siempre y cuando su publicación haya sido anterior.

El sistema de Derecho mexicano es escrito y la estructura política del país gira en torno a una Federación, constituida por entidades libres y soberanas. Existen dos niveles muy claros de legislación: la federal y la local o estatal. La ley de mayor jerarquía es la **Constitución** federal a la cual no podrán contravenir las Constituciones de los Estados ni ley alguna.

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".

5.2.2 Tratados internacionales

44. De conformidad con el artículo 133 constitucional son *Ley Suprema de toda la Unión, los tratados internacionales celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con la aprobación del Senado y que estén de acuerdo con la Constitución*. Por lo tanto, en el Derecho mexicano tales *tratados* son una de las **principales fuentes de normas jurídicas**.
45. Como se mencionó, los *tratados internacionales* requieren de un *doble proceso*, para su *formalización* como normas jurídicas y su *incorporación* al Derecho vigente de los países. El *primero*, regido por el *Derecho y la costumbre internacionales*,⁴ implica la elaboración, la negociación y la vigencia del tratado, sea con otro Estado o con un organismo internacional. El *segundo*, *regula por el Derecho positivo de cada Estado*, regula la incorporación del tratado al sistema jurídico en cuestión para que, como en el Derecho mexicano, se convierta en Ley Suprema de toda la Unión. En este caso particular deberá cumplirse con las disposiciones establecidas tanto en la *Constitución mexicana*, como en la *Ley sobre la Celebración de Tratados*, la *Ley Orgánica de la Administración Pública Federal* y el *Reglamento Interior de la Secretaría de Relaciones Exteriores*.

⁴ De acuerdo con el artículo 3H del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de La Haya, son fuentes del Derecho Internacional: las *convenciones internacionales*, sean *generales o particulares*, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes: la *costumbre internacional* como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho: los *principios generales del derecho* reconocidos por las naciones civilizadas: las *decisiones judiciales* y las *doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones*, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho.

46. Además del citado 133 constitucional, la parte conducente de la *fracción X del artículo 89* otorga al Presidente de la República la facultad exclusiva de "...celebrar tratados, sometiéndolos a la aprobación del Senado." Asimismo, el *artículo 76, fracción I* de la *Constitución* concede al Senado la facultad, también exclusiva de "...aprobar los tratados y convenciones diplomáticas que celebré el Ejecutivo de la Unión." ^{46h} Esta *aprobación senatorial* es de singular importancia, pues gracias a ella se otorga a los tratados internacionales su carácter de *ley Suprema de la Unión*, incorporándolos de pleno derecho a la legislación mexicana.⁴⁷
47. La *Ley sobre Celebración de Tratados* distingue entre el *tratado internacional* y el *acuerdo interinstitucional*. Por este último se entiende, según su *artículo 2o.*, el *convenio de Derecho Internacional Público que celebren por escrito cualquier dependencia u organismo descentralizado de la Administración Pública Federal. Estatal o Municipal y uno o varios órganos gubernamentales extranjeros u organizaciones internacionales, cualquiera que sea su denominación, sea que derive o no de un tratado previamente aprobado*. Los *acuerdos institucionales* deben circunscribirse a las atribuciones propias de las dependencias y los organismos descentralizados respectivos.
48. Asimismo, la antedicha *Ley sobre la Celebración de Tratados* en su *artículo 3o.* indica que sólo al *Presidente de la República* corresponde la *facultad de otorgar plenos poderes*⁴⁸ para la *celebración de tratados internacionales*. En su *artículo 6o.* asigna a la *Secretaría de Relaciones Exteriores* la responsabilidad de *coordinar* las acciones necesarias para la *celebración de cualquier tratado*, de *formular una opinión* sobre la procedencia de suscribirlo y la de su *inscripción* en el *Registro* respectivo. Esa misma *Secretaría deberá ser informada* acerca de todo aquel *acuerdo interinstitucional* que pretenda celebrarse, al respecto *formulará un dictamen* sobre la procedencia de suscribir aquellos y, en su caso, llevará el *Registro* del caso.
49. Por su parte, la *Ley Orgánica de la Administración Pública Federal* (*artículo 28, fracción I*) reitera que la *Secretaría de Relaciones Exteriores* posee la *facultad para intervenir en toda clase de tratados, acuerdos y convenciones en que México participe*. Disposición que es congruente con la naturaleza misma de esa dependencia, como *encargada de la política exterior de México*. Otras disposiciones de

⁴⁶ Cabe señalar que el *Presideme* de la República, aun sin disposición expresa de la *Constitución*, pero, con *asiento y sustento en el artículo 89, fracción I de la misma*, realiza ciertos acuerdos internacionales denominados *convenios ejecutivos*. Estos no requieren la *aprobación del Senado* y su objeto es *cumplir con las funciones que en materia administrativa tiene encomendadas el Jefe del Ejecutivo \ que no se agolan en el ámbito interno*. Estos *convenios ejecutivos* son los que se realizan, por ejemplo, en materia de cooperación económica, tecnológica o educativa con oírás naciones.

La *Constitución* mexicana no utiliza una terminología uniforme para referirse a los tratados. Así, tanto en los artículos citados como en otros de la *Ley Fundamental*, se habla, indistintamente y entre otras expresiones, de "*convenciones diplomáticas*" o "*convenios*". El problema surge cuando se plantea la cuestión de si sólo los tratados y las convenciones diplomáticas, según lo expresamente señalado por el *artículo 76, fracción primera*, deben ser objeto de la *aprobación senatorial* y no los demás acuerdos internacionales a que alude la *Constitución*. La doctrina especializada considera que todos los compromisos internacionales que México contraiga con base en los *artículos 89, fracción X, 76, fracción I y I * 1* requerirán de la *aprobación del Senado* y sin ésta no se incorporarán a la legislación nacional como *Ley Suprema de la Unión*. Véase de Jorge Palacios Treviño. *Tratados: legislación y práctica en México*. Secretaría de Relaciones Exteriores, México, 1986. p. 41 y ss.

⁴⁷ Cfr *ibid.*, p. 31.

⁴⁸ *Plenos poderes*, según la *fracción VI del artículo 2o.* de la *Uy sobre la Celebración de Tratados* es el documento mediante el cual se designa a una o varias personas para representar a los Estados Unidos Mexicanos en cualquier acto relativo a la *celebración de Halados*.

la misma ley conceden a *otras Secretarías de Estado* prerrogativas para promover y colaborar en las negociaciones de tratados internacionales o, en general, involucrarse en los asuntos internacionales que a éstas, por su materia, correspondan.^{4"}

50. Es, entonces, en la *Secretaría de Relaciones Exteriores* sobre quien recae la responsabilidad de *incorporar los tratados internacionales a la legislación mexicana*. Ello implica una serie de funciones clave tales como el ya mencionado registro de los tratados celebrados, su terminación o denuncia y, sobre todo, su *publicación*. Porque, al igual que las leyes producidas por el Congreso de la Unión, los *tratados internacionales* deben ser promulgados en el *Diario Oficial de la Federación*, con los efectos jurídicos respectivos. Asimismo, el *artículo 11.fracción VIII del Reglamento Interior de la Secretaría de Relaciones Exteriores*, encarga a la Consultoría Jurídica de la propia dependencia: "*Opinar sobre la conveniencia de modificar o denunciar tratados internacionales y realizar los trámites y gestiones apropiados para dar cumplimiento a los requisitos constitucionales para la entrada en vigor, modificación o denuncia de éstos, de conformidad con lo que establezca la legislación aplicable*".
51. Un aspecto que no puede soslayarse es que los *tratados internacionales* deben cumplir con el *principio de supremacía constitucional*.^M Por esto, el *artículo 133*

" Asi, por ejemplo, el *artículo 16.fracción IV* de dicha Ley Orgánica, faculta a la Secretaría de Comunicaciones y Transportes para negociar convenios internacionales en materia de prestación de servicios aéreos internacionales.

Si bien algunos países, sobre todo los Estados Unidos de Norteamérica (quien ha desarrollado más el concepto) y la mayoría de los latinoamericanos, suelen considerar el *principio de supremacía constitucional* como insoslayable, hay situaciones concretas basadas en problemas prácticos denunciados por la doctrina que denotan la dificultad de sostener tal principio en términos del actual Derecho internacional. Más aún, éste parte del presupuesto de que tiene *superioridad* sobre los Estados, *toda vez que éstos se han sujetado voluntariamente a él*. Es en tal virtud que el artículo 27 de la Convención de Viena de 1978, ordena "*ninguna parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado*". En el mismo tenor el artículo 45 del mismo instrumento establece: "*Un Estado no podrá alegar una causa para anular un tratado (esta causa puede ser la contradicción con su Constitución), darlo por terminado, retirarse de él o suspender su aplicación con arreglo a lo dispuesto en los artículos 46 a 50 o en los artículos 60 y 62, si, después de haber tenido conocimiento de los hechos, ese Estado: a) ha convenido expresamente en que el tratado es válido, permanece en vigor o continúa en aplicación, según el caso: o b) se ha comportado de tal manera que debe considerarse que ha dado su aquiescencia a la validez del tratado o a su continuación en vigor o en aplicación, según el caso*". De igual manera, la Convención de Viena de 1986 también en su numeral 27 prescribe la misma prohibición y la hace extensiva con idénticos efectos a las organizaciones internacionales. El punto 2 del correlativo artículo 27 indica: "*Una organización internacional, parte en un tratado, no podrá invocar las reglas de la organización como justificación del incumplimiento del tratado*". Doctrinalmente y siguiendo a Remiro Brotons en este punto, los problemas de constitucionalidad que pueden afectar a un tratado son de dos tipos: *inconstitucionalidad extrínseca o formal e inconstitucionalidad intrínseca o material*. La primera se presenta en el caso de *incompetencia o exceso de poder del órgano que manifestó el consentimiento en la firma de un tratado internacional, o por vicios procesales en el interformativo de la voluntad del Estado*. En el sistema jurídico mexicano este supuesto se puede presentar cuando, por ejemplo, el Presidente de la República ratificara un tratado sin la autorización previa del Senado. El instrumento internacional en consideración estaría afectado de *inconstitucionalidad extrínseca*. Las *Convenciones de Viena de 1969 y 1986* en sus respectivos *artículos 46* contemplan específicamente esta circunstancia y la invalidan para ser alegada como vicio del consentimiento que anule el tratado internacional en cuestión, salvo que la violación sea manifiesta y afecte una norma fundamental del derecho interno del Estado respectivo. A nivel de derecho interno, esta circunstancia daría lugar a responsabilidad personal y política del funcionario que así negoció y ratificó el tratado. La *inconstitucionalidad intrínseca o material*, en cambio, se presenta cuando existe una contradicción entre el contenido de un tratado internacional y el de una o varias normas constitucionales. Este tipo de inconstitucionalidad es más compleja, porque la violación no es sólo de índole formal como el primer caso, que, en última instancia podría solucionarse con la observancia de la formalidad emitida, sino que aquí es el contenido material del tratado internacional lo que contradice a la Constitución del Estado en cuestión (caso que se presenta en el Derecho mexicano, específicamente, en relación con lo señalado por el artículo 9o. de la Ley sobre la Celebración de Tratados. Dicho artículo dispone: "*El Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos no*

exige que dichos tratados estén de acuerdo con la Constitución. Este principio se establece puntualmente en otros dispositivos constitucionales, tal es el caso del artículo 15, que prohíbe expresamente la celebración de tratados que versen sobre la extradición de reos políticos o delincuentes que hayan tenido la condición de esclavos, o de tratados que alteren las garantías o derechos fundamentales del hombre otorgados por la Constitución.

52. Cabe subrayar que México se encuentra sometido a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, gracias a su suscripción, sin reservas, objeciones o declaraciones interpretativas, del 23 de mayo de ese año. De acuerdo con las prescripciones constitucionales, dicho Tratado fue aprobado por el Senado de la República el 29 de diciembre de 1972, publicándose en el *Diario Oficial de la Federación* el 28 de marzo de 1973. Sin embargo, la Convención entró en vigor hasta 1980. De tal guisa, en las negociaciones que se lleven a cabo en materia de tratados internacionales con otros Estados,⁵¹ México queda sujeto a las disposiciones de la Convención de Viena.⁵²

reconocerá cualquier resolución de los órganos de decisión de los mecanismos internacionales para la solución de controversias a que se refiere el artículo 80. cuando esté de por medio la seguridad del estado, el orden público o cualquier otro interés esencial de la Nación ". Este supuesto se encuadraría en el artículo 27 de ambas Convenciones de Viena. pero no cabe en los supuestos de nulidad legítima de los tratados que aceptan los artículos 46 a 52. Es decir, que el tratado internacionalmente obliga aunque el Estado alegue que es contrario a una de sus disposiciones de derecho interno. Este supuesto también puede darse cuando la contradicción material de un tratado y la Constitución proviene de una modificación o alteración de ésta, posterior a la firma del tratado. En este caso el artículo 62 de las Convenciones multilaterales niega validez a esta causa sobrevenida como motivo suficiente para dar por terminado un tratado o retirarse de éste, salvo que, entre otras excepciones reconocidas por este mismo numeral, esa modificación constitucional sobrevenida constituya una base esencial del consentimiento de las partes o que tal reforma o derogación tenga por efecto la modificación radical del alcance de las obligaciones que todavía deben cumplirse en virtud del tratado. Sin embargo, es claro que estas circunstancias pueden y deben evitarse mediante adecuados controles de la constitucionalidad, previos a la ratificación de los tratados por parte de los Estados. Por ello, Remiro Brotons opina: "Es arriesgado y poco aconsejable someter a prueba la capacidad del Derecho Internacional para digerir y asimilar los preceptos constitucionales y las decisiones —en su caso judiciales— que los aplican, una vez que el Estado ha manifestado su consentimiento y, sobre todo, el tratado ha entrado en vigor. En realidad, lo que desde una perspectiva internacionalista se pide al Derecho constitucional es justamente lo contrario: que elimine los riesgos de conflicto y contradicción entre el derecho interno y el internacional. En este sentido, está claro que los controles han de ser, preferiblemente, previos al perfeccionamiento de los tratados, reduciéndose los reparadores a los casos en que la experimentación de aquéllos haya sido imposible, bien por haberse comprometido internacionalmente el Gobierno sin autorización parlamentaria, bien por haber sobrevenido la presunta inconstitucionalidad como consecuencia de alteraciones constitucionales posteriores a la conclusión de los tratados. La regulación debería adaptarse a la peculiar condición del objeto del control". Véase Antonio Remiro Brotons, *Derecho internacional público*, Tecnos. Madrid, 1987, pp. 136-139, 154-164 y 334-337.

" Recuérdese que la Convención de Viena de 1969, según su artículo 10, se aplica a los tratados entre Estados. Esta afirmación debe matizarse a la luz de los artículos 3 y 5 de la misma Convención porque, en relación con el artículo 3, la Convención es también aplicable a los acuerdos internacionales en que, además de los Estados, fuesen partes otros sujetos de Derecho Internacional. Y porque, en relación con el artículo 5, la Convención es asimismo aplicable a todo tratado que sea instrumento constitutivo de una organización internacional, y a todo tratado adoptado en el ámbito de una organización internacional, sin perjuicio de cualquier norma pertinente de la organización.

" La aplicación de la Convención de Viena se complementa, por disposición expresa de su preámbulo, con el *Derecho Internacional consuetudinario* en aquellas cuestiones no reguladas por la Convención y, obligadamente, por el llamado *jus cogens* o *derecho internacional general*. Se entiende por *jus cogens* o *Derecho Internacional general*, en términos del artículo 53 de la misma Convención, aquella norma imperativa aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter. La Convención, salvo en lo que al *jus cogens* se refiere, admite acuerdo en contrario si por consenso así lo establecen los Estados parte de un tratado internacional sometido a la Convención. Para una referencia detallada sobre este último punto conviene consultar de Antonio Gómez Robledo, *El *jus cogens* internacional*, estudio histórico-crítico, UNAM. México. 1982.

53. Asimismo, México ha firmado y ratificado⁵¹ la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales*, concluida el 21 de marzo de 1986.

CUADRO 5.6 TRATADOS INTERNACIONALES

Regulación de los tratados internacionales en el Derecho mexicano:

Artículo 133 constitucional: son Ley Suprema de toda la Unión los tratados internacionales celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con la aprobación del Senado y que estén de acuerdo con la Constitución.

La fracción X del artículo 89 constitucional otorga al Presidente de la República la facultad exclusiva de "...celebrar tratados, sometidos a la aprobación del Senado".

Asimismo, el artículo 76, fracción I constitucional concede al Senado la facultad, exclusiva de "...aprobar los tratados y convenciones diplomáticas que celebre el Ejecutivo de la Unión"

Debe distinguirse entre tratado internacional y acuerdo interinstitucional (artículo 2º de la Ley sobre Celebración de Tratados):

"El convenio de Derecho Internacional Público que celebren por escrito cualquier dependencia u organismo descentralizado de la Administración Pública Federal, Estatal o Municipal y uno o varios órganos gubernamentales extranjeros u organizaciones internacionales, cualquiera que sea su denominación, sea que derive o no de un tratado previamente aprobado".

El artículo 6º de la citada ley asigna a la Secretaría de Relaciones Exteriores la responsabilidad de coordinar las acciones necesarias para la celebración de cualquier tratado, de formular una opinión sobre la procedencia de suscribirlo y la de su inscripción en el Registro correspondiente.

El artículo 15 constitucional prohíbe expresamente la celebración de tratados que versen sobre la extradición de reos políticos o delincuentes que hayan tenido la condición de esclavos, o de tratados que alteren las garantías o los derechos fundamentales del hombre otorgados por la Constitución.

Los tratados internacionales deben cumplir con el principio de supremacía constitucional.

- México se encuentra sometido a la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969*, gracias a su suscripción del 23 de mayo de ese año.
- México ha firmado y ratificado la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales*.

5.2.3 Costumbre jurídica

54. En el Derecho mexicano la *costumbre es fuente formal de normas jurídicas*. Su carácter es, sin embargo, únicamente *supletorio y delegado*. Es decir, que *sólo en el supuesto de que la ley no prescribiera nada respecto de cómo normar una situación jurídica, se podrá recurrir, en suplencia de la ley, a la costumbre, siempre y cuando la propia ley así lo determine*. La costumbre para ser *obligatoria* requiere del mandato expreso de la ley.⁵⁴

⁵¹ La *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1986* fue firmada por México el mismo día de su adopción, el 21 de marzo de 1986. La aprobación del Senado se realizó el 11 de diciembre de 1987, según Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de enero de 1988. El depósito del instrumento de ratificación lo hizo México el 10 de marzo de 1988, publicándose el Convenio ratificado el 28 de abril del mismo año. También se publicó su fe de erratas los días 12 de septiembre y 5 de octubre de 1988. Por cierto, aún no entra en vigor.

⁵⁴ Peniche Bolio apostilla: "En el Derecho mexicano la costumbre únicamente puede ser fuente del Derecho a falta de ley escrita, de su interpretación jurídica y de jurisprudencia. Es, por tanto, de carácter delegada la relación que media entre la costumbre y la ley". Cfr. Francisco J. Peniche Bolio. *Introducción al estudio del Derecho*. Porrúa, México. 1988. p. 71

55. La *relevancia jurídica* que las diversas materias de Derecho positivo otorgan a la costumbre en el Derecho mexicano es ciertamente *distinta*. Para el *Derecho penal*, según lo dispone el *artículo 14 constitucional*, la *costumbre no tiene ninguna importancia* pues la única fuente de sus normas es la ley. Este artículo determina en la parte conducente que: *"En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata"*.
56. En el *Derecho civil y mercantil*, y por extensión en las demás materias a excepción de la penal, el papel de la costumbre es el de *serfuente supletoria y delegada*. La Constitución en el mismo *artículo 14* nada dice respecto de la *costumbre*, aunque tampoco la prohíbe, lo cual significa que sólo se podrá recurrir a ella por mandato expreso de la ley secundaria antes de proceder a la interpretación jurídica". Dicho *artículo 14* señala textualmente: *"En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho"*.
57. Existe una figura que *suele asimilarse*, incorrectamente, a la *costumbre*: nos referimos al *uso*. El uso o los usos pueden singularizarse porque *si bien al igual que la costumbre trátase de prácticas repetidas y constantes, no cuentan con consenso respecto de su obligatoriedad generalizada*. Los usos tienen efecto y eficacia entre las partes para interpretar su voluntad. Por ello, una parte de la doctrina ha definido al *uso* como **una cláusula tácita sobreentendida en un convenio, por la cual las partes arreglan sus relaciones de acuerdo con la práctica establecida**. El uso, se dice, *tiene fuerza de convenio y no fuerza de ley*.⁵⁶ En materia mercantil, por cierto, más que de costumbre suele hablarse incluso en la propia ley de usos, de *usos bancarios o mercantiles*.
58. El *Código Civil Federal*, en su *artículo 10*, reitera la *importancia secundaria* de la costumbre en el Derecho mexicano, cuando estipula: *"Contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario"*. De ahí que debe ser la propia legislación la que, expresamente, *reenvíe* a la costumbre o al uso en tanto fuente supletoria del Derecho. Son ejemplos de reenvíos de una y otro, respectivamente, las estipulaciones de los artículos 17º: *"Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deban revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan, obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso (costumbre) o a la ley"*; y 2607 del mismo Código: *"Cuando no hubiere habido convenio, los honorarios se regularán atendiendo juntamente a las costumbres (usos) del lugar, a la importancia de los trabajos prestados, a la del asunto o caso en que se presentaren, a las facultades pecuniarias del que recibe el servicio y a la reputación profesional que tenga adquirido el que lo ha prestado [...]"*.
59. En suma, la *costumbre* en las materias de Derecho positivo mexicano donde es relevante posee *cuatro misiones* restringidas:

⁵⁶ Para una mayor explicación sobre la función de la costumbre como forma de heterointegración véase el capítulo VII, segunda parte, el inciso 7 JJ "Interpretación e integración en el Derecho mexicano"

* Cfr Manuel Borja Soriano. *Teoría general de las obligaciones*. Porrúa, México, 1982, p. 6V

" Establece el artículo 2 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito: *"Los actos y las operaciones a que se refiere el artículo anterior (en materia de títulos de crédito) se rigen I Por lo dispuesto en esta ley, en las demás leyes especiales relativas: en su defecto: II. Por la legislación mercantil general; en su defecto: III Por los usos bancarios y mercantiles"*

1. como norma supletoria de la ley en casos específicos;
2. como norma consuetudinaria supletoria del contenido de los contratos (usos);
3. como norma interpretativa de la ley,
4. como norma interpretativa de los contratos (usos).⁵⁸

CUADRO 5.7 COSTUMBRE JURÍDICA

Fuente formal de normas jurídicas, de carácter supletorio y delegado, es decir, que sólo en el supuesto de que la ley no prescribiera nada respecto de la formación de una situación jurídica, se podrá recurrir, en suplencia de la ley, a la costumbre, siempre y cuando la propia ley asilo determine.
 La costumbre para ser obligatoria requiere del mandato expreso de la ley.]

En el *Derecho penal mexicano*, la costumbre no tiene ninguna importancia, así lo establece el artículo 14 constitucional:

"En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata".
En las demás materias la costumbre es fuente supletoria y delegada.

Usos: prácticas repetidas y constantes, que tienen efecto y eficacia entre las partes para interpretar su voluntad, y que a diferencia de la costumbre, no cuentan con un consenso respecto de su obligatoriedad generalizada.

La doctrina define el uso como una cláusula tácita sobreentendida en un convenio, por la cual las partes arreglan sus relaciones de acuerdo con la práctica establecida; tiene fuerza de convenio.

La importancia secundaria de la costumbre se ve claramente reflejada en el artículo 10 del Código Civil, que establece:

"Contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario".

La costumbre dentro de las materias de Derecho positivo mexicano donde es relevante, posee cuatro misiones restringidas:

1. como norma supletoria de la ley en casos específicos;
2. como norma consuetudinaria supletoria del contenido de los contratos (usos);
3. como norma interpretativa de la ley,
4. como norma interpretativa de los contratos (usos).

5.2.4 Normas jurídicas individualizadas

60. En el *Derecho mexicano* los procesos de elaboración de normas jurídicas individualizadas son también fuente del Derecho. Sin extendernos en las precisiones que a este respecto se hicieron en el capítulo anterior, baste recordar que *estos procesos no generan leyes, que no son normas jurídicas de aplicación general, sino normas jurídicas que sólo obligan a los implicados por la sentencia, el testamento o el contrato en cuestión.*
61. Las resoluciones judiciales y las administrativas emitidas por la autoridad, al igual que los contratos o las manifestaciones de la voluntad como los testamentos, son fuentes particulares de normas jurídicas. Para que sus efectos sean válidos, es

*necesario que estos procesos se hallen subordinados y constreñidos al mandato general de la ley.*TM Recordemos la preeminencia de ésta en el sistema mexicano citando la exigencia del artículo 10 del Código Civil del Distrito Federal en el sentido de que "...contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario"; así como el mandato del 14 constitucional para las sentencias civiles —y por extensión a toda materia jurisdiccional, exceptuada la penal—, en cuanto a que la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o interpretación de la ley

62. Las sentencias judiciales son de hecho la aplicación de las normas generales de la legislación, la costumbre o la jurisprudencia. A su vez, los actos jurídicos de Derecho privado, como los contratos y testamentos, concretizan la legislación general que ha prescrito la ley civil y mercantil. Los actos y las resoluciones administrativas hacen lo propio en relación con la legislación general que se ocupa de regular la Administración Pública. Tanto unos como otras sólo llevan la norma de lo general a lo particular adecuando a los casos reales la situación prevista de modo abstracto en la norma, así, individualizan y nominan sus resultados. Ello trae como consecuencia *la producción de normas jurídicas individuales que afectan de uno u otro modo la esfera jurídica de los sujetos involucrados, normas que son parte constitutiva del Derecho positivo.*

CUADRO 5.8 NORMAS JURÍDICAS INDIVIDUALIZADAS

Resoluciones administrativas o judiciales y actos de particulares que derivan en normas jurídicas que sólo obligan a personas jurídicas determinadas.

Las resoluciones judiciales y las administrativas emitidas por la autoridad, al igual que los contratos y manifestaciones de la voluntad, son fuentes particulares de normas jurídicas. Para que sus efectos sean válidos, es necesario que estos procesos se hallen subordinados y constreñidos al mandato general de la ley.

Las sentencias judiciales son:

la aplicación de las normas generales de la legislación, la costumbre o la jurisprudencia

Los actos jurídicos de Derecho privado, como los contratos y testamentos, concretizan la legislación general que ha prescrito la ley civil y mercantil.

Estos actos jurídicos, al igual que las resoluciones administrativas, llevan la norma de lo general a lo particular adecuando a los casos reales la situación prevista de modo abstracto en la norma, así, individualizan y nominan sus resultados, lo que trae como consecuencia la producción de

normas jurídicas individuales que afectan de uno u otro modo la esfera jurídica de los sujetos involucrados.

TM Al respecto Fausto E. Vallado Borrón, dice: "Todo acto de creación de normas de derecho, generales o individuales, implica la aplicación de otras normas de superior jerarquía v. / *ir ende, mayor generalidad. La legislación, pongamos por caso, es una actividad que trae aparejada la aplicación de preceptos constitucionales: los que facultan al órgano correspondiente para crear normas jurídicas generales llamadas leyes, la creación de las disposiciones constitucionales implica la aplicación de los preceptos de otra Constitución anterior, o bien, la aplicación de la norma fundamental hipotética: Debe obedecerse lo dispuesto por el legislador primario. Esta norma no se crea porque no tiene carácter positivo, de manera que su existencia no impide la aplicación de ningún precepto superior. Se trata simplemente de un supuesto del pensamiento jurídico ". Véase *Introducción al estudio del Derecho*. Herrero. México, 1981. pp. 174-175.

5.3 Fuentes formales indirectas en el Derecho mexicano

5.3.1 Jurisprudencia

63. La *jurisprudencia* es, como sabemos, *el conjunto de principios, criterios, precedentes o doctrinas que se encuentran en las sentencias o fallos de los jueces o tribunales*. Se le reconoce como la *principal fuente formal indirecta*, pues de su doble función la principal es *interpretar el sentido de la ley* y *llenar las lagunas* que aparecen en todo sistema jurídico. La *jurisprudencia* apoya tanto el trabajo del legislador como el del juez coadyuvando a la producción y aplicación de la ley, a través de *directrices o parámetros* que establece **sobre el sentido que deberá darse a la norma jurídica misma y al Derecho**. Su carácter obligatorio o no, depende del sistema jurídico en cuestión.
64. En México la *jurisprudencia* es *fuente formal indirecta* y tiene, por virtud de la propia *Constitución, fuerza obligatoria*. Así, el artículo 94 constitucional establece textualmente los parámetros generales referidos a la *jurisprudencia*, esto es, su carácter, su regulación, su alcance y los órganos que pueden producirla. En su parte conducente dicho artículo señala: *"Esa ley fijará los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los tribunales del Poder Judicial de la Federación sobre interpretación de la Constitución, leyes y reglamentos federales o locales y tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano, así como los requisitos para su interrupción y modificación"*.⁶⁰
65. La *Constitución* determina claramente que *la jurisprudencia será obligatoria en los términos que la ley determine*. Y, en efecto, corresponde a la *ley de Amparo* tal regulación (artículos 192 a 197), porque es a través de las decisiones (llamadas *ejecutorias*) que ciertos *tribunales federales* emiten para resolver las controversias suscitadas por el *juicio de amparo*, que aquellos establecen *jurisprudencia*. Este juicio, según anotamos ya, es el medio idóneo de protección de las garantías individuales y de defensa de la constitucionalidad.⁶¹
66. ¿Cuáles son los Tribunales de la Federación que pueden emitir *jurisprudencia*?, ¿con qué sentido y alcance lo hacen? Según la *ley de Amparo* sólo están facultados para establecer *jurisprudencia*, interrumpirla y modificarla: la *Suprema Corte de Justicia de la Nación* —en Pleno o en Salas— y los *Tribunales Colegiados de Circuito*. La *jurisprudencia* de ambos tribunales versará sobre la *interpretación*, es decir, *el sentido con que deberá ser entendida o aplicada la Constitución*, las **leyes federales o locales**, los **reglamentos federales o locales** y los **tratados internacionales** firmados y ratificados por México e incorporados a su sistema jurídico.

⁶⁰Aunque emitida por un tribunal administrativo dependiente del Poder Ejecutivo, ciertas decisiones del Tribunal Fiscal de la Federación se consideran, para los efectos de su competencia, como *jurisprudencia*. IX- acuerdo con el artículo 16, fracción IV de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, corresponde al Pleno de la Sala Superior de dicho Tribunal: *"Fijar o suspender la jurisprudencia del Tribunal, conforme al Código Fiscal de la Federación, así como ordenar su publicación"*. Dicha *jurisprudencia* es obligatoria para sí misma y para las Salas Regionales.

⁶¹También el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, de conformidad con el artículo 20 fracción I de su propia Ley, puede fijar *jurisprudencia* a través de las resoluciones emitidas por el pleno de su Sala Superior. Véase de Ignacio Burgoa. *El juicio de amparo*. Pomia. México. 1992. pp. 250-263. Véase también Vicente Fernández Fernández. *El juicio de amparo en la jurisprudencia*, Iorma-Tecnológico de Monterrey. México. 2007.

Entonces, la *jurisprudencia* (el criterio de interpretación oficial de todas estas leyes) será de *aplicación obligatoria para todos los tribunales que sean jerárquicamente inferiores a los tribunales federales que la generan*.

67. La *Suprema Corte de Justicia de la Nación* es el tribunal de más alto rango en México. Se compone (*artículo 94 constitucional*) de 11 ministros y funcionará en *pleno* o en *salas*. Ello explica que la Corte produzca dos tipos de *jurisprudencia*: la establecida por el *Pleno* y la establecida por cada una de sus *Salas*.
68. Las decisiones, sentencias o ejecutorias de la *Suprema Corte de Justicia* constituyen *jurisprudencia* siempre que lo resuelto en ellas se sustente en cinco sentencias ejecutorias ininterrumpidas por otra en contrario, que hayan sido aprobadas por lo menos por ocho ministros, si se tratara de *jurisprudencia del Pleno*, o por cuatro ministros en los casos de *jurisprudencia de las salas*. Esta *jurisprudencia* es de *obligatoria observancia* para el *Pleno* y las *Salas de la Corte*, los *Tribunales Colegiados de Circuito*, los *Tribunales Unitarios de Circuito*, los *juzgados de Distrito*, los *Tribunales militares y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal*, los *Tribunales Administrativos y del Trabajo de orden federal y local*.
69. Las *ejecutorias de las Salas de la Corte* pueden constituir *jurisprudencia* siempre que lo resuelto en éstas (la tesis) se encuentre en cinco ejecutorias no interrumpidas por otra en contrario, y que hayan sido aprobadas por lo menos por cuatro ministros. Dicha *jurisprudencia* es *obligatoria para las mismas Salas y todos los demás tribunales para los que es obligatoria la del Pleno*; por supuesto, estas ejecutorias no sujetan a este último.
70. La *jurisprudencia* tanto del *Pleno* como de las *Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación* puede ser interrumpida o modificada. La *jurisprudencia* se interrumpe⁶² y con ello deja de tener carácter obligatorio, siempre que se pronuncie *ejecutoria en contrario* por ocho ministros, si es del *Pleno*, y por cuatro si es de *Sala*. En todo caso, en la *ejecutoria respectiva* deberán expresarse las razones en que se apoye la interrupción, las cuales se referirán a aquellas que tuvieron en consideración para establecer la *jurisprudencia relativa*. Para que la *jurisprudencia* se modifique deben observarse las mismas reglas que para su formación.
71. Los *Tribunales Colegiados de Circuito* establecen *jurisprudencia* siempre que lo resuelto en sus *ejecutorias* se sustente en cinco de ellas, no interrumpidas por otra en contrario, y hayan sido aprobadas por unanimidad de votos de los magistrados que los integran. Esta *jurisprudencia* es *obligatoria en la materia de la competencia y la jurisdicción territorial propias del Tribunal Colegiado en cuestión* constriñendo, así, a los mismos *Tribunales Colegiados, juzgados de Distrito, Tribunales del fuero común, Tribunales Administrativos y del Trabajo*. Esta *jurisprudencia* también puede ser interrumpida, para lo cual se requiere la *unanimidad de votos del Tribunal Colegiado respectivo*.
72. Los *criterios* o *tesis* que están contenidos en las *sentencias* o *ejecutorias* antes de constituir *jurisprudencia*, y de ser *criterios* o *tesis jurisprudenciales*, no tienen un carácter obligatorio. ¿Qué función cumplen entonces? Las *tesis* contenidas en las *ejecutorias* de los tribunales federales que establecen *jurisprudencia*, *orientan la*

E. García Máynez sostiene respecto del término "interrumpir" que tija la ley en materia de *jurisprudencia*, que: "La expresión se interrumpe y I no es correcta, ya que al dictarse una *ejecutoria* discrepante la *jurisprudencia* no se interrumpe ni se modifica, sino se deroga. 4 esto equivale, en efecto, la extinción de su obligatoriedad general. Una nueva tesis no puede surgir si no vuelven a cumplirse los requisitos que condicionaron la formación de la derogada". Véase *Introducción al estudio del derecho* . p. 71.

labor (le los jueces, auxiliándolos en la interpretación de la ley. Por lo tanto, antes de que se forme jurisprudencia pueden existir múltiples criterios judiciales a los cuales pueden acogerse los jueces, fallando su decisión válidamente, sustentándola en uno u otro. Ningún criterio o tesis lo obligará, en efecto, hasta que éste no se convierta en jurisprudencia, una vez que cumpla con los requisitos formales antes descritos. En ese momento, el juez o el tribunal en cuestión necesariamente deberá aplicar ese criterio específico y ya no los otros.

73. *La jurisprudencia, según el Derecho mexicano, puede ser invocada por las partes en el juicio de amparo especificando su sentido y señalando con claridad las ejecutorias en que se sustenta. De ahí que —al igual que se hace con la ley— las autoridades judiciales federales deben publicar en el Semanario Judicial de la Federación las ejecutorias con que se constituya, interrumpa, modifique o resuelva una contradicción de tesis jurisprudenciales. De ese modo son dadas a conocer tanto a los propios tribunales, como a las demás autoridades y particulares para que éstos las obedezcan y aprovechen, según sea el caso.*
74. *Muchas veces las ejecutorias de amparo se publican con los votos particulares de los ministros, esto es, las consideraciones o razonamientos que dichos ministros tuvieron para votar en favor o en contra de tal o cual decisión. Ello se hace, sobre todo, cuando de conformidad con el criterio jurídico del ministro es importante dejar constancia de su posición jurídica respecto de ciertas situaciones si, a su juicio, así lo amerita la relevancia o trascendencia del asunto atendido."*
75. *Debemos hacer hincapié en que a través de la jurisprudencia no únicamente se puede modificar el sentido de la ley, por vía de una interpretación determinada, sino hasta declararla inconstitucional, es decir, contraria a la ley Fundamental. Es, en tal virtud, que por el ejercicio de esta facultad los tribunales encargados de emitir jurisprudencia, de hecho y de derecho, están creando o derogando normas jurídicas. Pero, ¿estas normas tienen efectivamente un carácter general como la ley? Sólo en la medida en que la jurisprudencia obliga a todos los tribunales se puede decir que posee, en este sentido, dicho carácter. Sin embargo, son en realidad las acciones de inconstitucionalidad, dada su naturaleza erga omnes, las que poseen el mismo efecto de una ley o decreto derogatorio de una disposición inconstitucional. De igual manera sucede con las resoluciones a ciertas controversias constitucionales en el tenor de la fracción II del artículo 105 de la ley Fundamental mexicana.*
76. *¿Cabe que existan tesis contradictorias?*⁶⁴ *Sí es posible. Por ello, la ley establece el procedimiento que determina, a través de una sola y única ejecutoria, cuál tesis*

" Un estudio sobre las razones, naturaleza jurídica, regulación y efectos de los votos particulares, está en Genaro David Góngora Pitnente, *El voto jurisdiccional y mi disenso en el Máximo Tribunal*, i. I. II y III. Porrúa, México, 2007. Consúltense en especial el primero de los tres tomos que contiene la elucidación doctrinal, los dos siguientes son ejemplos de votos particulares emitidos por el autor en su calidad de ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. El *voto particular o jurisdiccional* es definido por Góngora Pimentel como: "...la materialización del derecho al disenso a través de la opinión jurídica diversa a la decisión mayoritaria que un juzgador expresa y sostiene al participar en la deliberación colegiada de un asunto con la intención de salvaguardar su criterio jurídico y no comprometerlo para futuras ocasiones". *Ibid.*, p. 57 y ss.

⁶⁴ E. García Máynez distingue, adecuadamente, entre la *contradicción lógica* y las simples *contrariedades* o *discrepancias* que pudieran implicar las "contradicciones" entre distintas tesis. Hablar, en materia de jurisprudencia, de una *contradicción lógica* significa que dos tesis sostienen situaciones, hechos o derechos que no pueden ser afirmados o negados al mismo tiempo. Por ejemplo, una tesis que al interpretar una norma jurídica sostenga que para realizar cierto acto jurídico se requiere detentar la calidad de propietario del bien en cuestión y otra que diga que no se requiere serlo. La decisión jurisprudencial definirá cuál de los criterios es el válido, porque no pueden afirmarse, sin contradicción lógica, ambas interpretaciones. O se es dueño o no se es; no puede, a un tiempo, detentar ambas calidades. En cambio, las *contrariedades* o *discrepancias* jurisprudenciales no son más que diferencias entre lo asentado por una tesis y lo señalado por la otra pero

con carácter jurisprudencial y, por lo tanto, obligatorio, debe prevalecer. Veamos: si las Salas de la Corte sostienen tesis contradictorias, el Pleno de la Corte decidirá, si la contradicción se da a nivel de Tribunales Colegiados de Circuito, el pleno o la sala respectiva resolverá, según corresponda. Pueden denunciar, respectivamente, las anteriores contradicciones: en el primer supuesto, cualquiera de las salas o el procurador general de la República; en el segundo, los ministros de la Corte, el procurador general de la República, los propios Tribunales o las partes que intervinieron en los juicios en que las tesis contradictorias fueron sustentadas. En ambos casos, si quien denunció la contradicción no fue el procurador, éste expondrá siempre su parecer a través del agente del Ministerio Público designado al efecto.

77. La ejecutoria dictada en los casos de contradicción arriba citados fijará la tesis jurisprudencial, que determina el criterio o tesis que ha de prevalecer. Esta no alterará las decisiones sustentadas en las anteriores tesis o criterios que dieron origen a la contradicción, y con los cuales se resolvieron situaciones jurídicas concretas, las que, por cierto, en ningún caso se verán afectadas.

CUADRO 5.9 JURISPRUDENCIA

Conjunto de principios, criterios, precedentes o doctrinas que se encuentran en las sentencias o fallos de los jueces o tribunales.

En México la jurisprudencia es fuente formal indirecta y tiene, por virtud de la propia Constitución, fuerza obligatoria

Artículo 94 constitucional: "La ley fijará los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los tribunales del Poder Judicial de la Federación sobre interpretación de la Constitución, leyes y reglamentos federales o locales y tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano, así como los requisitos para su interrupción y modificación

Sólo la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los Tribunales Colegiados de Circuito están facultados para establecer jurisprudencia, interrumpirla o modificarla, y que versará sobre el sentido en que deberá ser entendida o aplicada la Constitución, las leyes federales o locales, los reglamentos federales o locales y los tratados internacionales firmados y ratificados por México e incorporados a su sistema jurídico.

La jurisprudencia será de aplicación obligatoria para todos los tribunales que sean jerárquicamente interiores a los tribunales federales que la generan.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación es el tribunal de más alto rango en México. Se compone de 11 ministros numerarios y funcionará en pleno o en salas.

La fórmula para generar jurisprudencia es la siguiente: Las decisiones, sentencias o ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia cuando funciona en Pleno constituyen jurisprudencia siempre que lo resuelto en ellas se encuentre en cinco ejecutorias no interrumpidas por otra en contrario y siempre y cuando hayan sido aprobadas al menos por ocho de los ministros

Las ejecutorias de las Salas de la Corte pueden constituir jurisprudencia siempre que lo resuelto en éstas se encuentre en cinco ejecutorias no interrumpidas por otra en contrario, y que hayan sido aprobadas por lo menos por cuatro ministros.

La jurisprudencia del pleno como de las salas puede ser interrumpida o modificada:

que no son lógicamente excluyentes. es decir, que ambas son perfectamente posibles. En este caso, dado que las dos posiciones pueden ser válidamente sostenidas, lo que la autoridad judicial debe hacer es eliminar ambos criterios y establecer un tercero como el únicamente válido. En el caso de la contradicción lógica, la autoridad no tiene más que optar por un solo de los criterios encontrados, no cabría un tercero y, por lo tanto, le es imposible derogar ambos.

- Se **interrumpe** siempre que se pronuncie ejecutoria en contrario por ocho ministros, y por cuatro si es de Sala.
- Se **modifica** siguiendo al efecto los mismos requisitos que para su establecimiento, pero para que esta modificación surta efectos deberán expresarse las razones que se tuvieron para variarla.

Los **Tribunales Colegiados de Circuito** establecen jurisprudencia siempre que lo resuelto en sus ejecutorias se sustente en cinco de ellas, no interrumpidas por otra en contrario, y hayan sido aprobadas por unanimidad de votos de los magistrados que los integran.

Las **tesis** contenidas en las ejecutorias antes de constituir jurisprudencia no tienen un carácter obligatorio, orientan la labor de los jueces, auxiliándolos en la interpretación de la ley.

Las autoridades judiciales federales deben publicar en el **Semanario Judicial de la Federación** las ejecutorias con que se constituya, interrumpa, modifique o resuelva una contradicción de tesis jurisprudenciales.

A través de la jurisprudencia se puede:

- **modificar el sentido de la ley** por vía de una interpretación determinada.
- **declarar inconstitucional una ley**, es decir, contraria a la *Ley Fundamental*.

Es por el ejercicio de esta facultad que **los tribunales encargados de emitir jurisprudencia, de hecho y de derecho, están creando o derogando normas jurídicas.**

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia resolverá sobre **tesis contradictorias**, por vía de una sola ejecutoria, que establecerá cuál tesis con carácter jurisprudencial y, por lo tanto, obligatorio, debe prevalecer.

5.3.2 Principios generales del Derecho

78. Los *principios generales del Derecho* han sido definidos como un conjunto de criterios orientadores insertos en todo sistema jurídico, cuya finalidad es múltiple: de una parte, constituirse en valores o paradigmas que dotan de sentido último (deber ser ideal) al Derecho y de sentido mediano (deber ser real) a las normas jurídicas de un sistema. De la otra, tienen como objeto suplir las ambigüedades e insuficiencias de la ley u otras fuentes formales. Es el caso de que en el Derecho mexicano es así por disposición expresa de la ley, pues la *Carta Magna* lo indica textualmente en su artículo 14. último párrafo: "En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley. y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho."
79. Según resulta de la propia Constitución, en México los *principios generales del Derecho* son una fuente formal indirecta. Por lo tanto, no genera normas jurídicas, sino que establece criterios orientadores no sólo para el juez sino, incluso, para el legislador mismo, **con base en los cuales se puede elaborar, decir o interpretar el Derecho**, respectivamente. La jerarquía e importancia que los *principios generales del Derecho* posean dependerá, según se dijo, de cada sistema jurídico.
80. En el Derecho mexicano esos *principios* tienen carácter supletorio, pues sólo puede recurrirse a éstos por disposición expresa de la propia ley y una vez que ésta o la jurisprudencia no tuviesen una solución al problema o situación jurídica en cuestión. Entonces y sólo entonces los *principios generales del Derecho* tendrán

en *materia civil*^{bi} la posibilidad de ser utilizados como fuente formal. Más concretamente como una forma de *autointegración*, es decir, la técnica prevista por el legislador para salvar (*integrar*) las lagunas que pudiera presentar el ordenamiento jurídico mexicano;⁶⁶ y de modo genérico como un criterio orientador general para interpretar o desentrañar el sentido de las normas jurídicas que sean ambiguas o vagas.

- 81 Para empezar, cabe decir que la *legislación mexicana enuncia textualmente algunos principios generales del Derecho*, ya en su *ley Fundamental*, ya en su legislación secundaria. Así, por ejemplo, el propio *artículo 14 constitucional* establece el *principio de no retroactividad de la ley* al expresar en su primer párrafo: "*A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna*". También de manera textual se anuncia el *principio de equidad* en el *artículo 17* de la *Ley Federal del Trabajo*, cuando indica: "*Los casos no previstos en la presente ley o sus reglamentos, se resolverán de acuerdo con la costumbre o el uso y, en su defecto, por las que se deriven de esta ley, por las del Derecho común en cuanto no la contrarién y por la equidad*". Estos principios generales del Derecho son, pues, *expresos* por la forma en que aparecen en la ley.
82. Sin embargo, otros *principios no están textualmente enunciados en la ley*, sino que a éstos se hace una *remisión general*⁶⁷ o se hallan *implícitos* en la redacción misma de la norma. De ahí que tales *principios deban ser inferidos por el aplicador o intérprete de la ley de la lógica interna que posee el sistema jurídico*. Veamos: la *Constitución* señala en el tercer párrafo del referido *artículo 14*, que "*en los juicios de orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata*". En este artículo se encuentra implícito el *principio general del Derecho que es centro de gravedad del sistema penal mexicano, a saber no hay pena ni delito sin ley*. Principio que, por cierto, está presente en todos los sistemas jurídicos modernos y viene desde antiguo (*nulla poena, nullum delictum sine lege*). Estamos, entonces, ante la presencia de los principios generales del Derecho *tácitos*.
83. En realidad, la mayoría de los *principios generales del Derecho están implícitos en la totalidad del sistema jurídico*: son *tácitos* y responden a su *lógica y mecánica interna*. ¿A quién corresponde señalarlos? *No existe un órgano que oficialmente determine cuáles son tales principios*, sin embargo, la práctica demuestra que *esta tarea la realizan*, fundamentalmente, la *jurisprudencia* (interpretando o llenando

⁶⁶Cuando la *Constitución* en su artículo 14 alude a la materia civil no lo hace en términos limitativos sino enunciativos. Es decir, que lo dispuesto para el área civil debe hacerse extensivo a la mercantil, así como a las materias laboral y administrativa. Inclusive, podría decirse, a todas las materias que no sean Derecho penal y dentro de él, para ser más específicos todavía, a los tipos penales. Ello ha sido asentado así por diversas jurisprudencias de la Suprema Corte. Para Burgoa, el artículo constitucional de referencia en la parte que nos ocupa debe aplicarse a *una materia jurisdiccional*, con excepción de la penal. Véase Ignacio Burgoa, *las garantías individuales*, op. cit., p. 580.

⁶⁷Sobre este punto nos explayaremos en el inciso dedicado a la "**Autointegración: analogía y principios generales del Derecho**" en el capítulo VII.

⁶⁸Son ejemplos típicos de **remisiones generales a los principios generales del Derecho en la legislación secundaria**, la del Código de Comercio en su artículo 1324, cuando expresa: "*Toda sentencia debe ser fundada en la ley y si, ni por el sentido natural, ni por el espíritu de ésta se puede decidir la controversia, se atenderá a los principios generales de Derecho, tomando en consideración todas las circunstancias del caso*"; la del artículo 19 del Código Civil del Distrito Federal que prescribe "*Las controversias judiciales del orden civil deberán resolverse conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica, a falta de ley se resolverá conforme a los principios generales del derecho*".

las lagunas de ley) y la *doctrina*. En ambos casos, jueces y juristas al aplicar, interpretar, estudiar, sistematizar y analizar la ley, *desentrañan las directrices internas sobre las que se asienta y con las cuales funciona el sistema jurídico*. Los referidos principios son, pues, el *producto de los esfuerzos de interpretación y síntesis por desentrañar las reglas "esenciales", con base en las cuales opera coherente y articuladamente un sistema jurídico-normativo*.

CUADRO 5.10 PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO (PGD)

Conjunto de criterios orientadores insertos en todo sistema jurídico, cuya finalidad es múltiple: de una parte, constituirse en valores o paradigmas que dotan de sentido último (deber ser ideal) al Derecho y de sentido mediato (deber ser real) a las normas jurídicas de un sistema. De la otra, tienen como objeto suplir las ambigüedades e insuficiencias de la ley u otras fuentes formales.

Regulación en el Derecho mexicano:

Artículo 14 constitucional: "En los **juicios del orden civil**, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los **principios generales del derecho**".

- **PGD** son **fuentes formales** indirectas. No genera normas jurídicas, establece **criterios orientadores** para el juez y para el legislador, con base en los cuales se puede interpretar, elaborar o decir el Derecho.
- **PGD** tienen **carácter supletorio**, sólo puede recurrirse a éstos por disposición expresa de la propia ley y una vez que esta o la jurisprudencia no tuviesen una solución al problema o situación jurídica en cuestión.

TIPOS DE PGD

Expresos: aparecen plasmados en el ordenamiento jurídico en forma específica haciendo alusión directa a principios tales como **la equidad, la proporcionalidad, la seguridad y el orden jurídicos**

Ejemplo:

Artículo 14 constitucional en su primer párrafo, prohíbe textualmente la **retroactividad de la ley**.

Tácitos: su identificación requiere de un ejercicio de *analogía iuris*

Ejemplo:

Artículo 14 constitucional, tercer párrafo. "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata".

Está implícito o tácitamente contenido el principio:

no hay pena ni delito sin ley.

RESUMEN

Las fuentes formales en el Derecho mexicano

El Derecho mexicano es un sistema de derecho escrito de origen iusromanista, que refleja la influencia del posterior derecho europeo y norteamericano, principalmente. Su fuente formal de normas jurídicas más importante es la legislación y, su Ley Fundamental, la Constitución federal. Actualmente sigue rigiendo la promulgada el 5 de febrero de 1917 misma que resultó de

las fuerzas políticas triunfantes de la Revolución de 1910, lo cual se denota por su singular acento social reflejado en las denominadas garantías sociales. Esta Constitución se clasifica, por la forma de adicionarse y reformarse, dentro de las conocidas como rígidas.

La parte dogmática de la *Constitución* mexicana contiene las llamadas garantías individua-

les, que son los derechos que todo gobernado posee frente al Estado. Se concentran en los primeros 29 artículos constitucionales, aunque otras garantías se hallan dispersas en diferentes numerales. Las garantías individuales protegen de forma completa la esfera jurídica del gobernado, lo cual incluye los derechos fundamentales del hombre en lo tocante a la igualdad, la libertad, la propiedad y la seguridad jurídica. El recurso jurisdiccional que la Constitución otorga para proteger tales garantías es el juicio de amparo; empero, también existen medios no jurisdiccionales que coadyuvan a tal protección, como las quejas ante las Comisiones Nacional y Estatales de Derechos Humanos.

La Constitución mexicana de 1917 otorga, asimismo, las garantías sociales que son protecciones y prerrogativas especiales para los grupos que se consideran menos favorecidos socialmente. Tales garantías son de dos tipos: laborales y agrarias y se contienen, respectivamente, en los artículos 27 y 123.

La parte orgánica de la Constitución regula, a más de ciertos aspectos referidos a la nacionalidad, las prerrogativas y las obligaciones exclusivas de los mexicanos y las prevenciones generales, como el principio de supremacía constitucional y el no depósito de dos poderes en una sola persona, así como el proceso de creación de las leyes y todo lo relativo a los aspectos esenciales de la organización política del Estado mexicano. Así las cosas, dispone que:

La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo; por lo tanto, se reconoce el derecho inalienable de éste para decidir su destino político y la forma de hacerlo. Dicha soberanía se ejerce a nivel federal por los Poderes de la Unión, y a nivel de cada una de sus entidades federativas soberanas en su régimen interno, por sus propios poderes. La base de la división territorial, organización política y administrativa es el Municipio que queda en manos de un Ayuntamiento. Sus autoridades —presidente municipal, regidores y síndicos— son elegidas por voto directo de la ciudadanía.

El Estado mexicano es una república representativa, democrática y federal —cuya sede es el Distrito Federal o ciudad de México— en la

que impera el principio de la división de poderes. Por lo tanto, son tres a través de los cuales se ejerce la soberanía nacional en ambos niveles de gobierno, a saber: el Poder Ejecutivo, que se deposita en el ámbito federal en el Presidente de la República, y localmente, en el Gobernador del Estado en cuestión. El Legislativo integrado por el Congreso de la Unión, que a su vez se compone de las Cámaras de Diputados y Senadores, y por la legislatura de cada estado, constituida por su Cámara de Diputados. Y el Judicial, que a nivel federal está formado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el Tribunal Electoral, los Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito, los juzgados de Distrito y el Consejo de la Judicatura Federal; localmente, el Judicial se integra por un Tribunal Superior de Justicia y los tribunales de primera instancia en sus respectivas materias.

La principal fuente de normas jurídicas en el sistema de Derecho mexicano es la legislación. De acuerdo con la misma Constitución toda resolución del Congreso tendrá el carácter de ley o decreto. Los decretos, empero, a diferencia de la ley no tienen un alcance general sino particular. Reciben también el nombre de decretos, las normas emanadas del Ejecutivo que tienen fuerza de ley. Otras disposiciones emitidas por el poder público en México son: el reglamento, por el cual el Presidente de la República detalla la aplicación de la ley; el acuerdo, que es la resolución administrativa o judicial sobre situaciones jurídicas particulares; la circular, instrumento por el que la administración pública gira instrucciones sobre los servicios que presta o sobre la aplicación de una ley, decreto o reglamento.

El proceso legislativo mexicano consta de seis etapas: iniciativa, discusión, aprobación, sanción, publicación e iniciación de la vigencia. La facultad de iniciar leyes la tienen el Presidente de la República, los diputados y senadores al Congreso de la Unión y las legislaturas de los estados. Todo proyecto de ley se discute sucesivamente en ambas Cámaras, la de origen que puede ser cualquiera —salvo en los proyectos de ley en materia de empréstitos, contribuciones, impuesto o reclutamiento de tropas, donde siempre es la de diputados— y la revisora. Dis-

cutido el proyecto de ley, éste debe ser aprobado en su totalidad durante el mismo periodo de sesiones, ya que en su defecto no podrá volver a discutirse sino hasta el próximo. Así aprobado, el proyecto de ley se remite al Ejecutivo para que lo sancione y publique en el *Diario Oficial de la Federación*. El Presidente de la República tiene el derecho de vetar o rechazar un proyecto de ley y reenviarlo a las Cámaras. Sólo podrá hacer uso del veto una vez en cada caso.

El *Código Civil Federal* contempla dos sistemas para que una ley inicie su vigencia: el sincrónico y el sucesivo. Para el primero, la ley surtirá sus efectos en todo el país el día en que así lo ordene el decreto de publicación, a condición de que tal fecha sea posterior a la publicación misma. Para el segundo, la ley comenzará a regir en los lugares donde se publica tres días después de su promulgación. Para el caso de los lugares distintos a éste, se sumará a aquellos tres días iniciales un día más por cada cuarenta kilómetros o fracción que exceda de la mitad. Al periodo que media entre la publicación de una ley y su entrada en vigor se le denomina *vacatio legis*.

El orden jerárquico de las leyes mexicanas lo establece el artículo 133 constitucional, y es el siguiente: en el más alto nivel, siempre predominando sobre las otras leyes, está la Constitución. Esta condición de superioridad que guarda siempre la Ley Fundamental recibe el nombre de principio de supremacía constitucional. En el escalafón superior también, pero inmediato inferior a la Constitución, se hallan los tratados internacionales y luego las leyes federales. El segundo escalafón de la pirámide jerárquica, supeditadas a la Constitución, leyes federales y tratados internacionales, se encuentra la legislación estatal y la que rige en el Distrito Federal y las zonas federales. Respectivamente, el orden de ambos regímenes legales es éste: Constitución local, leyes ordinarias, leyes reglamentarias, leyes municipales, normas jurídicas individualizadas.

Los tratados internacionales por su jerarquía y trascendencia son la segunda fuente formal de normas jurídicas. En México constituyen Ley Suprema de toda la Unión los tratados celebrados por el Presidente de la República con la aprobación del Senado y de acuerdo con la

Constitución. Su formalización e incorporación al ordenamiento mexicano se rige, además de la Constitución, por la Ley sobre la Celebración de Tratados, la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y el Reglamento Interno de la Secretaría de Relaciones Exteriores. La dependencia del Ejecutivo con facultades para intervenir en toda clase de tratados y acuerdos internacionales en los que México sea parte es la Secretaría de Relaciones Exteriores, a ésta queda encomendada el proceso de incorporación mencionado y, en su caso, su terminación o renuncia. Sobresale de este proceso de incorporación la publicación del tratado en el *Diario Oficial de la Federación*.

En el ámbito internacional, México se sometió a la vigente Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969. Ésta regula todos los aspectos relativos a los tratados internacionales signados entre Estados. Asimismo, México firmó y ratificó la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales de 1986 que aún no entra en vigor.

En el Derecho mexicano la costumbre es fuente formal supletoria y delegada en materia civil, así como en otras materias, a excepción de la penal. Cabe distinguir la costumbre del uso, porque este último carece del consenso de su obligatoriedad generalizada, el que en cambio sí posee la costumbre. El uso tiene fuerza de convenio. La importancia secundaria de la costumbre en el ordenamiento mexicano se revela porque aun existiendo ésta nunca podrá alegarse contra la observancia de la ley.

En el Derecho mexicano los contratos, los testamentos o las resoluciones judiciales y administrativas son fuente primordial de normas jurídicas, pero con carácter individualizado. Es decir, sólo obligan a las partes que en éstos intervienen o a los gobernados a quienes van dirigidas, respectivamente. Para gozar de plena validez requieren constreñirse a las normas de aplicación general o leyes, pues su función es llevar la norma de lo general a lo particular adecuando a los casos reales la situación prevista de modo abstracto en la legislación.

Por jurisprudencia en el sistema de Derecho positivo mexicano se entiende el conjunto de principios, criterios, precedentes o doctrinas que se encuentra en las sentencias o fallos de ciertos jueces o tribunales. Es, sin duda, la principal fuente indirecta al coadyuvar en la interpretación o integración de la ley; además, posee carácter obligatorio. Establecen jurisprudencia: el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuando lo resuelto se encuentra en cinco ejecutorias consecutivas aprobadas por lo menos por ocho de sus miembros; las Salas de la Corte, si lo resuelto se contiene en el mismo número y forma de ejecutorias, pero aprobadas, en este caso, por cuatro ministros; los Tribunales Colegiados de Circuito, con las mismas condiciones, salvo

que aquí se requiere unanimidad de votos. La jurisprudencia se publica en el Semanario Judicial de la Federación.

Los principios generales del Derecho son fuente formal del Derecho mexicano. Tiene un carácter indirecto ya que procede recurrir a éstos, según ordena la Constitución, a falta de ley o su interpretación jurídica. Estos principios no generan normas jurídicas, sino que actúan como criterios paradigmáticos de experiencia jurídica con fuerza orientadora o inspiradora (axiológica). En el ordenamiento mexicano aparecen de forma expresa o tácita en el conjunto de sus leyes, y suelen ser obtenidos por la jurisprudencia y la doctrina.

IIIIPII m&Kmi p r. ^fcjg;* |gg

Capítulo 6

CONCEPTOS JURÍDICOS FUNDAMENTALES

SUMARIO

- 6.1 ¿Qué son los conceptos jurídicos fundamentales?
- 6.1.1 Carácter y utilidad de los conceptos jurídicos fundamentales
- 6.2 Análisis de algunos conceptos jurídicos fundamentales
 - 6.2.1 Persona jurídica
 - 6.2.2 Capacidad jurídica
 - 6.2.3 Personalidad y capacidad jurídicas en el Derecho mexicano
 - 6.2.4 Derecho subjetivo y deber jurídico
 - 6.2.5 Sanción e ilícito
 - 6.2.6 Norma, supuesto, hecho jurídico y consecuencias normativas
 - 6.2.7 Acto jurídico
 - 6.2.8 Conceptos jurídicos complementarios
 - 6.2.8.1 Competencia
 - 6.2.8.2 Obligación
 - 6.2.8.3 Responsabilidad

Resumen

SINOPSIS INTRODUCTORIA

En este capítulo nos avocaremos a la enumeración, desarrollo y análisis de una serie de términos técnico-jurídicos a los que, en el ámbito de la Teoría General del Derecho, se denominan conceptos jurídicos fundamentales. Éstos constituyen los rudimentos del vocabulario técnico básico por virtud del cual se define el resto de las instituciones jurídicas. Lo anterior permite describir de forma sintética y precisa los fenómenos y procesos característicos del Derecho, en la inteligencia de reducir la vaguedad y ambigüedad que afectan el lenguaje jurídico.

Asimismo, nuestro objetivo no sólo es conocer la descripción que de dichos conceptos jurídicos fundamentales realiza la Teoría General del Derecho, sino, además, iniciar al lector en las normas de Derecho positivo mexicano, que regulan el contenido tanto de ciertos conceptos jurídicos fundamentales, como el de otros conceptos, auxiliares y complementarios de los primeros, los cuales son de uso básico y frecuente en algunas ramas de la Dogmática jurídica como, por ejemplo, el Derecho civil, el Derecho constitucional y el Derecho procesal.

Es nuestra meta última dotar al lector de las herramientas y el vocabulario técnico básicos cuya conceptualización, de modo más o menos uniforme, es usado por los distintos sistemas de Derecho.

6.1 ¿Qué son los conceptos jurídicos fundamentales?

6.1.1 Carácter y utilidad de los conceptos jurídicos fundamentales

- 1 La *explicación de los fenómenos jurídicos* emplea, por razones de *economía y comodidad*, una serie de *conceptos que sintetizan predicados*; es decir, que resumen ideas sin las cuales resultaría no sólo difícil sino sumamente engorroso describir y comprender las *relaciones* a que dan origen los fenómenos jurídicos. Además, estos conceptos dependen unos de otros para formar un *entramado* que sirve para explicar a su vez nuevos conceptos, así como el modo en que funcionan los sistemas jurídicos. En tal virtud, esos *conceptos básicos* reciben el nombre de *conceptos jurídicos fundamentales*.
2. En el primer capítulo ya precisamos que una concepción convencionalista del lenguaje no busca en las palabras o las definiciones "**esencias**", sino que trata de indagar acerca de la forma en que se **usan** las mismas, pues son precisamente los usos los que determinan su predicado o significado. Al respecto, con los *conceptos jurídicos fundamentales* se producen dos fenómenos: el primero, *el lenguaje jurídico constituye una forma de lenguaje natural*, concretamente, es *el lenguaje de las órdenes o de las prescripciones y cumple una función muy específica como medio de comunicación de aquello que se considera debe hacerse u omitirse*, que es fundamentalmente, lo que las normas jurídicas persiguen. El segundo, según se mencionó antes, los lenguajes naturales padecen de defectos que les son propios, como la ambigüedad y la vaguedad, a más de exhibir aquello que se ha denominado "**textura abierta**". Todo lo anterior explica que el esfuerzo por desarrollar en la teoría del Derecho, incluso en la más antigua, *conceptos jurídicos fundamentales*, se inscribe en la búsqueda —se esté consciente o no de la naturaleza del lenguaje jurídico— de reducir esos defectos. La ventaja, empero, de estar conscientes de este fenómeno lingüístico, consiste en saber que tales defectos o peculiaridades nunca podrán ser reducidos en su totalidad. Siendo así, es del todo comprensible que el lenguaje del Derecho no goce de la precisión de otros lenguajes científicos porque ni le es posible, y lo más importante, ni siquiera es necesario que lo sea.²
3. La idea de concebir el lenguaje de esa manera es, sin duda, de impronta wittgensteiniana, más puntualmente, influida por la filosofía del llamado "**segundo Wittgenstein**". Una consideración previa al respecto, así sea sucinta, nos permitirá entender mejor cuál es la función de los **conceptos jurídicos fundamentales** pues, en nuestro criterio, resulta más adecuado tanto metodológica como normativamente, concebirlos empleando la terminología que es propia de dicha concepción wittgensteiniana, a saber como "**el juego del lenguaje del Derecho**".
4. ¿Qué es un juego del lenguaje? Pues bien, para Wittgenstein *las palabras son instrumentos. utensilios, por lo tanto, pueden emplearse, usarse, para múltiples co-*

¹ Véase, específicamente, el inciso 1.2.1 del capítulo primero, denominado: "El lenguaje del Derecho"

² En ese sentido, véase la crítica que realiza Carrió al intento por identificar el lenguaje técnico jurídico con el de las matemáticas o la geometría, en *Notas sobre Derecho y lenguaje*, op. cit. pp. 49 a 55.

³ Una visión completa y clara al respecto está en Alejandro Toinasini Bassols. *El pensamiento del último Wittgenstein*. Trillas. México. 1988.

sas, y consecuentemente, tener distintas aplicaciones. Gracias a los diferentes usos o aplicaciones de las palabras, éstas van adquiriendo **nuevos significados**, debido a que el lenguaje es dinámico y cambiante. Una misma palabra, gracias a los usos que se le dan, puede servirnos para conceptuar, definir o denotar diferentes cosas, objetos, ideas, emociones. La palabra **"derecho"** es, como hemos visto, un excelente ejemplo, ya que según sea el uso que le demos, nos puede servir para definir una ciencia, referirse a reglas de conducta o ser sinónimo, en cierto contextos, de ideas tales como **"justicia"**, **"libertad"**, **"igualdad"** o **"equidad"**.

5. Precisamente para explicar este fenómeno es que Wittgenstein acuñó la noción **"juego de lenguaje"**. Ésta podría definirse como *"un conjunto de términos que quedan caracterizados en función de las acciones de los hablantes y con las que las palabras en cuestión están relacionadas"* En suma, las palabras, el lenguaje, **está indisolublemente ligado a las prácticas humanas**, por lo tanto, *habrá tantos juegos de lenguaje como actividades existan*. Es decir, que a cada **conjunto de términos corresponde un conjunto de actividades humanas a las que dicho conjunto está asociado, de suerte tal que tendremos juegos de lenguaje vinculados con la medicina, la moral, la cocina, la religión, los deportes, las matemáticas, y por supuesto, con el Derecho**.
6. Ahora bien, este *conjunto de actividades humanas* —las jurídicas, por ejemplo—, *actividades en relación con las cuales los hablantes usan las palabras dotándolas de significado*, es lo que constituye la noción **"forma de vida"**.⁵ Así las cosas, *todo "juego de lenguaje" pertenece a una "forma de vida"*, por ello, al **"juego del lenguaje del Derecho" corresponde la "forma de vida" del Derecho; esto es, el conjunto de actividades que hemos descrito a lo largo de este libro y cuya función primigenia, y sofisticada con los siglos, hemos venido aprendiendo**.
7. Entonces, *el conjunto de palabras y conceptos usados por los hablantes en el cúmulo de actividades humanas propias de la vida jurídica de las sociedades constituye, básicamente, lo que se conoce como conceptos jurídicos fundamentales*. Es de tal suerte que tales conceptos pueden, en el sentido explicado en los párrafos precedentes, concebirse como un **"juego de lenguaje"**, el **"juego del lenguaje del Derecho"** en el sentido wittgensteiniano. Concepción singular claro está, que comporta consecuencias múltiples de todo tipo, las que en este espacio sólo hemos podido esbozar.⁶
8. Ahora bien, como es perfectamente comprensible, existe un *acuerdo convencional y general* sobre cuáles son estos conceptos jurídicos fundamentales, aunque *no existe un criterio absolutamente definido respecto de cómo identificarlos*. Se alude, pues, a *conceptos básicos* que dan lugar a una *terminología* que se supone necesaria para la comprensión no sólo de los modelos teórico-jurídicos sino, sobre todo, de los distintos sistemas de Derecho positivo. Estos conceptos son, entre otros, el de **"persona jurídica"**, **"capacidad jurídica"**, **"derecho subjetivo"**, **"deber jurídico"**, **"delito"**, **"sanción"**, **"supuesto"**, **"hecho jurídico"** y **"acto jurídico"**. Sin embargo, cabe decir que los distintos autores tanto de *Teoría del Derecho* como de

⁵ Alejandro Tomasini Bassols. *lenguaje y anti-metafísica. Cavilaciones wittgensteinianas*. Inerlinea/INBA. México. 1994, p. 31.

⁶ "Forma de vida" y "juego del lenguaje" son dos caras de una misma moneda Véase Alejandro Tomasini Bassols. *Fl pensamiento...* op. cit. p. 20.

⁷ Al respecto véase de Maribel Narváez Mora. *Wittgenstein y la leona del derecho. Una senda para el convencionalismo jurídico*. Marcial Pons, Madrid-Barcelona. 2004.

Teoría General del Derecho incluyen o excluyen tal o cual concepto en función de sus propias consideraciones.

9. No obstante, es posible establecer un criterio más o menos cierto de cuáles son los *conceptos jurídicos fundamentales* que aquí estudiaremos, partiendo del presupuesto de que en *el Derecho es posible identificar otros conceptos jurídicos menos básicos y de uso más específico*. Éstos implican a los primeros y su empleo es *netamente técnico-jurídico*,⁷ es decir, *operan en el contexto exclusivo de las distintas ramas del Derecho*. Así, por ejemplo, el *Derecho civil* hará uso de conceptos como el de "**contrato**", "**compraventa**" y "**mutuo**"; el *Derecho mercantil*, a su vez, utilizará el de "**comerciante**", "**comisionista**", "**letra de cambio**", "**pagaré**"; el *Derecho procesal* hablará de "**caducidad**", "**juicio**" y "**sentencia**"; el *Derecho fiscal* echará mano de términos como el de "**impuesto**", "**contribución**", "**fisco**" y "**hacienda pública**", y así, respectivamente, en las diversas áreas de la Dogmática jurídica.
10. Es por causa de lo anterior que autores como Genaro R. Carrió señalan que los *conceptos jurídicos fundamentales* "...poseen una órbita de aplicación que excede el campo particular de las distintas disciplinas dogmáticas. Sirven para aislar e identificar situaciones de tipo general que, si cabe el giro, cruzan los límites que separan, en forma más o menos clara, los dominios adjudicados a aquéllas."* No obstante lo cual, como el propio Carrió reconoce, no existe una separación nítida entre estas expresiones y las que, como antes decíamos, son de uso técnico-jurídico particular de las diversas disciplinas del Derecho.
11. Con base en esa referencia Rojina Villegas, ante situaciones generales, define los "**conceptos jurídicos fundamentales**" como aquellos que "*intervienen como elementos constantes y necesarios en toda relación jurídica*"; es decir, en toda forma de conducta jurídica que se produce por la aplicación de la norma de derecho a los casos concretos.⁹ Es en tal virtud —dice el autor— que estos conceptos son imprescindibles al jurista y al legislador para *entender el vocabulario en que se plantean y comunican los asuntos y problemas del Derecho*.
12. Los *conceptos jurídicos fundamentales* han sido objeto de diversas formulaciones y definiciones, su matización depende de la elaboración teórica en que se inscriban y del objetivo de ésta. Así, por ejemplo, el esquema teórico más acabado en este rubro es quizás el de Hans Kelsen. Sin embargo, dicho esquema se encuentra condicionado tanto por su idea de la *pureza del análisis jurídico* como por su concepción de que *el Derecho sólo contiene normas que prescriben prohibiciones*. Por ello, no existe siempre coincidencia en el predicado de los distintos conceptos jurídicos utilizados por otros autores, ni extraña que algunas de sus formulaciones sean más precisas y aceptables que otras.
13. Además, los *conceptos jurídicos fundamentales* vistos desde la *Teoría General del Derecho* no coinciden necesariamente con la definición que de los mismos térmi-

⁷ Rafael Bielsa ha escrito que: "El concepto jurídico difiere, con frecuencia, del concepto general o común. De ahí que también las palabras que se emplean para designarlo sintéticamente tengan en el léxico jurídico, si no en lo substancial, al menos en su empleo técnico, un significado diferente del común. A esas palabras se les llama 'términos' o 'vocablos', y referidos a la respectiva disciplina forman la 'terminología' o el 'vocabulario' en derecho. Pero, dicho sea de paso, la terminología es más bien técnica y el vocabulario no lo es." Véase *Los conceptos jurídicos y su terminología*. De Palma. Buenos Aires, 1987. p. 10.

⁸ Cfr. de Genaro R. Carrió la "Nota preliminar" a su traducción del libro de W. N. Hohfeld. *Conceptos jurídicos fundamentales*, trad. Genaro R. Camó, Distribuciones Fonlamara, México. 1991, p. 8.

⁹ Rafael Rojina Villegas. *Introducción al estudio del derecho*. Porrúa. México, 1977. p. 123.

nos eche mano el Derecho positivo, porque aquélla estudia *proposiciones acerca de normas jurídicas y no a las normas jurídicas mismas*.⁴⁰ Conviene recordar aquí que dicha Teoría *persigue explicar los fenómenos jurídicos a nivel general y no los de uno u otro sistema u orden de Derecho positivo*, de ahí precisamente su calificativo."

14. Finalmente, cabe señalar que aquí estudiaremos sólo aquellos *conceptos jurídicos fundamentales* y en el orden que nos ha parecido más *ad hoc* con los objetivos didácticos e introductorios de este libro. En consecuencia, ni todas las explicaciones y conclusiones a que se llegue serán las únicas posibles para agotar el tema. Así, recurriremos a distintos autores y mostraremos las coincidencias y divergencias de sus postulados, procurando acercarnos a conceptos que, con base en la economía de lenguaje, eliminen la vaguedad y sirvan de herramienta para comprender y explicar coherentemente las relaciones producidas por el fenómeno jurídico, es decir, en esa "forma de vida".

CUADRO 6.1 CONCEPTOS JURÍDICOS FUNDAMENTALES

La explicación de los fenómenos jurídicos emplea, por razones de **economía y comodidad**, una serie de conceptos jurídicos que *sintetizan predicados*

Estos conceptos, además, dependen unos de los otros formando un entramado que sirve para *explicar otros conceptos jurídicos, los cuales reciben el nombre de conceptos jurídicos fundamentales*, mismos que también pueden ser denominados, empleando la concepción del lenguaje del segundo Wittgenstein, como el "**juego del lenguaje del Derecho**" es decir, el *conjunto de palabras y conceptos usados por los hablantes en el conjunto de actividades humanas propias de la vida jurídica de las sociedades* ("forma de vida").

Existe un *acuerdo general* sobre cuáles son estos conceptos, aunque no un criterio definido para identificarlos.

Se trata, pues, de conceptos básicos, que dan lugar a la terminología jurídica, al *lenguaje técnico del Derecho*:

persona, capacidad, derecho subjetivo, deber jurídico, delito y sanción.

i

⁴⁰Cfr Carlos Santiago Niño. *Introducción al análisis del Derecho*. Ariel. Barcelona, p. 168

"Miguel Villoro Toranzo explica "¡M Teoría General del Derecho (=TGD) parte del presupuesto que el Derecho es una realidad razonable, que es una realidad coherente... el hecho es que ni hay ni puede haber una TGD si no se admite que la realidad profunda del Derecho es la de ser un orden racional. Si a algo se opone la TGD es a lo arbitrario, a lo caótico, o lo carente de racionalidad. En efecto, la misma palabra 'teoría' quiere decir una explicación coherente que es propuesta por alguien con el fin de entender algo. 'Tener una teoría sobre un fenómeno' significa poseer una interpretación racional de ese fenómeno. Ixi TGD tiene, por lo tanto, la pretensión de proponer un orden racional apto a servir de instrumento para entender la multiplicidad de los fenómenos jurídicos bajo el punió de vista que subraya lo que tienen en común, la coherencia que los relaciona, la subyacente estructura lógica que les sirve de enlace". En otra parte el mismo autor apunta: "Como toda teoría la TGD es el resultado de una elaboración humana, la TGD no existe como tal en la realidad. Es el ser humano que la fabrica. Más precisamente, es la mente o inteligencia humana la que la va forjando, con ideas y a partir de una realidad observada. Pero no es una creación arbitraria. Artificial, si, pero no arbitraria. Artificial es aquello que es producido por obra consciente del hombre. Arbitrario es aquello que se hace sin razón suficiente. Ixi TGD se hace para entender la coherencia que relaciona todos los fenómenos jurídicos: tiene, por lo tanto un carácter instrumental, vale en la medida que es un instrumento apto para la comprensión del Derecho." Véase Teoría general del derecho. Porrúa. México, 1989. pp. 1 y 3. respectivamente.

6.2 Análisis de algunos conceptos jurídicos fundamentales

6.2.1 Persona jurídica

15. Como sabemos, el *Derecho es un instrumento social, cultural y político que sirve para regular la conducta del hombre en sociedad*. Por lo tanto, el creador y protagonista de aquél es el *hombre*. Debemos precisar, empero, que *no todas las conductas humanas están reguladas por el Derecho*-, hay algunas de ellas, no sólo privadas sino también públicas que quedan fuera de su competencia. De ahí que anteriormente hayamos señalado que son *sólo aquellas conductas que impiden la convivencia o cooperación social las que preocupan y ocupan a las normas jurídicas*.¹
16. Hans Kelsen, en este mismo tenor, ha escrito: *"Ni siquiera el orden jurídico total determina de manera completa la existencia de un ser humano sometida al mismo orden, ni afecta todas sus funciones mentales y corporales. El hombre está sometido al orden jurídico solamente con respecto a ciertas acciones y omisiones específicas; respeto a todas las demás no se encuentra en relación con el orden jurídico. En las consideraciones jurídicas nos referimos al hombre sólo en la medida en que su conducta entra en el contenido del orden legal"*.²
17. Dado que el ámbito de aplicación del Derecho está sólo referido a ciertos aspectos y efectos de la conducta humana, el *concepto de "hombre" o "persona humana"* no coincide con el de *"persona jurídica"* cuyo espectro, obviamente, es más reducido. De tal guisa, como correctamente explica Oscar Morineau, *"...cuando los seres humanos son los sujetos del derecho en el sentido de que la norma se refiere a ellos en cuanto regula su conducta: es persona jurídica el ser humano en cuanto su conducta es regulada por la norma jurídica"*.³
18. De allí que, como concluye Kelsen, *"hombre"* sea un concepto de la biología y la fisiología, mientras que *"persona"*, uno del Derecho, una noción derivada del análisis de normas jurídicas. *"Persona es —sostiene el mismo autor— el hombre considerado como sujeto de derechos y obligaciones."*⁴ En efecto, el hombre es *persona jurídica* para el Derecho si su conducta se encuentra regulada por la norma jurídica. Así, *hombre y persona jurídica no son sinónimos, porque las normas jurídicas no ordenan todos los aspectos de la vida humana, sino sólo sobre aquellos a cuya conducta da relevancia el Derecho*.
19. Al hombre considerado como *sujeto individual de derechos y obligaciones* se le denomina tradicionalmente *persona física* para distinguirlo de *otros sujetos de derecho*. Es decir, no todo sujeto de derechos y obligaciones es persona física, luego entonces, ¿hay entidades diferentes a los seres humanos de los que el Derecho se ocupa? ¿Cómo puede la norma jurídica concebir otros sujetos de derechos diferentes al ser humano si sólo éste posee voluntad?

Véase el apartado 2.3 de la primera parte de este libro denominado "Nuestra definición de Derecho", en particular el *ítem* elemento de la definición propuesta.

¹Hans Kelsen. *Teoría general del Derecho y del Estado*, trad. Eduardo García Máynez. UNAM. Textos Universitarios. México. 1979, p. 110.

²Oscar Morineau. *El estudio del Derecho*. Ponúa. México. 1953, p. 169

³Cfr. Hans Kelsen, *Teoría general del Derecho*.... *o/c*. cit., p. III.

⁴*Ibid.*, p. 110.

20. En contraposición con el concepto de **persona física** se utiliza el de **persona moral** o **colectiva** para referirse a los *grupos de personas que se hallan unidas para cumplir un determinado fin y que, por lo tanto, pretenden del Derecho el reconocimiento a una personalidad jurídica diferente a la que ellos mismos poseen considerados en forma individual*. Siendo así, el sujeto de derechos y obligaciones —la *persona jurídica*— sería un **"ente colectivo"** y no un *ser humano*. La justificación y explicación de esta circunstancia no es un problema fácil de solucionar para los juristas; no obstante, la existencia cotidiana y familiar de entes jurídicos colectivos como las sociedades, las asociaciones, los sindicatos, los partidos políticos, etcétera.
21. Kelsen parte del presupuesto de que *sólo los actos y omisiones pueden darse en relación con los seres humanos y, en consecuencia, sólo las conductas humanas pueden regular el Derecho*. Cuando se alude a **entes jurídicos colectivos** se está utilizando una *mera figura del lenguaje*, es decir, **que en realidad de lo que se habla es de individuos que actúan como órganos de una persona colectiva**. *"Un individuo obra como órgano de una sociedad —según Kelsen— si su conducta corresponde de cierta manera al orden espacial constitutivo de la persona colectiva. Varios individuos forman un grupo, una asociación, solamente cuando están organizados y cada uno de ellos tiene una función específica en relación con los demás,"*¹⁸
22. En suma, Hans Kelsen considera que la persona física y la persona jurídica, que es como califica a los "entes jurídicos colectivos", *poseen el mismo sustrato de personificación*. **La persona jurídica no es sino la regulación jurídica de varios individuos, la persona física es la regulación jurídica de la conducta de uno y el mismo individuo.**¹⁹ Dado que el Derecho regula conductas humanas, éstas pueden manifestarse en lo individual o lo colectivo. Las conductas colectivas implican una organización de individuos, responsables jurídicamente entre sí y regulados por un orden jurídico propio, a saber, los estatutos de la sociedad a la que pertenecen. Tales individuos actúan, pero lo hacen a través de los órganos de dicha sociedad. Al final, *unas y otras personas son conductas humanas reguladas de forma especial por las normas jurídicas*.
23. Otra explicación tradicional a la idea de la personalidad jurídica de los entes colectivos es la ofrecida por la *teoría de la ficción* cuyo autor es Savigny.²⁰ Según este jurista, *las personas morales son creaciones artificiales del Derecho con la capacidad de poseer un patrimonio*. Asimismo reconoce, como Kelsen, que sólo pueden ser sujetos de derechos y obligaciones los entes dotados de voluntad, y dado que únicamente los seres humanos la poseen, los entes colectivos son resultado de una *ficción* gracias a la cual se simula como si tales **personas jurídicas** la tuvieran.
24. Hart y Niño sostienen teorías más contemporáneas, señalan que las personas morales o entes jurídicos colectivos son una *construcción lógica*. Expresiones como **persona jurídica** tienen una *función especial en los sistemas lingüísticos, no hacen referencia a ningún ente real o figurado*, como propugnan las teorías de Kelsen

¹⁸Para una crítica al concepto "persona moral", véase de Oscar Morineau. *op. cit.*, p. 173.

¹⁹ *Ibid.* p. 115.

²⁰Cfr. Hans Kelsen. *Teoría general del Derecho* ... *op. cit.* p. 117.

²¹Cfr. Federico Carlos de Savigny, *Sistema de Derecho privada romano*, trad. J. Mesía y Manuel Poley. t. II. Madrid. 1879. Madrid, p. 63.

y Savigny. *"El enfoque correcto —según Niño— consiste en desistir de intentar definir la expresión 'persona jurídica' de tal modo que ella denote algún tipo de entidades —sean seres humanos, organismos supraindividuales, o entes ficticios—, y centrar en cambio el análisis en las funciones que esta expresión cumple en distintos contextos, mostrando en cada caso cómo pueden traducirse las frases en que ella aparece en otras frases que hacen referencia a hechos observables."*²¹

25. De lo anterior deriva el concepto de persona jurídica como sujeto colectivo de derechos y obligaciones. Es una figura creada por el Derecho, o sea, una construcción lógica, que si bien no alude a objetos físicos, si es útil para explicar y simplificar situaciones de hecho que de suyo tienen relevancia jurídica,²² tales como la asociación de ciertas personas, de modo más o menos permanente, con un fin específico y común en relación con el que se pretende un reconocimiento jurídico. Es decir, estamos frente a un concepto creado como un instrumento teórico-jurídico cuyo objeto es regular una forma específica de la conducta humana en sociedad, no ya la característicamente individual, sino la manifestada colectivamente con un fin común, reconocido como válido por el Derecho, y que tiene en la realidad una enorme utilidad práctica.
26. Pongamos un ejemplo de la función sintética que se cumple con la idea de persona jurídica colectiva: cuando se afirma que la sociedad X realizó una compraventa, lo que quiere decirse en realidad es que un conjunto de personas jurídicas individuales, de acuerdo con las disposiciones de Derecho positivo vigente, se han asociado para realizar ciertas operaciones jurídicas con un determinado objetivo. Que una de esas personas jurídicas individuales, la cual funge como socio y apoderado de la sociedad, en nombre de sus socios y de la empresa misma, adquirió la propiedad de un bien que quedará a nombre de la sociedad, es decir, que pertenece a todos los socios, pero que no se confunde con el patrimonio individual de cada uno de éstos.
27. Conviene insistir, aunque sea brevemente, en que el Derecho como instrumento humano busca convertirse en un elemento que dote de orden y seguridad jurídica a las relaciones sociales. La figura persona jurídica colectiva, en tal entendido, es una creación instrumental que busca simplificar y facilitar ciertas acciones humanas. Es claro que para el desarrollo y cumplimiento de algunas metas los seres humanos requieran agruparse, reunirse, asociarse, y que sería sumamente complicado e impráctico que para alcanzar el fin común, objeto de la asociación, todas las personas tuviesen que realizar, siempre en conjunto, todas las acciones o transacciones y que, además, el patrimonio de cada uno siempre estuviera en juego. Es comprensible, entonces, que el Derecho, por razones de practicidad y simplicidad jurídica, dentro del marco de orden y seguridad que se supone brinda, cree figuras como la de persona jurídica colectiva que, además, se correspondan con una realidad a la que lo jurídico debe atender y regular, por su trascendencia en la cooperación social.

Carlos Santiago Niño, *Introducción al análisis...* op. cu., p. 232.

²¹ La explicación de Niño y Hart en este punto no resulta del todo convincente. Si bien es cierto que el concepto de persona jurídica colectiva no alude a cosas, sí hace puntual referencia a ciertos hechos concretos, como lo son las asociaciones de personas. Y no se trata de cualquier tipo de asociación, sino una específica, de largo alcance y con fines comunes y puntuales respecto de los cuales los asociados esperan las normas jurídicas se ocupen, validándolos. No debemos olvidar que el hombre no puede realizar muchas de sus acciones o cumplir ciertos fines de manera individual, en múltiples casos requiere de la colaboración, de la asociación con otros. Esta asociación le es útil al hombre y tiene una particular trascendencia social. Por lo tanto, la manifestación de la voluntad de quienes se asocian es, en relación con el fin para el cual se encuentran unidos, la misma, no es extraño que el Derecho le otorgue entidad propia desde el punto de vista de lo jurídico, por la utilidad y practicidad que ello aporta.

28. En suma, el *concepto de persona jurídica* tanto *individual* como *colectiva* hace alusión a los **sujetos de derechos y obligaciones**. En el caso de la persona individual se habla también de **persona física**, por referirse al ser humano concreto cuya conducta es relevante para el Derecho. Para el caso de la persona jurídica colectiva se emplean como sinónimos los términos **persona moral** o simplemente **persona jurídica**. Esta no se corresponde, como el primer caso, con un ente concreto, se trata más bien de una construcción lógica en virtud de la cual el Derecho asigna efectos jurídicos a ciertos hechos, como la voluntad colectiva de los sujetos individuales que se unen con un fin específico y que, por razones prácticas y de simplificación jurídica, desean ser considerados como un único sujeto, con una personalidad propia e independiente de la de cada sujeto individual que lo compone. En ambos casos, *es obvio que el Derecho sólo regula la voluntad de los hombres individual o colectivamente considerados, y únicamente en relación con ciertas acciones u omisiones que para él son relevantes*.

CUADRO 6.2 PERSONA JURÍDICA

El creador **Y** protagonista del Derecho es el *hombre*.

En principio, **sólo aquellas conductas que impidan la convivencia o cooperación social son las que preocupan y ocupan a las normas jurídicas**.

El concepto de "hombre" o "persona humana" no coincide con el de persona jurídica, cuyo espectro es más reducido.

"Hombre" es concepto de la biología y la fisiología, mientras que **"persona" es del Derecho**

Por lo tanto: *hombre, ser humano no son sinónimos de "persona jurídica"*

Persona jurídica es el ser humano sujeto de derechos y obligaciones.

Al ser humano considerado como sujeto individual de derechos y obligaciones se le denomina, tradicionalmente, **persona física**, para distinguirlo de otros sujetos de derechos.

Así, no todo sujeto de derechos y obligaciones es persona física.

Cuando se habla de **entes jurídicos colectivos** se está utilizando una mera *figura del lenguaje*

Los conceptos de **persona jurídica colectiva** o **persona moral**, como le llama el Derecho mexicano, son conceptos que hacen alusión a la regulación especial de la **voluntad** de varias personas.

Es decir, *una manifestación colectiva de voluntades humanas dirigidas a un mismo fin al que se desea el Derecho otorgue relevancia jurídica*.

La *teoría de la ficción* explica que las personas morales son *creaciones artificiales* del Derecho con la capacidad de poseer un patrimonio. Los entes colectivos son sólo una **ficción** gracias a la cual se simula como si tales **personas jurídicas** la tuvieran.

Otra manera de referirse o entender a las personas morales es como una **construcción lógica**. Esto es, que expresiones como **persona moral** y **persona jurídica colectiva** tienen una función especial en los sistemas lingüísticos, *no hacen referencia a un ente real o figurado*.

El concepto de persona jurídica colectiva o persona moral

Es en efecto una **construcción lógica** que si bien no designa cosas, sí es útil para *denotar, explicar y simplificar situaciones de hecho* que poseen relevancia jurídica, tales como la asociación de ciertas personas, de modo más o menos permanente, con un fin específico y común, en relación con el que se pretende un reconocimiento jurídico.

Es un concepto creado como instrumento lógico-jurídico cuyo objeto es regular una forma específica de la conducta humana en sociedad, no la ya característicamente individual, sino la manifestada

colectivamente con un fin común, reconocido como válido por el Derecho y que tiene en la realidad una enorme utilidad práctica.

Cumple una **función sintética**, de **lenguaje técnico** y **facilita la comprensión** de ciertos hechos jurídicos.

6.2.2 Capacidad jurídica

29. Intimamente ligado con el concepto de **persona jurídica** se halla el de **capacidad jurídica**. Afirmar que una persona jurídica individual o colectiva es sujeto de derechos y obligaciones implica aceptar, al mismo tiempo, que conforme a la norma jurídica, esa persona goza de **capacidad**. Puede en tal entendido definirse *como la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones*.
30. El concepto "**capacidad**" en el lenguaje ordinario, es decir, sin referencia a la norma jurídica, no es un término que tenga un significado tan alejado del anterior. Capacidad es *aptitud o suficiencia* para hacer alguna cosa, *talento o disposición* para comprender y, en sentido figurado, *oportunidad*, lugar o medio para ejecutar algo.¹ Así, la "**capacidad**" en *términos jurídicos* puede entenderse como *la aptitud, suficiencia o disposición que otorga el Derecho*.
31. *¿Qué relación existe entre los conceptos de persona y capacidad jurídicas?* Por principio hay que señalar que no obstante su íntima vinculación estamos ante *conceptos y figuras distintas*, *la capacidad es un atributo de la persona jurídica*, no es la persona misma. Constituye, en términos jurídicos, *la principal de sus cualidades*. Así, por ejemplo, cuando se dice que el atributo principal de los seres humanos es la razón, ésta no es el ser humano, es una de sus características, quizá la más acusada y que mejor lo define y distingue, pero que por sí misma no lo constituye. Además, capacidad y razón son cualidades o características graduables que pueden poseerse en mayor o menor medida.
32. Si el Derecho otorga *personalidad jurídica* *está reconociendo automáticamente la capacidad de la persona individual o colectiva*, es decir, *su aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones*. Como se trata de una cualidad graduable, esta capacidad puede ser, por razones fácticas o jurídicas, *plena o limitada*. Por ello se habla de **capacidad de goce** y **capacidad de ejercicio**. La segunda implica a la primera, pero la primera no implica a la segunda. Esto es, que por *capacidad de goce se entiende la aptitud para adquirir un derecho o una obligación*, lo cual no conlleva que esa persona pueda, respectivamente, ejercerlo o cumplirla por sí misma. En cambio, la *capacidad de ejercicio* significa esto último, *la aptitud de la persona jurídica para ejercer y cumplir por sí misma sus derechos y obligaciones*. Es obvio que ésta implica la capacidad de adquirirlos.
33. Conviene subrayar que, como sucede con la personalidad jurídica, la capacidad es **otorgada** por el Derecho y *puede o no corresponder con la "capacidad real"* ("capacidad mental", "capacidad profesional" o "capacidad disposicional") *que posea un ser humano*. Así, por ejemplo, en ciertas circunstancias *el Derecho limita la capacidad jurídica de una persona como causa de una sanción*. Aquella persona física que hubiese sido condenada por determinados delitos (homicidio o robo) queda, por disposición de la ley, limitada en su capacidad jurídica para ejercer sus derechos poli-

¹M Cfr Martin Alonso. *Enciclopedia del idioma*, 1.1, *op. cit.*, p. 913.

ticos o intervenir en ciertas transacciones económicas. *Tal persona es perfectamente capaz en cuando hace a su salud mental, conocimiento profesional o disposición efectiva para realizar ciertos actos jurídicos, sin embargo, como extensión de la sanción el Derecho limita temporalmente su capacidad jurídica de ejercicio*

34. En otros casos, sin embargo, *si existe una correspondencia entre la situación real de la persona y las disposiciones jurídicas*. El Derecho considera *juridicamente incapaces a las personas que no hayan desarrollado plenamente su capacidad de análisis y experiencia* (como los menores de edad), o *que estuvieren afectadas de sus facultades mentales* (locos, retardados, entre otros). Esta limitación *no es absoluta*, porque esas personas **poseen capacidad jurídica de goce**, es decir, pueden ser sujetos de derechos y obligaciones pero no de darles curso legal por sí mismos, es decir, **carecen de capacidad jurídica de ejercicio**. En tal caso, *para el cumplimiento de las obligaciones a que dan pie los derechos que se les asignen, pueden echar mano de personas que actúen como sus representantes legales* (padres o tutores, según sea el caso).

CUADRO 6.3 CAPACIDAD JURÍDICA

Afirmar que una persona jurídica individual o colectiva es sujeto de derechos y obligaciones implica aceptar, al mismo tiempo, que conforme a la norma jurídica esa persona goza de capacidad.

Por lo tanto, "capacidad jurídica" puede definirse como la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones.

El concepto "capacidad" usado en el lenguaje ordinario no se halla tan alejado de su significado en el lenguaje jurídico:

capacidad es aptitud o suficiencia para hacer alguna cosa, talento o disposición para comprender.

Así, capacidad en términos jurídicos puede entenderse como la aptitud, suficiencia o disposición que otorga el Derecho.

No obstante la relación existente entre los conceptos de "persona" y "capacidad jurídica" se trata de ideas y figuras jurídicas distintas:

La capacidad es un atributo de la persona jurídica, no es la persona misma, por más que constituya la principal de sus cualidades.

Si el Derecho otorga personalidad jurídica está reconociendo automáticamente la capacidad de la persona individual o colectiva; es decir, su aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones.

Dado que se trata de una cualidad graduable esta capacidad puede ser, por razones tácticas o jurídicas, plena o limitada.

Por ello, se habla de capacidad de goce y de capacidad de ejercicio; la segunda implica a la primera, pero la primera no implica a la segunda

Al igual que con la personalidad jurídica, la capacidad es otorgada por el Derecho y puede o no puede corresponder con la "capacidad real" ("capacidad mental? "capacidad profesional" o "capacidad disposicional") que posea un ser humano. Así, por ejemplo, en ciertos casos, el Derecho limita la capacidad jurídica de una persona por causa de una sanción.

Hay casos donde si existe una correspondencia entre la situación real de la persona y las disposiciones jurídicas. De tal suerte, el Derecho considera jurídicamente incapaces a las personas que no hayan

desarrollado plenamente su capacidad de análisis y experiencia (los menores de edad, por ejemplo), o que estuvieran afectados de sus facultades mentales (locos, retardados, entre otros).

Se trata de una limitación que no tiene carácter absoluto, pues esas personas tienen capacidad jurídica de goce, es decir, son sujetos de derechos y obligaciones pero no de darles curso por sí mismos, a saber, *carecen de capacidad de ejercicio*.

En tal caso puede hacerse uso de la *representación*.

6.2.3 Personalidad y capacidad jurídicas en el Derecho mexicano

35. De la descripción de normas jurídicas, pasamos al *análisis de las normas jurídicas mismas que regulan la personalidad y capacidad jurídicas en el Derecho mexicano*. Es el caso que el artículo 22 del Código Civil para el Distrito Federal mismo que abre el título primero relativo a las *personas físicas*, determina que la *capacidad jurídica se adquiere por el nacimiento y se pierde con la muerte*. Evidentemente la ley se refiere a la *capacidad jurídica de goce*. Sin embargo, el alcance de esta disposición es mayor, pues *otorga tal capacidad a todo ser humano desde el momento en que es concebido*,²⁴ teniéndolo la norma jurídica como si ya hubiese nacido. Es, por lo tanto, *perfectamente posible desde el punto de vista legal, que un ser humano aun en gestación pueda, por ejemplo, heredar*.²⁵
36. La *capacidad jurídica de ejercicio se adquiere con la mayoría de edad*, es decir, *al cumplir 18 años** según dispone el artículo 646 del Código Civil Federal. A su vez, de acuerdo con el artículo 24 del mismo ordenamiento, *capacidad de ejercicio* es la que tienen los mayores de edad e implica "...la facultad de disponer libremente de su persona y de sus bienes, salvo las limitaciones que establece la ley". Cabe la posibilidad de que la *capacidad de ejercicio se adquiera por eman-*

²⁴ En este punto, debe tenerse en cuenta lo señalado por el artículo 117 del Código Civil para el Distrito Federal: "Para los efectos legales, sólo se reputa por nacido al que, desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo ante el Juez del Registro Civil. Faltando alguna de estas circunstancias, no se podrá interponer demanda sobre la paternidad o maternidad"

²⁵ In personalidad o capacidad jurídica del hombre no empieza sino hasta su nacimiento, el embrión humano dentro de la madre no es considerado todavía /persona. sino parte de la entraña materna. No obstante, el Derecho anticipa la personalidad al concebido, lo hace porque en materia de sucesiones puede cambiar la trayectoria de la herencia [...]. Véase Fernando Flores Gómez González. *Introducción al estudio del Derecho y Derecho civil*. Pomia. México. 1990. p. 57.

Para los mexicanos, la mayoría de edad aunada a un modo honesto de vivir les otorga la *ciudadanía*, ello de conformidad con lo establecido por el artículo 10 de la Constitución política federal. Con la ciudadanía se adquieren los **derechos políticos** (y otras prerrogativas, según la terminología de la propia *Ley Fundamental*), así como una serie de **obligaciones**, algunas exclusivas de los varones mexicanos. Al respecto rezan textualmente los **artículos 35 y 36 de la Constitución** "Son prerrogativas del ciudadano I. • Votar en las elecciones populares. II. • Poder ser votado para todos los cargos de elección popular y nombrado para cualquier otro empleo o comisión, teniendo las cualidades que establezca la ley. III. • Asociarse libre y pacíficamente para tomar parte en los asuntos políticos del país. IV. • Tomar las armas en el Ejército o Guardia Nacional para la defensa de la República y de sus instituciones, en los términos que prescriben las leyes, y: V- Ejercer en toda clase de negocios el derecho de petición.

"Son obligaciones del ciudadano de la República: I - Inscribirse en el catastro de la municipalidad, manifestando la propiedad que el mismo ciudadano tenga, la industria, profesión o trabajo de que subsista; así como también inscribirse en el Registro Nacional de Ciudadanos, en los términos que determinen las leyes. Ixi organización y el funcionamiento permanente del Registro Nacional de Ciudadanos y la expedición del documento que acredite la ciudadanía mexicana son servicios de interés público, y por tanto, responsabilidad que corresponde al Estado y a los ciudadanos en los términos que

capación;²⁷ esto es, por virtud del *acto jurídico cpte libera al menor de la minoría de edad y de la patria potestad*,²⁸ concediéndole la libre disposición de su persona y la administración de sus bienes. Se emancipan los varones y las mujeres mayores de 16 y 14 años de edad, respectivamente, que contraen matrimonio.²⁹

37. El mismo Código establece en su artículo 23 que la incapacidad es una restricción a la capacidad de ejercicio. La ley se refiere a la incapacidad natural, es decir, aquella que sufren los menores de edad o las personas afectadas de sus facultades mentales, por ejemplo. Esta incapacidad natural puede solventarse con la representación,³⁰ a través de ella "...los incapaces pueden ejercer sus derechos y contraer obligaciones". Existe otro tipo de incapacidad, la legal, a la que también alude el Código, es decir, *aquellas restricciones al ejercicio de ciertos derechos por disposición expresa de la ley y que se imponen a las personas físicas, no obstante, estar dotadas de capacidad natural*. La incapacidad legal, cuando no se halla acompañada de la natural, no puede solucionarse por vía de la representación.
38. El artículo 450 del Código Civil Federal determina que tienen incapacidad natural y legal: los menores de edad; los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos; y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial, o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes; siempre que debido a la limitación o la alteración en la inteligencia que esto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio. Quienes se encuentran en tal situación jurídica se hallan en estado de interdicción.
39. La incapacidad legal la tienen los menores emancipados por razón del matrimonio (artículo 451 del Código Civil Federal) y las personas que hubieren sido condenadas por ciertos delitos. Dichos incapaces, por disposición de la ley, lo son para ciertos actos. Por ejemplo, los primeros pueden administrar sus bienes, pero no venderlos, gravarlos o hipotecarlos; tampoco pueden comparecer en juicio. Los

establezca la ley; II. • Alistarse en la Guardia Nacional; III Votar en las elecciones populares en el distrito electoral que corresponda; IV.- Desempeñar los cargos de elección popular de la Federación o de los Estados, que en ningún caso serán gratuitos; v; V.- Desempeñar los cargos concejiles del Municipio donde resida, las funciones electorales y las de jurado". Sobre este tema véase Héctor Fix-Fierro, *MS derechos políticos de los mexicanos*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Estudios Jurídicos, núm. 95, UNAM. México, 2006.

¹⁷ El artículo 641 del Código Civil Federal sentencia: "El matrimonio del menor de dieciocho años produce el derecho de emancipación. Aunque el matrimonio se disuelva, el cónyuge emancipado, que sea menor, no recaerá en la patria potestad."

³ La patria potestad es el conjunto de derechos y obligaciones que le otorga a los padres y a los abuelos, maternos y paternos, sobre sus hijos y nietos, respectivamente, en cuanto a la persona y bienes de éstos (artículo 412. 413 y 414 del Código Civil Federal).

⁵ De conformidad con la ley civil, para contraer matrimonio el hombre necesita haber cumplido al menos 16 años y la mujer 14. Sin embargo, los menores de 18 años requieren para contraer matrimonio el consentimiento de cualquiera de sus padres, o en su defecto, el de sus abuelos o tutores. En última instancia, el consentimiento puede darlo el Jefe de lo Familiar, el cual deberá ser otorgado atendiendo a las circunstancias del caso (artículos 14H. 153. 154 y 155 del Código Civil para el Distrito Federal).

⁹ La representación legal es una figura jurídica de enorme importancia, pues su objeto es salvar la incapacidad de ejercicio y en otros casos actuar en nombre y representación de alguien aunque no sea un incapaz. Aquí nos referiremos muy brevemente a la primera. La representación legal de los incapaces la tienen quienes ejercen la patria potestad, los tutores y los curadores. En una cita anterior nos hemos referido a la patria potestad como los derechos y las obligaciones que sobre los hijos o nietos, en su persona y bienes, ejercen, respectivamente, los padres o los abuelos. La tutela es una institución que surge en sustitución de la patria potestad cuando desaparezca o no exista quien la ejerza, por lo tanto, tiene el mismo objeto, cuidar de la persona y bienes de un incapaz. En algunos casos, existiendo quien ejerza la patria potestad, puede nombrarse un tutor para la sola administración de los bienes del incapaz. El curador es la persona que está a cargo de la vigilancia de los actos del tutor.

segundos, según el delito de que se trate, tienen vedado realizar ciertos contratos o ejercer sus derechos políticos como votar o ser elegidos para un puesto de elección popular.

40. Por lo que toca a las *personas jurídicas colectivas o morales*, el artículo 25 del *Código Civil Federal* señala que son tales: *la Nación, Estados y Municipios; las demás corporaciones de carácter público reconocidas por la ley; las sociedades civiles o mercantiles; los sindicatos, las asociaciones profesionales y las demás a que se refiere la fracción XVI del artículo 123 de la Constitución federal las sociedades cooperativas y mutualistas*¹² *las asociaciones distintas de las enumeradas que se propongan fines políticos, científicos, artísticos, de recreo o cualquier otro fin lícito, siempre que no fueran desconocidas por la ley; las personas morales extranjeras de naturaleza privada en los términos del artículo 2736.*"
41. Que las *personas morales* gocen de *personalidad jurídica* implica, de conformidad con el artículo 26 del mismo *Código*, el reconocimiento de su *capacidad jurídica* para "...ejercitar todos los derechos que sean necesarios para realizar el objeto de su institución ". Estos derechos y el cumplimiento de sus respectivas obligaciones las personas morales los ejercen y cumplen, respectivamente, por sus *órganos representativos*, como son, verbigracia, su asamblea de socios, su administrador único, su consejo de administración, etcétera (artículo 27).
42. Las **personas morales** se rigen por las *leyes correspondientes*, su *escritura constitutiva* y sus *estatutos* (artículo 28 del *Código Civil Federal*). Así, una sociedad anónima, por ejemplo, estará sometida a la *Ley de General de Sociedades Mercantiles*. donde se establecen sus requisitos de constitución, sus derechos y sus obligaciones generales; igualmente, su actuación estará condicionada por lo establecido en su *documento de constitución* (acta constitutiva) donde se plasma, entre otros asuntos, cuál es su objetivo social, cuál su patrimonio, quiénes los socios que la componen, qué número de acciones detenta cada uno, cuáles son y cómo se componen sus órganos directivos y de qué facultades se les dotó; finalmente, la sociedad en cuestión se registrará, asimismo, por sus **estatutos**, es decir, la reglamentación interna que la propia sociedad se asigne.

¹¹ Señala la fracción XVI del artículo 123 constitucional: "*Tanto los obreros como los empresarios tendrán derecho a coaligarse en defensa de sus respectivos intereses, formando sindicatos, asociaciones profesionales, etcétera* ".

¹² Una cooperativa es la *sociedad mercantil compuesta por trabajadores destinada a la producción o al consumo de bienes o servicios*. Son características de estas sociedades, de conformidad con el artículo 10. de la *Ley General de Sociedades Cooperativas* estar integradas por trabajadores que aporten su trabajo o se aprovisionen de la sociedad si ésta es de consumidores. hacer prevalecer los principios de igualdad de derechos y obligaciones para sus miembros; no perseguir fines de lucro: procurar el mejoramiento social y económico de sus socios; repartir equitativamente los rendimientos en función del tiempo trabajado o el monto de las operaciones realizadas, según se trate, respectivamente, de sociedades cooperativas de producción o de consumo. Las mutualistas *son aquellas sociedades de seguros en las que sus socios fungen, al mismo tiempo, como aseguradores y asegurados*. El objeto de estas sociedades es eliminar el lucro de las empresas mercantiles dedicadas a la aseguración.

¹³ Ke/a el artículo 2736 del *Código Civil* "*La existencia, capacidad para ser titular de derechos y obligaciones, funcionamiento, transformación, disolución, liquidación y fusión de las personas morales extranjeras de naturaleza privada se regirán por el derecho de su constitución, entendiéndose por tal, aquél del Estado en que se cumplan los requisitos de forma y fondo requeridos para la creación de dichas personas. En ningún caso el reconocimiento de la capacidad de una persona moral extranjera excederá a la que le otorgue el derecho conforme al cual se constituyó. Cuando alguna persona extranjera de naturaleza privada acmé por medio de algún representante, se considerará que tal representante, o quien lo substituya, está autorizado para responder a las reclamaciones y demandas que se mienten en contra de dicha persona con motivo de los actos en cuestión* "

CUADRO 6.4 PERSONALIDAD Y CAPACIDAD JURÍDICA EN EL DERECHO MEXICANO

- El artículo 22 del Código Civil Federal (CCF) determina que la capacidad jurídica se adquiere con el nacimiento y se pierde con la muerte. La ley se refiere, evidentemente, a la capacidad de gocer.
- Sin embargo, a la luz del artículo 337 del Código Civil para el Distrito Federal, sólo se reputa por nacido al que, desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo ante el Juez del Registro Civil.
- La capacidad de ejercicio se adquiere con la mayoría de edad, es decir, al cumplir 18 años, según dispone el artículo 646 CCF. Tener capacidad de ejercicio significa (artículo 24 CCF) poseer la facultad de disponer libremente de su persona y de sus bienes, salvo las limitaciones que establece la ley.
- Empero, la capacidad de ejercicio puede anticiparse vía la emancipación, es decir, si los varones y las mujeres mayores, respectivamente de 16 y 14 años, contraen matrimonio.
- Según el artículo 23 CCF, la incapacidad es una restricción a la capacidad de ejercicio.
- Esta incapacidad puede ser *natural*, como la que sufren los menores de edad o las personas afectadas de sus facultades mentales. Tal incapacidad puede solventarse vía la *representación*.
- La *incapacidad* puede ser *legal*, es decir, restricciones al ejercicio de ciertos derechos por disposición expresa de la ley y que se impone a las personas, no obstante, estar dotadas de capacidad natural (por ejemplo, menores emancipados por razón del matrimonio y personas condenadas por ciertos delitos). Esta incapacidad *no se puede solventar vía la representación*, salvo el caso de los menores emancipados.
- En el Derecho mexicano (artículo 450 CCF) tienen ambas incapacidades: los menores de edad; los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos y aquellos que padezcan alguna afección o que por adicción se vea limitada su inteligencia para gobernarse y obligarse a manifestar su voluntad por algún medio.
- Por disposición expresa de la ley (artículo 25 CCF) son personas jurídicas colectivas o personas morales: la Nación, Estados y Municipios; las corporaciones de carácter público reconocidos por la ley; las sociedades civiles o mercantiles; los sindicatos, las asociaciones profesionales, las sociedades cooperativas; las asociaciones que se propongan fines políticos, científicos, artísticos, de recreo o cualquier otro fin lícito, siempre que no fueran desconocidos por la ley; las personas morales extranjeras de naturaleza privada.
- El que las personas morales gocen de personalidad jurídica implica (artículo 26 CCF) el reconocimiento de su capacidad jurídica para ejercitar todos los derechos que sean necesarios para realizar el objeto de su institución.

6.2.4 Derecho subjetivo y deber jurídico

- Ahora toca su turno a dos de los *conceptos jurídicos fundamentales* más importantes, el **derecho subjetivo** y el **deber jurídico**. Al primero ya nos hemos referido antes cuando tratamos de las *distintas acepciones* de la palabra "**derecho**".¹⁴ En este espacio profundizaremos en su contenido y alcances por constituir el *centro de gravedad del concepto de persona jurídica*, dado que al aludir a los derechos de que son objeto, nos referimos específicamente a sus *derechos subjetivos*. Por eso, Oscar Morineau considera que el *derecho subjetivo es el derecho del sujeto, es mi derecho, el derecho de cada uno*.¹⁵
- Se ha definido el *derecho subjetivo como la facultad que dimana de la norma objetiva*. De tal suerte, cuando se afirma que *alguien es sujeto de derecho* quiere

¹⁴ Véase de la primera parte el capítulo II inciso 2.4 Principales acepciones de la palabra "derecho".

¹⁵ Cfr. Oscar Morineau. *op. al.*, p. 116

también decirse que éste *posee un derecho subjetivo*, y poseer un derecho subjetivo significa, a su vez, que *la conducta de una persona es relevante para la norma jurídica*. Por lo tanto, dicha norma autoriza, entre otras acciones, a *hacer u omitir algo, o bien, a recibir algo* de otra persona jurídica. El *derecho subjetivo* es, en síntesis, el "**facultamiento**" de conducta derivado de una norma de derecho objetivo* Este facultamiento puede ser de un contenido muy diverso, a veces es un **privilegio**, a veces un **permiso**, otras una **atribución**, otras más una **obligación**, lo cual depende de la relación jurídica a que dé origen la norma. Parece pues, oportuno, resumirlo bajo la idea de *facultamiento*.

45. El concepto de **derecho subjetivo** no se comprende sin la idea de **deber jurídico**. El derecho posee, como sabemos, un *carácter relacional*, tiene siempre que ver con los demás, está en función de nuestra vinculación directa o indirecta con los otros. El *carácter relacional del derecho puede resumirse en situaciones jurídicas opuestas y situaciones jurídicas correlativas*. Si afirmamos que alguien está facultado por la norma, es decir, que una persona jurídica tiene un derecho subjetivo, cabría preguntarse a cargo de quién está la satisfacción del contenido de esa facultad. *El facultamiento de la norma es, visto en sentido bilateral, el deber de alguien*. En efecto, **el deber jurídico es la conducta jurídica opuesta o correlativa referida a un derecho subjetivo**, y consiste en el hacer, dar u omitir de alguien en relación con el derecho subjetivo de otro.
46. Lo anterior puede resumirse así: *persona jurídica es todo sujeto (individual o colectivo) de derechos subjetivos. La norma jurídica da relevancia a su conducta por considerar a ese sujeto como jurídicamente capaz, facultándolo para hacer, no hacer o recibir respecto de otra persona sobre quien recae el deber correlativo. Esto es, que la primera está autorizada jurídicamente a hacer algo que otra debe tolerar, a omitir acciones respecto de otra, a recibir algo de parte de otra*. La primera goza de un *derecho subjetivo*, la segunda de un *deber jurídico*.
47. Quien ha planteado muy claramente esta relación de bilateralidad y, con ella, la relación existente entre *derecho-deber* ha sido un jurista norteamericano, W. N. Hohfeld, en su obra *Conceptos jurídicos fundamentales*. Para este autor, el contenido del *facultamiento* derivado de un derecho subjetivo puede identificarse con las ideas de *privilegio, potestad e inmunidad*.¹⁶ El ejercicio de Hohfeld es trascendente porque distingue entre el *opuesto jurídico* y el *correlativo*. "En efecto, cuando el derecho subjetivo da lugar a una relación correlativa surge una **obligación jurídica**, es decir una especie de deber jurídico; en cambio, el opuesto jurídico de un derecho subjetivo sólo da pie a un **deber jurídico simple y llano**."¹⁷
48. Veamos en el siguiente esquema cómo se *correlacionan y oponen* las ideas de **privilegio, potestad e inmunidad** en que puede traducirse el *facultamiento* de un *derecho subjetivo*, como Hohfeld propone:

¹⁶ //> </ p 117.

" Cfr W. N. Hohfeld. *Conceptos jurídicos fundamentales*, trad Genaro Carrió, Ediciones Foníomara. México, op. cu

" Cfr *Ibtd.* p. 47.

¹⁷ *Idem*.

" Quien en la doctrina mexicana ha captado con precisión esta distinción es Ernesto Gutiérrez y González, pues ha definido la *obligación jurídica como un tipo o especie de deber jurídico*. Véase adelante el inciso dedicado a esta figura 6.2.8.2 Obligación

CUADRO 6.5 OPUESTOS Y CORRELATIVOS JURÍDICOS			
Opuestos jurídicos $\wedge \frac{0}{0}$			
Derecho subjetivo	privilegio	potestad	inmunidad
No derecho	deber	incompetencia	sujeción
Correlativos jurídicos			
Derecho subjetivo	privilegio	potestad	inmunidad
Deber	no derecho	sujeción	incompetencia

49. Ejemplifiquemos las tres posibilidades de combinación en *opuestos* y *correlativos* que el ejercicio de Hohfeld sugiere: el primer caso es el del *derecho subjetivo como sinónimo de privilegio*. Una persona que tiene la propiedad de un inmueble, se dice que goza del **privilegio** de entrar y salir del inmueble cuando le plazca, posee esa facultad derivada de un *derecho subjetivo*. El *deber jurídico* está a cargo de todos los demás, es decir, de quienes tienen en este caso el **no-derecho** de propiedad y, por lo tanto, el deber jurídico de abstenerse. La situación jurídica *opuesta* al privilegio es, en este caso, el **deber** de no entrar o molestar.⁴¹
50. *Derecho subjetivo como sinónimo de potestad*. Tal es el supuesto en que se encuentra quien ejerce la patria potestad y el menor de edad sujeto a ella. En este caso es el padre el que goza del *derecho subjetivo* o **potestad** respecto de la persona y bienes de su vástago. Es éste sobre quien recae el *deber jurídico correlativo* de **sujeción**, es decir, de obediencia y respeto al padre. En relación con esta circunstancia, el *opuesto jurídico* sería la situación de **incompetencia** en que se encuentran todos los que no gozan de la patria potestad para corregir y administrar, respectivamente, la conducta y los bienes del menor.
51. *Derecho subjetivo como sinónimo de inmunidad*. Tal es el caso o situación jurídica en que se hallaría todo ciudadano frente a las autoridades de un Estado. Dichos ciudadanos gozan de un *derecho subjetivo*, es decir, de una **inmunidad** emanada de las garantías jurídicas que otorga la *Constitución* y respecto a las cuales dicha autoridad tiene el *deber jurídico correlativo* de no hacer o impedir, esto es, resulta **incompetente** para prohibir determinadas conductas de los ciudadanos como la de expresarse, reunirse o asociarse. En aquellos casos *opuestos* que señale la *Constitución*, todo ciudadano se encuentra **sujeto** a los mandatos de la autoridad que regulen ese derecho.⁴²
52. El esquema propuesto por Hohfeld —inspirado en casos prácticos tomados de la experiencia jurídica anglosajona y aquí puestos en términos más cercanos a nuestro Derecho—, si bien no opera para explicar todos los supuestos normativos

⁴¹ *Ibid.* pp. 50-51

⁴² *Ibid.* p. 48

posibles, si nos muestro con mucha claridad el contenido vario, múltiple, del *fa-cuitamiento* que deriva de un derecho subjetivo, así como que el *deber jurídico* que nace de una situación jurídica opuesta es distinto del **deber jurídico especial** (la obligación) que surge de una situación jurídica correlativa ⁴¹

53. Concluiremos este inciso mostrando el *esquema kelseniano* que da cuenta tanto del *derecho subjetivo* como del *deber jurídico*, explicación singular pues se produce, según la afirmación del propio Kelsen, *desde el punto de vista de la teoría jurídica pura*.⁴² ¿Qué significa esto? Según este autor, la definición usual de *derecho subjetivo* no satisface las exigencias de su teoría, pues, en cuanto al primer concepto loca, presupone que el derecho objetivo y subjetivo son dos fenómenos distintos, siendo que *"El derecho subjetivo es —en resumen— el mismo derecho objetivo."*⁴³
54. Kelsen piensa que *no toda norma jurídica que obliga a un individuo a conducirse de cierta manera frente a otro otorga un derecho subjetivo*. Por ejemplo, las normas penales cuando prohíben cometer homicidio no otorgan el derecho subjetivo de no ser asesinados. Situación que sí parece clara cuando se dice que una persona tiene el derecho subjetivo de exigir que el deudor le pague la deuda. Ello obedece a que la *doctrina tradicional*, según Kelsen, *utiliza la técnica del derecho civil, mientras que la técnica del derecho penal es opuesta*. Cabe entonces distinguir entre dos derechos subjetivos, los *absolutos* y los *relativos*. *"El derecho subjetivo relativo —dice textualmente el profesor vienés— es un derecho al que corresponde únicamente el deber de una persona individualmente determinada; mientras que un derecho absoluto implica deberes de un número indeterminado de personas."*⁴⁴ Y dado que para Kelsen derechos y deberes son dos caras de la misma moneda:⁴⁵ *"Deberes relativos son aquellos que se tienen frente a un individuo determinado; absolutos los que se tienen frente a un número indeterminado de individuos o frente a todo el mundo. No matar, no robar, no interferir con otros en la disposición de su propiedad, son deberes absolutos. El del deudor de devolver al acreedor la cantidad prestada, es en cambio relativo".***
55. Para Kelsen el derecho subjetivo es *una forma específica de participación en la creación del derecho objetivo*. *"El orden jurídico —escribe— confiere un 'derecho subjetivo' a un individuo cuando otorga a éste o a su representante, la posibilidad de poner en movimiento el proceso que habrá de terminar en la ejecución de la sanción."*⁴⁶ En este caso, tener un derecho subjetivo significa *"...encontrarse jurídicamente facultado para intervenir en la creación de una norma especial*.

"Carrió en la "Nota preliminar" a la traducción del texto de Hohfeld, acota, respecto de la utilidad del trabajo de este jurista norteamericano lo siguiente: " quiero destacar que el trabajo de Hohfeld es un ensayo de jurisprudencia analítica. No resuelve problemas como los indicados (si en cierta área del derecho se dan tales o cuales significados de derecho subjetivo o deber jurídico; cuáles son los factores que condicionan el surgimiento de ciertos derechos, privilegios o potestades; si es justo o conveniente que esos derechos y deberes existan). Sólo puede ayudar a solucionarlos en cuanto contribuye a pensar en ellos con más claridad. Tal es su único mérito que, por supuesto, es enorme." Véase *ibid.* pp. 19-20.

⁴¹Cfr. Hans Kelsen, *Teoría general del Derecho* ...op. cu., p. 87

⁴² *Ibid.*, p. 94.

⁴³ *Ibid.*, p. 100

⁴⁴ Señala Kelsen: *En cuanto el derecho subjetivo de un individuo sólo es posible en relación con el deber jurídico de otro, todos los derechos subjetivos son relativos. Los deberes jurídicos son relativos todos, sólo en cuanto una persona está obligada a conducirse de cierta manera en relación con otra, la cual puede ser, pero no es necesariamente, titular de la correspondiente facultad jurídica en el sentido técnico o estricto de la palabra".* *Idem.*

⁴⁵ *Idem.*

⁴⁶ Hans Kelsen. *Teoría general del Derecho*.... op. cit., p. 101.

la que impone la sanción al individuo que —de acuerdo con la misma resolución— ha cometido el acto antijurídico o violado su deber".^w Este es el sentido que tiene el derecho subjetivo cuyo contenido es el llamado **derecho de acción**.

56. La primera precisión que Kelsen hace sobre el deber jurídico es que *el concepto de deber es originario de la moral*. Una norma moral prescribe hacer u omitir una determinada conducta. En la norma jurídica no es así, dado que su estructura es más compleja, es decir, siempre hace referencia, al menos, a dos sujetos e incluso a tres, como cuando la sanción es dirigida a alguien diferente del mismo infractor.^M Piénsese, por ejemplo, en los hechos delictuosos cometidos por un menor respecto de los cuales el padre o tutor son responsables.
57. ¿Qué es entonces el **deber jurídico** para Kelsen? Dado que para nuestro autor *las normas jurídicas no prescriben facultades sino prohibiciones*, un individuo *está jurídicamente obligado a la conducta opuesta a aquella prescrita por la norma*, es decir, *la opuesta a la prohibición*. Entonces, si una norma prohíbe matar, el deber jurídico es **no violar la norma que prohíbe matar**. Luego entonces, *"la conducta opuesta a aquella que como acto antijurídico es condición de la sanción, constituye el contenido del deber jurídico"*. En resumen, *el deber jurídico es el abstenerse del acto antijurídico*.
58. La crítica en que a propósito coinciden diversos autores acerca del esquema kelseniano,["] es que *las normas jurídicas no solamente contienen prohibiciones sino autorizaciones y permisos de los que los seres humanos quieren ser efectivamente sujetos para dar relevancia jurídica a sus actos*. Quien desea contraer matrimonio o comprar un bien inmueble, busca cumplir con la norma que lo autoriza para que sus actos gocen de la validez y seguridad que ofrece llevarlos a cabo bajo el amparo del Derecho.
59. García Máynez, al igual que otros autores, realiza una *clasificación de los derechos subjetivos* que, dada su utilidad, conviene conocer. Según Máynez, existen *derechos subjetivos a la propia conducta y a la conducta ajena*. El primero consiste en la facultad que una persona tiene de hacer (*facultas agendi*) o de no hacer (*facultas omitendi*). Ejemplo típico de la primera clase de derechos subjetivos es el de *propiedad*, porque los derechos de usar, vender y permutar una cosa son facultades que posee el propietario por virtud de su condición de tal. Ejemplo de la segunda clase, son los *derechos del depositante*, porque para que el objeto depositado le sea devuelto depende de una conducta ajena, la voluntad del depositario.⁵³
60. Existen, asimismo, cuatro tipos de derechos subjetivos especialmente correlacionados: los **derechos del obligado** y los **derechos del pretensor**, por una parte, y los **derechos subjetivos dependientes** y los **derechos subjetivos independientes**.

^wIbid., p. 102.

["]Cf. *ibid.*, p. 68.

["] Entre otros autores que han criticado esta posición de Kelsen está H. L. A. Hart que, en un artículo ya clásico, ha escrito: *"El empeño en demostrar que las leyes que confieren derechos son en realidad meras estipulaciones condicionales de sanciones que han de imponerse, en último término, a la persona ligada por un deber jurídico caracteriza una gran parte de la obra de Kelsen. No obstante, propugnar esto equivale realmente a mostrar un dogmático afín de suprimir todo un aspecto del sistema legal en orden a mantener la teoría de que la estipulación de una sanción, como el mandato de Austin, representa la quinta esencia del Derecho. Se podría igualmente sostener la tesis de que las reglas del béisbol no son 'realmente' más que instrucciones condicionales complejas al marcador, y que esto define su naturaleza real y esencial"*. Véase del autor *"El positivismo y la independencia entre el Derecho y la moral"*, op. cit., pp. 42-43.

["] Cf. Eduardo García Máynez. *Introducción al estudio del Derecho*. Pomia. México. 1992, pp. 198-199.

por la otra. Verbigracia: *toda persona sobre la que recae un deber jurídico tiene el derecho de acatarlo* y cumplir con él, tal es el que tiene todo deudor de pagar lo debido; de la obligación de pagar se deriva el derecho de hacerlo. Estamos, por ello, ante un *derecho del obligado*, que es, a su vez, un *derecho subjetivo dependiente*, por basarse en un deber del titular. El derecho de propiedad, en cambio, es un *derecho del pretensor* característicamente *independiente*, por no fundarse en un deber o un derecho del titular.⁵⁴

61. García Máynez también se refiere, como Kelsen, a los *derechos subjetivos relativos* y *absolutos*. En los *relativos* la obligación correspondiente incumbe a uno o varios sujetos, individualmente considerados; en los *absolutos*, el deber correlativo es una obligación universal de respeto. Máynez alude a una clasificación más, que es por cierto paralela a la que distingue entre Derecho público y privado, a saber, la de las facultades que se derivan de una u otra clase de derecho objetivo: el *derecho subjetivo público* y el *derecho subjetivo privado*. Son *derechos subjetivos privados*, los *personales* o *de crédito* y los *reales*. Son *derechos subjetivos públicos* —dice García Máynez siguiendo a Jellinek— los *derechos de libertad*, las *facultades de pedir la intervención del Estado para provecho de intereses particulares* y los *derechos políticos*.⁵⁵
62. Respecto a esta última clasificación, cabe hacer un comentario adicional. El más típico ejemplo de los *derechos públicos subjetivos* es el de los *derechos fundamentales* plasmados en favor de las personas en la *Ley Suprema* de un Estado: la *Constitución*. Esta figura engloba las tres facultades señaladas por García Máynez e implica no sólo limitaciones o prohibiciones del Estado con respecto a los particulares, sino deberes de hacer muy específicos a cargo de éste en favor de aquéllos. Los *derechos fundamentales* son los *derechos humanos* o *del hombre* reconocidos por las instituciones jurídicas de un Estado a través de normas de derecho público, cuya violación otorga el derecho de exigirlos ante los tribunales del país en cuestión*.
63. Entre los *derechos humanos fundamentales* estarían los *derechos personales* y *de seguridad jurídica* (como el derecho a la vida, la integridad física, a la libre circulación, a la libertad de conciencia, de expresión, los derechos de audiencia y de legalidad, etcétera); los *cívico-políticos* (como el derecho al voto, de asociación con Jines políticos, el derecho a participar en los asuntos públicos, etcétera) y los *derechos económico-sociales* (como el derecho al trabajo, a la educación, a la seguridad social, etcétera). En el Derecho mexicano tales derechos se encuentran contenidos, principalmente, en las denominadas *garantías individuales y sociales* otorgadas por la *Constitución*.⁵⁷

⁵⁴ Cfr. *ibid.*, p. 204

⁵⁵ Cfr. *ibid.*, p. 201

* Ahora bien, los *derechos humanos* poseen un carácter multidimensional, se mueven teórica e históricamente en tres dimensiones conceptuales, a saber, la axiológica, la política y la jurídica. En tal virtud que los hemos definido como: "Aquellas exigencias éticas de importancia fundamental que se adscriben a toda persona humana, sin excepción, por razón de esa sola condición. Exigencias sustentadas en valores o principios que se han traducido históricamente en normas de Derecho nacional e internacional en cuanto parámetros de justicia y legitimidad política". Al efecto véase Mario I. Álvarez I. edesma. *Acercas del concepto 'derechos humanos'*. McGraw-Hill. México, 1997, p. 21

⁵⁷ Véase del capítulo anterior el punto 5.1 "Generalidades de la ley fundamental mexicana", para una explicación más detallada del contenido y alcances de las referidas garantías.

CUADRO 6.6 DERECHO SUBJETIVO Y DEBER JURÍDICO

Quizá los dos *conceptos jurídicos fundamentales más importantes* son el de derecho subjetivo y el de deber jurídico dado que constituyen la *razón de ser del concepto de persona jurídica*, pues al aludir a los derechos de que las personas son objeto se hace referencia específica a sus *derechos subjetivos*.

El derecho subjetivo es el derecho del sujeto es mi derecho, es el derecho de cada uno.

El derecho subjetivo *es facultad que dimana de la norma objetiva*. Cuando se afirma que *alguien es sujeto de derecho* lo que quiere decirse es *que ese alguien posee un derecho subjetivo* y poseer un derecho subjetivo significa, también, *reafirmar que la conducta de una persona es relevante para la norma jurídica*.

El que una conducta sea relevante para la norma jurídica significa que dicha norma autoriza o prescribe, entre otras acciones: *a hacer u omitir algo, o bien, a recibir algo de otra persona*.

El derecho subjetivo es, en síntesis, el facultamiento de conducta derivado de una norma de derecho objetivo.

El *facultamiento* contenido en el concepto de *derecho subjetivo* tiene un predicado muy diverso es, a veces, *un privilegio, a veces un permiso, otras una atribución*, lo cual depende del *tipo de relación jurídica a que dé origen la norma*.

Sin embargo, el concepto de *derecho subjetivo* no se comprende sin la idea de *deber jurídico*, ya que *afirmar que alguien tiene un derecho subjetivo significa, al mismo tiempo, señalar que alguien tiene a su cargo la satisfacción del contenido de esa facultad*.

El *carácter relacional* del Derecho puede resumirse en *situaciones jurídicas opuestas y correlativas*
En tal virtud...

El *deber jurídico* es la conducta jurídica *opuesta o correlativa* referida a un *derecho subjetivo*, consistente en el *hacer, dar u omitir de alguien en relación con el derecho subjetivo de otro*.

6.2.5 Sanción e ilícito

64. El concepto de **sanción** es para el Derecho de suma importancia. La heteronomía de la *sanción* pero, sobre todo, su **imposición coactiva** por una persona distinta al agente (la autoridad), es lo que más evidentemente diferencia al sistema jurídico tanto de la moral como de otros órdenes normativos. Gracias a lo analizado en la parte primera de este libro, resulta fácil *entender que las normas jurídicas se distinguen de otras porque cuentan con una garantía que asegura su cumplimiento*; esa garantía es la *coacción*. Por "**coacción**" entendemos, a su vez, *el empleo de la fuerza legitimada de la autoridad para asegurar el cumplimiento de las normas jurídicas*. Sin embargo, es erróneo *pretender identificar la coacción con la sanción*, por más que estén íntimamente unidas.
65. La *sanción es la pena o el castigo que establece un sistema jurídico para el supuesto de que se incumpla con lo dispuesto en una norma*. Ahora bien, la *sanción impuesta por el Derecho es obligatoria, es vinculante, no es potestativa, por ello puede, si es menester, aplicarse utilizando la fuerza*. Pero, si bien *la coacción es un elemento de eficacia con el que cuenta la sanción, pero no es la sanción*

misma. De hecho, otros sistemas normativos establecen sanciones, pero éstas no se aplican coercitivamente porque atenían contra la naturaleza del sistema en cuestión. Piénsese en el desprecio o la indiferencia social como sanción que sobreviene al incumplimiento de una regla de trato social o de moral positiva, o bien, en la condena moral o el acto de contrición para quien incumple con un precepto religioso (incluso en este caso tal pena puede ser impuesta por un tercero, el ministro del culto respectivo, pero no coactivamente).⁵¹¹

66. La sanción es una pena o un castigo, en breves términos, *un mal*, algo considerado nocivo o perjudicial para las personas. La sanción impuesta por el Derecho se traduce en males como la privación de la libertad, del patrimonio de las personas, de su capacidad para ejercitar ciertos actos jurídicos. Por lo tanto, *la sanción da lugar al nacimiento de ciertas consecuencias jurídicas derivadas del incumplimiento de lo prescrito en una norma jurídica.* Tales consecuencias son, como afirma correctamente Morineau: *el nacimiento de un nuevo deber, la modificación, la pérdida de un derecho*⁵⁹ o, agregamos nosotros, *la invalidez de un acto.* Verbigracia: sobre un deudor moroso recae, además de la obligación original (deber jurídico) de saldar la deuda principal, una nueva obligación (deber jurídico surgido del incumplimiento), a saber, la sanción consistente en pagar los intereses moratorios y los perjuicios que su mora hubiese ocasionado.⁶⁰
67. Ahora bien, es oportuno discriminar entre **obligación, sanción y coacción.** Aunque no todas las normas jurídicas implican una *sanción* si son todas *obligatorias*, en el sentido que vinculan jurídicamente, esto es, **no son potestativas.** Esta última circunstancia *es una característica de todo orden normativo jurídico*, esto es, el que se le considerase como lo debido. Lo cual como hemos reiterado, *no implica ninguna recomendación moral de obediencia.*
68. **El que las normas jurídicas sean obligatorias no implica que todas sean coactivas,** la coacción es una garantía propia del Derecho, en cuanto el aseguramiento que a ellas otorga el poder de la autoridad. Sin embargo, *la falta de sanción y coacción en algunas normas jurídicas no les quita tal carácter.* Así que, mientras la sanción es una consecuencia jurídica adversa al infractor, producto de su incumplimiento, *la coacción es la fuerza autorizada por el derecho para lograr la eficacia de la sanción.*⁶¹
69. En suma, **la sanción es la pena o castigo prescrito en una norma jurídica,** la cual *puede o no aplicarse coactivamente.* Es decir, que la existencia o potencialidad de la coacción no obsta para que, incluso cuando sea excepcional, *ciertas personas acepten voluntariamente la sanción a la que se hacen acreedoras* (por ejemplo, el delincuente que se entrega a las autoridades, o el deudor moroso que realiza su pago incluyendo los intereses moratorios). En tales casos, *la sanción se aplica sin hacer uso de la coacción.* Por otra parte, es perfectamente posible

⁵¹¹ En épocas pasadas, cuando el poder religioso eslababa confundido con el político o incluso hoy en los Estados élicos (Estados que protegen y propugnan por una religión oficial, como Irak), las sanciones aplicadas en virtud del incumplimiento de una norma religiosa son impuestas por la fuerza de la autoridad estatal

⁵⁹ Cfr. Oscar Morineau, *op. cit.*, p. 203

El secuestro de bienes, no el pago de una deuda, es en sí mismo la sanción, ejercitado por el poder coactivo de la autoridad para garantizar el cumplimiento de una obligación jurídica ya pactada. El secuestro de bienes priva al deudor del derecho de disponer de estos a efecto de garantizar su adeudo. Asimismo, los intereses moratorios son una sanción, un nuevo deber nacido del incumplimiento, ya que constituyen un plus o extra al pago originalmente previsto y que se aplican como castigo para el deudor incumplido.

⁶¹ Cfr. Oscar Morineau, *op. cit.*, p. 203.

que muchas personas no cumplan voluntariamente con sus obligaciones jurídicas sino hasta que son requeridas por la autoridad o advertidas de la sanción a que pueden hacerse acreedoras. Luego entonces, no en todos los casos de relaciones regidas por las normas jurídicas tiene que echarse mano de la sanción ni de la coacción.

70. Kn ciertas ocasiones, el acto antijurídico desemboca en la invalidez jurídica, es decir, en su nulidad absoluta o relativa, según sea el caso. Este supuesto procede cuando se realizan actos sin el cumplimiento puntual o contra lo prescrito para estos en la norma jurídica que los regula. La ley sanciona la ilicitud no reconociendo a dicho acto ningún efecto jurídico o efectos jurídicos plenos. **El no acceso a la garantía que para el cumplimiento de las normas jurídicas otorga el Derecho es uno, si no el más grave, de los resultados que provienen de la invalidez.** Así, la obligación surgida de ese acto ilícito no puede exigirse coactivamente. Verbigracia: si una persona no lleva a cabo la compraventa de un bien inmueble cumpliendo con las exigencias que marca la ley, dicha persona no podrá oponer su propiedad ante terceros. Si, por ejemplo, un contrato solemne, como el matrimonio, no es realizado con las formalidades exigidas por la ley, ese acto es inexistente jurídicamente, por lo tanto, sin consecuencias para el Derecho.
71. Cuando una persona contradice o viola una norma jurídica por su acción u omisión. voluntaria o involuntaria, se habla de **acto ilícito, acto antijurídico o delito.** Empero, no toda violación del Derecho desemboca, necesariamente, en una sanción. Para que ésta se dé habrá de estar estipulada en la norma violada o en una norma relacionada con ella. Es así como se cumple con una de las condiciones de la seguridad jurídica brindada por el Derecho. Dicho de otro modo, toda sanción tiene como presupuesto necesario un acto ilícito, antijurídico o delito. Sin embargo, el planteamiento contrario de la afirmación anterior no conduce a una conclusión correcta. De tal modo, si bien es cierto que toda sanción presupone un ilícito, no todo ilícito presupone una sanción. De tal guisa, hay normas jurídicas ausentes de pena o castigo en el supuesto de su incumplimiento.
72. Precisamente por ello es que Kelsen sostenía que una conducta es antijurídica no porque en sí misma lo sea, sino porque tal conducta es considerada así por el ordenamiento jurídico. "Es incorrecta la afirmación corriente —dice Kelsen— de acuerdo con la cual una cierta clase de conducta humana trae consigo una sanción jurídica porque tal conducta es antijurídica. Al revés: la conducta es antijurídica porque tiene como consecuencia una sanción."⁶⁵ En efecto, sólo las conductas de las que se ocupa el Derecho pueden llegar a constituir un ilícito y, según hemos entendido con el concepto de persona, hay ámbitos de la vida humana que le son normalmente indiferentes a las normas jurídicas.⁶⁴

⁶⁵ Niño aclara: "Igual que 'sanción', la palabra 'delito' no es de uso exclusivo del derecho penal. Junio al homicidio, el hurto, la violación (delitos penales) se encuentran hechos tales como el incumplimiento de un contrato o cualquier actividad que produzca un daño patrimonial, que son actos jurídicos o delitos para el derecho civil". Cabe hablar, entonces, de delitos penales y delitos civiles Véase Introducción al análisis ... op. cit., p. 173.

⁶⁴ Hans Kelsen. Teoría general de Derecho, op. cit., p. 60

⁶⁵ Kojina Villegas expresa textualmente: "Existe > debe haber un sector de la conducta en el cual el acto sea irrelevante para el derecho, de tal manera que no pueda enjuiciarse bajo ninguna de esas dos categorías (actos lícitos o ilícitos). quedando como una manifestación de conducta alíala o ajuridica. Si desde el punto de vista normativo no hay obstáculo para que el derecho pueda regular todas las manifestaciones de la actividad humana, en el plano axiológico es misión del turista defender ese territorio de la conducta, que debe estar vedado al derecho, porque cada espacio que logre someter a su imperio, es un trozo de libertad que se pierde " Véase Introducción al estudio ... op. cit., pp. 302-303.

73. Sin embargo, contrariamente a lo dicho por Kelsen, hemos afirmado que *no toda conducta antijurídica tiene como consecuencia una sanción. Existen normas ausentes de ella y no por ello éstas dejan de ser jurídicas ni el acto que las viola deja de ser antijurídico*. De allí la *doble exigencia* del principio *nulla poena sine lege, nullum crimen sine lege* ("no hay pena sin ley, ni delito sin ley").-En efecto, no hay pena o castigo sin ley que lo tipifique, pero tampoco hay acto antijurídico sin ley que así lo establezca previamente. En suma, la ley debe estipular tanto el delito o ilícito, como la pena o castigo que supone. *Toda sanción presupone un ilícito, pero no todo ilícito presupone necesariamente una sanción*.
74. El *ilícito* o *acto antijurídico* tiene una función singular en el Derecho, la de señalar y, en su caso, sancionar, aquellas conductas sociales que, de acuerdo con cada sistema normativo, *obstruyen la convivencia o cooperación social*. En consonancia con esta postura, Rojina Villegas señala: *"Si el derecho se presenta como el sistema que tiene por objeto prevenir o solucionar conflictos de intereses, es claro que el hecho ilícito signifique la situación indebida que en el orden legal se traduce en la violación de los derechos subjetivos de otro, o de los valores postulados por el derecho como esenciales para lograr la sinergia social"*.⁹⁵
75. En el Derecho mexicano, el *Código Civil Federal* en su artículo 1810, establece que un *hecho ilícito es aquel que resulta contrario a las leyes de orden público o las buenas costumbres*. Como puede verse, para el legislador no todos los hechos que van en contra de la ley son ilícitos, sino sólo los que infringen normas de *orden público* o las *buenas costumbres*. Lo pactado, por ejemplo, contra una disposición no taxativa no es ilícito, pues dicha norma sólo auxilia la voluntad omisa de las partes en un contrato. El *orden público*, según la doctrina, es *una situación social derivada del respeto a la legalidad*, por lo tanto, *las leyes de orden público son las leyes prohibitivas o preceptivas o taxativas que protegen el interés general*, es decir, *contra las cuales no puede haber pacto en contrario o que deben ser observadas siempre*. El artículo 8 del Código citado señala que: *"Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario"*.⁹⁶
76. Respecto del concepto *"buenas costumbres"* nos encontramos ante el típico ejemplo de expresiones de *"textura abierta"* que se hallan, necesaria e inevitablemente, en todo sistema jurídico y que ayudan al aplicador de la norma a adaptarla a las circunstancias cambiantes y dinámicas de las sociedades. Es obvio que este tipo de expresiones tienen un contenido vago y hasta ambiguo pero son imprescindibles al lenguaje del Derecho para comunicarse en forma comprensible con sus destinatarios. Huelga decir que lo prescrito por el Derecho, por mero sentido común, no puede ir en contra de las *"buenas costumbres"* prevalecientes en una sociedad en un momento histórico determinado. En cualquier caso, expresiones de este tipo pueden definirse en la propia ley para evitar problemas de seguridad jurídica.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 311.

⁹⁶ Los efectos de la ilicitud son diversos dependiendo del tipo de prohibición o prevención establecido en la ley. Al efecto consúltense de Ernesto Gutiérrez y González, *Derecho de las obligaciones*. Cajica. México. 1979. pp. 260-267.

CUADRO 6.7 SANCIÓN E ILÍCITO

- El concepto de **sanción** no es exclusivo del Derecho, si su *heteronomía*, es decir, su imposición coactiva por una persona distinta al agente (la autoridad).
- Sin embargo, *resulta equivocado pretender identificar la coacción con la sanción por más que estén íntimamente unidas.*
- *Sanción es la pena o el castigo que con carácter coercitivo establece un sistema jurídico para el supuesto de que se incumpla con lo dispuesto en una norma.*
- La **coacción jurídica** es, además de su característica heteronomía, otra de las singularidades de la sanción jurídica, esto es, *que puede aplicarse utilizando la fuerza.*
- **La coacción es un elemento de la sanción, pero no es la sanción misma.**
- *La sanción es, tradicionalmente considerada, una pena o castigo, un mal, algo visto como nocivo o perjudicial para las personas.*
- Son ejemplo de sanciones impuestas por el Derecho: la privación de la libertad, del patrimonio de las personas o de su capacidad para ejercitar ciertos actos jurídicos.

La sanción *da lugar al nacimiento de ciertas consecuencias jurídicas derivadas del incumplimiento de lo prescrito en una norma jurídica.* Tales consecuencias son: *el nacimiento de un nuevo deber, la modificación, la pérdida de un derecho o la invalidez del acto jurídico.*

Debe distinguirse entre obligatoriedad jurídica, sanción y coacción

- No todas las normas jurídicas implican una sanción pero si son todas obligatorias jurídicamente, es decir, son algo debido.*
 - El que las normas jurídicas sean obligatorias no implica que sean coactivas, la coacción es una garantía propia del Derecho, es el aseguramiento de su cumplimiento que a ellas otorga el poder de la autoridad.*
 - La coacción es la fuerza autorizada por el Derecho para lograr la eficacia de la sanción.*
 - La sanción es, tradicionalmente, la pena o castigo prescrito en una norma jurídica y que puede o no aplicarse coactivamente. Es decir, que la sanción puede aceptarse y cumplirse voluntariamente, o sea, sin hacer uso de la coacción.*
- **El acto antijurídico desemboca en una sanción singular: la invalidez jurídica del acto**, es decir, su nulidad absoluta o relativa, según sea el caso. La ley sanciona la ilicitud **no reconociendo al acto jurídico ningún efecto jurídico o efectos jurídicos plenos.** Así, por ejemplo, **la obligación surgida de un acto ilícito no puede exigirse coactivamente.**
 - La contradicción o violación de una norma jurídica por acción u omisión, voluntario o involuntario se denomina **acto ilícito, acto antijurídico o delito.**
 - **El delito es la acción u omisión típica, antijurídica, culpable y punible.**

Sin embargo, *no toda violación del Derecho desemboca, necesariamente, en una sanción* Para que la sanción opere ésta debe hallarse estipulada en la norma violada o en una norma relacionada con ella. De ese modo se cumple con el principio de **seguridad jurídica** que debe brindar el Derecho. En otras palabras:

- Toda sanción tiene como presupuesto necesario un acto ilícito, antijurídico o delito, pero no todo acto ilícito, antijurídico o delito presupone la sanción. Es decir...*
- si bien es cierto que toda sanción presupone un ilícito, no todo ilícito presupone una sanción. Por lo tanto...*
- hay normas jurídicas ausentes de pena o castigo en el supuesto de su incumplimiento*

Si bien **una conducta es antijurídica porque es así considerada por el Derecho**, no toda conducta antijurídica tiene como consecuencia una sanción.

De hecho existen en los distintos sistemas jurídicos *normas ausentes de sanción y no por ello dichas normas dejan de ser jurídicas ni el acto que las viola deja de ser antijurídico*.

Ésta es la razón de la *doble exigencia del principio nulla poena sine lege crimen sine lege* (no hay pena sin ley ni delito sin ley)...

Esto supone:

- a) **No hay pena o castigo sin ley que lo tipifique, pero...**
- b) **tampoco hay acto antijurídico sin ley que así lo establezca previamente. En suma...**
- c) **la ley debe estipular tanto el delito o ilícito como la pena o castigo que supone. Por lo tanto,**
- d) **toda sanción presupone un ilícito pero no todo ilícito presupone una sanción**

El *ilícito o acto antijurídico* tiene una (unción singular, la de señalar y, en su caso, sancionar, *aquellas conductas sociales que de acuerdo con cada sistema normativo, obstruyen la convivencia o cooperación social*.

6.2.6 Norma, supuesto, hecho jurídico y consecuencias normativas

77. Como sabemos, *el Derecho utiliza un lenguaje particular, el lenguaje normativo*. Este se halla directamente relacionado con la *función que el Derecho desempeña*, a saber, *regular ciertas manifestaciones de la conducta humana en sociedad*. La forma más precisa del lenguaje para ordenar y dirigir el comportamiento de las personas es el normativo, que constituye, a su vez, una de las formas del *lenguaje prescriptivo*.⁶¹

78. Respecto del *lenguaje prescriptivo o directivo* conviene anotar algunas de sus características.

- Las órdenes o directivas van *dirigidas a influir en la conducta de otra persona, el hecho de que no logren o logren su propósito no les quita tal carácter* (tal es el caso, por ejemplo, de la norma que ordena al deudor moroso su obligación de pagar los respectivos intereses moratorios);
- Sobre las oraciones directivas *no tiene sentido predicar su verdad o falsedad, sino su justicia o injusticia, si son adecuadas o no, racionales o arbitrarias* (Verbigracia: es justo, adecuado o racional cobrar intereses moratorios a los deudores que retardan su pago). Lo anterior, porque *la verdad o falsedad son calificativos reservados a las proposiciones que describen una relación entre cierto estado de cosas y la realidad* (verbigracia: El cielo está nublado; Juan es mexicano, etcétera).⁶⁸

79. Ahora bien, pueden distinguirse tres tipos de normas principales y tres secundarias. Son normas principales:

- Las *definitorias o determinativas* (establecen el modo de desarrollar una actividad, como las reglas del ajedrez);
- las *directivas o reglas técnicas* (indican un medio para alcanzar un fin); y
- las *prescripciones*, que, como sabemos, son el modo más característico, sino el

" En este punto seguiremos a G. H. von Wright, específicamente lo señalado en su libro *Norma y acción Una investigación lógica*, trad. Pedro García Perrero. Tecnos. Madrid. 1970 Véase también Carlos Santiago Niño. *Introducción al análisis...*, op. cit., pp. 63-95.

«* Idem

único, que adquieren las normas jurídicas. A su vez, son *características de las normas prescriptivas*:

m Emanan de una *autoridad normativa*;

- están destinadas a un agente, el *sujeto normativo*;
- deben ser *promulgadas* para hacerlas del conocimiento de su(s) destinatario(s), y
- gozan de una *sanción* o amenaza de castigo para dotarlas de efectividad.⁶⁹

80. Son **normas secundarias**:

- Las *normas ideales* (establecen las virtudes, el patrón o modelo de especie óptima dentro de una clase);
- las *costumbres* (aquellas conductas repetidas en una comunidad y tenidas como obligatorias por ésta);
- las *normas morales* (que, según sea la posición teórica que se adopte, son las que provienen de Dios; o bien, van dirigidas al perfeccionamiento del individuo, su felicidad o el bienestar de la sociedad).⁷⁰

81. Lo importante de esta clasificación de normas inspirada en von Wright, es comprender que el *Derecho, los sistemas u ordenamientos jurídicos, utilizan de hecho todos los tipos de normas, tanto principales como secundarias, para ordenar adecuada y eficientemente la conducta social*. Ejemplifiquemos enseguida las seis clases de normas citadas para efectos de su mejor comprensión.

82. El artículo 34 constitucional contiene un modelo arquetípico de **norma delictiva**, al determinar quiénes son ciudadanos mexicanos, cuando reza: "*Son ciudadanos de la República los varones y mujeres que, teniendo la calidad de mexicanos, reúnan, además, los siguientes requisitos: I. Haber cumplido 18 años, y II. Tener un modo honesto de vivir*".

83. Las **reglas técnicas o directivas** son normas que indican un medio para alcanzar un fin. Un típico ejemplo de ellas está contenido en el artículo 2536 del Código Civil para el Distrito Federal: "*Para que los dueños de establecimientos donde se reciben huéspedes sean responsables del dinero, valores u objetos de precio notoriamente elevado que introduzcan en esos establecimientos las personas que allí se alojen, es necesario que sean entregados en depósito a ellos o a sus empleados debidamente autorizados*". La regla técnica es la siguiente: si un huésped quiere responsabilizar a un posadero de su dinero u otros bienes (*fin*), debe entregarlos en depósito a éste (*medio*).

84. Un modelo característico de **norma prescriptiva** es la contenida en el artículo 69 del Código Civil antes citado: "*Se prohíbe absolutamente al juez del registro civil y a los testigos (sujetos normativos) que conforme al artículo 58 deben asistir al acto, hacer inquisición sobre la paternidad. En el acta sólo se expresará lo que deben declarar las personas que presenten al niño, aunque aparezcan sospechosas de falsedad: sin perjuicio de que ésta sea castigada conforme a las prescripciones del Código Penal*" (sanción).

85. Las **normas ideales**, según se anotó, establecen un paradigma a seguir. Ejemplo característico de este tipo de norma es el artículo 3o. constitucional que, en su primer párrafo, expresa: "*La educación que imparte el Estado —Federación, Estados, Municipios— tenderá a desarrollar armónicamente todas las facultades del*

^m *Idem.*

»*Ibid.*

ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la Patria y la conciencia de la solidaridad internacional en la independencia y en la justicia " (paradigma o ideal a seguir).

86. En el Derecho internacional, la **costumbre** es una de sus fuentes más importantes. Para el Derecho nacional ésta constituye normatividad relevante cuando, por *mandato expreso de la ley*, la norma consuetudinaria se convierte en fuente *supletoria*. Ejemplo de un reenvío a la **costumbre** como fuente supletoria es el señalado en el artículo 2607 del *Código Civil Federal*. Tal numeral, en su parte conducente, dispone: *"Cuando no hubiere habido convenio, los honorarios se regularán atendiendo juntamente a las costumbres del lugar, a la importancia de los trabajos prestados, a la del asunto o caso en que se prestaren, a las facultades pecuniarias del que recibe el servicio y a la reputación profesional que tenga adquirida el que lo ha prestado. Si los servicios prestados estuvieren regulados por arancel, éste servirá de norma para fijar el importe de los honorarios reclamados"*.
87. Hay arquetípicas **normas morales**, tal es el caso de aquellas que prescriben respecto a los padres y que se encuentran insertas en los ordenamientos jurídicos. Así, el artículo 411 del *Código Civil* para el Distrito Federal señala: *"En la relación entre ascendientes y descendientes debe imperar el respeto y la consideración mutuos, cualquiera que sea su estado, edad y condición "*.
88. Ahora bien, la doctrina tradicional utiliza algunos *conceptos jurídicos fundamentales* para referirse a la *estructura lógica particular de las normas jurídicas*, a saber, el *supuesto normativo*, el *hecho jurídico* y las *consecuencias normativas*. Analicemos brevemente cada uno de ellos.
89. Entiéndese por *supuesto normativo o jurídico el enunciado establecido en toda norma jurídica*. Dicho *enunciado* no es otra cosa que un *contenido normativo*, es decir, *aquellos datos jurídicos predeterminados que la norma informa, indica, prescribe o modela*. Estos datos son, como su nombre lo indica, las *suposiciones jurídicas* que hace la norma y que *pueden o no darse en la realidad*, como comprar, vender, privar de la vida a alguien, engañar, etcétera. Por lo tanto, el supuesto normativo puede consistir en *uno o varios hechos, actos o situaciones jurídicas contenidos en la norma de cuya realización depende el desencadenamiento de las consecuencias de derecho*.
90. El *hecho jurídico es la condición de aplicación de la norma*. Esto es, *la realización de un acontecimiento, de un acto o el surgimiento de una situación jurídica determinada que es requisito necesario para que la norma surta sus efectos*. No todos los hechos o actos humanos son jurídicos, para serlo *deben encontrarse previamente determinados en la norma de derecho*, es decir, *deben ser antes supuestos jurídicos*. A su vez, para que el contenido de la norma surta sus efectos, el *supuesto jurídico debe verse efectivamente realizado*, convertido en una situación de hecho. *El hecho jurídico es el acontecimiento o acontecimientos que tienen la virtud de realizar un supuesto jurídico."*
91. Por *consecuencias normativas* se entiende *los efectos jurídicos previstos por la norma de derecho, esto es, las situaciones jurídicas concretas que sobrevienen por virtud de la realización de los distintos supuestos previstos en las normas jurídicas*.¹² Tales consecuencias pueden ser *el nacimiento, la modificación o la extinción de un derecho subjetivo o de un deber jurídico* en sus distintas modalidades.

¹² Cfr. Rafael Rojina Villegas, *Introducción al estudio op. cit.*, p. 159.

¹³ *Ibid.*, p. 171.

Entre el supuesto y las consecuencias normativas existe una relación necesaria, por lo tanto, al actualizarse el supuesto gracias a la realización de un hecho (éste sí contingente), se producen, *ipso facto*, ciertos efectos jurídicos.

92. Ejemplifiquemos lo anterior con una norma de Derecho penal. El artículo 302 del Código Federal mexicano en la materia establece que *quien priva de la vida a otro comete el delito de homicidio*. El **supuesto normativo** estaría constituido por la conducta predeterminada declarativamente en la norma: *privar de la vida a un ser humano*. Esta es una situación supuesta que puede o no darse en la realidad. La **consecuencia normativa** es, en este caso, la tipificación de un delito, el de homicidio. Así, si alguien realiza efectivamente la acción supuesta (**hecho jurídico**), se convierte, consecuente y necesariamente, en un homicida. El homicidio es un acto antijurídico sancionado o castigado por el Derecho.
93. Otros ejemplos que nos permitirá distinguir los elementos típicos de la estructura lógica de la norma son los que enseguida se citan: "*La patria potestad sobre el hijo adoptivo (supuesto normativo), la ejercerán únicamente las personas que los adopten (consecuencia normativa)*" (artículo 419 del Código Civil Federal)', "*Los derechos y prerrogativas de los ciudadanos se suspenden (consecuencia normativa): I. Por falta de cumplimiento, sin causa justificada, de las obligaciones que impone el artículo 36⁷¹ (supuesto normativo). Esta suspensión durará un año y se impondrá además de las otras penas que por el mismo hecho señalare la ley (consecuencia normativa); II. Por estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a contar desde la fecha del auto de formal prisión (supuesto normativo) /.../*" (artículo 38 constitucional).

CUADRO 6.8 LA ESTRUCTURA LÓGICA DE LAS NORMAS JURÍDICAS: SUPUESTO NORMATIVO, HECHO JURÍDICO Y CONSECUENCIAS NORMATIVAS	
Supuesto normativo	El supuesto normativo o jurídico es el enunciado establecido en toda norma jurídica, es decir, su contenido normativo El contenido normativo son los datos predeterminados que la norma informa, indica, prescribe o modela Se trata, en suma, de las suposiciones jurídicas que pueden o no darse en la realidad (comprar, vender, privar de la vida a alguien, etcétera). <i>El supuesto normativo consiste en uno o varios hechos, actos o situaciones jurídicas supuestas por la norma de cuya realización depende el desencadenamiento de las consecuencias de derecho.</i>
Hecho jurídico	El hecho jurídico es la condición de aplicación de la norma Esta condición es la realización de un acontecimiento, de un acto o el surgimiento de una situación jurídica determinada en la norma de Derecho y que es requisito necesario para que la norma surta sus efectos. Los hechos o actos humanos son jurídicos sólo si se hallan previamente determinados en la norma de Derecho, es decir, deben ser antes supuestos jurídicos.

⁷¹ Ke/a el artículo 36 constitucional en sus partes conducentes: "*Son obligaciones del ciudadano de la República: I. Inscribirse en el catastro de la municipalidad, manifestando la propiedad que el mismo ciudadano tenga, la industria, profesión o trabajo de que subsista; así como también inscribirse en el Registro Nacional de Ciudadanos, en los términos que determinen*

Las consecuencias normativas son los efectos jurídicos previstos por la norma de Derecho. Esto es, las situaciones jurídicas concretas que sobrevienen por virtud de la realización de los distintos supuestos previstos en las normas jurídicas.

Consecuencias normativas Las consecuencias jurídicas pueden consistir: en el nacimiento, la modificación o la extinción de un derecho subjetivo o de un deber jurídico (efectos jurídicos).

i". wBfc^ps'^'» < Conviene precisar que entre el supuesto y las consecuencias jurídicas existe una relación necesaria. Mientras que entre el supuesto y el hecho jurídico existe una relación contingente.

Ejemplos

Artículo 419 del Código Civil Federal
 "La patria potestad sobre el hijo adoptivo.
 SUPUESTO NORMATIVO
 la ejercerán únicamente las personas que los adopten"
 CONSECUENCIA NORMATIVA

Artículo 38 constitucional

"Los derechos y prerrogativas de los ciudadanos se suspenden:
 CONSECUENCIA NORMATIVA
 I.- Por falta de cumplimiento sin causa justificada, de las obligaciones que imponen el artículo 36.
 SUPUESTO NORMATIVO
 Esta suspensión durará un año y se impondrá además de las otras penas que por el mismo hecho señalare la ley.
 CONSECUENCIA NORMATIVA
 II.- Por estar sujeto a proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a contar desde la fecha del auto de formal prisión /..."
 SUPUESTO NORMATIVO

94. Las normas jurídicas arriba ejemplificadas son las que Kelsen denomina *normas condicionales*, toda vez que las consecuencias normativas están supeditadas a la hipótesis o condición enunciada en el supuesto normativo. Las normas jurídicas generales, como las leyes, dice nuestro autor, son aquellas que suelen adoptar esta forma.⁴ Si volvemos a uno de los ejemplos podremos identificar dicha hipótesis: se suspenden los derechos y prerrogativas de los ciudadanos mexicanos (consecuencia normativa). si (hipótesis normativa) se incumplen las obligaciones del artículo 36 constitucional o se está sujeto a un delito que merezca pena corporal desde la fecha del auto de formal prisión (hipótesis normativa).
95. Existen, sin embargo, apunta también Kelsen, *normas jurídicas cuyas consecuencias normativas no están sujetas a ninguna condición o hipótesis*. Esas normas reciben el nombre de *incondicionales* o *categorías*.⁵ Así, por ejemplo, los artículos constitucionales 81 y 4o., en su parte conducente, respectivamente, ordenan: "La elección del Presidente será directa y en los términos que disponga la ley electo-

las leyes /.../. II. Alistarse en la Guardia Nacional; III. Votar en las elecciones populares en el distrito que le corresponda. IV. Desempeñar los cargos de elección popular de la Federación o de los Estados, que en ningún caso serán gratuitos, y V. Desempeñar los cargos concejiles del Municipio donde resida, las funciones electorales y las del jurado".

" Cfr Hans Kelsen. *Teoría general del Derecho* ... op. cit., p. 45.

" Idem

ral" "El varón y la mujer son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia".

96. Finalmente, conviene traer a colación una clasificación tanto de los *supuestos* como de los *hechos jurídicos* que es elucidadora no sólo para comprender mejor los elementos de la estructura lógica de las normas jurídicas, sino otros aspectos vinculados con los conceptos jurídicos fundamentales. En relación con los primeros, García Máynez⁶ se refiere a los *supuestos jurídicos simples* (compuestos de un único dato o hipótesis jurídica) y *complejos* (compuestos de dos o más supuestos simples). Alcanzar la mayoría de edad, por ejemplo, es un supuesto simple, basta el hecho de cumplir 18 años. El homicidio calificado, en cambio, se prevé en un supuesto complejo formado por varias hipótesis, a saber, el homicidio, la premeditación, la alevosía y la ventaja.
97. Máynez⁷ habla también de *hechos jurídicos independientes y dependientes*. Los primeros producen por sí mismos consecuencias de derecho, por ejemplo, un contrato de trabajo. Los segundos, requieren de otros hechos o actos jurídicos para producir tales consecuencias; verbigracia, el sólo hecho de que un trabajador sufra un accidente, no es condición suficiente para que esta eventualidad sea calificada jurídicamente como accidente de trabajo. Para que tal situación pueda generar responsabilidad al patrón, es menester un supuesto jurídico más, a saber, la existencia de una relación laboral entre el trabajador accidentado y dicho patrón.
98. García Máynez⁸ explica que la *eficacia de los hechos jurídicos*, es decir, las *consecuencias jurídicas que desencadenan, puede consistir en la creación de deberes y facultades*, estos hechos son entonces de *eficacia constitutiva*. Si lo que producen estos hechos es *modificar deberes y facultades*, la eficacia es *modificativa*, si lo provocado por éstos es *extinguir tales deberes y facultades*, la eficacia de tales hechos jurídicos es *resolutoria*.
99. En cuanto al tiempo o momento en que se da u opera la eficacia de los hechos jurídicos, éstos pueden ser de *eficacia inmediata* o de *eficacia diferida si ésta depende de un suceso futuro*. Pues bien, cuando el suceso futuro efectivamente va a suceder, la eficacia del hecho jurídico está sujeta a un término, v. gr., el 5 de mayo del año 2029. Contrariamente, si la eficacia del hecho jurídico está sujeta a un acontecimiento futuro contingente o incierto, estamos en presencia de una condición: v. gr., el que suceda un accidente, terremoto, huracán, se pueda levantar una cosecha, etcétera.
100. Se habla de un *término suspensivo cuando de un hecho jurídico futuro y cierto depende la constitución o modificación de los derechos y facultades*. Se califica de *término extintivo, cuando el acontecimiento futuro y cierto tiene una eficacia fatal para el acto, es decir, con él concluyen sus efectos jurídicos*. Por ejemplo, aquel contrato en que las partes acuerdan que no surtirá sus efectos, es decir, *que estarán en suspenso* hasta que no se llegue al año 2030. O bien, que los efectos jurídicos *concluirán* en tal fecha.⁹
101. La *condición*, o sea, el *acontecimiento futuro de realización incierta, puede suspender, modificar, extinguir o resolver el nacimiento de derechos y deberes ju-*

Cfr. Eduardo García Máynez, *Introducción al ... op. cu.*, pp. 176-177

⁶Idem.

⁷Eduardo García Máynez. *Introducción al ... op. cu.* pp. 178-179

⁸Idem

rúlicos. De (al manera, puede hablarse, en *función de su eficacia*, de **condición suspensiva, modificativa o resolutoria**, respectivamente. Véase a continuación el esquema que, para una mayor claridad, cita García Máynez.⁸⁰

ESQUEMA 6.1 HECHOS JURÍDICOS			
A) De eficacia inmediata	Constitutivos		
	Modificativos		
	Extintivos		
B) De eficacia diferida	a) Término	1. Suspensivo	Constitutivo
			Modificativo
	b) Condición	2. Final o extintivo	
		Suspensiva Modificativa Resolutoria	

102. García Máynez alude a la *clasificación de los hechos jurídicos atendiendo a su origen*. De acuerdo con tal criterio, los hechos pueden dividirse, por una parte, en:

- *Hechos jurídicos naturales o causales, cuando provienen del acaecer de un fenómeno de la naturaleza* (llover, la erupción de un volcán, un terremoto, etcétera); y, por otra, en
- *Hechos jurídicos humanos, voluntarios o actos jurídicos, los cuales tienen su génesis. precisamente, en la voluntad humana* (un contrato, un convenio, etcétera).

Ahora bien, los *actos jurídicos* se califican de:

- **actos lícitos** (si la finalidad práctica del mismo no coincide ni se opone a la consecuencia jurídica);
- **actos jurídicos en sentido estricto** (si la finalidad práctica coincide con el efecto jurídico); y
- **actos ilícitos, antijurídicos o delitos** (si entre la finalidad práctica y la consecuencia jurídica hay oposición).⁸¹

Por su importancia, dedicaremos el inciso siguiente a los *actos jurídicos*.

6.2.7 Acto jurídico

103. Siguiendo la clasificación anterior de los hechos jurídicos, podríamos definir al **acto jurídico como aquel hecho jurídico que tiene su origen en la voluntad humana**. En este mismo tenor, Rafael Rojina Villegas se refiere al *acto jurídico* como "una manifestación de voluntad que se hace con la intención de producir conse-

^m Eduardo (jarcia Máynez.. *Introducción al ...op cu.* p 179.
" *ibid.* p 181

cuencias de derecho, las cuales son reconocidas por el ordenamiento jurídico".

De todo lo cual se desprende que el aspecto más relevante de los hechos jurídicos llamados actos es la voluntad de que se produzcan consecuencias de derecho.

104. Pero, ¿hay manifestaciones de voluntad que no buscan consecuencias jurídicas? Así es. Existen hechos jurídicos derivados de la voluntad humana que producen consecuencias jurídicas no deseadas o ignoradas por la persona. Es decir, no existe la intención clara, tácita o expresa, de producir tales consecuencias. Tal es el caso de los hechos voluntarios lícitos o ilícitos, en los que la conducta humana produce consecuencias jurídicas por una acción conforme a derecho, o sea, lícita o, de plano, contraria a él, como resulta en los llamados delitos.
105. Un ejemplo típico de un hecho voluntario lícito en el que no es la intención de su autor producir consecuencias de derecho, es el de la *gestión de negocios*. Supuesto que se da cuando una persona voluntariamente, sin una causa previa, acuerdo o mandato legal, atiende un negocio ajeno. Dicha persona en virtud de tal acción desencadena consecuencias jurídicas inimaginadas o, en su caso, no deseadas, como son las de estar obligado a atender el negocio hasta no concluir su gestión o hasta que el dueño lo releve de tal obligación, y actuar en sintonía con los intereses del dueño. Esta figura está regulada por el artículo 1896 del Código Civil Federal en estos términos: "El que sin mandato y sin estar obligado a ello se encarga de un asunto de otro, debe obrar conforme a los intereses del dueño del negocio".
106. Los hechos voluntarios ilícitos se producen cuando la acción o inacción de la persona es contraria a una norma jurídica, como es el caso de los delitos. Estos producen, efectivamente, consecuencias jurídicas normalmente no deseadas por el autor de la acción, como pueden ser la obligación de indemnizar los daños producidos y/o recibir una sanción corporal, como en el caso de un delito penal, por ejemplo, el robo, consecuencia esta última que no sólo no es deseada sino que incluso busca ser evitada.
107. El delito puede definirse, de modo generalmente aceptado por los penalistas, como la acción u omisión típica, antijurídica, culpable y punible.** En efecto, el delito corresponde a una doble perspectiva: de una parte, es un juicio de desvalor que recae sobre un hecho o acto humano, al que se le conoce como injusto o anti-juridicidad (es decir, la reprobación de ese acto por el Derecho, pues estamos, precisamente, ante un ilícito); y de la otra, el delito se presenta como un juicio de desvalor que se hace sobre el autor de ese hecho, esto es, la llamada culpabilidad o atribución de ese hecho injusto a su autor.**
108. Básicamente, se puede entender, por cada uno de los elementos que necesariamente debe conllevar una conducta para ser delictiva, lo siguiente: acción (un comportamiento activo de la voluntad humana dirigido a un fin ilícito cometido por una persona física, pues las personas morales no pueden ser responsables de delitos)', u omisión (el que la persona física no haya realizado la acción que estaba en situación de poder hacer)', típica (esto es, que lo hecho u omitido por la persona en cuestión coincida exactamente con la descripción que de ese hecho hace la ley penal, a fin de respetar el principio de legalidad); antijurídica (es decir, que la acción o la omisión merezca un juicio negativo de valor que recaiga sobre un comportamiento humano, dado que vulneró la sinergia social al afectar, a veces

*• Rafael Kojma Villegas, *Compendio de derecho civil. Introducción, personas y familia*. 1.1. Pomía, México. 1979. p. 115

" Véase Francisco Muñoz Conde. *Teoría general del delito*. Temis. Bogotá. 2004. pp. 1-5.

* *Ibid.* p. 4.

irremediamente, los valores superiores amparados por el Derecho); y *culpable* (porque el autor de la acción o la omisión reúne las condiciones y facultades psíquicas y sociales que permiten atribuirle la comisión del delito)."

109. Finalmente, los *actos jurídicos en sentido estricto*, aquellos en los que coincide la finalidad práctica con la consecuencia jurídica, tienen como característica *sine qua non*, la de ser manifestaciones de voluntad cuyo *objetivo es producir consecuencias de derecho*, para lo cual resulta menester que exista la norma jurídica que valide tal conducta, es decir, que prevea las consecuencias normativas buscadas. Como sabemos, hay conductas humanas que son irrelevantes para el Derecho. Los actos jurídicos para existir plenamente demandan dos tipos de elementos constitutivos, los *esenciales* y los de *validez*. Analicemos sucintamente unos y otros.

110. Se consideran *elementos esenciales o de existencia del acto jurídico* los siguientes: *una manifestación de voluntad*, ya expresa, ya tácita; un *objeto física y jurídicamente posible*, a más de que *la norma jurídica reconozca los efectos deseados*. La falta de cualquiera de estos elementos genera, como su nombre indica, *que el acto no exista o nazca para el Derecho*. El acto pudo haberse dado fácticamente, pero para el mundo jurídico es *inexistente*.

111. La *manifestación de voluntad*, como elemento de existencia de los actos jurídicos, puede darse en dos formas, *tácita* o *expresa*. La voluntad es *expresa* cuando utiliza para manifestarse cualquier forma del lenguaje: oral, escrito o mimico. Es *tácita* si se desprende de hechos u omisiones que de manera necesaria e indubitable revelan un determinado propósito, aunque la voluntad del autor del acto no se exteriorice a través del lenguaje. Verbigracia si una persona responde, ante la pregunta que otro le hace sobre su deseo de comprar una casa, pronunciando la palabra sí, o mueve la cabeza en sentido afirmativo, la manifestación de voluntad es *expresa*. En cambio, si esa misma persona, en lugar de contestar nada paga la cantidad en que es valuado el inmueble, la manifestación es *tácita*.

112. Cabe distinguir entre el *objeto directo* y el *indirecto* de un acto jurídico. Por *objeto directo* debemos entender el *propósito jurídico* de la manifestación de la voluntad del autor del acto, esto es, *crear, transmitir, modificar o extinguir derechos u obligaciones*. Por *objeto indirecto* la cosa física o el hecho materia del convenio.¹⁶ Verbigracia en un contrato de compraventa de una casa, el objeto directo del acto jurídico es la transmisión de la propiedad de esa casa, mientras el indirecto es la casa misma en cuanto bien inmueble.

II V Ahora bien, tanto el *objeto directo* como el *indirecto* deben ser *jurídicamente posibles*, es decir, no deben ser ilícitos o contrarios a derecho. En cuanto al *objeto indirecto*, éste debe existir en la naturaleza, ser físicamente posible, poder determinarse en cuanto a su especie y estar en el comercio. Así, por ejemplo, es inexistente para el derecho un contrato que tenga por objeto la venta de un pegaso o de un unicornio, o de un monumento histórico que pertenezca al patrimonio de la nación. Los objetos pueden, entonces, estar fuera del comercio por su naturaleza o por disposición de la ley aunque sean físicamente posibles o determinables.

Cfr. *Idem*

Rojina Villegas apiiia sobre el objeto indirecto de las obligaciones que: "...éste no se presenta en la totalidad de los actos jurídicos: es sobre unto en los contratos v en los convenios en donde lo encontramos. El objeto directo en los convenios es crear, transmitir, modificar o extinguir derechos u obligaciones v el indirecto consiste en la cosa o en el hecho materia del contrato. De lal manera que un contrato crea obligaciones que pueden ser de dar, hacer o no hacer, v así cada obligación nene su objeto. Este objeto directo de las obligaciones es el objeto indirecto del contrato. Las consecuencias del contrato

114. Es el último elemento de existencia *el que las consecuencias deseadas o buscadas por la manifestación de voluntad estén contempladas en una norma jurídica*. Ello significa que la voluntad o conducta humana, objeto del acto, debe ser, a su vez, *objeto del derecho*. No basta pues el exclusivo deseo de producir consecuencias de derecho, éstas deben hallarse previstas, necesariamente, en un supuesto normativo. Es obvio que haya conductas humanas que se encuentren fuera de la órbita de lo jurídico. Rojina Villegas señala al respecto que: *"Si la norma jurídica no reconoce una cierta manifestación de voluntad, no hay acto jurídico por falta de objeto para producir consecuencias de derecho que estén amparadas en el ordenamiento. Si todas las manifestaciones fueren amparadas por el ordenamiento, el derecho estaría al servicio de los caprichos de los particulares"*.^{M 87}

115. Se consideran *elementos de validez de los actos jurídicos* los siguientes:

- Que el acto tenga un *fin, motivo, objeto y condición lícitos*-,
- que la *voluntad se exteriorice de acuerdo con las formas legales*,
- que la *voluntad se exprese sin vicio alguno*, y
- que la *voluntad se otorgue por persona capaz*.

116. En otras palabras, para que un acto jurídico no esté afectado en su *validez*, éste debe ser:

- *lícito* no contrario a las leyes de orden público o las buenas costumbres,
- *cumplir, si la ley lo requiere, con ciertas formalidades*, o sea, que el acto se lleve a cabo por escrito o ante un funcionario determinado, como es el caso de los actos solemnes;"
- *sin error* (una falsa apreciación de la realidad), *dolo* (maquinación o artificio que induce al error); *mala fe* (disimulación de un error); *violencia* (que es la coacción de la voluntad por una fuerza física, la privación de la libertad; o por medio de amenazas que importen un peligro); *lesión* (desproporción en las prestaciones) y *otorgado por persona capaz*.

117. Si el acto jurídico *está afectado en alguno de sus elementos de validez* dicho acto se reputa como *nulo*. La *nulidad* puede ser *absoluta o relativa*. La *absoluta* impide que el acto surta ningún efecto jurídico y *se produce cuando dicho acto va en contra de la prohibición de una ley imperativa o prohibitiva, una ley de orden público*. El acto no genera efecto jurídico alguno y el juez sólo se limita, como en el caso de la inexistencia, a constatarla. Esta nulidad puede invocarla toda persona interesada. La *nulidad relativa*, en cambio, *surge por violación de una norma establecida en favor de persona determinada*. El acto, en este caso, sí produce efectos jurídicos hasta en tanto el juez no decreta la nulidad y destruya sus efectos en forma retroactiva; puede invocarla sólo la persona en cuyo interés establece la ley tal nulidad.

6.2.8 Conceptos jurídicos complementarios

118. Toca ahora su turno al análisis de *conceptos* que si bien resultan dependientes de los fundamentales para ser definidos, son sumamente importantes para poder llevar

Je compraventa, por ejemplo, recaen sobre una cosa que constituye el objeto indirecto del contrato y el directo de la obligación creada por el mismo". Véase Derecho civil mexicano. 1.1. Porrúa. México, 1975, pp. 332-333.

" Rafael Rojina Villegas, *Compendio de derecho civil...*, op. cit., p. 121.

TM *la solemnidad* es un elemento de validez elevado a elemento de existencia. Por ejemplo, si el matrimonio no se realiza con las formalidades prescritas y ante un funcionario especial, un Juez del Registro Civil, el acto es inexistente para el Derecho

a cabo una descripción más detallada y técnica de los fenómenos jurídicos. Ha de subrayarse, además, que *la aplicación de estos otros conceptos está más vinculada con materias específicas de la Dogmática jurídica* (Derecho civil, mercantil, penal, procesal, etcétera) *que con la Teoría General del Derecho*. Aquí aludiremos a ellos de modo *comparativo*, es decir, contrastándolos con los conceptos jurídicos fundamentales estudiados antes, a efecto de captar sus diferencias y su *complementariedad*, lo cual permitirá precisar el uso y más correcta aplicación de unos y otros.

6.2.8.1 COMPETENCIA

119. El concepto de **competencia jurídica** no se explica sin la comprensión previa de los predicados de *persona* y *capacidad jurídicas*. Veamos: la **persona jurídica**, según se mencionó, es el sujeto de derechos y deberes jurídicos. Desde el momento en que el Derecho así lo regula, el ser humano o el grupo de seres humanos unidos, de modo más o menos permanente con una finalidad común, se convierten en entes de imputación y, consecuentemente, con *capacidad*. La idea de **competencia** es, pues, un concepto similar en contenido al de **capacidad** pero con un alcance distinto, cuyo uso es recurrente en el Derecho procesal y, en general, en las materias de Derecho público.
120. Se entiende por *competencia*, según Cipriano Gómez Lara, "...el ámbito, esfera o campo, dentro del cual un órgano de autoridad puede desempeñar válidamente sus atribuciones y funciones". Así, mientras la *capacidad* es un concepto referido a las personas jurídicas individuales y colectivas, la *competencia* alude exclusivamente a un tipo de las segundas, es decir, la *autoridad*. De hecho, la Constitución mexicana en su artículo 16, parte conducente, señala: "Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente..." Ésta es la garantía que otorga la *Ley Suprema* a los gobernados a efecto de que cualquier acto de autoridad ya legislativa, ya ejecutiva, ya judicial que genere una molestia en la esfera jurídica del gobernado, *deba provenir de autoridad competente*, esto es, gozar de potestad jurídica para poder producir dicha afectación lícitamente. En caso contrario, *el acto de autoridad será inconstitucional por provenir de autoridad incompetente*, es decir, por haber actuado sin facultades o fuera del ámbito atributivo o funcional que le otorga la ley.^{1*}
121. En un sentido más restringido, a nivel de *Derecho procesal*, la *competencia* es el poder o facultad otorgado a un órgano jurisdiccional para entender de un determinado asunto. Conviene, asimismo, discriminar entre *competencia* y *jurisdicción*, esta última es una potestad o función soberana del Estado para decir el Derecho, para juzgar. La *competencia* es el ámbito de validez de la misma, un límite a la *jurisdicción*, ya que, por ejemplo, todo órgano jurisdiccional (un tribunal) posee la capacidad de decir el derecho, pero no necesariamente es competente. Además, no cualquier órgano, aun competente, puede ejercer su jurisdicción si no conoce de un asunto.⁹¹
122. Llámase *objetiva* a la *competencia* cuando se refiere a la potestad del órgano o la autoridad, con independencia de quien sea su titular. Asimismo, se califica de

⁹¹ Cipriano Gómez Lara. *Teoría general del proceso*. UNAM. México, 1980. p. 155

^{*} Cfr. *idem*.

⁹¹ *Idem*.

subjetiva a la *competencia*, cuando alude a la persona física concreta. Un órgano puede ser, por ejemplo, objetivamente competente, pero no serlo subjetivamente, en el supuesto de que un juez, por gozar de algún vínculo o parentesco con una de las partes en un juicio, se vea impedido de actuar imparcialmente.

123. La *competencia objetiva*, a su vez, puede determinarse, entre otros, mediante cuatro criterios básicos: la *materia* (el tipo de normas de que se ocupa, federales, locales, civiles o penales, verbigracia); el *grado* (la jerarquía o instancia de los asuntos de que se hace cargo un tribunal, primera, segunda, etcétera); el *territorio* (que asigna la competencia en función de la división geográfica del trabajo, partidos judiciales, distritos, etcétera); y la *cuantía o importancia del asunto* (es decir, la magnitud de lo juzgado en términos monetarios o la trascendencia de los derechos en disputa).⁹²

6.2.8.2 OBLIGACIÓN

124. Otro concepto jurídico de suma importancia es el de **obligación jurídica**, el cual no puede definirse ni comprenderse sin el análisis previo de un concepto jurídico fundamental, el de **deber jurídico**. Efectivamente, *la obligación es un tipo o especie de deber jurídico*, por ello Ernesto Gutiérrez y González afirma: "*...si el género es el deber jurídico, y la obligación una especie, entonces toda obligación es un deber, pero no todo deber jurídico es una obligación*".⁹¹ Expliquemos esta situación.

125. Sabemos ya que el *deber jurídico* es la conducta *correlativa u opuesta* al *derecho subjetivo* y que, según sea, consiste en un dar, hacer, no hacer u omitir. Pues bien, *la obligación es el deber jurídico que constriñe a una persona, llamada deudor, a cumplir con una prestación de carácter patrimonial (pecuniaria o moral), en favor de otro sujeto que eventualmente puede llegar a existir o que ya existe, llamado acreedor, quien posee respecto del primero un derecho de crédito convencional o indemnizatorio*.⁹⁴ Si recordamos la distinción que hace Hohfeld entre opuesto jurídico y correlativo jurídico entenderemos a cabalidad que la obligación jurídica es el deber jurídico que resulta de una relación *correlativa*, mientras que del opuesto jurídico sólo puede surgir un deber puro y simple, pues la relación jurídica que de ahí se deriva es sólo *relativa*, es decir, *no existe analogía entre derechos y deberes*.⁹⁵

⁹¹ Cipriano Gómez Lara. *Teoría general del proceso*, pp 156-161

Ernesto Gutiérrez y González. *Derecho de las obligaciones*, op. cu . p 24

⁹⁴ Cfr *ibid.*. y Manuel Borja Sonano. *Teoría general de las obligaciones*. Porrúa. México. 1982. pp 69-76

⁹⁵ Los siguientes ejemplos ayudarán a aclarar las cosas, veamos entre un comprador y un vendedor la relación jurídica es claramente correlativa, es decir, existe una reciprocidad en las prestaciones, más concretamente, hay una analogía entre las mismas. Así. el comprador tiene la obligación (el deber jurídico) de pagar y el derecho a que se le transmita la cosa objeto del contrato y su propiedad. El vendedor, por su parte, tiene la obligación (el deber jurídico) de transmitir la propiedad y la posesión del objeto del contrato, pero tiene, al mismo tiempo, el derecho de que se le pague. Ambas partes poseen derechos y deberes recíprocos, o sea. correlativos. En cambio, entre quienes se hallan no en una situación jurídica correlativa sino opuesta, la analogía de derechos y deberes no se da. Así. el propietario de un objeto goza de un derecho subjetivo, quienes no son propietarios de ese bien, es decir, todos los demás, se encuentran en el opuesto jurídico, es decir, en el no-derecho. no son propietarios de ese bien. Pero., existe relación jurídica alguna entre el propietario y los terceros, es decir, todos los demás? Sí. hay una relación jurídica, aunque ésta es relativa no correlativa, el propietario goza de una sene de facultades que le otorga tal calidad, los demás en relación a ese propietario y su derecho subjetivo tienen un deber jurídico, simple y llano, de respeto a ese derecho, es decir, no tienen ninguna obligación jurídica. A su vez, el propietario tiene ante los terceros, quienes se ubican en el opuesto jurídico, un deber jurídico, a saber, el de ejercer su derecho de propiedad sin dañar los derechos subjetivos de los otros, o sea, ostenta ante los demás un deber jurídico relativo, no una obligación.

126. En consecuencia, *sólo la obligación jurídica implica necesariamente la existencia de un deudor en quien recae un deber jurídico específico* (una prestación patrimonial), *que es el correlativo derecho de crédito en favor del acreedor*. Este **derecho de crédito** puede provenir de la *violación de un deber jurídico por causa de un hecho ilícito* (como dañar la propiedad privada de una persona), en cuyo caso el afectado tiene derecho a una **indemnización** (que será *obligación* del deudor pagar), o *del acuerdo de voluntades que surja de un contrato*, por virtud del cual un deudor se *obliga*. respecto de un acreedor específico, a pagar una cantidad de dinero a cambio de un servicio o de la entrega de una cosa.⁹⁶
127. Las *obligaciones jurídicas* se producen tanto en el ámbito del *Derecho interno de cada país* como en el del *Derecho internacional*⁹⁷ En el primer caso, la *fuentes de las obligaciones* son dos principalmente: los *convenios* (y de ellos en especial los contratos, que es una especie de convenio) y los *hechos ilícitos* (un delito civil o penal). Sin embargo, son también fuente de aquéllas: los *actos unilaterales de voluntad* (como el testamento, la remisión de deuda o la declaración unilateral de voluntad) y los *hechos jurídicos naturales*. En el caso del *Derecho internacional*, dichas obligaciones pueden provenir de un *tratado internacional** o de un *ilícito o delito internacional* (violación de un tratado o del *ius cogens internacional*).
128. Se ha hecho alusión a otro concepto jurídico complementario muy importante, el de **indemnización**. Cuando las obligaciones o los deberes se incumplen, la causa de tal incumplimiento es generalmente, como sabemos, una conducta ilícita. Dicha conducta genera un *daño*, altera la situación jurídica de una persona. La *indemnización* es, precisamente, *la obligación que surge como consecuencia de esa conducta ilícita a cargo del infractor, y por lo tanto deudor, de volver la situación jurídica afectada a su estado original*. Así, por ejemplo, si una persona daña la propiedad privada de otro, la primera debe indemnizar a la segunda. Si un Estado incumple un tratado internacional incurre en una obligación jurídica internacional y podría ser constreñido, según sea el caso y las circunstancias, al pago de la indemnización correspondiente a la persona afectada, esto es, otro Estado, o bien, una persona física (por ejemplo, un ciudadano cuyos derechos humanos fueron violados).
129. Sin embargo, hay obligaciones que nacen sin la *participación de la voluntad humana para producir un ilícito*, sea por una acción una omisión o negligencia, sino que nacen de la *peligrosidad intrínseca* de ciertos objetos que, como analizaremos más adelante, *son considerados peligrosos en sí mismos*. Si éstos producen un *daño* a alguien, independientemente de la falta de voluntad de su propietario o poseedor, *se genera también en favor del afectado un derecho indemnizatorio* y, a cargo del poseedor del objeto peligroso, *la obligación de volver las cosas al estado en que originalmente se encontraban*. Piénsese, verbigracia, en una persona que

* Cfr. Ernesto Gutiérrez y González. *Derecho de las obligaciones*, op. cit., pp. 40-42.

⁹⁶ Ibid., p. 49.

Remiro Brotons ha escrito que "El tratado es una manifestación de voluntades concordantes de la que se deducen obligaciones y derechos para las partes según las reglas del Derecho Internacional. Insistir en este aspecto de la definición del tratado -su virtualidad generadora de obligaciones jurídicas- no es, sin embargo, una manía erudita en una época en la que, del ámbito estrictamente político al económico, aumentan el número y la frecuencia de los acuerdos entre sujetos de Derecho Internacional que determinan, a lo sumo, el nacimiento de obligaciones no jurídicas entre las partes.

⁹⁷ I Ciertamente, el incumplimiento de la obligación jurídica, a diferencia de lo que ocurre con la que no lo es, desata la responsabilidad internacional del infractor y posibilita el planteamiento de la reclamación correspondiente". Véase Antonio Remiro Brotons. *Derecho Internacional Público*. Editorial Tecnos. Madrid, 1987. p. 32.

posee una bodega con dinamita o con sustancias químicas inflamables cuya explosión afecta la propiedad de sus vecinos; el primero, obviamente, está obligado a indemnizar a los segundos. Igualmente, considérese la responsabilidad internacional en la que incurre un Estado que hace uso de energía atómica, por ejemplo, y las obligaciones indemnizatorias que deberá asumir en el caso de contaminación radiactiva en perjuicio de otros Estados.

130. *¿Qué sucede si resulta imposible volver la situación jurídica afectada a su estado original?* Tanto a nivel internacional como nacional procede el llamado *pago de daños* y, en su caso, de *perjuicios*. El Derecho mexicano establece que: *"La reparación del daño debe consistir a elección del ofendido en el restablecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o en el pago de daños y perjuicios"* (artículo 1915 del Código Civil Federal). Por *"daños"* se entiende la cantidad en dinero con que un deudor deberá indemnizar al afectado ante la imposibilidad de volver las cosas al estado en que se encontraban. Reza el artículo 2108 del ordenamiento previamente citado: *"Se entiende por daños la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta del cumplimiento de una obligación"*.
131. En ciertos casos, el acto ilícito no sólo engendra un daño, sino también un *perjuicio*. *"Se reputa perjuicio —define el artículo 2109 del Código Civil Federal— la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación."* Para que el deudor pueda exigir el pago de *perjuicios* ha de demostrarse que éstos son **consecuencia inmediata y directa** del ilícito. Por ello preceptúa la ley: *"Los daños y perjuicios deben ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse"* (artículo 2110 del Código Civil Federal).
132. *Ilustremos lo anterior:* Supóngase el caso de una persona, poseedora de un boleto de avión para un X lugar que, por el error administrativo de la aerolínea de pasajeros con quien contrató el servicio de transporte, no puede llegar a su destino. La empresa está obligada a entregar a la persona afectada otro boleto de avión (*indemnización*) o, en su defecto, reintegrarle la cantidad en dinero equivalente al costo de dicho boleto (*daños*). Si además, la persona en cuestión, dejó de recibir el pago los honorarios profesionales que ganaría por el trabajo a cumplir en la ciudad hacia la cual se dirigía, la línea aérea deberá también cubrirle tal cantidad en calidad de *perjuicios*, pues se trataba de una ganancia lícita que el pasajero debía de haber obtenido si la obligación de la empresa transportista se hubiera cumplido.

6.2.8.3 Responsabilidad

133. Relacionado íntimamente con los conceptos de *capacidad*, *obligación*, *sanción e ilícito* tenemos el de **responsabilidad jurídica** que, como se deduce de lo arriba expresado, *puede darse tanto en el ámbito de Derecho nacional como internacional*. El de *responsabilidad*, sin embargo, no es un concepto unívoco sino que posee diversas acepciones. Para empezar, cabe decir que el *Diccionario de la lengua española* establece dos acepciones generales y alude a la *responsabilidad* en sentido *jurídico* y en sentido *moral*, sin que ello implique que no existan otros sentidos de dicha palabra.
134. Veamos: **responsabilidad jurídica** significa *deuda, obligación de reparar y satisfacer por sí o por otro a consecuencia de delito, de una culpa o de otra causa legal*; **responsabilidad moral** es el cargo u obligación moral que resulta para uno del

*posible yerro en cosa o asunto determinado.*TM En ambos casos, la idea básica es la siguiente: *la responsabilidad es la obligación, ya jurídica, ya moral, que recae sobre las personas.*

135. Excepcionalmente las normas jurídicas se ocupan del daño moral, como sucede en el Derecho mexicano, en los términos del artículo 1916 del Código Civil Federal. Según la ley mexicana, por daño moral se entiende "...la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físico, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas". En el supuesto de un hecho ilícito, el responsable del daño moral tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero,"* ello con independencia de la responsabilidad que proceda por la violación, que también se haya derivado del hecho ilícito, de un contrato u otras fuentes de obligaciones civiles.
136. Tiene también obligación de reparar el *daño moral* quien incurra en *responsabilidad objetiva* (un patrón en caso de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, o quien sea propietario de un objeto o substancias peligrosas en sí mismos), así como el Estado y sus servidores públicos. No está, en cambio, obligado a la reparación del daño moral, dice el artículo 1916 bis del Código Civil Federal: "...quien ejerza sus derechos de opinión, crítica, expresión e información, en los términos y con las limitaciones de los artículos 6o. y 7o. de la Constitución General de la República".¹⁰¹
137. En relación con los incapaces, la responsabilidad jurídica funciona, en principio, como la capacidad de obligarse. Así, cuando la asignación de un derecho a quien tiene limitada o afectada su capacidad de ejercicio implique el cumplimiento de un deber o de una obligación, éste se substanciará por vía de su representante legal, es decir, quien le auxilia a suplir su incapacidad de ejercicio. De igual manera, "Los que ejerzan la patria potestad —dice el Código Civil Federal en su artículo 1919—, tienen obligación de responder de los daños y perjuicios causados por los

" Martín Alonso. *Enciclopedia del idioma*, t. III. op. cit., p. 3605.

"" Indican, textualmente, respecto de la indemnización por daño moral, en sus partes conducentes, el artículo 1916 del Código Civil Federal: "El monto de la indemnización lo determinará el juez tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso. Cuando el daño moral haya afectado a la víctima en su decoro, honor, reputación o consideración, el juez ordenará, a petición de ésta y con cargo al responsable, la publicación de un extracto de la sentencia que refleje adecuadamente la naturaleza y alcance de la misma, a través de los medios informativos que considere convenientes. En los casos en que el daño derive de un acto que haya tenido difusión en los medios informativos, el juez ordenará que los mismos den publicidad al extracto de la sentencia, con la misma relevancia que hubiere tenido la difusión original"

"" Los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos regulan, respectivamente, la libertad de expresión y la libertad de prensa, en estos términos: Artículo 6o. "La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito o perturbe el orden público: el derecho a la información será garantizado por el Estado " Artículo 7o.- "Es inviolable la libertad de escribir y publicar escritos sobre cualquier materia. Ninguna ley ni autoridad puede establecer la previa censura, ni exigir fianza a los autores o impresores, ni coartar la libertad de imprenta, que no tiene más límites que el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública. En ningún caso podrá secuestrarse la imprenta como instrumento del delito. Las leyes orgánicas dictarán cuantas disposiciones sean necesarias para evitar que so pretexto de las denuncias por delitos de prensa, sean encarcelados los expendedores papeleros ", operarios y demás empleados del establecimiento de donde haya salido el escrito denunciado, a menos que se demuestre previamente la responsabilidad de aquéllos ".

actos de los menores que estén bajo su poder v que habiten con ellos".¹⁰³ Sin embargo, en atención al tenor de los artículos 1911 y 1922 del mismo *Código Civil*, *el incapaz que cause daño debe repararlo, si las personas de él encargadas prueban que les ha sido imposible evitarlo*.

138. En principio sólo el individuo y sólo él es responsable de sus actos o de sus omisiones. No puede hablarse de responsabilidad jurídica "de las cosas" o de los animales (seres semovientes, como los denomina el lenguaje del Derecho), sino de quienes son sus propietarios o poseedores. Sólo las conductas humanas son objeto de regulación jurídica o de otros sistemas normativos, como la moral, así como los hechos naturales vinculados con el hombre y no en sí mismos considerados (un terremoto, una tromba, por ejemplo, que son circunstancias calificadas también por el Derecho de *causas de fuerza mayor* o *caso fortuito*).
139. Para el Derecho cada uno es directamente responsable de sus actos. A esta *responsabilidad* se le denomina, precisamente, *directa*. Sin embargo, ¿qué sucede con las personas morales o jurídicas colectivas? Vayamos por partes: respecto de las personas morales, dado que son una construcción lógica del Derecho, es obvio que no son objeto de responsabilidad ninguna, sino sólo los individuos o personas físicas que las componen. Cuando se alude a la responsabilidad jurídica de una persona moral debe entenderse que son las personas físicas que constituyen tal persona moral en quienes recae esa responsabilidad, en términos del *carácter* con que forman parte de la sociedad en cuestión, sea como socios, administradores o empleados de la misma, y del tipo de sociedad de que se trate.¹⁰⁴ Por ello, el *Código Civil Federal* en su artículo 27 estipula: "*Lxs personas morales obran y se obligan por medio de los órganos que las representan...*", es decir, los individuos que directamente las componen o constituyen a título de socios o propietarios.
140. ¿Una persona puede, sin embargo, responsabilizarse jurídicamente por la conducta de un tercero? Sí, es posible, según hemos visto, como en el supuesto en que se hallan los padres o tutores que responden por la conducta de un incapaz bajo su cuidado. A esta *responsabilidad* se le denomina *indirecta*.
141. Otro ejemplo paradigmático de esta situación es la del comerciante que es responsable de los contratos celebrados por un factor suyo, es decir, a quien encarga la dirección de un establecimiento comercial. Al respecto señala el artículo 313 del *Código de Comercio*: "*En todos los contratos celebrados por los factores con tal carácter, quedarán obligados los principales y sus bienes (responsabilidad indirecta) Si (los factores) contrataren en su propio nombre, quedarán obligados directamente (responsabilidad directa)*"

De los actos de un incapaz responden también, según los artículos 1920 y 1921 del *Código Civil Federal* las personas bajo cuya autoridad y vigilancia estén los incapaces, como los directores de colegios o talleres, y los tutores. Empero ni los padres, ni las personas bajo cuya vigilancia y autoridad está un incapaz, ni **ION** tutores son responsables -i **SE** realiza el supuesto del artículo 1922 del multicitado *Código*. Tal numeral expresa: "*Ni los padres ni los tutores tienen obligación de responder de los daños y perjuicios que causen los incapacitados sujetos a su cuidado v vigilancia si probaren que les ha sido imposible evitarlos. Esta imposibilidad no resulta de la mera circunstancia de haber sucedido el hecho fuera de su presencia, si aparece que ellos no han ejercido suficiente vigilancia sobre los incapacitados*".

¹⁰³ El dueño de un animal, dice el artículo 1929 del *Código Civil*: "...pagará el daño causado por éste, si no probare alguna de estas circunstancias: I. Que lo guardaba v vigilaba con el cuidado necesario. II. - Que el animal fue provocado; III - Que hubo imprudencia por parte del ofendido; IV.- Que el hecho resulte de caso fortuito o fuerza mayor"

¹⁰⁴ Así por ejemplo y de acuerdo con el Derecho mexicano, en la asociación civil no responden los directores en lo personal de las deudas sociales, a menos que su actuación haya sido dolosa o culposa, mientras que en la sociedad civil los socios administradores responden en forma solidaria de las obligaciones sociales (artículo 2704 del *Código Civil*).

142. Ernesto Gutiérrez y González considera que la *responsabilidad*, en función de su origen, puede ser de tres especies: la *responsabilidad contractual*, la *proveniente de un hecho ilícito* y la *responsabilidad objetiva*.¹⁰⁵

En efecto:

- La *responsabilidad contractual* es aquella que obliga a los contratantes a hacer u omitir en los términos pactados y, según el artículo 1796 del *Código Civil Federal*, a lo que es conforme a la ley, el uso y la buena fe.
- La *responsabilidad por hecho ilícito*, también conocida como *responsabilidad civil* o *responsabilidad subjetiva*, es aquella que proviene de una acción u omisión culpable de una persona para con lo establecido por una norma jurídica (general o individualizada), y que da como resultado la obligación de restituir las cosas al estado en que se encontraban o, en su defecto, realizar el pago de los daños o perjuicios. Esta responsabilidad puede provenir, también, de los actos u omisiones de un tercero del que se es responsable (un menor de edad, por ejemplo) o una cosa que se posee (un animal, v. gr.).
- La *responsabilidad objetiva* es la obligación de responder por los daños y perjuicios causados por objetos o mecanismo peligrosos en sí mismos, aunque su poseedor no haya obrado ilícitamente. Aquí la responsabilidad se imputa con independencia de la acción del sujeto (tal es el caso de la responsabilidad de los riesgos profesionales que recaen sobre el patrón, o sobre el dueño de mecanismos o sustancias peligrosas, como la dinamita, por ejemplo).¹⁰⁶

143. Veamos muy brevemente qué señala la legislación mexicana vigente en materia de obligaciones. Respecto de la *responsabilidad contractual* dice el artículo 2104 del *Código Civil Federal*: "El que estuviere obligado a prestar un hecho y dejare de prestarlo o no lo prestare conforme a lo convenido, será responsable de los daños y perjuicios... ". Asimismo, en el último párrafo del mismo dispositivo, se establece: "El que contraviene una obligación de no hacer pagará daños y perjuicios por el solo hecho de la contravención ". La ley, como se deduce de la sola lectura de los numerales anteriores, alude a la *responsabilidad civil* como producto de una *contravención contractual* de hacer o de no hacer.

144. La *responsabilidad por hechos ilícitos* es consignada en el artículo 1910 del *Código Civil Federal* en estos términos: "El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima ".

145. A su vez, el artículo 1913 del mismo *Código* consigna la *responsabilidad objetiva* en el tenor siguiente: "Cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias peligrosas por sí mismos, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas, está obligada a responder del daño que cause, aunque no obre ilícitamente, a no ser que demuestre que ese daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima ".

146. Por lo que hace a la *responsabilidad objetiva*, también se ocupan, en lo que toca a los riesgos profesionales, la *Constitución* mexicana en la fracción XIV de su artículo 123 y el artículo 1935 del *Código Civil*: "Los empresarios serán responsables de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales de los trabaja-

¹⁰⁵ Cfr. Ernesto Gutiérrez y González. *Derecho de las obligaciones*, *op. cit.*, p. 457.

Cfr. *ibid.*, p. 634

dores, sufridas con motivo o en ejercicio de la profesión o trabajo que ejecuten; por lo tanto, los patronos deberán pagar la indemnización correspondiente..." Empero, señala por su parte el artículo 1937 del Código Civil... *"El patrón no responderá de los accidentes de trabajo cuando el trabajador voluntariamente (no por imprudencia) los haya producido."*

147. Cabe agregar que, en ciertos casos de responsabilidad proveniente de un hecho ilícito, cuando se viola una norma individualizada como un contrato, o una declaración unilateral de voluntad, *la responsabilidad no surge sólo por el hecho mismo de haber incumplido con una obligación, sino por el hecho de no haberlo puntualmente*. En tal caso, no sólo hay *incumplimiento*, sino "mora". Por *mora* debemos entender *el retardo culposos en el cumplimiento de una obligación*, retardo que da derecho al acreedor a exigir una *indemnización moratoria*. Anota Gutiérrez y González que *para la existencia de la mora es requisito que el cumplimiento de la obligación sea aún posible*, independientemente del retardo, pues si la obligación ya no se puede cumplir, no habrá mora sino incumplimiento definitivo y absoluto de la obligación.¹⁰⁷
148. Paralela o independientemente de la *responsabilidad civil*, puede surgir por la comisión de un delito, la *responsabilidad penal*. Es decir, *cuando el ilícito no sólo transgrede una norma de Derecho civil sino también una norma de Derecho penal*. En tal supuesto, la persona en cuestión se hará acreedora a una *sanción penal*, la cual podrá consistir en una *multa*, es decir, el pago de una cantidad de dinero en favor de la autoridad o *prisión*, esto es, la privación de la libertad corporal de una persona.
149. De lo anterior puede inferirse que mientras la *responsabilidad civil da lugar a una indemnización*, la *penal siempre da origen a una sanción*, que mientras la *indemnización* y, en su caso, *los daños y perjuicios son en favor del afectado*, la *multa es siempre en favor de la autoridad*. Por ello, un delito puede dar lugar a una doble responsabilidad, al menos, civil y penal, lo cual tendrá como resultado que el responsable del delito deba indemnizar a la persona afectada, o en su caso, deba cubrir los daños y perjuicios, además de la multa que como sanción se genera en favor de la autoridad o la pena de prisión correspondiente, todo a cargo y en perjuicio del patrimonio y persona del agente del delito. Así, por ejemplo, si una persona lesiona físicamente a otra, será responsable tanto civil como penalmente. En consecuencia, queda obligado a responder por el daño causado, es decir, a indemnizar y a pagar los perjuicios ocasionados a la víctima, aunque paralelamente también será responsable por una acción tipificada penalmente como delito de lesiones y, por lo tanto, se hará acreedor a una multa o prisión, según sea lo que disponga la legislación y la sentencia que emita el juez para ese caso.
150. En el sistema jurídico mexicano, según consta en el artículo 17 constitucional, rige un antiguo *principio general del Derecho* relacionado con la responsabilidad civil y, por extensión, con los demás tipos de responsabilidad. Dicho principio prescribe: *"Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil"*. Así, la responsabilidad jurídica surgida del incumplimiento de una obligación civil o administrativa, se satisface con la indemnización y, en su caso, con el pago de daños y perjuicios, o bien la multa correspondiente.^m La prisión es una pena exclusiva que resulta de la comisión de un delito penal.

¹⁰¹ Cfr Ernesto Gutiérrez y González. *Derecho de las obligaciones*, op. cit., p. 466

^m El artículo 21 constitucional establece, en una de sus partes que: *"Compele a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, las que únicamente consistirán en multa*

151. Otro aspecto importante relacionado con la *responsabilidad* en el ámbito penal, es también el de la *capacidad*. A diferencia de la posible responsabilidad civil de la que debe responder un incapaz, o sus padres o tutores, a causa de una conducta ilícita, *en materia penal los incapaces jurídicamente no son responsables penalmente*, es decir, no pueden ser acusados como responsables de un delito y, por extensión, por él ser castigados. A los incapaces jurídicamente, aun violando una disposición penal, no se les considera responsables de la misma ya que gozan de alguna clase de *inmunidad* o *inimputabilidad*, misma que dependerá, por ejemplo en materia penal y entrándose de menores de edad, del tratamiento que cada sistema jurídico le otorgue.

S i l m TM ^-r:-ísfí' » & mm ? m



Conceptos jurídicos fundamentales

Los conceptos jurídicos fundamentales son el conjunto de términos que por razones de economía y comodidad sintetizan predicados jurídicos básicos. Cumplen, también, la función de explicar otros conceptos, así como el funcionamiento de los sistemas jurídicos. Aluden a un conjunto de términos o palabras relacionados con cierto tipo de actividades realizadas por los seres humanos, a saber, las jurídicas. En este sentido pueden ser llamados el "juego del lenguaje del Derecho".

Los conceptos jurídicos fundamentales poseen un campo de aplicación que excede el particular de las distintas disciplinas de Derecho positivo como el civil, el penal, el administrativo, por ejemplo, y sirven para aislar e identificar situaciones jurídicas generales. La Teoría General del Derecho analiza los conceptos jurídicos fundamentales como proposiciones acerca de las normas jurídicas.

Por persona jurídica se entiende al ser humano, persona física, considerado como sujeto de derechos y obligaciones. Por eso el concepto de "hombre" o "persona humana" no coincide con el de "persona jurídica", cuyo ámbito es más reducido. Así, persona jurídica y persona humana no son sinónimos, pues sólo cuando los seres humanos son sujetos del Derecho, es

decir, cuando su conducta es regulada por una norma jurídica, tales personas son jurídicas. Por persona moral o persona jurídica colectiva se entiende la construcción lógica con la cual se alude, sintéticamente, a los grupos de personas que se hallan unidos para cumplir un determinado fin y que, por lo tanto, pretenden del Derecho el reconocimiento a una personalidad jurídica diferente de la que ellos mismos poseen considerados individualmente.

Por capacidad jurídica se entiende la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones, es la suficiencia o disposición que otorga el Derecho. Existen dos tipos de capacidad jurídica, de goce y ejercicio. La primera se define como la mera disposición pasiva para la imputación de derechos u obligaciones. La segunda es la suficiencia jurídica para que la persona por sí misma cumpla sus derechos y sus obligaciones. La capacidad jurídica es la otorgada por el Derecho y puede o no corresponder con la "capacidad real", esto es, "capacidad mental", "capacidad profesional" o "capacidad disposicional" que posee un ser humano.

El Derecho considera jurídicamente incapaces a las personas que no han desarrollado plenamente su capacidad de análisis y experiencia (como los menores de edad); o las que están

o arresto hasta por treinta y seis horas o en trabajo a favor de la comunidad pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiere impuesto, se permutará ésta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de treinta y seis horas". Conviene, pues, presiar atención a la distinción entre prisión y arresto. Este último es producto de una responsabilidad administrativa y no penal, y sólo implica una privación de la libertad corporal por un máximo de treinta y seis horas. En cambio la prisión es una sanción por un ilícito penal.

afectadas de sus facultades mentales (locos, retardados, entre otros). La limitación jurídica de estas personas no es absoluta, pues poseen la capacidad jurídica de goce. Sin embargo, ejercen sus derechos y cumplen con sus obligaciones a través de sus representantes legales, padres o tutores, según sea el caso.

De acuerdo con el Derecho positivo mexicano la capacidad jurídica se adquiere con el nacimiento y se pierde con la muerte. No obstante ello, desde el momento en que un ser humano es concebido se le otorga la capacidad de goce por ejemplo, para heredar. La capacidad jurídica de ejercicio se adquiere con la mayoría de edad al cumplir los 18 años; excepcionalmente, la capacidad de ejercicio se adquiere por emancipación, que libera al menor de la patria potestad y le otorga libre disposición de su persona y la administración de sus bienes. Se emancipan los varones y mujeres mayores de 16 y 14 años, respectivamente, que contraen matrimonio.

La incapacidad es una restricción a la capacidad de ejercicio y puede ser natural, como las que sufren los menores de edad o los afectados de sus facultades mentales, o legal, que se presenta por causa de las restricciones al ejercicio de ciertos derechos por disposición de la ley. Tienen incapacidad natural y legal, y por lo tanto, se encuentran en estado de interdicción, los menores de edad; los mayores de edad perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos; quienes tengan limitada o alterada su inteligencia viéndose impedidos para gobernarse y obligarse por sí mismos o a manifestar su voluntad por algún medio debido a alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial; o por adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o estupefacientes. La incapacidad legal la tienen los menores emancipados por razón del matrimonio y las personas que hubieren sido condenadas por ciertos delitos.

Para el Derecho mexicano son personas jurídicas colectivas o morales la Nación, los Estados y los Municipios; las corporaciones de carácter público legalmente reconocidas; las sociedades civiles o mercantiles, los sindicatos,

las asociaciones profesionales; las sociedades cooperativas y mutualistas, las asociaciones civiles y las personas morales extranjeras de naturaleza privada. Estas gozan de personalidad jurídica para ejercitar todos los derechos y cumplir con las obligaciones que sean necesarios a fin de realizar su objeto, lo cual llevan a cabo a través de sus órganos representativos (asamblea de socios, administrador único o consejo de administración). Las personas morales se rigen por las leyes correspondientes (Ley General de Sociedades Mercantiles, Ley General de Sociedades Cooperativas, etcétera), su escritura constitutiva y sus estatutos.

El derecho subjetivo es la facultad que dimana de la norma objetiva, es la posesión del poder de hacer, omitir o recibir algo de otra persona. El derecho subjetivo es, en síntesis, el facultamiento de conducta derivado de una norma de derecho objetivo. Este facultamiento es a veces un privilegio, un permiso, una atribución o una obligación. Por deber jurídico se comprende la conducta que resulta de una situación correlativa u opuesta en relación con un derecho subjetivo. Consiste, por lo tanto, en el hacer, dar u omitir que corresponda. Aunque no debe confundirse el carácter correlativo de la relación que da origen a un deber jurídico especial (la obligación), de la situación jurídica opuesta que sólo da pie al nacimiento de un deber jurídico puro y llano.

Para ciertos autores como Hans Kelsen, el derecho subjetivo es el mismo derecho objetivo. Kelsen distingue entre derechos subjetivos absolutos y relativos. Los primeros son aquellos que se tienen frente a un individuo determinado, como el acreedor ante el deudor; los absolutos implican los deberes de un número indeterminado de personas. Asimismo, para Kelsen el derecho subjetivo significa encontrarse jurídicamente facultado para intervenir en la creación de una norma especial como una sentencia, la que impone la sanción al individuo que de acuerdo con la misma resolución ha cometido el acto antijurídico o violado su deber. El contenido de este derecho subjetivo es el del llamado derecho de acción. El deber jurídico es para Kelsen el abstenerse de un acto antijurídico, porque dado que para él las normas jurídicas no prescriben

facultades sino prohibiciones, un individuo está jurídicamente obligado a la conducta opuesta a aquella prescrita por la norma.

Los derechos subjetivos se clasifican en: derechos subjetivos a la propia conducta, como el derecho de propiedad, y derechos subjetivos a la conducta ajena, donde el ejercicio de la facultad otorgada por la norma depende de la conducta de otro; derechos subjetivos del obligado y derechos subjetivos del pretensor; derechos subjetivos dependientes e independientes; derechos subjetivos públicos y derechos subjetivos privados que son, respectivamente, los que derivan de una norma de Derecho público o derivan de una norma de Derecho privado. Son derechos subjetivos privados los derechos personales y reales; son derechos subjetivos públicos los derechos fundamentales o garantías individuales.

La sanción es la pena o el castigo que con carácter coercitivo establece un sistema jurídico si se incumple con lo dispuesto en una norma. La coacción es la fuerza legitimada por el Derecho para lograr la realización de la sanción, por lo tanto, no debe confundirse con ésta. Mientras la sanción es la pena o castigo, la coacción es la forma en que se aplica, la contradicción o violación de una norma jurídica por vía de una acción u omisión voluntaria o involuntaria recibe el nombre de acto ilícito, antijurídico o delito. El ilícito es una conducta antijurídica porque así lo determina el Derecho, no porque la conducta en sí misma lo sea. Para el Derecho mexicano un ilícito es el hecho contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres, según el artículo 830 del *Código Civil*. El delito puede definirse, a su vez, como la acción u omisión típica, antijurídica, culpable y punible.

El Derecho utiliza una forma especial de lenguaje, el normativo, relacionado directamente con la función que el Derecho desempeña, esto es, regular ciertas manifestaciones de la conducta humana en sociedad. El lenguaje normativo es una de las formas del lenguaje prescriptivo. Empero, el Derecho no sólo utiliza las normas prescriptivas sino también otro tipo de normas como las definitivas o determinativas, las directivas o reglas técnicas, las normas ideales, las normas consuetudinarias y las normas morales.

La estructura lógica particular de la norma de Derecho se describe a través de tres conceptos jurídicos fundamentales: el supuesto normativo, el hecho jurídico y las consecuencias normativas. Los datos jurídicos predeterminados que la norma informa, indica, prescribe o modela se llaman supuesto normativos. Estos hechos o situaciones jurídicas pueden o no darse en la realidad, pero de su realización depende el desencadenamiento de las consecuencias de Derecho. El hecho jurídico es el acontecimiento o acontecimientos que tienen la virtud de realizar un supuesto jurídico y es, por lo tanto, la condición de aplicación de la norma. Las consecuencias normativas son los efectos jurídicos previstos por la norma de Derecho y que pueden ser el nacimiento, la modificación o la extinción de un derecho subjetivo o de un deber jurídico.

Para Kelsen, las normas jurídicas están sujetas o condicionadas a una hipótesis. Las leyes son las normas jurídicas que suelen adoptar esta forma. Existen, por igual, otras normas jurídicas que no están sujetas a hipótesis o condición alguna y reciben el nombre de incondicionales o categóricas.

Los supuestos jurídicos pueden clasificarse en simples, si se componen de un solo dato o hipótesis jurídica, y complejos, si se componen de dos o más supuestos simples. Los hechos jurídicos, a su vez, pueden clasificarse en independientes, cuando por sí mismos producen consecuencias de Derecho, y dependientes, cuando requieren de otros hechos o actos jurídicos para producir tales consecuencias.

Por su eficacia, los hechos jurídicos se clasifican en hechos jurídicos de eficacia constitutiva si crean deberes y facultades; de eficacia modificativa si alteran tales deberes y facultades, y de eficacia resolutoria si los extinguen. En cuanto al tiempo o momento en que opera esa eficacia, los hechos jurídicos pueden ser de eficacia inmediata, y de eficacia diferida si ésta depende de un suceso futuro. El suceso futuro que efectivamente va a ocurrir se llama término; el suceso futuro contingente o incierto se llama condición. El término puede ser suspensivo o extintivo según constituya, modifique o concluya, respectivamente, los efectos jurídicos

de un hecho. La condición, por su parte, puede ser suspensiva, modificativa o resolutoria según afecte los derechos y deberes jurídicos suspendiéndolos, modificándolos o extinguiéndolos.

Atendiendo a su origen, los hechos jurídicos se dividen en naturales o causales cuando provienen del acaecer de un fenómeno de la naturaleza; y en humanos, voluntarios o actos jurídicos, cuando nacen de la voluntad humana. Los actos jurídicos, a su vez, se clasifican en lícitos, en ilícitos y en actos jurídicos en sentido estricto.

El acto jurídico en sentido estricto es el hecho jurídico que se origina en la voluntad humana, voluntad que se manifiesta con la intención de producir consecuencias de derecho, las cuales son reconocidas por el ordenamiento jurídico. Los hechos jurídicos que producen consecuencias jurídicas no deseadas o ignoradas por la persona, son los hechos voluntarios lícitos (gestión de negocios) o los ilícitos (delito).

Los elementos esenciales o de existencia del acto jurídico son: una manifestación de la voluntad libre y cierta; un objeto física y jurídicamente posible; y que la norma jurídica reconozca los efectos deseados. La falta de cualquiera de estos elementos produce la inexistencia del acto jurídico.

La manifestación de la voluntad puede ser tácita o expresa. Es expresa cuando se transmite por cualquier forma de lenguaje; es tácita, si se desprende de hechos u omisiones que delatan, indubitadamente, el propósito del agente. A la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos u obligaciones se le conoce como objeto directo de los actos jurídicos. El objeto indirecto de los mismos es la cosa física o el hecho materia del convenio. El objeto indirecto debe existir en la naturaleza, estar determinado o ser determinable, ser físicamente posible y estar en el comercio.

Los elementos de validez de los actos jurídicos son la licitud en el fin, motivo, objeto y condición del acto; la formalidad, es decir, que la voluntad se exteriorice en la forma prescrita por la norma jurídica; que el acto jurídico no esté viciado en su voluntad por error, dolo, mala fe, violencia o lesión; y la capacidad, esto es,

que el acto jurídico se otorgue por persona considerada apta para el Derecho.

La afectación de los elementos de validez de un acto jurídico genera la nulidad del mismo. Tal nulidad puede ser absoluta cuando impide que el acto jurídico surta ningún efecto y se produce cuando éste va en contra de la prohibición de una ley imperativa o prohibitiva. La nulidad es relativa si surge de la violación de una norma establecida en favor de persona determinada. En este caso, el acto jurídico sí produce sus efectos hasta que el juez no decrete la nulidad.

Existen conceptos utilizados por las distintas ramas de la Dogmática jurídica que para ser definidos requieren de los conceptos jurídicos fundamentales y que, junto con éstos, son un instrumento terminológico clave para describir las relaciones y los fenómenos a que da lugar el Derecho. Entre tales conceptos denominados complementarios destacan, por su importancia y uso constante, el de competencia, obligación y responsabilidad jurídicas.

Por competencia jurídica, término característico del Derecho procesal, se entiende el ámbito, esfera o campo dentro del cual un órgano de autoridad puede desempeñar válidamente sus atribuciones y funciones. Debe distinguirse la idea de competencia como la facultad que posee la autoridad para ocuparse de un determinado asunto jurídico, de la potestad soberana del Estado para juzgar, que es la jurisdicción. La competencia es el ámbito de validez de la jurisdicción. Llámase competencia objetiva a la que posee el órgano o autoridad, y subjetiva a la que alude a la persona física que funge como autoridad. La competencia objetiva puede determinarse, entre otros criterios, por razón de la materia, grado, territorio y cuantía o importancia del asunto.

El concepto de obligación jurídica hace referencia a un tipo o especie de deber jurídico que constriñe a una persona, llamada deudor, a cumplir con una prestación de carácter patrimonial (pecuniaria o moral), en favor de otro sujeto que eventualmente puede llegar a existir o ya existe, llamado acreedor, quien posee respecto del primero un derecho de crédito convencional o indemnizatorio. El derecho de crédito que sur-

ge en beneficio del acreedor puede provenir de un hecho ilícito, en cuyo caso el afectado tiene derecho a una indemnización, o del acuerdo de voluntades que opera en los convenios. Las obligaciones jurídicas se producen tanto en el ámbito del Derecho interno de cada país, como en el del Derecho internacional, cuyas principales fuentes son, a su vez, los tratados internacionales y los ilícitos o delitos internacionales.

La indemnización es un tipo específico de obligación, la que surge como consecuencia de una conducta ilícita y que recae sobre el infractor y deudor, el cual se encuentra obligado a volver la situación jurídica afectada a su estado original. Indemnizar es, precisamente, dejar sin daño. El derecho indemnizatorio surge también en aquellos casos que no suponen la participación de la voluntad, negligente o culposa, de causar daño, sino por la propiedad o posesión de objetos peligrosos en sí mismos.

La imposibilidad de indemnizar, es decir, de dejar sin daño, hace surgir el derecho del afectado al pago de los llamados daños y perjuicios. En el Derecho mexicano por uno y otros se entiende, respectivamente, la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por el incumplimiento de una obligación; y, la privación de cualquier ganancia lícita, que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de una obligación.

La responsabilidad es la obligación ya jurídica, ya moral, que recae sobre las personas. Excepcionalmente el Derecho se ocupa de la responsabilidad jurídica que genera un daño moral, por el cual la ley mexicana entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físico o consideración que de ella tienen los demás. Se presume el daño moral cuando se vulnera o menoscaba la libertad y/o integridad física o psíquica de una persona. Tiene también obligación de reparar el daño moral quien incurra en responsabilidad objetiva por el manejo de objetos y sustancias peligrosas en sí mismas, como el patrón, el Estado y sus funcionarios.

La responsabilidad jurídica, en principio, se asigna a los jurídicamente capaces. Por los inca-

paces responden sus representantes legales, salvo que éstos demuestren que les fue imposible evitar el daño, en cuyo caso el incapaz responderá por éste. La responsabilidad jurídica es directa si la persona responde por sus propios actos, e indirecta si responde otra persona distinta a la que realizó el acto o la omisión fuente de la responsabilidad. De los actos de las personas morales o jurídicas colectivas responden los miembros individuales de la sociedad, en función del tipo de sociedad y del rol que en ella desempeñen.

Por su origen, la responsabilidad puede ser de tres especies: contractual, la que obliga a los contratantes en los términos pactados y, según el Derecho mexicano, a lo que es conforme a la ley, el uso y la buena fe; por hecho ilícito, es decir, derivada de una acción u omisión culposa del agente o de un tercero, como un incapaz, esta responsabilidad recibe el nombre de responsabilidad civil o subjetiva; y, responsabilidad objetiva, cuando la obligación procede de los daños y perjuicios causados por objetos, sustancias o mecanismos peligrosos en sí mismos.

La mora, esto es, el retardo culposo en el cumplimiento de una obligación, origina una responsabilidad jurídica, consistente en una indemnización moratoria, es decir, el pago de los intereses que la cantidad debida hubiera devenido en el caso de haberse cubierto puntualmente. La mora sólo opera cuando el cumplimiento de la obligación es aún posible.

Paralelamente a la responsabilidad civil puede surgir la responsabilidad penal, cuando el acto u omisión ilícitos transgreden una norma de Derecho penal. La responsabilidad penal da lugar a una sanción que puede consistir en una multa, es decir, el pago de una cantidad en dinero o prisión, esto es, la privación de la libertad corporal de una persona. Así, la responsabilidad civil sólo da lugar a una indemnización, pues la **Constitución** mexicana prohíbe que nadie sea aprisionado por deudas de carácter puramente civil. La prisión es una pena exclusiva que resulta de la comisión de un delito penal.

Capítulo 7

SIGNIFICADO, TRASCENDENCIA Y PROBLEMÁTICA DE LA APLICACIÓN AL DERECHO

SUMARIO

- 7.1 Significado, trascendencia y problemática de la aplicación del Derecho
 - 7.1.1 Introducción al problema
 - 7.1.2 El ordenamiento jurídico y su aplicación
 - 7.1.2.1 *El ordenamiento jurídico como sistema*
 - 7.1.2.2 *El principio de compatibilidad y las antinomias*
 - 7.1.2.3 *La plenitud del ordenamiento jurídico y sus lagunas*
 - 7.1.2.4 *El ordenamiento jurídico como un sistema abierto y su dimensión espacial-temporal*
 - 7.2 Conflictos de leyes en el tiempo y el espacio
 - 7.2.1 Aplicación de las leyes en el tiempo
 - 7.2.1.1 *La retroactividad de la ley*
 - 7.2.1.2 *La retroactividad de la ley en el Derecho mexicano*
 - 7.2.2 Aplicación de las leyes en el espacio
- 7.2 Regulación en el Derecho mexicano
 - 7.3 Interpretación e integración jurídicas
 - 7.3.1 Interpretación
 - 7.3.1.1 *Las dificultades lingüísticas de la interpretación*
 - 7.3.1.2 *Naturaleza, tipos y teorías de la interpretación jurídica*
 - 7.3.1.3 *Reglas para la interpretación jurídica. El sentido de la ley*
 - 7.3.1.4 *Interpretación de los actos jurídicos*
 - 7.3.1.5 *Los intérpretes*
 - 7.3.2 Integración
 - 7.3.2.1 *Heterointegración*
 - 7.3.2.2 *Autointegración: analogía y principios generales del Derecho*
 - 7.3.3 Interpretación e integración en el Derecho mexicano
 - 7.3.3.1 *Reglas de interpretación e integración de los actos jurídicos en el sistema jurídico mexicano*

Resumen

SINOPSIS INTRODUCTORIA

La fase culminante del Derecho es la de su aplicación, porque es en la prevención o la solución de los problemas que obstaculizan la convivencia o cooperación social donde los sistemas jurídicos se hacen realidad. De allí la importancia del objetivo de este capítulo, a saber, aportar al lector los elementos que le permitan comprender el proceso de aplicación del Derecho, su complejidad, su carácter creativo, las dificultades que enfrenta y los fines puntuales que persigue.

Al efecto, este último capítulo de la segunda parte del libro se estructura en tres apartados. El primero introduce al estudiante en el significado y la trascendencia de la función judicial y el papel que en ella desempeñan la lógica y la valoración, previniendo sobre el prejuicio que considera a dicha función como simplemente mecánica. Además, a través de la óptica de la Teoría del ordenamiento jurídico se ofrece una visión integral respecto del tipo de sistema normativo que es el Derecho, su funcionamiento como tal y los problemas de complitud y coherencia que conlleva, así como el de su desarrollo en términos espacial-temporales. El segundo y el tercero se abocan al análisis tanto de los conflictos en el tiempo y el espacio que la aplicación del Derecho puede acarrear, como de la interpretación e integración jurídicas, en tanto técnicas auxiliares y supletorias para salvar las imprecisiones e insuficiencias de los ordenamientos jurídicos. Imprecisión e insuficiencia de los sistemas jurídicos en cuanto óbices "naturales" con los que ha de lidiar la labor judicial.

7.1 Significado, trascendencia y problemática de la aplicación del Derecho

7.1.1 Introducción al problema

1. *Aplicar* es un verbo proveniente de la palabra latina *arrimare*, que en español quiere decir *arrimar*, *acercar*. La primera de las acepciones de este verbo está íntimamente ligada con su significado jurídico: *aplicar es poner una cosa en contacto con otra*. Si partimos de la concepción del *Derecho como un instrumento humano*, creado por virtud de las exigencias de la convivencia social, cuando éste *entra en contacto con la realidad*, a cuya regulación se halla destinado, *ese Derecho está siendo aplicado*.
2. El Derecho entonces *adquiere pleno sentido cuando es objeto de aplicación*, cuando *sirve* a su objetivo, cuando *cumple con la razón de su existencia*. En tal virtud, puede afirmarse que *aplicar el Derecho es emplearlo, echar mano de los principios y las normas que le son propios, para conseguir un fin*. De ahí que cuando se **emplea** o **aplica** el Derecho, entran en acción todos y cada uno de los esfuerzos directos e indirectos relacionados con su creación, reflexión y estudio, a efecto de que aquél cumpla cabalmente con su **función primordial**; ésta, como sabemos, es la de hacer posible o facilitar la convivencia y la cooperación sociales.
3. Siendo así, la *aplicación del Derecho* implica *la realización de su función original*, esto es, *la de ser un instrumento de regulación especial de ciertos ámbitos de la conducta social, a efecto de facilitar la convivencia social*. Para ello, el Derecho hace uso de **normas** obligatorias que cuentan con una garantía, la *coacción*, misma que puede hacerse efectiva, en caso de incumplimiento, por vía del poder institucionalizado con que cuenta una autoridad soberana.
4. Ahora bien, la *realización del Derecho*, su *aplicación* y empleo, *tiene verificativo en un ámbito espacial y temporal dados*. En otras palabras, el Derecho cumple con su función *en relación con un grupo humano reunido en un territorio determinado y de acuerdo con normas que poseen una vigencia limitada*, las que pueden *derogarse* o *abrogarse* como consecuencia de los cambios sociales, o para *coadyuvar* con dichos cambios.
5. *Una tarea de aplicar el Derecho es una de las más complejas y difíciles*, las razones son varias. Por una parte los *ordenamientos jurídicos*, en cuanto obras humanas, aun los más completos y extensos, *poseen imprecisiones e insuficiencias*. Resulta prácticamente *imposible* prever todos los acontecimientos de relevancia jurídica que puedan acaecer en la realidad. Es muy probable, además, que los detalles o modalidades con que los hechos jurídicos se suceden hayan pasado inadvertidos para el *legislador*, o que la norma esté mal redactada por un uso incorrecto de la sintaxis, o que la ambigüedad de los términos usados induzca a confusión.
6. Por otra parte, *la aplicación misma del Derecho a problemas concretos que al juez corresponde*, depende de un *proceso intelectual* que conlleva la *evaluación* de una realidad, que se presenta rodeada de *múltiples e imprevisibles circunstancias* como son, entre otras, las opiniones y valoraciones opuestas de las partes en un juicio, sus intereses encontrados, fingimientos y emociones. En fin, las circunstancias propias de la *realidad humana* cuyo *desciframiento implica operaciones lógicas y valorativas* para las cuales *no cabe aplicar mecánicamente* —como se pensó erróneamente por mucho tiempo— *el método silogístico*.

7. Durante parte del siglo xx y de éste, prevaleció la idea de que la tarea del juez se concretaba a una labor de lógica formal con base en el **silogismo**. Pero, ¿qué es un **silogismo**? El **silogismo** es un argumento o razonamiento que consta de tres proposiciones, la última de las cuales se deduce necesariamente de las otras dos.¹ Esta última proposición se llama **conclusión**, las dos primeras, **premisas**. Veamos un ejemplo clásico de silogismo para entender mejor esta definición:

- Todos los hombres son mortales (**premisa mayor**);
- Pedro es hombre (**premisa menor**);
- Pedro es mortal (**conclusión**).

Pues bien, el método silogístico enseña que los jueces deben actuar, al aplicar el Derecho, *elaborando silogismos*.

8. De este modo, si a un juez se le presentara, por ejemplo, un caso de homicidio, éste habría de razonar así: La **premisa mayor** se constituye con la norma o normas jurídicas que prevean los supuestos aplicables al homicidio. La **premisa menor** se compondrá por el hecho que se adecúe al supuesto genérico establecido a nivel de hipótesis en la norma. En este caso el hecho jurídico originado en la voluntad humana que tuvo como resultado privar de la vida a una persona. En consecuencia, la **conclusión** se deducirá de ambas premisas. Así, en términos de Derecho positivo mexicano:

- La **premisa mayor** se halla prevista en los artículos 302, 307 y 315 del Código Penal Federal, los cuales prescriben, respectivamente. "Comete el delito de homicidio: el que priva de la vida a otro"; "Al responsable de cualquier homicidio simple intencional y que no tenga prevista una sanción especial en este Código, se le impondrán de 12 a 24 años de prisión"; "Se entiende que las lesiones y el homicidio, son calificados, cuando se cometen con premeditación, con ventaja, con alevosía o a traición".
- La **premisa menor** es el hecho sucedido en la realidad, a saber, que "El señor X privó de la vida al señor Z sin premeditación, ventaja, alevosía o a traición".
- En **conclusión** "El señor X cometió el delito de homicidio simple intencional y deberá purgar una prisión de entre 12 a 24 años".

9. Fue la llamada **Escuela de la Exégesis** que se desarrolló fundamentalmente durante el siglo xix en Francia, la que propagó esta creencia sobre la forma de aplicar el Derecho. La posición exegética nacía de la tesis de que únicamente la ley escrita podía ser fuente de decisiones concretas. De tal suerte, la **junción judicial** es de mera lógica formal y se reduce a una aplicación mecánica del silogismo que parte de las premisas mayores que se encuentran en las leyes.¹ La Escuela de la Exégesis, que nace en torno a la creación del Código de Napoleón, pensó que todo el Derecho estaba codificado; por lo tanto, los jueces debían limitarse a aplicarlo circunscribiéndose a la letra de la ley. *La interpretación judicial obviamente también se restringía a desentrañar el sentido de ésta.*

¹ Cfr. Barker, Stephen F., *Elementos de lógica*, trad. Rosa María Sánchez, McGraw Hill, México, IWO, pp. 46-53. Véase también CJorski, J. P. y Tavants, P. V., *Ugica*, trad. Augusto Vidal Roget, Iuán Grijalho, Fdilor, México, 1960, p. 57.

¹ Cfr. Julien Bonnecase, *La escuela de la exégesis en Derecho civil*, trad. José M. Cajica Jr., Cajica, Puebla, 1956.

¹ Luis Recaséns Siches, *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*, Porrua, México, 1980, pp. 188-202.

10. Carlos Santiago Niño ha escrito que: *"En verdad no liay nada de malo en considerar el razonamiento judicial como un silogismo. Lo incorrecto es pensar que las premisas del razonamiento judicial —las normas jurídicas relevantes y la descripción de los hechos decisivos—, se obtengan por procedimientos mecánicos* Efectivamente, la función judicial antes de arribar a la aplicación de la norma o normas concretas lleva a cabo una *labor lógico-jurídica y valorativa sumamente compleja*. El juez debe eliminar las normas no aplicables y discriminar el cúmulo de hechos o circunstancias irrelevantes de aquellas que lo son, efectivamente, para la resolución de los problemas jurídicos. *¡xj función del juez es en este sentido eminentemente creativa.*
11. Recaséns Siches opina que: *"Se ha escrito mucho en los últimos ochenta y tantos años para mostrar que el funcionamiento del Derecho no consiste en una operación lógica deductiva, o, por lo menos, que no consiste solamente en eso",⁵ Las sentencias de los tribunales y las decisiones administrativas no pueden explicarse como simple deducción lógica, porque si bien el papel que juega la Lógica en el Derecho es indescartable, su aplicación implica consideraciones de otro tipo como lo es la búsqueda de la solución justa al caso concreto.⁶ Por ello, la mayoría de las doctrinas en relación con la aplicación del Derecho que han procedido a la exégesis, coinciden en dos aspectos centrales: "...haber mostrado con claridad y haber subrayado vigorosamente que la individualización del Derecho no es una operación mecánica que consista en un silogismo..."¹ y el "...haberse desenvuelto sobre todo alrededor de los problemas de interpretación que plantea el proceso judicial."**
12. Ihering, por ejemplo, pensaba que si la aplicación del Derecho se ceñía más a su valor lógico que a su utilidad práctica, no debía resultar extraño que aquel no pudiera cumplir cabalmente con su función práctica, es decir, satisfacer las necesidades que la vida social le impone. El Derecho no se guía por un criterio absoluto de verdad, sino por un **criterio relativo de finalidad**; para cumplir con éste **el desenvolvimiento lógico de muchas máximas jurídicas tiene que ser contrariado o suspendido para satisfacer las necesidades que la vida social plantea.****
- I V En Francia, cuna del movimiento exegético, *François Gény* elaboró la tesis de la *libre investigación científica* Este autor pensaba que la *aplicación judicial del Derecho era una labor creativa dirigida a desentrañar la voluntad del legislador, dado que la ley antes que expresión de un principio lógico es la manifestación de esa voluntad.*¹⁰ Gény aceptaba que **la ley no podía contemplar todos los hechos posibles de regulación que la realidad presenta, por lo tanto, ante sus insuficiencias, estaba justificado acudir a fuentes supletorias de la ley, como la costumbre, la jurisprudencia de los tribunales, la doctrina y, en última instancia, a la libre investigación científica** Ésta determina que para tomar una decisión deben

¹ Carlos Santiago Niño. *Introducción al análisis del Derecho*. Ariel. Barcelona. 1987. pp. 295-296

⁵ Luis Recaséns Siches. *Nueva filosofía de la interpretación...* op. cit., p. 26.

* Cfr. *Idem*.

¹ Luis Recaséns Siches. *Nueva filosofía de la interpretación...* op. cit., p. 21

" *Idem*

" Cfr. Luis Recaséns Siches, *Nueva filosofía de la interpretación...*, op. cit., pp. 35-42.

¹⁰ Para una exposición detallada de las tesis de *François Gény*, puede consultarse el capítulo XXV de la ya citada obra de Eduardo García Máynez, *Introducción al estudio del Derecho*. Pomá. México. 1992

valorarse elementos fundamentales como el principio de autonomía de la voluntad, orden e interés públicos, así como el justo equilibrio que debe prevalecer entre los intereses privados opuestos.

14. Por otra parte, el denominado **realismo jurídico** es un movimiento que contribuyó a profundizar en la reflexión sobre la realidad que rodea a la aplicación del Derecho. Uno de sus representantes, el juez norteamericano *Oliver Wendell Holmes*, sostenía que *la vida real del derecho no ha consistido en lógica sino en experiencia*. Las necesidades sentidas de cada época, las teorías políticas y morales predominantes e incluso los prejuicios de los jueces, han sido más determinantes que los silogismos en la formulación y aplicación de las normas para gobernar a los hombres. Es el *buen sentido, una racionalidad distinta de la Lógica formal, el que auxilia a los jueces en la individualización de la norma aplicable al caso concreto*.¹¹
15. El movimiento denominado de *libre jurisprudencia* o simplemente *Escuela del Derecho Libre*, se manifestó abiertamente en contra de la tesis de la suficiencia absoluta de la ley. Esta escuela sostiene que dado que el Derecho tiene lagunas, *la actividad judicial es eminentemente creadora, tanto que casi se equipara a la del legislador*. *Hermann Kantorowicz*, uno de los representantes más destacados de dicha escuela, entendía por **Derecho libre** aquel conjunto de convicciones predominantes sobre lo que la gente considera justo en un cierto momento y lugar histórico. El Derecho libre para Kantorowicz es la **fuentes del Derecho positivo**. Por ello, **cuando el juez se encuentra ante una insuficiencia del orden jurídico, la Lógica por sí misma resulta insuficiente para señalarle los límites de lo justo y lo injusto, debiendo entonces recurrir a esas convicciones, a las que incluso el legislador alude**, como la buena fe, las buenas costumbres o el bien común. *En justicia, según este autor, no es un problema de la racionalidad sino de la voluntad*
16. Otros jueces y estudiosos norteamericanos ubicados dentro de la llamada *jurisprudencia sociológica*¹² como *Benjamin Cardozo* y *Koscoe Round*, pensaban que tanto los juristas como los legisladores y los jueces *no debían limitarse a un análisis simplemente lógico del Derecho*, pues consideraban que *era indispensable una gran dosis de conocimiento de las realidades sociales, que sirven de base eficiente para la formulación de normas generales e individuales inspiradas en criterios reales de justicia*. *Cardozo* consideraba que *aun en los casos en que la ley establece claramente la solución al caso planteado, la función del juez no es mecánica ni rutinaria, pues dicha solución implica de suyo enfrentar el problema de interpretar la norma pertinente al problema particular*. Además, la interpretación de esas normas varía en función del tiempo, pues el contenido y la significación de ésta se encuentran relacionados con los hábitos de vida, las instituciones de la sociedad y las concepciones que se tienen en cada momento histórico.¹⁴
17. Pensadores que se ubican dentro del llamado **movimiento realista**, como *Llewellyn* y *Frank*, han concentrado más su atención **en la forma en que se conducen los**

¹¹ *Ibid.*, pp. 43-45. Cfr. *Oliver Wendell Holmes. The Path of the Law*. *Oliver Wendell Holmes, Collected legal Papers*, Harcourt Brace and Company, USA, 1920. p. 167 y ss.

¹² Cfr. *Luis Recasens Siches, Nueva filosofía op. cit.*, pp. 52-57.

¹³ *Ibid.*, pp. 67-82.

¹⁴ Cfr. *Benjamin Cardozo, en MW, Justice and the Common Good, The Great Debate and Search for Meaning*. V. III, University Press of America, Education for Reflective Leadership. Hubert H. Humphrey Institute of Public Affairs. University of Minnesota. USA. 1988. pp. 330-331.

jueces, cómo piensan y elaboran realmente sus sentencias; sus análisis son ciertamente elucidadores. *Karl Leweyln* ha puesto al descubierto que en la aplicación del Derecho se presentan **dos tipos de reglas**, las llamadas **reglas de papel** y **las reglas efectivas**. Las primeras *están constituidas por las leyes y los reglamentos que los jueces declaran aplicables al caso concreto*. Sin embargo, las segundas, *que en ocasiones ni siquiera se mencionan y que vienen a ser finalmente, las que en realidad se tomaron en consideración para resolver un litigio*

18. Para *Jerome Frank*, la personalidad del juez es el factor central en la aplicación del Derecho. Se halla influida por múltiples elementos los cuales es muy importante conocer —como sus convicciones personales, sus creencias, sus prejuicios, su formación, etcétera—, ya que es dicho juez quien a la postre crea el Derecho efectivo. Empero, *Frank* sostiene —contrariamente a lo que se cree— que *el juez razona del modo precisamente inverso al que la Ilógica formal prescribe*, ya que primero adopta la decisión que estima justa y después busca la norma que la justifique. Él mismo ha escrito al respecto: *"El acto de juzgar, tal y como los psicoanalistas nos dicen, rara vez comienza con una premisa de la cual se extrae subsecuentemente una conclusión. Juzgar comienza antes bien del modo inverso, con una conclusión formada de modo más o menos vago; un hombre, por lo común inicia con una cierta conclusión y después trata de encontrar las premisas con las cuales la sustentará, si no puede hacerlo a su satisfacción, encontrará argumentos propios para vincular su conclusión con premisas que encuentre aceptables, este hombre, a menos que actúe arbitrariamente o esté loco, rechazará tal conclusión y buscará otra "*¹⁵
19. *Hans Kelsen* consideraba que al aplicar el Derecho el juez o el tribunal tienen siempre un margen de acción o libertad y, por lo tanto, su labor es creadora y no simplemente mecánica, lo cual pone en juego no sólo la inteligencia sino la **voluntad**. *Kelsen* señala: *"...la resolución del tribunal nunca puede hallarse determinada por una norma general, ya existente, del derecho sustantivo, hasta el grado de que esa norma que el tribunal aplica, sea, por decirlo así, simplemente reproducida por la individual constitutiva de la decisión. Por precisa que la norma general pretenda ser, la especial creada por la decisión del tribunal siempre añadirá a aquélla algo nuevo "*
20. Autores como *Chaim Perelman* y *Olbrechts-Tyteca* han puesto en serio entredicho la Lógica formal y, particularmente, el pensamiento silogístico aplicado al Derecho. Ellos retoman la forma del razonamiento de la *Retórica clásica construida por Aristóteles, Tácito y Cicerón*, entre otros. Por ello, a su método de argumentación le han denominado **Nueva Retórica**. Ésta se basa en la *razón práctica, en sus categorías de lo verosímil y la decisión razonable. La razón teórica está supeditada a la razón práctica que debe servir a las ciencias sociales y que se presenta como un intento de argumentación para justificar racionalmente los valores.*¹⁶
21. *Recaséns Siches*, entre otros autores, ha insistido también en el **logos de lo humano o logos de lo razonable**. Para él la Lógica tradicional es útil para el jurista en

¹⁵ Cfr. Luis Recaséns Siches, *Nueva filosofía de la interpretación...* opal., pp 98-99

" *Jerome Frank. MW and the Modern Mind*. Brentano s. Nueva York. 1931. pp 100-101.

" *Hans Kelsen. Teoría general del derecho y del Estado*, trad Eduardo García Máynez. UNAM. Textos Universitarios. México. 1979. p 173.

¹⁶ Cfr Ch Perelman y L. Olbrechts-Tyteca. *Tratado de la argumentación La nueva retórica*, trad Julia Sevilla Muñoz. Gredos, Madrid, 1989. pp 30-43.

diversos campos de su tarea, pero la aplicación del Derecho es un aspecto para el que aquella resulta insuficiente y, a veces, contraproducente. En este caso, el juez incurriría en graves injusticias si actuara como un científico dedicado a las ciencias exactas aplicando sin más la Lógica tradicional. Sin embargo, el *logos de lo razonable* no se mueve fuera de la Lógica, sino dentro de ésta pero *motivado por la búsqueda de una solución vital e histórica que redunde en beneficio del hombre y no sólo concuerde con el campo de lo racional*. En otras palabras, es una lógica vinculada con los criterios de valoración estimados por el orden jurídico y con la realidad, a efecto de buscar la solución más justa o equitativa.⁹

22. La *labor del juez*, según coinciden la mayoría de las posiciones doctrinales expuestas desde sus respectivas argumentaciones, es *compleja y creadora; se ayuda de la lógica pero no puede descuidar la valoración ni deslindarse de la realidad social que lo circunda, ni olvidar que el juzgador es un ser humano con virtud, defectos y limitaciones*²⁰ Ante una misión de tal relevancia jurídica y moral, no es de extrañar que *Ronald Dworkin*, para hacer frente a los casos más difíciles haya inventado la figura de un juez ideal, dotado de superpoderes (erudición, paciencia, inteligencia), llamado *Hércules*.¹ Con ello, Dworkin nos permite subrayar que si la labor del juez fuese mecánica y se limitase a una aplicación automática de la ley, sin ulteriores consideraciones, bastaría una computadora y no un superhombre, con capacidad para tomar en consideración los múltiples elementos que exige una solución jurídica justa.
23. La responsabilidad y el poder del juez quedan evidenciados cuando se comprende que *sólo lo juzgado puede constituirse en verdad legal*¹². Una decisión judicial obliga jurídicamente a las partes *resolviendo lo que a Derecho corresponda*. Tal decisión, como se señaló, *puede hacerse efectiva por medio de la fuerza institucionalizada de la autoridad*. Además, corresponde al juzgador, en todos los casos, emitir una decisión, *se halle esta regulada o no, en la ley*. Dicha exigencia se conoce como **principio de plenitud hermética del orden jurídico**.
24. *Debe distinguirse entre este principio y la errónea concepción de que el Derecho tiene normadas todas las soluciones ante la infinita cantidad de problemas distintos que pueden presentarse ante un juez*. Como se dijo antes, los ordenamientos jurídicos padecen algún tipo de *imprecisiones* o *insuficiencias*, a las que aludimos como *vaguedad, ambigüedad y textura abierta*, características singulares de los lenguajes naturales. Por lo tanto, *una cosa es que el juez deba dar una solución a los conflictos que se le planteen, según exige por razones de certeza y seguridad jurídica el principio de plenitud hermética* (para lo cual, como veremos, el Derecho plantea algunas alternativas), y *otra muy distinta el que todas las soluciones estén ya previstas en el ordenamiento jurídico, lo cual es falso*.
25. Es fácil deducir de lo anterior, que la *aplicación* opera como el *proceso complejo* a través del cual, según pensamos, el Derecho procura cumplir con una **doble tarea**. La primera, está determinada por su *función original* y se dirige a **proteger tanto**

⁹Cfr Luis Recaséns Siches. *Nueva filosofía de la interpretación ... op. cit.* p. 131 y ss.

²⁰ Una interesante evaluación del trabajo judicial se resume en la obra de Alberto Vicente Fernández. *Función creadora del juez*. Abeledo-Perroti, Buenos Aires. 1980. Véase también de Rodolfo Vázquez (comp.). *Interpretación jurídica y decisión judicial*. Doctrina Jurídica Contemporánea. Fontamara. México, 1998.

¹Cfr Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*. Duckworth. Londres. 1978. p. 105.

¹² En este caso el término "verdad legal" se utiliza metafóricamente, dado que en estricto sentido, lo legal puede ser justo o injusto, correcto o incorrecto, pero no verdadero o falso. La verdad y falsedad son calificativos propios de los juicios empíricos, pues afirman o niegan hechos o circunstancias vinculadas con la realidad y, por lo tanto, veritables.

*los intereses primigenios como los intereses fundamentales que aparecen en todo grupo humano. La segunda la impone la necesidad de **enfrentar los conflictos** que se producen también en todo grupo humano, ubicado en un espacio y momento histórico determinados y que consiste en **juzgar las colisiones entre intereses antagónicos, decidiendo cuál es el interés prevaleciente, cuál es el mejor derecho o a quién jurídicamente corresponde la razón.** El cumplimiento de esta **doble tarea** va dirigido a un fin: *facilitar la convivencia o cooperación social.**

26. Corresponde a la *Técnica jurídica* estudiar y analizar este proceso, así como hacer frente a una serie de problemas característicos que trae aparejada la aplicación de todo ordenamiento jurídico. A saber, por un lado, los de su validez en el tiempo y el espacio, esto es, las implicaciones que comporta en uno y otro ámbito la relación de un sistema jurídico con otros sistemas jurídicos con los que convive. Dichas implicaciones son conocidas por la doctrina tradicional, respectivamente, como *conflictos de leyes en el tiempo y en el espacio*. V, por el otro, los ya referidos problemas de imprecisión e insuficiencia que padecen todos los ordenamientos jurídicos, para lo cual se acude a la interpretación e integración del Derecho.
27. Como sabemos, la *Técnica jurídica* o *Técnica del Derecho positivo*, que se ubica dentro de la **Teoría General del Derecho** y se ocupa de una parte de la *dimensión normativa del fenómeno jurídico*,¹¹ concretamente se concentra en el estudio y análisis de los medios empleados en la elaboración, transformación y aplicación de las normas jurídicas en vigor.¹² Tradicionalmente, la *Técnica jurídica* se divide en **Técnica legislativa**, *abocada al examen específico de la producción legislativa*,¹³ y **Técnica de aplicación del Derecho** (técnica jurídica *stricto sensu*)¹⁴ dirigida al análisis de los problemas de aplicación del Derecho propiamente dichos, de los cuales nos ocupamos en este capítulo. Conviene recordar que ya antes, al analizar las fuentes del Derecho, tuvimos ocasión de explicar ampliamente los problemas relativos a su creación.¹⁵

7.1.2 El ordenamiento jurídico y su aplicación

28. Para analizar la *aplicación del Derecho* y los problemas que le acompañan, resulta esclarecedor hacerlo a través del enfoque del *Derecho en tanto ordenamiento jurídico*, esto es, como una *clase de sistema normativo*. Los beneficios que ello reporta son varios:

- Primero, nos muestra que *el proceso de aplicación se halla articulado en un todo* —el propio ordenamiento jurídico—, lo cual impone diversas exigencias lógicas y jurídicas.
- Segundo, nos ayuda a comprender que *la aplicación del Derecho no se produce en el mundo como un fenómeno aislado y atemporal*, en virtud de que

¹¹ Respetto de la *dimensión normativa del Derecho* y las ramas que la estudian, incluida la *Técnica jurídica*, remítase el lector a la primera parte de este libro, cap. II, inciso 2.2.2

¹⁴ Véase, por ejemplo: Ismael Rodríguez Campos, *Manual de redacción jurídica*, I-azcano Garza Editores, México, 2008.

¹⁵ Es obvio que todos los aspectos y la problemática de la creación del Derecho no pueden reducirse a los relativos a la producción legislativa. Resulta necesario que además de la *Técnica legislativa*, propiamente dicha, la *Técnica jurídica* se ocupe de las normas sobre producción jurídica en general

*Cfr. Eduardo García Máynez. *Introducción al...*, op. cit., p. 318

Véase sobre la creación del Derecho y las fuentes del Derecho los capítulos IV y V de esta parte del libro, respectivamente.

los ordenamientos jurídicos conviven con otros sistemas jurídicos que le son contemporáneos, lo cual genera relaciones e influencias mutuas insoslayables que deben ser analizadas.

- **Tercero**, que al analizar los caracteres y defectos de los ordenamientos jurídicos, *se podrán entender mejor las dificultades del juez o la autoridad administrativa al aplicar el Derecho.*

29. Cuando se abordó el tema de la *creación del Derecho*, señalamos que los contenidos normativos que se **incorporan** a las leyes o a las normas individualizadas *proviene no sólo de los procesos de producción de los mismos ordenamientos jurídicos, sino de otros con los que comparte espacio o tiempo, hacia el interior de su jurisdicción* (con la moral, por ejemplo) o *hacia el exterior* (con el Derecho internacional y los ordenamientos jurídicos extranjeros). La **creación del Derecho** es también un fenómeno complejo que se verifica en un *sistema (el jurídico), interrelacionado con otros sistemas.*^{*}

7.1.2.1 EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COMO SISTEMA

30. Efectivamente, el *ordenamiento jurídico es un sistema*, con ello queremos subrayar que el **Derecho** es una *totalidad ordenada*. Es decir, un *conjunto de normas* entre las cuales existe tanto *unidad*, como una *disposición determinada*. Esto significa que los *sistemas jurídicos son el conjunto (la unión) de normas dispuestas (ordenadas) con respecto a una norma fundamental y relacionadas coherentemente entre sí.*¹⁹ Pero, *¿qué tipo de sistema es concretamente el ordenamiento jurídico?* Expliquémoslo por eliminación.
31. El *ordenamiento jurídico no es*, como ya dijimos y como mucho tiempo se pensó, un *sistema deductivo*. Más exactamente, *un ordenamiento en el que todas las normas se derivan de algunos principios generales*. El ejemplo más típico de un sistema deductivo es el *Derecho natural*. Para esta clase de sistemas *todas las conclusiones devienen por deducción lógica de los principios generales, haciendo abstracción de los hechos, de la realidad, dependiendo sólo de la razón*. Bobbio señala, en los sistemas deductivos, *cuando aparece una contradicción, se viene abajo todo el sistema.*²¹
32. El *ordenamiento jurídico tampoco es un sistema empírico*, como intentó configurarlo Savigny, pasando de la jurisprudencia de la exégesis (*deductiva*) a la sistemática (*inductiva*). Un sistema jurídico empírico, como el propuesto por este autor, *se desarrolla clasificando los datos semejantes que aporta la experiencia, a efecto de formar conceptos muy generales en relación con los cuales unificar todo el material obtenido.*" A diferencia del sistema deductivo, que parte de lo general

^MCfr el inciso 4.1.1 "La creación del Derecho como un fenómeno complejo", capítulo IV de esta segunda parte

^N Para el desarrollo de este inciso, nos apoyaremos sobre todo en la *Teoria dell'ordinamento giuridico* de Norberto Bobbio, G. Giappichelli-Editore, Turin, 1960. Cfr. *Ibid.* p. 70. Una visión moderna de este tema en la literatura italiana está en Giovanni Battista Ratti, *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*. G. Giappichelli Editore. Turin, 2008

¹⁹*Ibid.* p. 81.

²¹ *Ibid.* p. 79. Para Bobbio las grandes aportaciones de la jurisprudencia sistemática de Savigny fueron la del *negocio jurídico* y la de *relación jurídica*. Al respecto, opina textualmente: "El concepto de negocio jurídico es manifestamente el resultado de un esfuerzo constructivo y sistemático en el sentido de sistema empírico que ordena generalizando y clasificando /.../ El concepto más general elaborado de la jurisprudencia sistemática es muy probablemente el de *relación jurídica*: un concepto que permite la reducción de todos los fenómenos jurídicos en un esquema único, favoreciendo entonces la construcción de un sistema en el sentido de sistema empírico e inductivo. El concepto de *relación jurídica* es el concepto sistemático por excelencia de la ciencia jurídica moderna. Peni es claro que su función no es aquella de iniciar un proceso de deducción, sino el de permitir un mejor ordenamiento de la materia". *Ut supra*. pp. 79-80

para arribar a lo particular, en el empírico se procede justo a la inversa, partiendo de lo individual para llegar a lo general.

33. El ordenamiento jurídico constituye un sistema en un **tercer sentido**, es decir, como una totalidad ordenada compuesta de normas compatibles. A los sistemas jurídicos les basta, a diferencia de los sistemas deductivos perfectos donde las normas se implican, que entre sus componentes individuales (normas) haya coherencia, es decir, que exista una relación de compatibilidad. Mientras en un sistema deductivo la contradicción desbarata el sistema, **la incoherencia de un sistema jurídico es remediable eliminando la norma o normas incompatibles.**¹²
34. Kelsen consideraba el ordenamiento jurídico como un sistema dinámico. Con ello quería indicar que las normas jurídicas resultan válidas en cuanto han sido creadas conforme a determinada **regla**. *Ex* norma fundamental es la **regla** suprema de acuerdo con la cual los preceptos del orden jurídico son **establecidos y anulados**. Por eso, el contenido de una norma puede ser cualquiera. Contrariamente a esto los sistemas deductivos, como la moral, son sistemas *estáticos*, donde las normas que los componen son válidas por su dignidad intrínseca y se obtienen derivándolas de un principio general específico (norma fundamental), a través de una operación intelectual que infiere lo particular de lo general.³³
35. La aceptación del ordenamiento jurídico como uno *dinámico*, no está exenta de dificultades. Si bien la materia de la cual se pueden ocupar las normas jurídicas, es decir, su contenido, puede ser prácticamente cualquiera, *la limitante en relación con tal contenido está dada por la coherencia que tales normas deben guardar entre sí. Sin tal coherencia no puede hablarse más de un sistema y ésta se encuentra relacionada con la materia no con la forma*. Por eso Bobbio afirma: "... para juzgar el contraste entre dos normas es necesario examinar su contenido; no basta referirse a la autoridad de la cual emanan".* La posibilidad de normas contradictorias en un sistema dinámico es un problema que puede efectivamente darse. Ese sistema resulta legítimo siempre y cuando sus normas satisfagan el principio de compatibilidad.

7.1.2.2 El principio de compatibilidad y las antinomias

36. En efecto, el principio de compatibilidad con que deben cumplir las normas que conforman los sistemas jurídicos, constituye una salvaguarda de la unidad y coherencia de los ordenamientos jurídicos y, en consecuencia, de dos valores instrumentales del Derecho: el orden y la seguridad. Dado que los sistemas jurídicos determinan la validez de sus normas jurídicas por un proceso de formalización-incorporación ampliamente explicado,¹⁵ a éste viene a sumarse la exigencia de compatibilidad. De tal suerte, si por error del legislador al sistema llegaran a incorporarse normas incompatibles, lo cual suele suceder en todos los ordenamientos jurídicos, éstas deberán ser eliminadas por el juzgador para hacer posible una correcta aplicación del Derecho.
37. Es claro, entonces, que la aplicación del Derecho puede encontrar como una de sus dificultades particulares la existencia de normas contradictorias, es decir, de

¹² Cfr. *ibid.*, pp. 80-81.

³³ Cfr. Hans Kelsen, *Teoría general del Derecho ... op. cit.*, pp. 131-133.

¹⁴ Norberto Bobbio, *Teoría del ordenamiento*, op. cu., p. 73.

¹⁵ Cfr. el capítulo IV, "La creación del Derecho", segunda parte.

antinomias. Cuando para resolver un problema el juez tiene frente a sí normas contradictorias (*una que prohíbe y otra que autoriza la misma situación*), la ya difícil tarea de juzgar se complica, *pues el ordenamiento jurídico resulta incoherente. El juez, como se señaló arriba, deberá hacer prevalecer una de las normas.* Veamos, entonces, *cuáles son los principales tipos de antinomias que aparecen en los ordenamientos jurídicos y cuáles los criterios que pueden establecerse para resolverlas.*

38. Las *contradicciones o antinomias propias* que aparecen en un ordenamiento jurídico *se producen cuando dos normas pertenecientes a éste coinciden, prescribiendo conductas opuestas en cualquiera de sus ámbitos de validez temporal, espacial, personal o material.* Es decir, *trátase de dos normas, una que autoriza y otra que prohíbe en el mismo territorio, en el mismo espacio de tiempo, respecto de las mismas personas y en relación con la misma conducta.*
39. De acuerdo con el *grado o extensión de la contradicción entre dos normas*, las *antinomias* pueden ser de tres tipos: *total-total, total-parcial y parcial-parcial.*
40. *Ejemplifiquemos los tres niveles de antinomias.* Supongamos que al ingresar en un parque público vemos un anuncio que contiene, por error o descuido de sus vigilantes, disposiciones contradictorias:

1. Antinomia total-total:

- a) *"De las diez a la doce del día se prohíbe a los paseantes ingresar en este parque con animales domésticos";*
- b) *"De las diez a las doce del día se autoriza a los paseantes a ingresar en este parque con animales domésticos";*

2. Antinomia total-parcial:

- a) *"De las diez a las doce del día se prohíbe a los paseantes ingresar en este parque con animales domésticos";*
- b) *De las diez a la una de la tarde se autoriza a los paseantes ingresar en este parque con animales domésticos";*

3. Antinomia parcial-parcial:

- a) *"De las diez a las doce del día se prohíbe a los paseantes ingresar en este parque con animales domésticos y con balones de fútbol";*
- b) *"De las diez a las doce del día se autoriza a los paseantes ingresar en este parque con animales domésticos y con balones de baloncesto".*

41. Como puede notarse en los tres ejemplos, *la contradicción es evidente variando sólo en el grado.* Así, en el *primer tipo de antinomia*, las dos normas están totalmente sobrepuestas en sus cuatro ámbitos de validez, siendo *totalmente incompatibles.* El juez o la autoridad en turno, encargada de aplicar ambas normas, *deberá eliminar una de ellas, eliminarlas ambas o introducir alguna modificación en una o ambas, para hacerlas compatibles.** En el caso de la *antinomia total-parcial.*

A la utilización de esos criterios para eliminar una o ambas normas contradictorias o incluir una interpretación determinada, se agregan estos otros criterios: los de jerarquía, cronología y especialidad. Suele recurrirse a los criterios señalados arriba cuando entre dos normas contradictorias tipo total-total o parcial-parcial, ambas son jerárquicamente iguales, contemporáneas y generales o especiales. En tales casos el juez puede recurrir a la *abrogación simple*, si elimina una de las normas contradictorias; a la *doble abrogación*, si elimina ambas normas; y, a la *interpretación correctiva*, si al desentrañar el sentido de las normas se busca demostrar que la contradicción es aparente y se enmienda una o ambas normas contradictorias por vía de la interpretación para hacerlas compatibles. Evidentemente, cuando se habla de abrogación aludese a una abrogación impropia, pues esa función corresponde al legislador. Cfr. Norberto Bobbio. *Teoría dell'ordinamento ... op. cit.* pp. 102-111.

la norma b) goza de un ámbito de aplicación temporal en el cual no se contradice con la primera, ya que es posible que los paseantes lleven animales domésticos al parque de las doce a la una de la tarde. Por último, en la *antinomia parcial-parcial* la contradicción entre ambas normas se da sólo en parte. Remitiéndonos al ejemplo propuesto, la contradicción opera exclusivamente en relación con la portación de animales domésticos.

42. Existen otros tipos de contradicciones en el ordenamiento jurídico denominadas *antinomias impropias*, toda vez que se refieren a distintos aspectos de tal ordenamiento, y no necesariamente a normas contradictorias jurídicamente. Aquí, dado el carácter introductorio de este análisis, sólo haremos referencia a las llamadas **antinomias de principio** y a las **antinomias de valoración**.
43. Hemos afirmado que *los sistemas jurídicos no sólo se componen de normas, sino también de principios*, o si se quiere, no sólo de normas que autorizan, prohíben o penan, sino de *estándares que enuncian consideraciones ideales o paradigmáticas cuya función es orientar al Derecho*. Por lo tanto, es posible que en un orden jurídico convivan principios que pueden llegar a enfrentarse, como los de libertad versus seguridad o individualidad versus bien común. En tales casos el juez se topará con una *antinomia de principio*. Se habla, en cambio de una *antinomia de valoración* o **contradicción axiológica**, cuando la solución que el sistema jurídico atribuye a un caso indica, según ciertas pautas valorativas, que otro caso debería tener una solución diferente de la que el sistema le da.¹¹ Por ejemplo, cuando se castiga con una pena más severa un delito menor que uno mayor, o se castiga con una pena menor un delito valorando de modo distinto circunstancias irrelevantes (v.gr. aplicar 10 años de prisión a un homicida y también 10 a otro cuya víctima hubiese sido su cónyuge).⁵⁸
44. El Derecho moderno, dado el carácter cada vez más cambiante y complejo de sus ordenamientos, suele generar este tipo de contradicciones o antinomias, tanto propias como impropias. El juez, al enfrentarse con normas contradictorias tendrá que recurrir a diversas reglas para optar entre una de éstas, en función de los criterios jerárquico, cronológico y el de la especialidad. Luego entonces, entre dos normas contradictorias prevalecerá la jerárquicamente superior (una norma constitucional sobre una reglamentaria); la norma nueva que deroga a la antigua; la norma que tiene carácter especial o una excepción y desplaza a la regla general.
45. Según vemos, para la aplicación del Derecho resulta de fundamental importancia que el ordenamiento jurídico cumpla con la regla de coherencia que se deriva del principio de compatibilidad del orden jurídico, no por el hecho de que las normas contradictorias no sean válidas, sino porque un sistema jurídico incoherente dificulta el establecimiento del orden y la seguridad que se supone son valores que el Derecho debe aportar. La existencia de dos normas igualmente válidas pero contradictorias es una falla en la lógica interna del sistema, que si bien no descalifica el ordenamiento como sistema jurídico, sí propicia un funcionamiento deficiente, provoca inseguridad jurídica y obliga al juez, en muchos casos, a ser injusto.

7.1.2.3 La plenitud del ordenamiento jurídico y sus lagunas

46. El que un ordenamiento jurídico satisfaga las características de unidad y coherencia es, como vemos, sumamente importante para la aplicación del Derecho. Sin

¹¹ Cfr Carlos Santiago Niño. *Introducción al...* op. cit. p. 278.

⁵⁸ Cfr *Idem*

embargo, quizá la característica de la plenitud del ordenamiento jurídico sea más importante aún. por su mayor vinculación con la labor jurisdiccional. Ésta predica que los sistemas jurídicos cuentan siempre con una norma para resolver cualquier problema. Un ordenamiento es incompleto o insuficiente cuanto tiene "lagunas", más precisamente, cuando el sistema jurídico no comprende la norma que prohíbe un cierto comportamiento específico ni la norma que lo autoriza.¹⁹

47. **Contra la idea de la existencia de lagunas en el ordenamiento jurídico se alza la posición de quienes piensan que el Derecho es un sistema pleno**, las supuestas "lagunas" equivalen solamente a un espacio jurídico vacío.⁴⁰ Los espacios jurídicos vacíos dejados por el Derecho no son fallas del mismo, sino límites naturales que todo ordenamiento jurídico posee. Las actividades humanas reguladas por el Derecho tienen para éste un carácter relevante, en cambio, las no reguladas resultan una esfera del comportamiento humano jurídicamente irrelevante. En conclusión, no existen las susodichas lagunas, sino simples espacios jurídicos relevantes o espacios jurídicos irrelevantes o vacíos.
48. Otra teoría que también niega la existencia de lagunas en el ordenamiento jurídico sostiene, a partir de la posición opuesta, que no existen espacios jurídicos vacíos sino sólo el espacio jurídico pleno " es decir, el Derecho no falta nunca. ¿Por qué? Cuando una norma regula un comportamiento determinado (norma particular inclusiva) los demás comportamientos no establecidos ahí se regulan por exclusión. Es decir: los casos no comprendidos por la norma jurídica particular se rigen por una norma general excluyente.
49. Así, por ejemplo, si una norma particular inclusiva ordena: "De las diez a las doce del día se prohíbe a los paseantes a ingresar en este parque con animales domésticos", la norma general excluyente derivada de ésta prescribiría que: "Se autoriza a los paseantes a ingresar en este parque con animales domésticos, salvo de las diez a las doce del día". Hans Kelsen, quien participaba de esta posición, llamó a esta norma general excluyente, **principio de clausura**, el cual estipula: "todo lo que no está prohibido está permitido".⁴¹
50. Dicho de otro modo, a toda norma particular inclusiva que regula una conducta corresponde una norma general excluyente que se ocupa de todas las demás conductas no reguladas por la primera. Sin embargo, esta idea del espacio jurídico pleno da por sentado que los ordenamientos jurídicos sólo poseen esta "pareja" de normas, sin reparar en un tercer tipo que "...es inclusiva como la primera y general como la segunda, y que podríamos denominar norma general inclusiva. En efecto, la norma general inclusiva es aquella según la cual en caso de lagunas en el ordenamiento jurídico el juez debe recurrir a la norma que regula casos similares o materias análogas
51. En el caso de la norma general inclusiva el problema, como es de suponerse, consiste en la determinación de la similitud. Para ello es necesario que el juez haga uso de la interpretación, esto es, desentrañar cuál es el sentido de la norma, cuál es la semejanza relevante, la ratio legis que permita aplicar la misma solución del

¹⁹Cfr. Norberto Bobbio, *Teoria dell'ordinamento...* op. cit., pp. 125-126.

De acuerdo con Bobbio, la idea del espacio jurídico vacío fue enunciado y defendido por Karl Bergbohm en su libro *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, de 1892. *Ut supra*, pp. 143-144.

⁴¹ Doctrina sostenida por E. Zilemann en su libro *Lücken im Recht*, de 1903. Karl Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, op. cit., p. 148.

⁴²Cfr. Hans Kelsen. *Teoria general del Derecho...*, op. cit., pp. 174-175.

⁴³ Norberto Bobbio. *Teoria dell'ordinamento ... op. cit.*, p. 152.

caso regulado al caso no regulado. En suma: *los ordenamientos jurídicos prevén para casos diferentes no contemplados la norma general excluyente. y para casos similares no contemplados la norma general inclusiva; la primera solucionará la laguna de modo contrario al supuesto regulado; la segunda lo hará de modo idéntico al supuesto regulado.*

52. En el ordenamiento jurídico mexicano existen las dos reglas generales para la solución de los casos no regulados o contemplados, es decir, los criterios de la norma jurídica general excluyente e inclusiva. Veamos: la materia penal posee la consideración de ser un espacio jurídico pleno. A saber, en el Derecho penal no hay lagunas, ya que ante la ausencia de una norma particular inclusiva, se aplica el criterio de la norma general excluyente que corresponda.
53. En este tenor se pronuncia el párrafo tercero del artículo 14 constitucional cuando prescribe: *"En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata (norma particular inclusiva)".* De tal guisa, todas las conductas no encuadradas, exactamente, en la norma particular (o sea, en el tipo penal) se regularán por la norma general excluyente, es decir, *todo lo excluido de la norma específica (tipo penal) ni es delictivo ni puede ser objeto de pena alguna.*
54. En lo que hace a las demás materias (civil, mercantil, administrativo, laboral, etcétera), en el ordenamiento jurídico mexicano no se aplica automáticamente el criterio de la referida norma general inclusiva y, por lo tanto, los casos similares pero no regulados se resolverán de modo idéntico al sí regulado, si la ley aplicable así lo prescribe expresamente. Es probable que antes de reenviara la integración analógica, la ley ordene recurrir a la costumbre, la jurisprudencia o a los principios generales del Derecho.
55. La similitud de los casos es una circunstancia que deberá ser determinada por el juzgador a través de la interpretación, desentrañando en cada caso cuál es la semejanza relevante que permita atribuir la misma solución jurídica a dos casos, uno regulado y otro no. La labor interpretativa del juez al aplicar el Derecho demuestra que su función no es meramente mecánica, ya que, aunque el ordenamiento jurídico prevea la regla que existe para salvar una laguna, el juez deberá resolver por su propia cuenta si la similitud existe o no.
56. Finalmente, en cuanto a las lagunas del Derecho, la doctrina las clasifica en varios tipos. Las **lagunas propias** son aquellas que aparecen dentro del propio sistema jurídico y que se salvan por vía de la norma general inclusiva o exclusiva. Estas lagunas pueden obedecer a causas:
 - objetivas: como el cambio en las condiciones sociales, políticas, económicas o tecnológicas que hagan insuficiente u obsoleto el ordenamiento jurídico; o,
 - subjetivas: es decir, obra de errores involuntarios o voluntarios del legislador. Lo anterior se presenta, por ejemplo, cuando se redactan normas muy generales —lagunas intra legem— o muy específicas —lagunas prae legem— dada la complejidad de la materia o para que sea el juez por medio de la interpretación quien, según las circunstancias concretas, dé solución al problema.
57. Se habla de **lagunas impropias** cuando la insuficiencia de un ordenamiento jurídico resulta del análisis de éste respecto de un ordenamiento ideal, como el Derecho natural. Las llamadas **lagunas ideológicas** son característicamente impropias, y consisten no en la falta de una norma jurídica, sino en la falta de una solución

satisfactoria. En otros términos, aunque la norma exista la solución que ésta prescribe se considera injusta. La manera de hacer frente a estas lagunas sui géneris es legislando, es decir, *creando una nueva norma que se considere justa o satisfactoria, o modificando, en este sentido, aquella que se piense injusta*.

58. *Ixi técnica a que el Derecho recurre para completar las lagunas de la ley se denomina integración* de la que existen dos tipos: .«

1. *Pluriintegración*. Aquella que para resolver la laguna recurre a *ordenamientos diversos* (Derecho natural. Derecho internacional. Derecho estatal o federal) o a *fuentes distintas de la dominante* (en nuestro sistema, después de la ley, a la costumbre, la jurisprudencia o la doctrina).
2. *Autointegración*. Aquella que, para salvar la laguna, recurre a la *fuerza dominante* según el sistema de que se trate, luego a la *analogía* y, finalmente, a los *principios generales del Derecho*.

De este modo, el *ordenamiento jurídico mexicano recurre*, según se desprende de los párrafos citados del artículo 14 constitucional, a *ambos tipos de integración*.

59. Para Norberto Bobbio *"...la plenitud es una condición necesaria para aquellos ordenamientos en los cuales valen estas dos reglas: 1) el juez debe juzgar todas las controversias que se presentan a su examen; 2) debe juzgarlas con base en una norma perteneciente al sistema"*. Así por ejemplo, y en atención a ello, *el sistema jurídico mexicano* puede considerarse como uno de los que establecen tal condición de plenitud, a la luz de estar constreñido a satisfacer ambas reglas:

- La primera, al tenor del artículo 18 del Código Civil Federal que prescribe: *"El silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley no autorizan a los jueces o tribunales para dejar de resolver una controversia"*.
- La segunda, en consonancia con lo prescrito por el artículo IV del mismo ordenamiento: *"IMS controversias judiciales del orden civil deberán resolverse conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica. A falta de ley se resolverán conforme a los principios generales del derecho"*

60. En el inciso anterior se hizo hincapié en que era menester *distinguir* entre la **idea de que el ordenamiento jurídico prevé todas las soluciones a los casos puestos a consideración de un juez** y el *principio de plenitud hermética del ordenamiento jurídico*, en cuanto necesidad de dar solución a todos los casos. Conceder en este principio no implicaba admitir la primera idea. En otras palabras, *aceptar la exigencia perenne de impartir justicia, no conlleva aceptar también que el ordenamiento jurídico sea perfecto*, es decir, carente de imprecisiones e insuficiencias.
61. Sin embargo, si bien es correcta esta distinción, *el nombre mismo del principio de "plenitud hermética del ordenamiento jurídico" es incorrecto y equivoco*, dando lugar a que de éste se infieran conclusiones equivocadas. Para empezar, *los ordenamientos jurídicos no son cerrados ni herméticos, porque no son sistemas deductivos perfectos*. No es justificable emplear, entonces, dicha expresión para denotar que aceptada la insuficiencia del orden jurídico, la solución exigida al juez deba provenir o circunscribirse al propio sistema, sea por interpretación o por cualquier otro medio, como los principios generales del Derecho (principios que son, por cierto a veces, de orden externo al sistema).⁴⁵

⁴⁵ *Ibid.* pp. 129-130

⁴⁵ Para una explicación sobre los tipos de principios a que alude la expresión *principios generales del Derecho* puede consultarse tanto el inciso 4.2.3.2 del cap. IV. como el 5.3.2 del cap. V

62. Los *sistemas jurídicos son sistemas abiertos*, por lo tanto, con entradas y salidas. Ni todas las soluciones están ni proceden de ellos mismos, ya que muchos de sus contenidos normativos provienen, como de hecho sucede, de otros ordenamientos con los cuales está en permanente relación. Si los sistemas jurídicos fuesen cerrados, herméticos, sería inadmisibles, incluso como excepción, que se otorgara validez a los actos jurídicos realizados con base en sistemas jurídicos extranjeros.
63. No es menos importante dejar en claro que la *plenitud* de un ordenamiento jurídico, entendida como *previsión* de todas las soluciones a todos los casos, es distinta a la *demanda* dirigida al juez y al ordenamiento en general de resolver toda controversia. La *plenitud es una exigencia de la Ixigica*. En cambio, *la demanda dirigida al juez de atender y resolver todo caso ique le sea planteado, es una exigencia de la seguridad jurídica*. Para que un ordenamiento jurídico cumpla con su tunción original deberá dar respuesta a cualquier caso que se le plantee, no podrá rehuirlo, pues los particulares sabrían que, en ciertos casos, la autoridad no decidirá, disminuyendo así su fuerza y su credibilidad

7.1.2.4 El ordenamiento jurídico como un sistema abierto y su dimensión espacial-temporal

64. *El carácter abierto del ordenamiento jurídico es relevante en la medida en que éste no se encuentra solo ni aislado*. La vida y el desenvolvimiento del ordenamiento jurídico como sistema se da en un espacio y un tiempo histórico determinados, lo cual significa *que en otros espacios o en el mismo y contemporáneamente, existen otros ordenamientos con los cuales, necesariamente, convive*. Tal convivencia es relevante tanto en lo que toca a la *creación* del Derecho, según se analizó en otra parte de este libro, como en su *aplicación*, según veremos ahora.
65. Los *ordenamientos jurídicos son sistemas abiertos en el tiempo y el espacio*. La apertura lempo-espacial de los sistemas jurídicos nos invita a conocer sus *contactos con otros sistemas*. Kstos contactos o, más precisamente, estas *relaciones*, son de diversa índole. Sabemos que, a más del jurídico, en las sociedades humanas existen diferentes tipos de ordenamientos, con los cuales aquél se vincula de uno u otro modo. Por ello, cabe referirse a las relaciones que los sistemas jurídicos entablen con: *sistemas jurídicos y sistemas no jurídicos*. Dichas *relaciones*, a su vez, se producen tanto al: *interior como al exterior del espacio mismo donde el sistema jurídico rige*. Ambas relaciones tienen particular relevancia en lo que a la aplicación del Derecho toca. Veamos.
66. Al *interior del espacio donde rige un sistema jurídico* éste se relaciona con *ordenamientos no jurídicos*, de los cuales quizás el más relevante sea la *moral*. Sabemos que las relaciones con la moral positiva son permanentes y sus frutos evidentes cuando, por ejemplo, el Derecho formaliza jurídicamente comportamientos que antes sólo eran regulados por normas propias de tal moral. A veces, las relaciones de la moral y el Derecho son encontradas, como lo son las relaciones del ordenamiento jurídico con otros ordenamientos no jurídicos, como los códigos de conducta de asociaciones de delincuentes o las sectas secretas. En estos casos el ordenamiento jurídico desconoce esos ordenamientos, y *un juez no dudará en castigar conductas asumidas conforme a dichos ordenamientos paralelos*.

"Cfr. Norberto Bobbio. *Teoría dell'ordinameito* . o; > cu., p 189.

67. También *al interior del espacio donde rige un ordenamiento jurídico, éste mantiene permanentes relaciones con otros ordenamientos jurídicos igualmente válidos*. Tal es el caso de las relaciones que guarda, por ejemplo, un *ordenamiento jurídico federal* (como el mexicano) *con el de sus entidades federativas*. Por principio, el ordenamiento de la entidad federativa se considera *incluido* en el ordenamiento federal.
68. No obstante ello, *sus relaciones se basarán en criterios de validez, materia, extensión y jerarquía distintos*. Criterios estos que **no excluyen la posibilidad de que sus relaciones puedan ser conflictivas** cuando, por ejemplo, *un juez tiene ante sí dos normas jurídicas pertenecientes a ordenamientos jurídicos distintos, normas que sostienen ser igualmente válidas para regular el caso o materia concretas*. Nos hallamos, entonces, frente a uno de los llamados *conflictos de leyes en el espacio que pueden darse entre sistemas jurídicos vigentes al interior de un mismo territorio*.
69. Por lo que toca a las *relaciones de un ordenamiento jurídico con ordenamientos jurídicos ubicados fuera de su ámbito territorial de validez*, éstas pueden ser las que se producen:
1. *entre ordenamientos jurídicos de dos países o Estados distintos; y las que se dan, a su vez,*
 2. *entre los ordenamientos jurídicos de esos distintos Estados nacionales y el Derecho internacional.*
70. En cuanto al primer caso, *las relaciones entre ordenamientos de Estados distintos suelen ser, en cuanto a la extensión de sus ámbitos espaciales de validez, excluyentes*. En otros términos, *cada ordenamiento jurídico estatal sólo puede aplicar válidamente su Derecho en su propio territorio*. De allí se desprende que si algún Estado, unilateralmente, *pretendiera extender el ámbito de aplicación de su ordenamiento más allá de sus fronteras*, estaría violando el principio de *no aplicación extraterritorial de la ley*.
71. Esta circunstancia, sin embargo, es distinta del hecho de que los ordenamientos estatales *reconozcan la validez, per se, de los actos jurídicos llevados a cabo conforme a un ordenamiento jurídico extranjero*. Al Derecho corresponde, precisamente, regular el cada día más intenso intercambio entre naciones en lo que hace al tránsito de personas y sus vínculos con otras de nacionalidad distinta, el comercio, las artes, la cultura, etcétera. Este intercambio y relación constantes propician que, en determinados asuntos, *jueces de dos ordenamientos estatales independientes puedan llegar a considerarse competentes para conocer, conforme a su legislación, de un mismo asunto*. Aquí nos encontramos, de nueva cuenta, con otro típico caso de *conflicto de leyes en el espacio*.
72. En lo correspondiente a las *relaciones entre los ordenamientos jurídicos estatales y el Derecho internacional*, no hay unanimidad respecto de si esas relaciones son de *coordinación* o de *supremacía* del Derecho internacional respecto de los ordenamientos estatales.⁴⁷ En cambio, lo que sí resulta innegable es el avance, cada día

⁴⁷ Evidentemente, el llamado Derecho de la Unión Europea rompe los paradigmas tradicionales y una mención a éste resulta obligada, toda vez que nos encontramos ante un caso extraordinario en el que los sistemas jurídicos nacionales de diferentes países han aceptado la supremacía del Derecho producido por todos ellos tanto en el Parlamento Europeo como, a nivel de decisiones, por la Corte Europea de Justicia. Al respecto véase Giorgio Assumma y Gaia Mari Giovanni Riffero, *Nozioni di Diritto dell'Unione Europea*. Editoriale Artemide, Roma, 2006.

mayor, de los ámbitos de competencia cedidos al Derecho internacional por los ordenamientos estatales, así como el protagonismo progresivo del ordenamiento jurídico internacional en la resolución de problemas vinculados con materias como el comercio, el medio ambiente y los derechos humanos. *La posibilidad de coaliciones o conflictos espaciales en ambos ordenamientos jurídicos es evidente*, con mayor razón a la luz de conceptos tradicionales como los de soberanía estatal y supremacía constitucional.

73. Para finalizar, en lo referente a las *relaciones de los ordenamientos jurídicos en el tiempo*, cabe destacar que cuando dos ordenamientos poseen un mismo ámbito de validez espacial y material, pero no temporal, sus relaciones pueden dar lugar a diversos problemas jurídicos, *principalmente en lo que toca a su aplicación*. Tal situación se presenta, específicamente, *en el supuesto de que un ordenamiento jurídico nuevo remplace, derogue o abroge a uno viejo, sea por vías jurídicas* (golpe de Estado, revolución, etcétera) *o en el marco del propio ordenamiento jurídico* (como la elaboración de una nueva Constitución o la derogación de una o varias leyes). Dado el talante introductorio de este texto, aquí y más adelante, sólo nos concentraremos en el último caso.
74. En *términos de aplicación del Derecho*, el problema antes planteado radica en saber si la nueva Constitución o la nueva ley secundaria se hará efectiva sólo para los casos contemporáneos y futuros *o también para los acaecidos antes de su promulgación*. Si, en principio, los hechos se rigen por la ley vigente en el momento que éstos suceden, ¿es válido aplicar a los mismos una ley emitida posteriormente? En el caso de los hechos jurídicos cuyas consecuencias jurídicas se cumplieron en su totalidad, el problema ciertamente no existe, pero ¿qué sucede con aquellos otros en los que el acto jurídico nace con una ley derogada y sigue surtiendo sus efectos o empieza a surtirlos, bajo una ley nueva?
75. Es evidente que en el caso planteado el juez se topa con un *conflicto de leyes en el tiempo* y con la posibilidad de que una de las leyes en cuestión deba aplicarse a hechos sucedidos en el pasado incumpliendo, así, el *principio de no retroactividad*. La aplicación retroactiva de una ley no afecta a la unidad de un sistema jurídico, sí, en cambio, puede atentar contra la seguridad jurídica y quizá contra la justicia misma que, supuestamente, el Derecho debe propiciar. Analicemos, en lo que sigue, de qué manera *regula el Derecho mexicano la aplicación del Derecho y cómo procura resolver los conflictos en el tiempo y en el espacio, lo mismo que la manera en que da cuenta de los problemas de imprecisión e insuficiencia que su ordenamiento pueda presentar*.

7.2 Conflictos de leyes en el tiempo y el espacio

76. Las leyes que conforman un ordenamiento jurídico al promulgarse y entrar en vigor comienzan a regir para un espacio y por un periodo determinados. Del mismo modo, una norma jurídica individualizada encuentra sus límites de validez fundamental en el espacio y el tiempo para los cuales fue creada. De lo anterior se sigue que no existe un Derecho positivo válido en todo lugar y en todo tiempo. Esta circunstancia afecta de manera singular el proceso de aplicación del Derecho, pues tiene frente a sí dos principios básicos que la condicionan:

1. **No cabe la aplicación extraterritorial de la ley**, dado que las relaciones entre ordenamientos jurídicos estatales distintos es de exclusión.
2. **No cabe la aplicación retroactiva de la ley**, es decir, ésta debe regir para el hoy y el mañana, no para el ayer, a efecto de propiciar seguridad jurídica.

Alrededor de ambos principios y sus excepciones gira el tema tradicional de conflictos de leyes en el espacio y en el tiempo.

7.2.1 Aplicación de las leyes en el tiempo

77. Julien Bonnecase atribuye a las leyes una característica singular, su *permanencia*. Él mismo se pregunta, ¿qué significa este término?, ¿una ley una vez puesta en vigor, subsiste en forma indefinida hasta que expresa o tácitamente sea abrogada por una nueva, o, al contrario, es susceptible de desaparecer por desuso? Ante el desuso de una norma jurídica puede imponerse una costumbre que pudiera ser, incluso, contraria a la ley. Entonces, ¿puede la costumbre o el desuso derogar o abrogar una ley?
78. La respuesta es clara, *el desuso o la costumbre no pueden derogar o abrogar una ley*. a menos que el legislador incorpore dicha costumbre al ordenamiento y la formalice como norma jurídica. Por lo tanto, *sólo una ley nueva abroga o deroga una anterior, ni el desuso ni aún la práctica en contrario pueden jurídicamente hacerlo*.
79. La *legislación mexicana sigue ambos criterios* según se intiere de los artículos 9 v 1(1 del Código Civil Federal. Así reza el primero: *Exi ley sólo queda abrogada o derogada por otra posterior que así lo declare expresamente o que contenga disposiciones total o parcialmente incompatibles con la ley anterior*. Igualmente, el referido artículo 10, estipula: *"Contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario "*.
80. En tomo al mismo punto Bonnecase se pregunta: *¿cuándo una ley es puesta en vigencia?, ¿cuál es su punto de partida?, ¿será su vigencia material o, al contrario, será susceptible de regresar al pasado y aplicarse a relaciones de derecho o a situaciones jurídicas preexistentes, nacidas bajo el imperio de una ley antigua* V En resumen, *¿puede una ley aplicarse retroactivamente* Como hemos estudiado antes, el principio básico, que como todo principio tiene sus *excepciones*, es que **las leyes han de regir para el presente y futuro y no para el pasado. La razón de ser del principio de irretroactividad de la ley**. insistimos, es la *seguridad jurídica*.

12.1.1 La retroactividad de la ley

81. Para Rafael Rojina Villegas⁵⁰ son tres, fundamentalmente, las hipótesis posibles relativas a los *conflictos de leyes en el tiempo*. Veamos en cuál de ellas cabe la posibilidad de que *una ley se aplique retroactivamente*:

I) *la situación jurídica objeto de estudio* (hecho o acto jurídico, derecho u obligación), *nació v produjo todos sus efectos bajo la vigencia de la ley anterior*, en esta hipótesis no hay duda respecto de la **aplicabilidad exclusiva de la ley antigua**

⁵⁰ Cfr Julien Bonnecase. *Introducción al estudio del Derecho*, trad. Jorge Guerrero. Temis. Bogotá. 1991. p. 106.

⁵¹ *Idem*

⁵² Cfr Rafael Rojina Villegas, *Introducción y personas. Derecho civil mexicano*. 1.1. Porrúa, México, p. 1975. p. 269.

2. *La situación jurídica en cuestión, nació bajo la vigencia de la nueva ley.* Es también evidente que solo la ley nueva será aplicable.
 3. *La situación jurídica nació bajo la vigencia de la ley anterior, pero continuó produciendo sus efectos al entrar en vigor la ley nueva.* Es ésta la hipótesis donde realmente **surge la posibilidad de la aplicación retroactiva de la ley.**
82. El problema de la aplicación retroactiva de la ley, como aparece arriba, se presenta sólo en las situaciones jurídicas de tracto sucesivo.^{4f} Es decir, que cuando se promulga una nueva ley **hay situaciones jurídicas que están en curso.** Así, en la hipótesis 3 existen dos leyes, la antigua y la nueva, que pueden ser aplicadas a una misma situación jurídica y, por lo tanto, al juez se presenta una situación de conflicto.
83. De tal suerte y dependiendo de la postura teórica que se adopte, podrá decirse que:
- 3.1) *La ley antigua debe regular los efectos que se sigan causando cuando ya no esté en vigor, dado que la situación jurídica en cuestión nació bajo su vigencia;* o
 - 3.2) *la ley nueva debe regular los efectos que siga causando la situación jurídica en cuestión, pues éstos se actualizaron bajo la vigencia de esta nueva ley.*
84. Sin embargo, las dos soluciones anteriores a la retroactividad de la ley no dejan de plantear situaciones conflictivas, no sólo en relación con la ley nueva (3.2) que se pretende aplicar retroactivamente, sino con la ley antigua (3.1), aquella que deja de regir. En relación con la ley nueva, la aplicación retroactiva afecta la exigencia de seguridad jurídica, porque resulta cuestionable que se otorgue validez a una norma antes de que sea conocida por sus destinatarios y peor aún antes de que la ley sea creada. Y, en relación con la ley antigua, dado que si ésta continúa rigiendo para ciertos casos, también se afecta la eficacia de las normas en el tiempo, aquella característica de permanencia aducida por Bonnecase, toda vez que la entrada en vigor de una nueva ley deroga o abroga a una ley antigua, lo que tiene el efecto directo de retirarles su vigencia. ¿Cómo se justifica, entonces, que una ley derogada siga siendo "vigente" para situaciones jurídicas efectivamente regidas por una nueva ley vigente?
85. *Las soluciones que se han propuesto al problema de la retroactividad de la ley han sido, como es de imaginarse, varias.* Muchos autores connotados han planteado nuevas posiciones o reelaborado alguna teoría previa, puntualizando sólo aspectos particulares de sus postulados. **Cada teoría ofrece solución a algunos aspectos del problema, pero para otros resulta insuficiente**
86. Entre algunas de las posiciones clásicas más representativas, está la sugerida por la tesis tradicional, expuesta, según Bonnecase, por Merlin." Este se opone a la retroactividad de la ley si ésta afecta **derechos adquiridos**; no sucede así tratándose de **expectativas de derechos**. Baudry-Lacantinerie sustituye los conceptos de **derechos adquiridos** y **expectativas de derechos** por los de **facultades ejercitadas** y **facultades legales**. Bonnecase, por su parte, habla de **situaciones jurídicas abstractas** y **concretas**, así la ley puede modificar retroactivamente las situaciones abstractas, es decir, supuestos normativos (una ley deroga a otra), pero no las situaciones concretas, en cuyo caso, la aplicación de la ley sí resulta retroactiva."

^{4f} *Idem*

^{4f} Cfr. Julien Bonnecase. *Introducción...* op. cit. p. 110.

^{4f} *Ibid.* pp. 110-111

87. En todas estas teorías es destacable que la *solución perseguida busca, como principio básico, proteger los derechos subjetivos de las personas*. Así las cosas, la idea de los derechos adquiridos, las facultades ejercitadas y las situaciones jurídicas, por ejemplo, *centran su atención no en la retroactividad misma, sino en sus posibles efectos negativos*. Y ello, precisamente, en función de la exigencia que proviene de ofrecer seguridad jurídica.
88. Es en razón de lo anterior, que Rojina Villegas opinaba que una *ley es retroactiva "...cuando viene a desconocer, violar o en alguna forma restringir las consecuencias jurídicas c/ue se actualizaron en favor de una persona determinada, y en relación con la ley antigua, siempre y cuando esa modificación sea en perjuicio de alguien"*.⁵⁴ De tal guisa que, cualquiera que sea la solución a que el juez se acoja, de acuerdo con el sistema jurídico en cuestión, **no será de extrañar encontrarnos con ese afán de brindar seguridad o protección**. Como veremos ahora, *esta circunstancia es la principal que toma en cuenta, también, el Derecho positivo mexicano*.

7.2.12 LA RETROACTIVIDAD DE LA LEY EN EL DERECHO MEXICANO

89. El artículo 14 de la Constitución mexicana es asaz claro: "**A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna**". Este principio permite inferir, en primera instancia, que *la ley no debe ser aplicada retroactivamente* por el juez o por cualquier otro al que tal función corresponda. Pero, interpretado a *contrario sensu* el mismo precepto, resulta que *es perfectamente posible aplicar retroactivamente una ley si ésta beneficia a alguien*. El artículo 5 del Código Civil Federal se hace eco de la disposición constitucional cuando especifica: "**A ninguna ley ni disposición gubernativa se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna**".
90. La Suprema Corte de Justicia, en algunas tesis ha definido la retroactividad apoyándose en el criterio de los *derechos adquiridos*, del modo siguiente: "*Para que una ley sea retroactiva, se requiere que obre sobre el pasado y que lesione derechos adquiridos bajo el amparo de leyes anteriores y esta última circunstancia es esencial*". Sin embargo, *si estos derechos adquiridos se hallan en pugna con el orden público o si se trata de leyes agrarias, de modo específico, si puede aplicarse la ley retroactivamente*. Del mismo modo, ha sido jurisprudencialmente como el Derecho mexicano plantea, a más de la *aplicación retroactiva en favor de persona alguna*, otras excepciones al principio de no retroactividad de la ley.⁵⁵
91. La primera de tales excepciones es la de que *las disposiciones constitucionales sí pueden aplicarse retroactivamente sin violar el propio artículo 14 constitucional*. Hay más de una razón para ello. Para empezar, *el poder constituyente tiene facultades amplísimas* y no sería extraño que utilizara la norma fundamental, incluso retroactivamente, como un medio para transformar, por razones políticas o sociales, una situación que sucedió en el pasado. Además, si la Constitución misma contuviere preceptos que están en oposición, éstos *deben armonizarse, aplicando primero los casos especiales, es decir, la excepción, que en este caso pudiera ser un precepto constitucional retroactivo, sobre la regla o principio general*.

⁵⁴ Rafael Rojina Villegas. *Compendio de Derecho civil*, t. I. Porrúa. México. 1979. p. 282.

⁵⁵ Tesis 921. *Semanario Judicial de la Federación*. 1955.

*Cfr Ignacio Burgoa. *Textos garantías individuales*. Porrúa. México, 1990. p. 516 y ss

" *ibid.* p. 516

92. Asimismo, *las leyes de procedimiento pueden aplicarse retroactivamente cuando se trata de la forma para ejercer un derecho previamente adquirido*. Empero, *si el derecho en cuestión ha nacido del propio procedimiento, la nueva ley procesal no puede aplicársele retroactivamente*, pues sería perjudicial salvo en lo que hace a la tramitación o forma de ejercer tal derecho, donde sí cabe aplicar la ley nueva con efectos retroactivos. Las *leyes fiscales*, dice la Corte, *por ser de interés público pueden retrotraer sus efectos*, lo cual no implica que al establecerse una nueva ley, el particular esté obligado a pagar la diferencia que resulte entre el impuesto que ha venido pagando y el que debe pagar en lo sucesivo.

7.2.2 Aplicación de las leyes en el espacio

93. *Las relaciones entre dos ordenamientos jurídicos de países distintos es, en principio, de exclusión, dado que cada uno posee su propio ámbito espacial de validez. De esta suerte, la aplicación de sus normas ha de circunscribirse a su propio territorio*. Una situación contraria violaría el *principio de no aplicación extraterritorial de la ley*.
94. No obstante este principio, *los distintos ordenamientos jurídicos están en permanente contacto por múltiples razones, tales como el tráfico de sus connacionales, el comercio, sus relaciones interinstitucionales, etcétera*. Luego entonces, todos los ordenamientos se ven en la necesidad de *otorgar validez a los actos jurídicos realizados conforme a los distintos sistemas jurídicos con los que mantienen contacto*. No olvidemos que *los sistemas jurídicos son sistemas abiertos*. De ahí que los ordenamientos jurídicos deban contemplar las necesarias *excepciones al principio de no aplicación extraterritorial de la ley*.
95. Marcel Planiol explica en estos términos la anterior situación: *"Las leyes son obra de una soberanía territorial necesariamente limitada; los diferentes estados, soberanos en su territorio, son respectivamente independientes unos de otros. Si se aplicase rigurosamente este principio, se negaría autoridad a las leyes de un Estado fuera de su territorio; cada nación se encerraría en su territorio para ser absoluta, con exclusión de cualquiera otra; pero perdería toda acción sobre aquellos miembros suyos que se encontrasen en el extranjero"*.⁵⁸ En efecto, la aplicación rigurosa del principio de territorialidad suprime todo conflicto entre ordenamientos jurídicos distintos. Sin embargo, concluye Planiol, *las excepciones a este principio, o sea, el reconocimiento de autoridad a las leyes extranjeras por parte de un sistema jurídico, abre la posibilidad de una penetración recíproca de diferentes legislaciones lo que origina una serie de problemas espaciales*.⁵⁹
96. Ciertamente, el recoiunrimiento de validez que un ordenamiento jurídico nacional otorgue a un extranjero hace viable la hipótesis de que ambos ordenamientos puedan entrar en colisión. *El conflicto entre dos órdenes normativos con ámbitos de validez espacial distinta se produce cuando, por efectos de la aplicación de una norma, jueces de ambos ordenamientos se consideran competentes para aplicar, a un mismo caso, la ley de su propio sistema*. Como sabemos, la disciplina jurídica abocada al estudio y resolución de esta clase de conflictos se denomina *Derecho internacional privado*.⁶⁰

⁵⁸ Marcel Planiol, *Tratado elemental de Derecho civil*, t. I irad José M. Cajica Camacho, Cajica, Puebla, 1980. p. 129

⁵⁹ Cfr. *Idem*.

⁶⁰ Véase el inciso 4.2.2.1.1. capítulo IV, segunda pane.

97. De tal manera que la condición esencial para que pueda producirse el conflicto espacial es la aplicación extraterritorial de la ley. A su vez, para que tal aplicación se produzca, un ordenamiento jurídico debe permitir que una ley extranjera se aplique en su territorio. Para ello es necesario que conforme a dicho ordenamiento sea posible y lícita esa aplicación, ya sea porque una ley del mismo así lo reconozca, o porque su jurisprudencia haya elaborado un sistema que permite tal hipótesis. La ley puede ser expresa o puede crear un sistema general de reciprocidad internacional que admita la aplicabilidad de la ley extranjera.^{h1}
98. Ahora bien, el conflicto de leyes en el espacio puede darse, también, entre ordenamientos jurídicos que conviven en el mismo espacio territorial, como es el caso del **ordenamiento federal y los ordenamientos de sus entidades federativas**. Es perfectamente posible que *entrambos ordenamientos se produzca una colisión, y dos jueces, uno estatal y uno federal, se consideren competentes para conocer de un caso concreto*.
99. Para solucionar los conflictos de leyes en el espacio, cada ordenamiento jurídico prevé sus propias reglas. Además, suelen llevarse a cabo entre los Estados nacionales, tratados internacionales para, en el terreno internacional, fijar la regulación aplicable a tales conflictos. Del mismo modo, en los ordenamientos federales es en el nivel constitucional donde se determinan los criterios de validez espacial de los ordenamientos jurídicos estatales y, de ahí, su relación con el ordenamiento federal. Veamos de qué manera resuelve ambas situaciones el Derecho positivo mexicano.

7.2.2.1 Regulación en el Derecho mexicano

- 1(X). El Código Civil Federal (artículos 12 y la primera fracción del 13) establece para el Estado mexicano tanto el principio de aplicación territorial de su ordenamiento, como su excepción, es decir, la validez de la aplicación de la ley extranjera en territorio mexicano. Dicha **excepción** tiene como **condición**, que así se prevea en el ordenamiento jurídico mexicano o los tratados o convenciones internacionales en que México sea parte. Del mismo modo, la ley civil mexicana reconoce como válidas las situaciones jurídicas creadas por los ordenamientos jurídicos con que convive el ordenamiento federal, en otras palabras, los actos jurídicos realizados conforme al Derecho de las entidades federativas.
101. El ya citado artículo 12 dice: "Ixts leyes mexicanas rigen a todas las personas que se encuentren en la República, así como los actos y hechos ocurridos en su territorio o jurisdicción y aquéllos que se sometan a dichas leyes (principio de territorialidad), salvo cuando éstas prevean la aplicación de un derecho extranjero v salvo, además, lo previsto en los tratados y convenciones internacionales de que México sea parte (excepción al principio de no aplicación extraterritorial de la ley)". Por su parte, establece puntualmente la fracción I del referido artículo 13: "Las situaciones jurídicas válidamente creadas en las entidades de la República o en un Estado extranjero conforme a su derecho, deberán ser reconocidas (otorgamiento de validez a los ordenamientos jurídicos internos y externos)".
102. En atención a lo anterior, cabe afirmar que el ordenamiento jurídico mexicano permite la aplicación extraterritorial de la ley proveniente de un ordenamiento interno y extranjero. De esto se sigue **la posibilidad de conflictos de leyes entre**

^{h1} Cfr. Rafael Rojina Villegas. *Compendio de Derecho civil ... op cit*, pp. 297-298

una ley federal mexicana y una local, mexicana o extranjera. Para evitarlos y, en su caso, solucionarlos es necesario conocer, entonces, dos tipos de reglas: *las reglas generales de la aplicación del Derecho en México y las reglas especiales de aplicación y no aplicación del Derecho extranjero.*

103. Las reglas generales de aplicación del Derecho en México están estipuladas en el artículo 13 del Código Civil Federal antes citado y se sustentan en el principio de territorialidad (**locus regit actum**). Dichas reglas y sus excepciones son las siguientes:

- 1) *El estado civil y la capacidad de las personas físicas se rige por el derecho del lugar de su domicilio* (formalidad y substancia, ya sean dichas personas nacionales o extranjeras).
- 2) *Los efectos jurídicos (substancia) de los actos jurídicos se regirán por el derecho del lugar donde deban de ejecutarse* (será el Derecho mexicano si los efectos se surtieran en la República mexicana, aunque el acto se celebre en el extranjero). Cabe la excepción a esta regla, cuando las partes designen válidamente la aplicabilidad de otro derecho.
- 3) *La forma (formalidad) de los actos jurídicos se regirá por el derecho del lugar en que se celebren* (los mexicanos se sujetan al derecho del lugar). Cabe la excepción a esta regla, si el acto va a tener efectos en el Distrito Federal o en la República mexicana tratándose de materia federal.
- 4) *Los actos jurídicos relacionados con bienes muebles e inmuebles se rigen por el derecho del lugar de su ubicación*, no obstante, que sus titulares sean extranjeros.

104. Las reglas de aplicación del Derecho extranjero en México son las siguientes, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 14 del Código Civil Federal:

- 1) *Se aplicará el derecho sustantivo extranjero sólo cuando las normas conjuntivas de ese derecho no permitan la aplicación del mexicano*
- 2) *Para la aplicación del derecho extranjero basta que en el ordenamiento mexicano existan instituciones o procedimientos análogos a la institución o procedimiento extranjero a aplicar*
- 3) *Las cuestiones previas o preliminares, o incidentales que pueden surgir de la aplicación del derecho extranjero se podrán regular por el mexicano.*
- 4) *Si a diversos aspectos de una misma situación jurídica los regulan diversos derechos, éstos se aplicarán armónicamente buscando las finalidades perseguidas por cada ordenamiento. Las dificultades que ello pudiera ocasionar se resolverán en función de las exigencias de la equidad del caso concreto.*
- 5) *El juez mexicano aplicará el derecho como lo haría el juez extranjero correspondiente. Al efecto podrá obtener cualquier información relativa al texto, vigencia, sentido y alcance de ese derecho.*

105. El último párrafo del artículo 14 del citado Código Civil Federal determina que estas mismas reglas se aplicarán cuando resultare aplicable el derecho de otra entidad de la Federación. Consecuentemente, la aplicación de un ordenamiento jurídico local en relación con el ordenamiento del Distrito Federal o federal se sujeta a las mismas reglas de aplicación del Derecho extranjero

106. El artículo 15 del ordenamiento en cuestión especifica **que no se aplicará el Derecho extranjero** cuando:

- 1) *F.f. determine que artificiosamente y de modo fraudulento se hubieren evadido principios fundamentales del Derecho mexicano*

- 2) *Uis disposiciones del Derecho extranjero o su aplicación sean contrarios a principios o instituciones fundamentales del orden público mexicano.*
107. Para concluir, sólo nos resta señalar cuáles son las reglas que regulan la validez de los ordenamientos estatales que conforman la República mexicana. Esta circunstancia nos indicará, entonces, cómo dichos ordenamientos estatales se relacionan entre sí y con el ordenamiento federal. Para tales efectos recurriremos a los artículos 121, 124 y 103, **fracciones II y III de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**.
108. De acuerdo con el artículo 121 constitucional *'En cada Estado de la Federación se dará entera fe y crédito a los actos públicos, registros y procedimientos judiciales de todos los otros /.../'* Las reglas específicas a que tal prescripción se somete, son las siguientes:
- 1) Las leyes de un Estado sólo tendrán efecto en su propio territorio.
 - 2) Los bienes muebles e inmuebles se regirán por la ley del lugar de su ubicación.
 - 3) Las sentencias de los tribunales estatales sobre derechos reales o bienes inmuebles ubicados en otro Estado, sólo tendrán fuerza ejecutoria en éste si sus leyes aceptan tal aplicación extraterritorial de la ley.
 - 4) Las sentencias sobre derechos personales sólo serán ejecutadas en otro Estado de la Federación, si la persona condenada se encuentra sometida expresamente o por razón del domicilio a la justicia que las pronunció, siempre que tal persona haya sido citada personalmente para ocurrir al juicio.
 - 5) Los actos del estado civil y los títulos profesionales dictados por las autoridades de una entidad federativa, tendrán validez y serán respetados en los otros.
109. Ahora bien, la *regla básica* alrededor de la cual gira la **relación** entre el *ordenamiento federal* y los *de las entidades federativas*, en caso de conflicto por motivo de la aplicación de la ley o cualquier acto de autoridad, se estipula en el artículo 124, en los siguientes términos: *"Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales se entienden reservadas a los Estados"*. Corresponderá a los tribunales de la Federación resolver sobre el conflicto producido por *leyes o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados, o por leyes o actos de las autoridades de estos que invadan la esfera de la autoridad federal*, según determinan las **fracciones II y III del artículo 103 constitucional**.

7.3 Interpretación e integración jurídicas

110. Hasta aquí hemos analizado las dificultades a que puede dar lugar la *aplicación de las leyes en el tiempo y el espacio y que se explican en función de observar el ordenamiento jurídico como un sistema abierto*. Empero, existe también otro tipo de dificultades en la aplicación del Derecho que se producen, como ya sabemos, en función de la violación de las *exigencias de compatibilidad y plenitud* que deben satisfacer los ordenamientos jurídicos en tanto sistemas normativos. En concreto, nos referimos a los problemas de **imprecisión** (*contradicciones o antinomias*) e **insuficiencia** (*lagunas*).
111. Sabemos también que para aplicar el Derecho el juez debe recurrir prácticamente siempre a la **interpretación**, a efecto de conocer cuál es el **significado** de una

norma y poder así aplicarla a un caso concreto. Además, la interpretación es uno de los instrumentos clave de la integración. Ésta, según hemos visto, es la técnica por virtud de la cual se completan, salvan o llenan las lagunas que aparecen en los ordenamientos jurídicos. En los siguientes párrafos analizaremos de modo muy general algunos aspectos relativos a la interpretación, así como a la integración y su particular situación en el Derecho mexicano.

7.3.1 Interpretación

112. **interpretar** es un término que alude, en lo fundamental, a una **actividad** o al **resultado de esa actividad**, la cual se orienta finalmente, como bien ha escrito Ricardo Guastini, al **"significado" del objeto interpretado**.⁶³ Es decir, que **interpretar** implica tanto *la actividad dirigida a, como la obtención o adscripción del, significado de un objeto,* *el objeto interpretado*. Por lo tanto, el **significado** que haya de darse al término **"interpretar"** dependerá del **tipo de objeto** sobre el que **la actividad interpretativa versa**.
113. Entonces y para saber qué entenderemos por **interpretación jurídica** es menester preguntarnos: *¿sobre qué objeto u objetos versa la interpretación jurídica?* Bueno, pues **versa sobre textos o documentos jurídicos**, en consecuencia, **la interpretación jurídica** viene a ser tanto *la actividad dirigida a, como la obtención o adscripción de, los significados normativos que están contenidos o expresados en los textos o documentos jurídicos*. Es por ello, precisamente, que Gustavo Zagrebelsky ha dicho que *la interpretación jurídica es un proceso intelectual a través del cual, partiendo de las fórmulas lingüísticas contenidas en los actos normativos, se llega a la determinación de su contenido normativo*.⁶⁴
114. Lo que se interpreta, entonces, son **textos normativos** cuyo contenido es la **norma**, es decir, *su significado*-, por ende en este contexto, la **norma** es *el resultado o producto de la actividad interpretativa*. De tal modo que, cuando se hace referencia a la **interpretación de las normas** debe tenerse presente, para evitar confusiones en este contexto, *que a lo que se alude en realidad es a la interpretación de textos normativos*. Así las cosas, la **interpretación es el medio por virtud del cual quien baya de aplicar la norma obtiene, extrae o asigna —según la posición teórica que al respecto se adopte— ese significado, es decir, su contenido normativo.**
115. A mayor abundamiento, la **interpretación jurídica** se realiza sobre **textos normativos**, sobre el **discurso del intérprete**. De tal guisa, ese **discurso** técnicamente estará constituido por:
- a) El **enunciado interpretativo** es el que *adscribe (extrae o asigna) significado a un texto normativo-*, enunciado que se expresa en forma estándar así: **"T* significa S"**. Donde: 'T' entrecomillado, es el texto legal que se interpreta, la cita textual de una ley; y, 'S' es el significado adscrito a ese texto legal por el intérprete.
 - b) La **disposición** es el **enunciado normativo** (la ley, por ejemplo) que se *interpreta o es objeto de interpretación*.

⁶³ Cfr. Riccardo Guastini, **"La interpretación: olfijos, conceptos y teorías"**, en *Interpretación jurídica y decisión judicial*. Editorial Eontamara. México. 2001. p. 19

⁶⁴ Cfr. Gustavo Zagrebelsky. *Manuale di diritto costituzionale. Il sistema delle fonti del diritto*, voi. I, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Turin, 1994. p. 68.

⁶⁵ Cfr. Riccardo Guastini. *op. cit.*, 28

- c) La *norma* significa, en este contexto, *el contenido de sentido de la disposición*,
o sea, *el resultado de la interpretación*

116. Sabemos ya que en la resolución de las *dificultades de carácter lógico* que presentan los ordenamientos jurídicos la *interpretación* juega un papel decisivo. Sin embargo, dado que *esta parte de las formas lingüísticas en las cuales se plasman las normas*, las primeras dificultades de la interpretación son, precisamente, de **índole lingüística**.⁶⁵ Estas tienen que ver *tanto con las ambigüedades y vaguedades* que presenta todo lenguaje natural, como con su *uso inadecuado o impreciso en la redacción de las normas jurídicas*.

7.3.1.1 LAS DIFICULTADES LINGÜÍSTICAS DE LA INTERPRETACIÓN

117. La primera de las dificultades y probablemente la más común, para iniciar la labor interpretativa de las normas jurídicas, es la que está relacionada con las *palabras*. ¿Por qué? Pues porque en algunas ocasiones o siempre, según la postura interpretativa que se asuma, el aplicador o el interprete simple y llano de la ley *antes de desentrañar el sentido jurídico de la norma se ve en la necesidad de desentrañar el sentido de las palabras* con las que se conforman las oraciones que, a su vez, sirven para redactar las normas jurídicas. Veamos algunas de las situaciones más frecuentes.

118. Un caso recurrente se presenta *cuando la palabra o palabras utilizadas en una oración tienen más de una acepción, es decir, más de un significado*. Estamos ante los problemas de *ambigüedad del lenguaje*. En muchas ocasiones las leyes o las normas individualizadas no permiten captar cuál de los significados es el que efectivamente tiene la expresión. Un típico ejemplo de esta situación es la utilización que en México muchas leyes hacen del nombre **"persona moral"** para referirse a las **"personas jurídicas colectivas"** y no a la *honorabilidad o buen nombre de las personas*.

119. Muchas de estas ambigüedades pueden explicarse con lo que Wittgenstein llamaba **"juego del lenguaje"**.⁶⁶ Por tal, este autor entendía *el conjunto de palabras y expresiones asociadas con determinadas actividades junto con las actividades en cuestión*.⁶⁷ De tal suerte, esas palabras y expresiones tienen un significado específico dentro de su propio juego. Así, por ejemplo, las palabras **"bonito"** y **"perro"** pertenecen a diferentes juegos mientras que **"feo"**, **"bueno"** y **"bonito"** pertenecen al mismo. Dado que nuevos juegos de lenguaje se generan por los ya establecidos, las palabras de un juego que se utilizan en otro distinto *cambian inadvertidamente su significado*.⁶⁸

120. Estos problemas de *juego del lenguaje* suelen ser *muy comunes en el Derecho*, *dado que con una gran frecuencia se trasladan expresiones del ordenamiento mo-*

" Al respecto ha escrito Riccardo Guastini: *"toda interpretación constituye, en rigor, una actividad mental: una actividad del 'espíritu', como suele decirse. Pero, considerada como actividad mental, la interpretación no sería susceptible de análisis lógico: a lo más podría ser sometida a indagación psicológica. Queriendo sin embargo someter la interpretación a una indagación lógica, conviene concebirla no ya como una actividad mental, sino más bien como una actividad discursiva; o, si se quiere, conviene examinar no la actividad interpretativa en cuanto tal, sino su producto literario (va se trate de un trabajo de doctrina, una provisión jurisdiccional, u otro). Desde este punto de vista, la interpretación toma relieve en cuanto expresión discursiva de una actividad intelectual: la interpretación es el discurso del intérprete"* Cfr. *op. cit.*, pp. 27-28.

⁶⁵ Éste y otros conceptos de la filosofía del llamado segundo Wittgenstein han sido explicados en el inciso 6.1.1, cap. VI.

⁶⁶ Cfr. Alejandro Tomasini Bassols. *El pensamiento del último Wittgenstein*. México, 1988, p. 16.

⁶⁷ *Idem*

ral al jurídico, o del lenguaje vulgar al lenguaje científico del Derecho, generando multitud de confusiones. Un buen ejemplo lo constituye el artículo 10. de la Constitución mexicana cuando utiliza ambiguamente, como ahora se verá, la palabra "individuo", que es un término propio de un juego del lenguaje distinto al jurídico. Dicho artículo dice textualmente: "En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución..." ¿Es decir, que las personas jurídicas colectivas no gozan de esa protección? Esta circunstancia ha llevado a señalar que por "individuo" debe entenderse "gobernado", que es una palabra que sí corresponde al juego del lenguaje jurídico evitando de este modo la ambigüedad.

121. En otros casos la ambigüedad puede también provenir de un *erróneo uso de la sintaxis*, es decir, por virtud de la inadecuada ordenación de las palabras o, incluso, de los *signos de puntuación*. Veamos el siguiente ejemplo: "De las diez a las doce del día se autoriza a los paseantes ingresar en este parque con animales domésticos y/o con halones de fútbol". ¿Se puede acceder al parque sólo con uno o con ambos?
122. En otras ocasiones, las palabras son en sí mismas ambiguas si no se vinculan con un parámetro cierto que nos permita interpretar su alcance. Términos como "inteligente", "alto", "honesto" son de suyo imprecisos si no se usan *referencialmente*. Así, por ejemplo, ¿cómo interpretar en el siguiente caso los calificativos, alto y complexión robusta?: "Para ingresar en la escuela de aviación los aspirantes deben cumplir con los siguientes requisitos: haber terminado su educación preparatoria, ser altos (¿cuánto? ¿1.80 m? ¿1.95 m?) y de complexión robusta" (¿ser levantadores de pesas, fisicoculturistas?). En la misma Constitución mexicana aparece este tipo de términos imprecisos. Verbigracia el artículo 35, fracción II, señala: "Son ciudadanos de la República los varones y las mujeres que, teniendo la calidad de mexicanos, reúnan además, los siguientes requisitos: II. Tener un modo honesto de vivir".
123. Este tipo de imprecisiones, sin embargo, **parecen inevitables en los ordenamientos jurídicos** y son utilizados en muchos casos intencionadamente por el legislador dada la enorme dificultad de precisar, en la norma, ciertas cuestiones que son de suyo cambiantes y relativas. Así, verbigracia, el concepto "honestidad" no puede ser más ejemplificativo. Hart, jurista inglés ya citado, se refiere a esta característica de los ordenamientos de conducta como "textura abierta", escribe textualmente: "Cualquiera sea la técnica, precedente o legislación, que se escoja para comunicar pautas o criterios de conducta, y por mucho que éstos operen sin dificultades respecto de la gran masa de casos ordinarios, en algún punto en que su aplicación se cuestione las pautas resultarán ser indeterminadas".^M
124. Esta ambición de precisión, sin duda necesaria por efectos de la exigencia de la seguridad jurídica, no puede ser absoluta. Una norma demasiado detallada impide al juez la posibilidad de elección de la solución más correcta. La interpretación restringida de la ley (*norma general excluyente*) es útil en ciertos ámbitos, como el penal, por ejemplo. Pero en otros resulta un verdadero obstáculo, como lo demuestra constantemente el mundo de las operaciones comerciales o mercantiles, donde el dinamismo y la flexibilidad son principios determinantes. *Exi precisión del Derecho es una exigencia que fluctúa entre la seguridad jurídica y la adaptabilidad de éste a una vida social en permanente cambio.*

^M Cfr. Hertoert L. A. Han. *El concepto de Derecho* trad Genaro R. Carón. Aheledo-Perto!. Buenos Aires. 2004. p. 159

125. La cuestión a tratar ahora es la *naturaleza de la interpretación jurídica* y las *reglas generales a las que se halla sujeta*. Nos importa saber, en consecuencia, si existen *parámetros que indiquen al juzgador cuál es la interpretación que debe seguir y qué alcance tiene su actividad interpretativa*. En otras palabras: **¿cuál es su margen de discrecionalidad?, ¿busca significados o los asigna?, ¿crea normas o se limita a encontrar el significado que el sistema jurídico ya ha prescrito?** Veamos.

7.3.1.2 Naturaleza, tipos y teorías de la interpretación jurídica

126. No debe olvidarse que el *objetivo de la interpretación en el Derecho es eminentemente práctico, pues está ligada y dirigida a los casos reales que ha de regular*. Aunque a primera vista la interpretación parezca una actividad meramente abstracta, aquélla tiene siempre frente a sí la vida, los casos y los problemas propios de la convivencia cotidiana y los conflictos de intereses a los cuales se aplica, con afán resolutorio.⁷⁰ La *interpretación jurídica* es, entonces, una *actividad de naturaleza intelectual y aplicación práctica, que opera sobre textos normativos y que pretende —dependiendo del concepto y la teoría de la interpretación que se asuman— descubrir (obtener) y/o asignar (adscribir) significados*.
127. Es necesario apuntar que la *aplicación del Derecho* es una operación cuya función *está principalmente encomendada a los jueces y a los funcionarios administrativos*, en cambio, la *interpretación es una actividad intelectual que puede ser llevada a cabo por cualquier sujeto*.⁷¹ Por ende, la *aplicación* implica a la *interpretación*, ya que los jueces de algún modo llevan a cabo cierta clase de actividad interpretativa antes de emitir una sentencia o decidir cuál es la norma aplicable a un caso concreto. Si bien los juzgadores son los únicos facultados por la ley para tales efectos, en cambio, en materia de interpretación todos, en teoría, pueden realizar labores interpretativas: litigantes, doctrinarios, estudiantes de Derecho, etcétera.⁷²
128. Ahora bien, la *interpretación jurídica*, y esto es muy relevante como tendremos ocasión de comprender más adelante, *no se realiza en el vacío*, pues *se encuentra encuadrada por dos polos*. De una parte están las **normas que regulan la interpretación en cada sistema jurídico**, y de la otra, **el acto mismo de interpretar**. El **intérprete**, de tal suerte, *es el mediador entre las primeras y el segundo*.
129. Conviene entonces preguntarnos: *¿qué papel juega el juez?, ¿siempre que aplica la ley la interpreta o sólo lo hace en los textos jurídicos donde encuentra ambigüedades o en casos o hechos que no encuadran en los supuestos normativos?*, y, finalmente, *¿el juez crea Derecho o sólo lo aplica mecánicamente?*
130. Para poder dar respuesta a esas interrogantes es necesario explicar los distintos **conceptos** que de **interpretación jurídica** existen, toda vez que *dependiendo del concepto que se adopte dependerán*, a su vez, las posturas doctrinales *que en torno a la interpretación jurídica tendrán que asumirse*. Y, por ende, el **tipo** de interpretación que se practica y el **objetivo** que de ella se espera.
131. En este punto seguiremos a Riccardo Guastini⁷³ para quien puede hablarse básicamente de **dos conceptos de interpretación jurídica**, a saber: un *concepto res-*

⁷⁰ Cfr. Gustavo Zagrebelsky. *op. cit.*, p. 69.

⁷¹ Cfr. Manuel Hallivis Pelayo, *Teoría general de la interpretación*. Poria, México, 2007, p. 35 y ss. También: Riccardo Guastini, *Interpretación jurídica* ... *op. cit.*, p. 27.

⁷² Ello explica que a este capítulo lo hayamos intitulado "La aplicación del Derecho", concentrando nuestra atención, primordialmente, en la actividad jurisdiccional y en el papel toral que el juez desempeña en la susodicha aplicación.

⁷³ Cfr. Riccardo Guastini. *Interpretación jurídica* ... *op. cit.*, pp. 21-26

tringido de interpretación y un *concepto amplio de interpretación*. Por ellos se entiende lo siguiente:

1. Interpretación en sentido estricto: atribución de significado a una formulación normativa en presencia de dudas o controversias en torno a su campo de aplicación. Aquí la interpretación sólo es requerida:

- a) cuando un significado es oscuro o discutible, o
- b) cuando se duda sobre si es aplicable o no a un determinado supuesto de hecho.

2. Interpretación en sentido amplio: atribución de significado a una formulación normativa independientemente de dudas o controversias. Por lo tanto, cualquier texto normativo en cualquier situación requiere de interpretación

132. La **interpretación en sentido estricto**, según se infiere de lo anterior, *procede de diferente manera bajo ciertos supuestos*, es decir:

- a. 1) Si la formulación normativa es oscura o discutible, **procede la interpretación.**
- b. 1) En los supuestos de hecho si la aplicación es incierta o discutible, si el caso no es claro (o de "aplicación pacífica") sino "difícil", **procede la interpretación.**
- a. 2) Si la formulación normativa es clara o no controvertida, **la interpretación carece de sentido.**
- b. 2) Si los supuestos de hecho recaen sin problema en su campo de aplicación, **no procede la interpretación.**

133. Entonces, para la **interpretación en sentido estricto** ésta es una actividad que: **sólo se justifica ante formulaciones o enunciados normativos oscuros o discutibles, y en los supuestos de hecho de aplicación incierta, no pacífica o casos difíciles.**

134. Así las cosas, la **interpretación en sentido estricto** dará lugar a lo siguiente:

- a) La labor del intérprete se circunscribe, en los casos claros y fáciles, a la función mecánica de **descubrir el significado preexistente** en un texto normativo y **no en decidir su significado**. Es una *actividad cognoscitiva* y por tanto susceptible de los calificativos "verdadero" o "falso".
- b) Sólo en los casos oscuros o difíciles el juez puede interpretar, valorando, eligiendo y decidiendo cuál es el significado correcto.
- c) Esta forma de entender la interpretación se conecta con la adopción de una *concepción realista del lenguaje*, lo que induce al intérprete a buscar el significado "intrínseco", "esencial" o único de los conceptos y por ende de las normas. De tal guisa, *el significado es independiente de los diversos modos de usar y entender las palabras, hay que buscar necesariamente "ese" singular significado.*
- d) Se identifica la idea de texto legal con norma, **todo texto o fragmento de texto es una norma**. La norma es preexistente a la actividad interpretativa, **la interpretación tiene como objeto normas.**⁷⁴

135. A su vez, la **interpretación en sentido amplio**, llevará a la adopción de las siguientes ideas:

- a) Atribuir significado a un texto comporta siempre valoraciones, elecciones y decisiones. Por ende, la actividad interpretativa **no es cognoscitiva**, no hay in-

interpretaciones verdaderas o falsas, las palabras tienen el significado que les da el uso, quien las utiliza o quien las interpreta. **El significado es cambiante y arbitrariamente determinado por los usuarios.**

- b) Incluso la distinción entre casos claros o difíciles es discutible, ambos calificativos no son propiedad de los textos mismos sino resultado de una decisión interpretativa
- c) Debe distinguirse entre **textos legislativos y normas**. Entonces, si la interpretación se hace respecto de textos y no de normas, el objeto de la interpretación consiste en decidir el significado de tales textos. Las **normas**, en suma, **son el resultado de la interpretación, son el significado de los textos.**

136. Ahora bien, puede hablarse de tres teorías o familias de teorías de la interpretación jurídica,⁶⁵ a saber: la *cognitiva o formalista*; la *escéptica* y la *intermedia*. Dichas teorías van a asumir o desechar, según veremos, los conceptos de **interpretación restringida o amplia, así como sus consecuentes resultados.**

137. En síntesis, la *teoría cognitiva o formalista* predica:

- Interpretar es *verificar empíricamente el significado objetivo de los textos normativos y lo la intención subjetiva de sus autoridades legislativas*
- *Acepta como verdaderos o falsos los enunciados interpretativos: "El texto 'T' significa S". es descriptivo.*
- **El sistema jurídico es completo y coherente, no hay lagunas ni antinomias.** Toda controversia se resuelve con base en una exclusiva norma preconstituida.
- *No hay espacio alguno para la discrecionalidad judicial* Las decisiones de los jueces se determinan por normas preexistentes; los jueces no crean nada nuevo.
- *Prevalece la doctrina de la separación de poderes:* el juez aplica la ley, el Legislativo la crea. Ir más allá por parte del primero es invadir funciones de otro poder.
- *Sujeción del juez a la ley* (principio de legalidad en la jurisdicción) y *aceptación del "mito" de la certeza del Derecho.*⁶⁶

138. A su vez y en resumen la *teoría escéptica* afirma:

- *Interpretar no es una actividad de conocimiento, sino de valoración y decisión.*
- Los *enunciados interpretativos* tipo **"El texto 'T' significa S"**, no son descripciones sino **estipulaciones**, *consecuentemente no pueden ser calificados de verdaderos ni de falsos.*
- *No existe un significado propio de las palabras*, éste depende del emisor y del usuario; la coincidencia de esos significados no está garantizada.
- Todo texto normativo tiene una pluralidad de significados que pueden ser entendidos, también de modos distintos y dependen de las posturas valorativas de los interpretes.
- En los sistemas jurídicos modernos no existen legisladores individuales cuya voluntad se pueda averiguar por métodos empíricos, no existe algo así como una "voluntad colectiva" de los órganos colegiados.

⁶⁵Cfr. Manuel Hallivis Pelayo, *Teoría general de la interpretación*, op. cit., p. 74 y ss. Esa clasificación, en efecto, como dice el anterior autor, está influida por Tarello, del mismo véase Giovanni Tarello. *L'interpretazione della legge*. Giuffrè editore. Milán, 1980. En el mismo sentido Riccardo Guastini, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, trad. Manna Gascón y Miguel Carbonell, Porrúa-UNAM, México, p. 13.

⁶⁶*Ibid.*, pp. 30-31.

- *Las normas jurídicas no preexisten a la interpretación, son su resultado.*
- *Los sistemas jurídicos no son completos ni coherentes.* Los jueces ante las lagunas o antinomias, crean Derecho como los legisladores.
- *Consecuentemente, no hay una línea clara de demarcación entre el Poder Judicial y el Legislativo*

139. La *teoría intermedia* o *mixta*, según la calificaremos, es una tentativa de conciliación entre las dos primeras teorías. Sostiene:

- *Interpretar es tanto una actividad de conocimiento como una actividad de decisión discrecional.*
- *Los textos normativos poseen una irreductible textura abierta, resultan vagos y ambiguos porque son, a final de cuentas, lenguaje natural. Del mismo modo, no siempre es claro determinar qué norma es la mejor o más correcta para regular una controversia.*
- En el **seno del significado de todo texto normativo** se puede identificar un *núcleo esencial luminoso* y, en torno suyo, una indefinida *zona de penumbra*. Los **casos fáciles** se encuadran en el *núcleo esencial luminoso*, en los casos **difíciles** o **marginales**, la aplicación de la norma es controvertida porque recae en la *zona de penumbra*
- Los jueces *actúan discrecionalmente cuando aplican o no la norma a los casos de penumbra*, donde debe elegirse entre dos soluciones alternativas. En cambio, *no se ejerce discrecionalidad en los casos fáciles.*
- *Es falso que las decisiones de los jueces sean siempre controladas por normas preconstituidas, sin márgenes de discrecionalidad. es igualmente falso que los jueces decidan discrecionalmente de cualquier modo y siempre.*
- Para esta teoría, **interpretar** es atribuir un significado en situaciones de duda. Por ende, el juez en los casos claros descubre el significado', en los casos difíciles adscribe el significado.
- Así, cuando el significado atribuido recae en el *núcleo esencial*, el enunciado interpretativo es verdadero, resultado de una verificación del significado preexistente aceptado. Cuando el significado atribuido recae en la *zona de penumbra*, el enunciado, al ser estipulativo, no es verdadero ni falso.
- La distinción entre casos fáciles y difíciles es una decisión objetiva, no resulta de una decisión interpretativa.

140. Como puede verse, la **teoría de la interpretación formalista** acepta una *concepción estricta de la interpretación jurídica*, mientras que la *teoría escéptica* una *concepción amplia*. Claramente, la *teoría intermedia* o *mixta* es una *teoría híbrida*, porque en ciertos aspectos acepta la interpretación estricta y en otros es proclive a una concepción amplia de la interpretación jurídica. Esta última teoría recoge elementos de la tradición formalista pero otorga mucho mayor discrecionalidad al juez.

141. Es el caso, que rasgos o peculiaridades propias de las varias teorías interpretativas que delatan, como vemos ahora, concepciones distintas de la interpretación, **están presentes en los diferentes sistemas jurídicos**. Cualquiera que sea esa teoría o concepción, depende de las tradiciones e improntas típicas de los diferentes sistemas jurídicos, sumadas a las corrientes doctrinales que adopten y pongan en práctica sus legisladores y jueces.

142. Así, por ejemplo, *notaremos que el sistema jurídico mexicano es claramente proclive a una concepción estricta de la interpretación jurídica, adoptando una posición marcadamente formalista.*TM En cambio, el sistema jurídico norteamericano tiende, dado el realismo jurídico que lo ha intruido a través de jueces como Holmes y Cardozo,^{7"} a transitar por el escepticismo interpretativo adoptando una concepción amplia de la interpretación jurídica. Pareciera, por su parte, que el Derecho de la Unión Europea se mueve más en el territorio de las teorías intermedias o mixtas de la interpretación."¹¹

7.3.1.3 Reglas para la interpretación jurídica. El sentido de la ley

143. Generalmente, *todo ordenamiento jurídico contiene un conjunto de normas que establecen las reglas dirigidas a regular, específicamente, la actividad interpretativa.* Estas reglas son de carácter instrumental, es decir, *son parámetros que guían al intérprete en el acto mismo de interpretar, señalándole los márgenes a que debe ceñirse.*

144. Sin embargo, *dado que la interpretación es realizada siempre por los jueces, seres de carne y hueso, resulta insoslayable una cierta carga de subjetividad.* Ello explica por qué el Derecho prescribe reglas específicas que sujetan al juez a ciertos parámetros en su labor interpretativa, buscando en lo posible atenuar dicha subjetividad. No obstante ello, *la interpretación se presenta como relativa, ya que si cambian las reglas que la dirigen el resultado también cambia.* Salvo excepciones contadas, *la interpretación raramente se deja a la total libertad y creatividad del juez.* Dichas reglas, permiten que el ordenamiento jurídico, en su aplicación, adopte un cierto grado de *adaptabilidad, una forma de discrecionalidad que permite a los jueces ajustar la ley* a los cambios sociales e históricos que cada sociedad experimenta, de otro modo sería menester cambiarla de forma apresurada, generando inseguridad jurídica. Una cosa es el dinamismo en la legislación y otra el apresuramiento legislativo.

145. Así, para Gustavo Zagrebelsky^{KI} existen dos reglas principales a las que se sujeta la interpretación en los sistemas jurídicos: 1) *la interpretación jurídica no se sustrae a las reglas que valen para la interpretación de la institución lingüística dentro de la cual opera,* y 2) *la interpretación del Derecho está ligada a la posición institucional que asume el intérprete respecto de la fuente.* Analicemos brevemente cada una de ellas.

TM Al respecto ha escrito Manuel González Oropeza: *Por lo que respecta a México, la interpretación judicial está atrapada en la aplicación letrada de la ley y no se acepta que los principios generales del derecho a que se refiere el artículo 14 constitucional, puedan escapar de la referencia expresa de un precepto legal. Por ello, la interpretación constitucional V de las leyes es un verdadero problema en México. Por un lado, el intérprete auténtico, el legislador, ha declinado su facultad constitucional y la interpretación legislativa ha cedido en desuso desde la independencia de un siglo, cancelándose, por otro lado, los procedimientos de 'duda de ley' que constituían canales de comunicación entre jueces y legisladores. Por lo tanto, los jueces poseen una nominal facultad interpretativa anclada en el principio de respeto literal de la ley cuya máxima expresión ha sido la jurisprudencia, obligatoria tan sólo para los jueces. y que ha reiterado en la mayoría de los casos el texto de los preceptos legales, sin mayor esfuerzo por dinamizar su significado.* Véase "La interpretación jurídica en México", *Interpretación jurídica y ...*, op. cit. p. 259.

^{7"} Véase el inciso 7.1 de este capítulo para conocer los aspectos esenciales del pensamiento de estos jueces norteamericanos, cuya visión de la función judicial ha sido especialmente influyente en su país.

^{KI} Al respecto véase de Roberto Cippitani: "El Tribunal de Justicia y la construcción del Derecho Privado de la Unión Europea", trad. Mario I. Álvarez Ledesma, en *Jurípolis. Revista de Derecho y Política del Departamento de Derecho. Tecnológico de Monterrey*, Campus Ciudad de México, núm. 7. México. 2007. pp. 85-111.

¹¹ *Ibid.*, p. 71 y ss.

146. En torno a la regla 1), ya estudiamos en un inciso anterior que *la primera interpretación que debe enfrentarse es la de los signos lingüísticos en que se expresan las leyes y las normas privadas*. Es obvio que el intérprete *no puede prescindir de las reglas gramaticales del lenguaje en que se traduce una norma jurídica, sobre todo en lo tocante a la sintaxis*. En nuestro caso, **a la gramática y, en especial, a la sintaxis del español**. Otro tanto sucederá con las normas que se expresan en otros lenguajes naturales como el inglés, el francés, el italiano o el alemán, por ejemplo.
147. En lo que hace al **significado de las palabras**, es oportuno recordar que el Derecho tiene su propio **"juego de lenguaje"** el cual opera en un ámbito específico o forma de vida, la jurídica, misma que posee sus propios usos y, por ende, sus propios significados. De suerte tal que el intérprete deberá estar atento tanto al sentido directo de una palabra como al significado jurídico de la misma, es decir, al del **"juego del lenguaje del Derecho"**.
148. En torno a la regla 2), cabe decir que el intérprete institucionalmente adopta la posición que en materia de interpretación el sistema jurídico en cuestión asuma. Por lo tanto y de acuerdo con lo estudiado antes, el sistema jurídico puede adoptar una posición amplia o restrictiva, dando lugar a las consecuencias que ya antes hemos estudiado. De esta manera, si el sistema en cuestión opta por la interpretación jurídica amplia el margen de discrecionalidad del juez será mucho mayor en términos de lo planteado por las teorías escéptica e intermedia. En cambio, si la posición adoptada por el sistema jurídico es de interpretación restringida, el juez se verá constreñido a adoptar posiciones formalistas o cognitivas.
149. En efecto, si el sistema en cuestión es de interpretación restrictiva, el juez asume una **posición pasiva**, partiendo del siguiente axioma o principio: **el juez o aplicador de la ley no es un legislador sino sólo un intérprete**. Este principio es una salvaguarda de la separación de poderes, cuidando que el juez no transite indiscriminadamente del ámbito de la aplicación del Derecho al de su creación. El juez, entonces, *debe constreñirse a descifrar el sentido de la ley*. Éste es para García Máynez el problema capital de la interpretación jurídica tradicional: *qué debe entenderse por sentido de la ley*.^{*} En torno a este problema y dentro de la doctrina jurídica tradicional existen dos formas de interpretación, es decir, de obtener o adscribir **significado** a una ley no clara o con un ámbito de aplicación indeterminado.
150. La interpretación filológico-histórica sostiene que el sentido de la ley no puede ser otro que la voluntad del legislador. Si la ley es obra del legislativo, luego su sentido es el pretendido por su autor: el Derecho es lo que sus autores quieren que sea. En cambio, la interpretación lógico-sistemática no busca la intención del legislador sino el sentido lógico-objetivo de la ley como expresión del derecho. Los textos legales tienen una interpretación propia implícita en los signos que los constituyen, independientemente de la voluntad real o presunta de sus autores. Además, la significación del texto legal no sólo depende de las palabras de la propia norma, sino de las conexiones sistémicas entre el texto de esa norma y las otras normas del sistema jurídico en cuestión. La ley no es "querer" sino formulación de derecho objetivo.⁸³

Cfr. Eduardo García Máynez, *Introducción al...* op. cit., p. 327.

⁸³ Ibid.

151. La posición *filológico-histórica* debe entenderse como la búsqueda de **intención subjetiva del legislador histórico**. La interpretación filológico-histórica al aducir la intención del legislador se refiere a *la razón de la ley* (*ratio legis*, *es decir, a su elemento lógico-político*). Como hemos analizado ampliamente, el Derecho se dirige a cumplir una función que es reglamentar la conducta humana para facilitar la convivencia y la cooperación social en un momento y lugar histórico determinados. Esa es, en última instancia, la intención del legislador y, por lo tanto, la interpretación de la norma habrá de orientarse a ese fin. Este modo de interpretar la ley, por aludir a las causas y fines que motivaron su creación, recibe el nombre de *causal-teleológico*. Pero, *¿las ideas de convivencia y cooperación social son las mismas siempre; hoy son lo que motivó al legislador de ayer?*
152. La *interpretación lógico-sistemática* busca la *intención objetiva de la ley*, con el propósito de hacer válida la interpretación *de acuerdo con las circunstancias actuales que la motivan*. Por lo tanto y muy probablemente, *bajo condiciones políticas y sociales diversas se dará un contenido también diverso a las ideas de convivencia y cooperación social*.
153. *¿Cuál es la posición correcta? ¿Puede optarse por una forma de interpretación desechando la otra? ¿Cabe prescindir en un caso o sujetarse totalmente en el otro a la voluntad histórica del legislador? ¿La realidad es que los sistemas jurídicos tradicionales o formalistas se aprovechan de ambas formas de interpretación jurídica para conocer el sentido de la ley. El intérprete parte de la consideración de los elementos subjetivos de la ley para terminar en los objetivos. ¿Cómo? Veamos.*
154. La *interpretación filológico-histórica* para conocer la voluntad del legislador, procede así:
1. Primero se revisa y analiza la *exposición de motivos de la ley*. Esta es la *explicación de las causas y las motivaciones que indujeron al legislador a elaborar una ley determinada*.
 2. Si la *exposición de motivos* fuese insuficiente para conocer dicha voluntad, el intérprete se aboca a revisar y analizar los *debates parlamentarios*: es decir, *los argumentos que los diputados y senadores esbozaron en sus discursos para manifestar las causas que los indujeron a votar en favor o en contra de una iniciativa de ley*.
 3. Finalmente, el intérprete puede recurrir también a los *trabajos preparatorios*, a saber, *los estudios y proyectos realizados por los especialistas que auxilian al legislador en la elaboración de las leyes*.
155. La *interpretación lógico-sistemática* procede de un modo enteramente diverso. En este caso, *el intérprete parte de la consideración básica del ordenamiento jurídico como un sistema*. Por lo tanto, *una ley jamás aparece sola o aislada, sino que forma parte de un todo y, por esta razón, se halla condicionada en su sentido y alcance por ese todo, esto es, por las reglas y exigencias del sistema del cual forma parte*. En este modo de interpretación la exigencia de unidad y el criterio de jerarquía establecidos por la *Constitución* son esenciales, según hemos tenido ocasión de estudiar en detalle. Por eso, en el supuesto de que *la intención del legislador histórico descubierta vía la interpretación filológico-histórica, colisionara, contradijera o atentara contra los principios, los valores o los criterios constitucionales, obviamente, estos últimos prevalecerán sobre tal intención*.

CUADRO 7.1 Interpretación jurídica

— — — ; y

Definición:

Actividad de naturaleza intelectual y aplicación práctica, que opera sobre textos normativos y que pretende —dependiendo del CONCEPTO y la TEORÍA de la interpretación jurídica que se asuman— *descubrir* (obtener) y/o *asignar* (adscribir) significados.

Conceptos de interpretación jurídica:**1 Interpretación en sentido estricto**

Atribución de significado a una formulación normativa en presencia de dudas o controversias en torno a su campo de aplicación. La interpretación sólo es requerida

1.1 Cuando un significado es oscuro o discutible, o

1.2 Cuando se duda sobre si es aplicable o no a un determinado supuesto de hecho

2 Interpretación en sentido amplio:

Atribución de significado a una formulación normativa independientemente de dudas o controversias.

Por lo tanto, cualquier texto normativo en cualquier situación requiere de interpretación

Teorías o familias de teorías de la interpretación jurídica:**Cognitiva o formalista**

Asume un concepto de interpretación restringida; interpretar es verificar empíricamente el significado objetivo de los textos normativos y/o la intención subjetiva del legislador; el enunciado "El texto T significa S" es descriptivo, ergo, verdadero o falso; no hay lagunas ni antinomias; toda controversia se resuelve por una exclusiva norma preconstituida; no a la discrecionalidad judicial; prevalece la doctrina de la separación de poderes; sujeción del juez a la ley y aceptación del "mito" de la certeza del Derecho.

Escéptica

Asume un concepto de interpretación amplio; interpretar es una actividad de valoración y decisión; el enunciado "El texto T significa S", es estipulativo; no existe un significado propio de las palabras, éste depende del emisor y del usuario y la coincidencia de esos significados no está garantizada; todo texto normativo tiene una pluralidad de significados, ello depende de las posturas valorativas de los intérpretes; en los sistemas jurídicos modernos no existen legisladores individuales cuya voluntad se averigüe por métodos empíricos, ni "voluntad colectiva" de los órganos colegiados; las normas jurídicas no preexisten a la interpretación, son su resultado; los sistemas jurídicos no son completos ni coherentes; los jueces ante las lagunas o antinomias, crean Derecho; no hay una línea clara de demarcación entre el Poder Judicial y el Legislativo.

Intermedia o mixta

Asume un concepto ya formalista ya escéptico de la interpretación según el caso; interpretar es tanto una actividad de conocimiento como una actividad de decisión discrecional; los textos normativos poseen una irreductible textura abierta; no siempre es claro determinar qué norma es la mejor o más correcta para regular una controversia; en el seno del significado de todo texto normativo se puede identificar un núcleo esencial luminoso y, en torno suyo, una indefinida zona de penumbra. Los casos fáciles se encuadran en el núcleo esencial luminoso; en los casos difíciles o marginales, la aplicación de la norma es controvertida porque recae en la zona de penumbra; los jueces actúan discrecionalmente cuando aplican o no la norma a los casos de penumbra, donde debe elegirse entre dos soluciones alternativas. En cambio, no se ejerce discrecionalidad en los casos fáciles; es falso que las decisiones de los jueces sean siempre controladas por normas preconstituidas, sin márgenes de discrecionalidad; es igualmente falso que los jueces decidan discrecionalmente de cualquier modo y siempre; el juez en los casos claros descubre el significado, en los casos difíciles adscribe el significado; cuando el significado atribuido recae en el núcleo esencial, el enunciado interpretativo es verdadero, resultado de una verificación del significado preexistente aceptado. Cuando el significado atribuido recae en la zona de penumbra, el enunciado, al ser estipulativo, no es verdadero ni falso; la distinción entre casos fáciles y difíciles es una decisión objetiva, no resulta de una decisión interpretativa.

REGLAS GENERALES DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

a) *La interpretación jurídica está sujeta tanto a las reglas gramaticales del lenguaje natural en que están elaborados los textos normativos (español, inglés, francés, etcétera), como a las acepciones directas y al "juego del lenguaje del Derecho?*

b) El intérprete se sujeta al tipo de interpretación que el sistema jurídico en cuestión adopte y establezca en sus normas para la interpretación.

Formas de interpretación jurídica tradicional (formalista) para obtener el sentido de la ley

Filológico-histórica: el sentido de la ley es la voluntad del legislador.

Instrumentos para descifrar o descubrir esa voluntad:

- *Exposición de motivos de la ley.*
- *Debates parlamentarios.*
- *Trabajos preparatorios*

Cuando el intérprete busca, en última instancia, la *ratio legis* el fin o razón de la ley, las causas o fines que la motivaron se realiza una interpretación causal-teleológica

Lógico-sistemática: el sentido de la ley es su intención objetiva.

- Los textos legales tienen una interpretación propia, independiente de la voluntad del legislador.
- Los ordenamientos jurídicos son sistemas con su propia lógica en relación con la cual debe interpretarse la ley.
- La ley debe interpretarse considerando las circunstancias actuales que la motivan.

7.3.1.4 Interpretación de los actos jurídicos

156. Sin duda, *la interpretación jurídica más importante*, por su alcance y trascendencia, *es la referida a desentrañar el sentido de la ley*, en cuanto norma de aplicación general. Sin embargo, *resulta también de importancia determinante, y de práctica constante, la aplicación de la interpretación a los actos jurídicos en cuanto normas jurídicas individualizadas*. Su importancia se manifiesta cuando, por ejemplo, entre las partes de un contrato no hay acuerdo o de plano hay conflicto respecto de *cuál es el sentido de alguna de sus cláusulas*. En estos casos *corresponderá al juez, como intérprete oficial y autoridad, indicar cuál es dicho sentido*. Pero, *¿a qué ha de atenerse el juez? ¿En qué debe basarse su interpretación?*

157. Siguiendo a Bonnetcase en este punto, *al juez se le presentan tres alternativas:*

1. *Separar la voluntad de la persona de los autores del acto y confiar al juez la misión de determinar su alcance.*
2. *Sujetarse a la expresión literal o verbal de la voluntad de las partes (voluntad declarada), prescindiendo de la voluntad interna o psicológica-, es decir, lo verdaderamente querido por dichas partes, que en muchos casos suele no coincidir con lo expresado de forma oral o escrita.*
3. *Sujetarse a la voluntad interna o psicológica de las partes, esto es, a la "búsqueda de su intención".¹⁵*

*Cfr. Julien Bonnetcase, *op. cit.*, pp 161-162.

158. La **primera alternativa**, rechazada por el propio Bonnecase, sólo se explica en función de las otras dos. *El juez, para interpretar un contrato, no tiene más (pie las siguientes opciones: sujetarse a la voluntad declarada o sujetarse a la voluntad interna de los contratantes.* La interpretación no puede hacerse arbitrariamente sobre la nada. La **segunda alternativa** da supremacía a la forma en pro de la seguridad jurídica corriendo el riesgo de encasillar la voluntad de las partes en los términos que correcta o incorrectamente la expresen.TM Un error lingüístico o de lógica al trasladar lo verdaderamente querido en signos externos, puede modificar o distorsionar radicalmente la voluntad interna de las partes, dando como resultado consecuencias impensadas y, quizá, no deseadas jamás por los autores del acto. La **tercera alternativa** se sustenta en la idea de *si es la voluntad la causa suprema de los contratos, la intención común interna de las partes contratantes prevalece, siempre, sobre el sentido literal de los términos.*
159. La **segunda** y la **tercera alternativas** conducen el ejercicio interpretativo a situaciones extremas descuidando ya la voluntad, como elemento clave en los contratos, ya la seguridad jurídica como exigencia del Derecho. ^{1M} vía intermedia, que compatibiliza ambas posiciones y ambas preocupaciones, parece ser la clave en la interpretación de los actos jurídicos. En esta línea, Ramón Sánchez Meda escribe: *"...la sola voluntad interna no tiene relevancia jurídica, en virtud de que las reservas mentales no sirven de guía para la interpretación del contrato, como tampoco tiene trascendencia jurídica en forma escueta la voluntad declarada, en vista de que no son de tomarse en cuenta las declaraciones emitidas en broma o por simple juego o con fines didácticos. Así pues, para interpretar el contrato no hay que pronunciarse únicamente por la voluntad interna, ni sólo por la voluntad declarada, sino acudir a la voluntad interna declarada, o sea, ir al encuentro de la intención común de las partes en la medida que ambas exteriorizaron su voluntad interna".**

7.3.1.5 LOS INTÉRPRETES

160. Como hemos explicado antes, la interpretación es un acto intelectual que se desarrolla entre dos polos, a saber, las normas que la regulan y el acto mismo de interpretar. En medio de ambos se halla el intérprete. *¿Quiénes pueden interpretar el Derecho?* Si bien el protagonista de la interpretación es el juez, ello no obsta para que otras personas puedan, según hemos señalado, con objetivos y necesidades distintos, convertirse en intérpretes, un particular, un abogado, un estudioso del Derecho e, incluso, el propio legislador. Empero, *es obvio que no todas estas interpretaciones tendrán el mismo valor, ¿cuál ha de prevalecer entre todas, sobre todo en casos de contradicción?*¹. Pues bien, en función de la **eficacia jurídica** y **tos sujetos de los cuales proviene**, es decir, los intérpretes, la interpretación puede clasificarse en: *judicial, científica y auténtica.*
161. La interpretación judicial es aquella que realizan los jueces. Ésta resulta, sin duda, la más frecuente y recurrida de las formas de interpretación pues se convierte, como bien ha apuntado Zagrebelsky, en el filtro necesario para que el Derecho pueda desarrollar su función práctica.^{**} La interpretación judicial sólo obliga a

¹ *Ibidi.*, p. 163

^{*} Ramón Sánchez Meda. *De los contraías civiles*. Porrúa. México. 1980, p. 60

^{**} Cfr. Gustavo Zagrebelsky. *op. cit.*, p. 88

las partes involucradas en una sentencia, es decir, a quienes se dirige la norma jurídica individualizada. Esa obligatoriedad es general cuando tal interpretación se convierte en jurisprudencia, o sea, cuándo se torna en interpretación jurisprudencial.

162. La *interpretación científica o doctrinal es aquella que realizan los científicos, doctrinarios, estudiosos o especialistas del Derecho.* En realidad esta interpretación **la realiza un perito en cuestiones jurídicas, un particular calificado**, por eso algunos autores la denominan *privada*. La interpretación doctrinal es una especie de interpretación privada. Dado el hecho de que aquí el intérprete no es una autoridad (salvo intelectual), esta interpretación *carece de obligatoriedad*, su carácter es meramente orientador.
163. Cuando es el legislador quien establece el sentido y alcance normativo de una ley, mediante otra ley (norma secundaria interpretativa), nos encontramos frente a la *interpretación auténtica*. En virtud de que el carácter de la ley es general, **la interpretación auténtica contenida en una ley posee también obligatoriedad general**. Esta interpretación persigue sujetar la interpretación del juez a la voluntad interpretativa del legislador (*référé législatif*), pues quien aplica la ley se limita a hacer efectiva, pasivamente, dicha voluntad. *En México esta forma de interpretación está prevista en el artículo 72 constitucional, inciso f)* ⁹⁰

7.3.2 Integración

164. Al analizar en el punto 7.1.2.3 *el problema de la plenitud del ordenamiento jurídico y sus lagunas* nos referimos ya, aunque de manera muy sucinta, a la **integración**. La definimos como *la técnica a través de la cual se completan, las lagunas existentes en un ordenamiento jurídico*. Se habla, al efecto, de dos tipos de integración:

1. **Heterointegración:** *para salvar la laguna se recurre a diversos ordenamientos distintos de aquel que se debe completar o a fuentes del Derecho diversas de la dominante en el ordenamiento jurídico en cuestión;*
2. **Autointegración:** *para salvar una laguna el ordenamiento jurídico acude a su fuente de Derecho dominante **vía** la analogía o los principios generales del Derecho*

7.3.2.1 Heterointegración

165. En la **heterointegración** la respuesta a la laguna del ordenamiento se busca/j/<Tit del ordenamiento mismo o fuera de su fuente normativa principal, de allí su nombre. Al *Derecho natural*, considerado el ordenamiento ideal y pleno, correspondió durante mucho tiempo cumplir con la función heterointegrativa. *De modo que si el juez se topaba con una laguna éste debía acudir a los principios del Derecho natural para encontrar la norma integradora.* El *iusnaturalismo* es dualista, acepta la existencia del Derecho positivo y del Derecho natural y, por lo tanto, la supeditación del primero respecto del segundo; consecuentemente, la *suple-*

⁹⁰ Cfr Eduardo García Máynez, *Introducción al...* op. cit., p. 330.

¹⁰ Artículo 72. inciso f) "En la interpretación, reforma o derogación de las leyes o decretos, se observarán los mismos trámites establecidos para su formación".

toriedad (su carácter integrador) también del primero respecto del segundo. El posterior dominio del iuspositivismo, cpie es monista, niega la existencia de otro Derecho que no sea el positivo y anula cualquier posibilidad heterointegradora del Derecho natural.

166. La **heterointegración** se da asimismo en términos de Derecho positivo. *Los reenvíos hechos por el ordenamiento jurídico a otro ordenamiento jurídico son formas de integración que se dan en los sistemas de Derecho moderno. Los casos más comunes se presentan en la relación espacio-temporal entre el ordenamiento federal y los estatales. Es decir, si el sistema jurídico de una entidad federativa padece una laguna, éste puede acudir al ordenamiento federal para suplirla. Tal situación puede darse también entre el ordenamiento jurídico internacional y los ordenamientos jurídicos nacionales.*
167. *Se comprende como otra forma de heterointegración recurrir a fuentes distintas de la dominante. En los sistemas de derecho escrito si la ley padeciera una laguna, la misma ley reenvía, para buscar la norma integradora, a la costumbre o a la jurisprudencia. Como vemos se trata de indagar en fuentes secundarias del Derecho a efecto de suplir la deficiencia del ordenamiento jurídico. Sobre tales fuentes, directas e indirectas, nos hemos ocupado extensamente.*

7.3.2.2 AUTOINTEGRACIÓN: ANALOGÍA Y PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

168. La **autointegración** busca llenir la insuficiencia del ordenamiento jurídico dentro de su propia fuente dominante, ya sea la ley en los sistemas de derecho iusromana o en los precedentes judiciales, en el mundo jurídico de la *common law*. Pero, *¿cómo puede dicho ordenamiento satisfacer por su fuente de producción normativa principal las lagunas dejadas por ella?* El primer recurso es al parecer bastante simple: *aplicar a los casos no regulados (lagunas) la solución que la ley aplica a los que sí lo están y le son similares*, es decir, procediendo por *analogía*. El segundo recurso es un poco más complejo y consistiría en *aplicar a los casos no regulados los mismos principios jurídicos que se han seguido para los casos si regulados*, es decir, procediendo por *analogía iuris* vía *principios generales del Derecho*. Seamos más explícitos.
169. Para entender la *analogía*" conviene explicar que en la aplicación de una norma jurídica se da el siguiente proceso. Una ley contiene una hipótesis o supuesto normativo que prevé abstractamente una serie de casos que pueden suceder en la realidad y que al verificarse como hechos jurídicos desencadenan las consecuencias normativas previstas. *Aquí, entre la hipótesis normativa y el hecho jurídico hay una relación de identidad*, por lo tanto, existe una adecuación perfecta entre uno y otro. En este caso el ordenamiento jurídico contiene la solución al problema singular.
170. En otros casos, **cuando el ordenamiento jurídico no contiene la norma jurídica que haga posible la relación de identidad aparece una laguna**. Entonces, *el jurista buscará aquella norma cuya hipótesis más se adapte al caso no regulado; se dice que éste busca aplicar dicha norma por analogía*. No se cumple tal condición con una semejanza cualquiera, se trata de que *entre el caso regulado y el no regulado exista una semejanza relevante*-, esto es, que para aplicar la hipótesis normativa a un hecho que no se adapta a ella perfectamente (no hay identidad), es necesario que ambos tengan en común la misma *razón suficiente*. Por ejemplo:

" Cfr. Gorski y Tavanis. *op c i l* . p. 232.

171. Supóngase la siguiente norma: *"De las 10 a las 12 del día se prohíbe a los paseantes ingresar en este parque con balones de fútbol soccer"*. Supóngase que a dicho parque se presenta una persona que trae consigo un balón de fútbol americano. ¿Puede dicha persona entrar en el parque? No evidentemente, pues si bien el caso concreto de personas que lleven consigo balones distintos a los de fútbol soccer no están previstos en la norma, *ésta se les aplica por analogía, toda vez que entre el caso previsto y el que no lo está hay una similitud relevante*. La razón suficiente de aplicar a dicha persona tal prohibición pudiera ser, entre otras, evitar que se moleste a los paseantes o se dañe la flora del lugar. Para el caso, tanto incomoda a las personas y daña a la flora que se juegue con un balón de fútbol soccer que con un balón de fútbol americano.
172. Antes de analizar los principios generales del Derecho resulta oportuno referirse a otras formas de autointegración que provienen de la Lógica, como la analogía (legis), pero que guardan con ésta algunas diferencias.⁹¹ Hablamos de la interpretación extensiva, la mayoría de razón y la analogía iuris.
173. La **interpretación extensiva** es una especie de analogía que se distingue por sus efectos de la analogía legis o de la analogía propiamente dicha; mientras que en esta última se crea una nueva norma jurídica específica que regula el caso concreto, en la interpretación extensiva, los efectos de una misma norma o grupo de normas alcanzan o se aplican a casos no previstos por ellas. Un ejemplo de interpretación extensiva se plasma en el artículo 1859 del Código Civil Federal, al ordenar que las disposiciones legales sobre contratos se apliquen por extensión a todos los convenios y demás actos jurídicos, como los testamentos.⁹¹
174. La **mayoría de razón** no es una forma de analogía, por lo tanto, la relación entre el caso regulado y el que no lo está no requiere de una semejanza relevante, **sino de una comunión en sus fines, en su teleología**. Así, cuando los objetivos que se buscan producir o prevenir con una norma jurídica aparecen con mayor intensidad o fuerza en un hecho o caso no previsto, y dicha norma quiere hacerse extensiva, se estaría procediendo por mayoría de razón. Volvamos a nuestro ejemplo. Supóngase la norma: *"De las 10 a las 12 del día se prohíbe a los paseantes ingresar en este parque con animales domésticos"*. Si una persona deseara ingresar en ese lugar llevando consigo un tigre de bengala aduciendo que no es un animal doméstico, no cabe duda que a este caso puede aplicársele dicha norma. Ya que si portar animales domésticos está vedado dadas las molestias y problemas que pueden generar a los paseantes, a mayor razón debe prohibirse la entrada a aquella persona que se acompañe por un animal salvaje.
175. La **analogía iuris** es el procedimiento de integración que consiste en extraer de todo el sistema jurídico o de una parte del mismo una nueva regla para la laguna del ordenamiento jurídico. Mientras la analogía legis obtiene la norma integradora de otra ley o norma jurídica singular, la analogía iuris toma en consideración todo el sistema normativo o parte de él. Para Bobbio la forma en que se procede en la analogía iuris es la misma que se emplea cuando se recurre a los principios generales del Derecho.⁹²

⁹¹Cfr. Norberto Bobbio, *Teoría dell'ordinamento* ... op. cit., pp. 176-178.

⁹² Reza textualmente el ya mencionado artículo 1859: *"Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos en lo que no se opongan a la naturaleza de éste o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos"*.

Cfr. Norberto Bobbio, *Teoría dell'ordinamento* ... op. cit., p. 176.

176. El *segundo procedimiento de autointegración* consiste en recurrir a los **principios generales del Derecho**. Éstos ya han sido analizados en cuanto fuente formal y, específicamente, como fuente formal supletoria del Derecho mexicano.⁹⁵ Tales principios han sido definidos como *el conjunto de criterios orientadores de carácter lógico y axiológico insertos en todo sistema jurídico, cuyo objeto es dirigir e inspirar al legislador y al juzgador y, en su caso, suplir las insuficiencias o ausencias de la ley o de otras fuentes formales*.⁹⁶ Ambos tipos de principios generales del Derecho pueden aparecer plasmados en el ordenamiento jurídico de forma **expresa** —señalando puntualmente de qué principio se trata— o **tácita** pues su identificación requiere un ejercicio de *analogía iuris* por parte del intérprete ya que la ley sólo remite a éstos de modo general.
177. Así, por ejemplo, cuando el artículo N de la Constitución mexicana en su primera parte *prohíbe textualmente la retroactividad de la ley en perjuicio de persona alguna, está enunciando, expresamente, un principio general del Derecho del primer tipo*. Sucede del mismo modo, cuando el artículo 17 de la ley Federal del Trabajo remite **expresamente a la equidad (principio general del Derecho de tipo axiológico)** como fuente supletoria de casos no previstos.
178. Los ordenamientos jurídicos hacen alusión a los *principios generales del Derecho de forma tácita* por virtud, precisamente de una **remisión general** del siguiente tipo: *"Ixi controversias judiciales del orden civil deberán resolverse conforme a la letra de la ley o su interpretación jurídica. A falta de ley se resolverán conforme a los principios generales del derecho"*. ¿A qué principios y de qué tipo se refiere el artículo 19 del Código Civil Federal? A ninguno en especial, se trata de un *reenvío* al principio lógico-jurídico o axiológico, o ambos, que mejor satisfaga la laguna de modo coherente y justo. *Ixi labor de búsqueda y determinación del principio que constituya la norma integradora corresponderá al juez en cuestión*. Es obvio, que *cuando la ley determina el principio general del Derecho a aplicar de forma expresa, no existe ninguna laguna*.
179. Como se ha visto, los *principios generales del Derecho* son, por su naturaleza, de dos tipos: los primeros **poseen un carácter lógico-jurídico**. De tal suerte que ante una laguna, *el juzgador deducirá de la lógica interna del sistema la norma o criterio integradores que sean coherentes con la totalidad del ordenamiento*. Este primer tipo de principios generales del Derecho **son los que dan consistencia al sistema jurídico y al deducirlos se extraen reglas útiles para aquellos casos no previstos**. El segundo tipo está constituido por *el conjunto de principios de carácter axiológico (valores o principios)*, que sirven al juzgador como **paradigmas de justicia y legitimidad del orden jurídico**.
180. Los *principios generales del Derecho* suelen plasmarse en **aforismos**, esto es, *pequeñas sentencias que establecen un resumen de las directrices lógicas que hacen funcionar coherentemente a un ordenamiento jurídico*. Como ejemplos de estos principios tenemos los siguientes: *el caso fortuito excusa de culpa; es nula la fianza dada por error; a la ley no se dará efecto retroactivo en perjuicio de nadie*. etcétera. Los *principios generales del Derecho del segundo tipo* se constituyen

^{1,1} Véase los apartados 4.23.1 y 5.3.2 en los caps. IV y V, respectivamente, de esta segunda parte.

De forma más puntual nos referimos a los principios generales del Derecho como *el conjunto de criterios orientadores insertos en todo sistema jurídico, cuya finalidad es múltiple: de una parte, constituirse en valores o paradigmas que dotan de sentido último (deber ser ideal) al Derecho y de sentido mediato (deber ser real) a las normas jurídicas de un sistema. De la otra, tienen como objeto suplir las ambigüedades e insuficiencias de la ley u otras fuentes formales*.

por el **conjunto de valores externos y el sistema jurídico que sirven al Derecho como fines últimos de su función instrumental y que, por lo tanto, lo condicionan**. Se gestan histórica e ideológicamente en el ámbito sociopolítico y cultural donde el ordenamiento jurídico se desarrolla, y se concretan en principios como los de libertad, dignidad humana, equidad, bien común, bienestar y justicia social, etcétera. En tal virtud, *los principios generales del primer tipo deberán, a su vez, ser coherentes con los segundos*.

CUADRO 7.2 INTEGRACIÓN	
Integración: <i>técnica para completar las lagunas de un ordenamiento jurídico</i>	
<i>Tipos de integración</i>	
1. Heterointegración: se recurre a fuentes externas al ordenamiento o a fuentes no dominantes.	2. Autointegración: se recurre a la fuente dominante por vía de <i>analogía</i> y <i>principios generales del Derecho</i> .
• Antiguamente se recurría al Derecho natural. • Un ordenamiento local puede recurrir al federal. • Un ordenamiento nacional puede recurrir al internacional. • Un ordenamiento escrito puede recurrir a la jurisprudencia o la costumbre que son fuentes no dominantes.	Se recurre a la fuente dominante, por ejemplo, buscando en la ley la norma integradora. Existen dos <i>sistemas</i> para ello: <i>analogía</i>: se aplica a los casos no regulados la solución del caso semejante sí regulado. Principios generales del Derecho: se aplica el principio lógico-jurídico o axiológico expresamente señalado en la ley o vía analogía iuris, se busca el principio tácito que inspira o guía a la ley.

7.3.3 Interpretación e integración en el Derecho mexicano

181./1 lo largo de este capítulo hemos hecho referencias o alusiones parciales a las reglas vigentes de interpretación e integración del ordenamiento jurídico mexicano. Estas se encuentran plasmadas en el **artículo 14** de la Constitución federal mexicana, párrafos penúltimo y último. El penúltimo párrafo se refiere a las reglas de aplicación del Derecho penal (dicho más puntualmente, a los tipos penales) y, el último, a la elaboración, interpretación e integración de las sentencias en materia civil y por extensión a todas las demás materias, excepto la penal, obviamente.

182. De acuerdo con lo prescrito por el párrafo penúltimo del referido artículo 14 constitucional, la materia penal se rige por la **regla o criterio** de la norma general excluyente. Por lo tanto, aquella conducta no regulada expresamente en la norma particular inclusiva que se adapte exactamente a la hipótesis legal, se regirá por la referida norma general excluyente. La disposición constitucional citada reza así: "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata" (norma particular inclusiva).

183. El sistema jurídico mexicano expresamente prohíbe en materia penal la interpretación y la integración jurídicas (**garantía de tipicidad en materia penal**). Empero, si bien tal prohibición se explica en aras de una mayor claridad, no deja de resultar inútil técnicamente hablando, ya que la legislación penal carece de la-

gunas, pues ésta se acoge al criterio de la norma general excluyente. En resumen: toda conducta no tipificada expresamente como delito en una norma particular inclusiva, está permitida en los términos de la norma general excluyente. Asimismo, de la lógica interna que da coherencia al ordenamiento penal se deduce el principio general del Derecho que tácitamente impera: no hay delito ni pena sin ley (nullum crimen, nullum poena sine lege).

184. Si la materia penal se rige por la norma general excluyente, la sentencia definitiva en materia civil (y en las demás materias) según el último párrafo del multicitado artículo 14 constitucional "...deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del Derecho". ¿Cómo debe entenderse esta disposición?
185. La exigencia dirigida al juez de sujetarse a la letra de la ley o a su interpretación jurídica es ciertamente confusa. En principio porque la aplicación de la letra de la ley por parte del juzgador ya implica, necesariamente, una operación intelectual de interpretación. Ésta consiste en **descifrar el sentido de la letra de la ley conforme a las reglas que valen para la interpretación lingüística del español, idioma en que se redactan las leyes mexicanas.** Al aplicar una norma el juez procede primero a entender los signos lingüísticos en los que está expresado su contenido normativo, sólo de esa manera se podrá saber si la hipótesis normativa se adapta al caso concreto sucedido en la realidad. Al parecer, lo que el legislador intentó señalar es que para determinar la identidad entre la hipótesis normativa y el hecho jurídico, el juez mexicano debe sujetarse a la interpretación del español conforme a sus reglas gramaticales, es decir, **"conforme a la letra de la ley"**.
186. Ahora bien, la regla del ordenamiento jurídico mexicano que constriñe al juez a la observancia de las reglas lingüísticas ("**letra de la ley**") se refiere tanto al significado de las palabras en su sentido recto o directo, como al especializado, es decir, al **"juego del lenguaje del Derecho"**. Al juez corresponderá **determinar si el sentido de la palabra utilizada en la redacción es uno u otro, de acuerdo con el contexto sintáctico en que dicha palabra aparece.** Una vez más, como se ve, resulta claro que la labor mecánica de aplicación del Derecho es imposible.
187. Sin embargo, debe anotarse que antes de que el juez recurra a la interpretación jurídica, el propio texto de la ley puede reenviarlo expresamente para salvar sus insuficiencias a formas específicas de hetero y autointegración: la costumbre, la jurisprudencia, la analogía y algunos precisos y particulares principios generales del Derecho, es decir, de carácter expreso, como la equidad o la reciprocidad, verbigracia. Ello explica que la costumbre sea fuente delegada y supletoria del Derecho en México y que, en materia de contratos, por ejemplo, sea expresamente aplicable la analogía y la reciprocidad, o que en materia laboral, además de la analogía, la costumbre y la jurisprudencia, se acuda a los principios generales del Derecho expresos y, en concreto, a los de justicia social y equidad para regular los casos no previstos.
188. Atendiendo a lo anterior diremos, que en el Derecho mexicano rige la siguiente regla: sólo se procederá a la interpretación jurídica si la letra de la ley no prescribe al juez la forma concreta de integración a que, en principio, debe acudir. Veamos concretamente algunos de estos reenvíos. Respecto de la costumbre el artículo 1556 del Código Civil para el Distrito Federal ordena: **"El uso o la cos-**

" Primera regla de Zagrebelsky Véase el inciso 7.3.1.2 "Naturaleza y reglas de la interpretación jurídica. El sentido de la ley", en este capítulo.

tumbre del país se tendrán en cuenta para interpretar las ambigüedades de los contratos". Respecto de la analogía dice el artículo 1858 del mismo Código: "Los contratos que no están especialmente reglamentados en este código, se regirán por las reglas generales de los contratos, por las estipulaciones de las partes y, en lo que fueron omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía de los reglamentos de este ordenamiento ". Respecto de la reciprocidad el numeral 1857 del mismo Código, dice: "Cuando absolutamente fuera imposible resolver las dudas por las reglas establecidas en los artículos precedentes, si aquéllas recaen sobre circunstancias accidentales del contrato, y éste fuere gratuito, se resolverán en favor de la menor transmisión de derechos e intereses; si fueren onerosos, se resolverá la duda en favor de la mayor reciprocidad de intereses".

189. El artículo 17 de la Ley Federal del Trabajo es muy interesante en materia de integración, pues prácticamente remite a todas las formas posibles de heterointegración y autointegración, indicándole al aplicador del Derecho un orden de prelación entre éstas. Este artículo remite primero a la analogía y luego de manera abierta a los principios generales del Derecho que con carácter tácito se hallan implícitos en ciertas disposiciones. También este artículo remite de manera específica y expresa a dos de tales principios, la justicia social y la equidad, así como a la jurisprudencia y la costumbre. Dicho artículo a la letra dice: "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 (analogía), 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".
190. En suma, que cuando la regla general constitucional en materia civil ordena al juez sujetarse a la letra de la ley está prescribiendo a éste dos reglas particulares:
 - a) apegarse al texto de la misma respetando, en la extracción de su contenido normativo, las reglas lingüísticas del español, y
 - b) remitirse a las formas específicas de interpretación e integración que la ley misma, de manera inmediata, señale.
191. Esto significa que el criterio de la norma general inclusiva, es decir, aquel que prescribe que los casos no regulados se resolverán del modo idéntico a los que sí lo están, no opera en el ordenamiento jurídico mexicano de modo automático en cuanto a la formulación de sentencias toca, debiendo el intérprete estar a lo que la letra de la ley específicamente establezca. De tal guisa, según se desprende de los artículos citados, la ley prefiere en ciertos casos recurrir primero a la costumbre o a ciertos principios generales del Derecho expresos antes que a la analogía, aun que bien puede suceder lo contrario, como de hecho acontece en materia laboral.
192. Ahora bien, si la sola "letra de la ley" (interpretación lingüística) y sus reenvíos a la analogía, la costumbre, la jurisprudencia o los principios generales del Derecho expresos no fuesen bastante para salvar la laguna o insuficiencia del ordenamiento, el juez deberá recurrir a la interpretación jurídica y, en su defecto, a los principios generales del Derecho tácitos, es decir, a la segunda de las formas de autointegración. Cuando el legislador mexicano remite a la interpretación jurídica remite al sentido de la ley, y cuando lo hace a los principios generales del Derecho reenvía a los criterios lógicos o axiológicos que se deducen de la coherencia y fi-

lies que buscan hacer del ordenamiento mexicano un sistema coherente y justo. Vayamos por partes.

193. Si la interpretación jurídica se dirige a conocer el sentido de la ley. la vía más segura para descubrir ese sentido es la *interpretación auténtica, aquella que realiza el propio legislador*. La Constitución mexicana prevé este tipo sui géneris de interpretación," según consta en el **inciso f) del artículo 72 constitucional**, el cual señala que en la interpretación de las leyes se observarán los mismos trámites establecidos para su formulación. Por lo tanto, *si el Congreso posee la facultad de emitir leyes interpretativas, consecuentemente, corresponde al juez la obligación de sujetarse a ellas en cuanto la forma, supuestamente, más auténtica de interpretación jurídica.*
194. Dado el caso de que no existiera dicha interpretación auténtica, el juez mexicano deberá intentar otras vías de interpretación que le permitan conocer el sentido de la ley. En este punto, el ordenamiento jurídico no establece por cuál de las múltiples vías posibles de interpretación jurídica debe optar. ¿Qué hacer? Intentemos interpretar la propia norma que contiene las reglas de interpretación. Partiremos de un elemento cierto con el cual contamos, a saber, la **exigencia constitucional** de sujetar, en la mayor medida posible, el intérprete a la ley, primero a su sentido literal, luego a su interpretación auténtica y, en su defecto, a la interpretación jurídica de la misma o a una forma de autointegración, es decir, a la autointegración acudiendo a la misma fuente dominante, la ley, vía la deducción de sus principios generales.
195. El juez puede iniciar el proceso interpretativo buscando conocer la voluntad del legislador, su intención subjetiva (**interpretación filológico-histórica**), analizando al efecto la exposición de motivos de la ley, los debates parlamentarios (contenidos en el *Diario de Debates*) e incluso los trabajos preparatorios que se llevaron a cabo para elaborar el proyecto de ley respectivo. De ese análisis se deberá deducir cuál fue dicha voluntad. Sin embargo, ésta debe ser contrastada, verificada, debe, en breves términos, gozar de una validez **lógico-sistemática**. Es decir, *que lo decidido por el legislador debe ser consistente y coherente con el resto del ordenamiento jurídico*, no debe tratarse de una voluntad que sea incompatible con las demás normas, alterando la unidad sistémica del ordenamiento. El juez debe partir, según señalamos antes, de los elementos subjetivos para terminar en los objetivos.
196. La interpretación **filológico-histórica** descubre, a través de la voluntad del legislador, la *ratio legis*, las razones o causas que motivaron la creación de una ley. La *ratio legis*, por su parte, evidencia al juez los *finés últimos de la norma*: inducir una conducta social, evitarla, cambiarla, atacar una situación nociva para la sociedad, prevenirla, etcétera. La teleología, la finalidad que se obtiene con la interpretación de una norma debe contemporizar con los fines y valores perseguidos por el sistema jurídico en su conjunto, alternar con éstos. Es obvio, *que un juez no debe interpretar una norma jurídica en contradicción con los fines y/o valores consignados, y por lo tanto, perseguidos por la Constitución mexicana*
197. En efecto, *cuando la interpretación jurídica no permita conocer el sentido de la ley para llenar una laguna del ordenamiento, el último párrafo del artículo 14 constitucional establece, como postrero recurso para la autointegración, la vía de los*

Esta interpretación resulta sui géneris. porque es el propio legislador, el creador de la norma el que se interpreta a sí mismo ¿Está legislando de nuevo? ¿O sólo explica lo que antes quiso decir? ¿Hasta dónde puede ir el legislador en su interpretación?

principios generales del Derecho. Obviamente, la Constitución *no se refiere a los principios expresamente establecidos en la ley (equidad, justicia social, bien común, etcétera), sino a los que implícita o tácitamente se hallan contenidos en el ordenamiento jurídico*, y que el juez debe extraer o deducir. Como sabemos puede tratarse de *principios de carácter lógico que dan unidad y coherencia al sistema, propiciando orden y seguridad*, o de *carácter axiológico, persiguiendo la realización de los valores superiores que dotan de sentido al sistema jurídico*.

198. Por último, cabe decir que *el sistema jurídico mexicano es uno de los que establece la, denominada por Bobbio, exigencia o condición de plenitud de su ordenamiento*, toda vez que, conforme a sus artículos 18 y 19 del *Código Civil Federal*, respectivamente:

1. *el juez mexicano debe juzgar todas las controversias que se presenten a su examen ("principio de plenitud hermética"); y*
2. *debe juzgarlas con base en una norma perteneciente al sistema jurídico mexicano.*

7.3.3.1 REGLAS DE INTERPRETACIÓN E INTEGRACIÓN DE LOS ACTOS JURIDICOS EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO

199. Las *reglas que para la interpretación de los contratos establece el ordenamiento mexicano*, se encuentran consignadas de los **artículos 1851 a 1857 del Código Civil Federal vigente**. Como indicamos en su momento, "la técnica de la interpretación de los contratos se dirige a determinar la **voluntad interna declarada de las partes**."⁹⁹ Ahora bien según se desprende del **artículo 1859** del mismo *Código*, estas *reglas de interpretación de los contratos rigen, por interpretación extensiva*,¹⁰¹ *para todos los demás actos jurídicos*, siempre y cuando *tales reglas no se opongan a la naturaleza jurídica del acto en cuestión, ni a una disposición especial de la ley sobre los mismos*. De tal guisa, *al estudiar las reglas de interpretación de los contratos lo hacemos para los actos jurídicos en general*.

200. En nuestro Derecho, las *reglas de interpretación de los contratos son de dos tipos*:
1) Las que se dirigen a la *investigación de la voluntad interna de las partes* y que aparecen en los numerales 1851, 1852 y 1857 in fine del dispositivo citado; y 2) Las enfocadas a la *eliminación de las posibles dudas y ambigüedades de los contratos*, establecidas en los artículos 1853, 1856 y 1857 primera parte del mismo ordenamiento.

201. 1) Reglas para determinar la voluntad interna de las partes:

- a) *Es preeminente la intención de los contratantes.*
- b) *Prevalece la intención de los contratantes sobre las palabras (texto) que la expresan si hubiera contradicción entre aquella y éstas.*
- c) *Los términos generales de un contrato no comprenden cosas distintas y casos diferentes de aquellos señalados por la intención de los contratantes.*
- d) *El contrato es nulo si resulta imposible determinar la intención de los contratantes.*

⁹⁹ Véase el apartado 7.3. "Interpretación de los actos jurídicos" de este capítulo

¹⁰⁰ Cfr. Ramón Sánchez Meda, *De los contratos civiles*, op. cit., p. 61.

¹⁰¹ Véase sobre el concepto de *interpretación extensiva* el apañado 7J.2.2. de este capítulo.

202. 2) Reglas para la eliminación de dudas y ambigüedades de los contratos:

- (i) *Debe aplicarse la interpretación sistemática a las cláusulas de un contrato, guiándose por el sentido más adecuado para la eficacia del mismo.*
- b) *Prevalece la acepción de la palabra más adecuada a la naturaleza y objeto del contrato.*
- c) *El uso y la costumbre son relevantes para interpretar las ambigüedades.*
- d) *Si las reglas anteriores fueran insuficientes se procede con base en dos principios generales del Derecho expresos:*
 - d.1) *Criterio de la menor transmisión de derechos e intereses sobre los aspectos accidentales de contratos gratuitos.*
 - d.2) *Criterio de la mayor reciprocidad de intereses en los contratos onerosos.*

203. En materia de contratos civiles y, por extensión en los demás actos jurídicos, rige la integración analógica (analogía legis) es decir, una forma de autointegración. ya que el ordenamiento mexicano recurre a la fuente dominante para aplicar las normas jurídicas previstas por el Código a aquellas situaciones no reguladas por éste. El artículo 1858 del Código Civil Federal reza: *"Los contratos que no están especialmente regulados por este código, se regirán por las reglas generales de los contratos, por las estipulaciones de las partes y, en lo que fueron omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía de los reglamentos de este Ordenamiento "*.

204. En materia de integración de los actos jurídicos debe también estarse, en el caso de conflicto de derechos entre las partes y a falta de ley expresa que sea aplicable, a dos principios generales del Derecho que expresamente prescribe el artículo 20 del Código Civil Federal, a saber:

- 1. *La controversia se decidirá en favor del que trata de evitarse perjuicios y no en favor del que pretenda obtener lucro.*
- 2. *La controversia se decidirá observando la mayor igualdad posible entre los interesados, si el conflicto fuere entre derechos iguales o de la misma especie.*

CUADRO 7.3 Interpretación e integración en el Derecho mexicano

Reguladas en los párrafos penúltimo (*materia penal*) y último (*materia civil*) del artículo 14 constitucional.

- a) *Materia penal:* rige el criterio de la norma particular inclusiva (*garantía de tipicidad*).
- b) *Materia civil y por extensión todas las demás materias excepto la penal (con más precisión, los tipos penales).*

1. *El intérprete debe sujetarse a la letra de la ley, apoyándose en las reglas lingüísticas del español.*

La literalidad de la ley puede remitir, expresamente, a:

2. *La costumbre, la analogía, la jurisprudencia o principios generales del Derecho expresos, como la equidad, la justicia social o la reciprocidad.*

Si la letra de la ley fuera insuficiente, entonces:

3. *El intérprete deberá acudir a la interpretación jurídica.*

4. *Si existe debe remitirse, primero, a la interpretación auténtica, si no dado que el Derecho mexicano es omiso en indicar a cuál sistema se debe recurrir, el intérprete puede iniciar por:*

5. *La interpretación filológico-histórica, y concluir el proceso con*

6. *La interpretación lógico-sistemática.*

Como último recurso del intérprete mexicano están:

7. Los principios generales del Derecho tácitos inscritos en el ordenamiento jurídico.

- c) Reglas generales de la interpretación e integración de los actos jurídicos en el Derecho mexicano.

1. *Se hacen extensivas a todos los actos jurídicos las relativas a los contratos civiles (artículo 1851 a 1859 del Código Civil Federal).*
2. *La interpretación se basa en la intención de los contratantes.*
3. *La integración se hace por analogía legis.*

RESUMEN

La aplicación del Derecho

La aplicación del Derecho implica la realización de su función original, es decir, dar solución a los conflictos de intereses que obstaculicen la convivencia o la cooperación social. La aplicación del Derecho se verifica en un ámbito especial y temporal determinados, por lo tanto tiene una validez territorial y temporal limitada.

La tarea de aplicación del Derecho es una de las más complejas y difíciles, tanto porque los ordenamientos jurídicos poseen imprecisiones e insuficiencias, como porque al juzgador, un ser humano con limitaciones naturales, corresponde evaluar lógicamente y axiológicamente realidades que se presentan rodeadas de múltiples e imprevisibles circunstancias. Por ello, el proceso de aplicación del Derecho no puede ser mecánico, exclusivamente circunscrito al método silogístico.

Los partidarios a ultranza de la utilización de la Lógica formal como única forma para aplicar el Derecho, sostienen que el juez debe elaborar el siguiente silogismo: conformar una premisa mayor con la norma o normas jurídicas que contengan hipotéticamente los supuestos aplicables a un caso concreto; estructurar la premisa menor con el hecho que se adapte al supuesto genérico establecido a nivel de hipótesis en la norma. De ambas premisas obtener una conclusión, que sería equivalente a las consecuencias normativas previstas por la norma o normas jurídicas.

Por ejemplo, si a un juez mexicano se presentara un caso de homicidio, éste debería proceder así: la premisa mayor se halla establecida en los artículos 302, 307 y 315 del Código Penal. Estas disposiciones contienen las hipótesis que regulan el homicidio simple intencional. La

premisa menor es el hecho sucedido en la realidad, a saber, que el señor X' privó de la vida al señor 'Z' sin premeditación, ventaja, alevosía o a traición. En conclusión, el señor X' cometió el delito de homicidio simple intencional y debe purgar una prisión de entre 12 a 24 años. La consideración del razonamiento judicial como un silogismo no es, en sí misma, incorrecta, la equivocación radica en pensar que los elementos relevantes con los cuales se constituye éste puedan obtenerse por métodos mecánicos.

La Escuela de la Exégesis propagó la idea de que la función judicial es de mera Lógica formal, reduciéndose a una aplicación de las premisas mayores contenidas siempre en las leyes. Esta posición ha sido severamente rebatida, la crítica ha puesto de manifiesto que la labor jurisdiccional no consiste en una operación lógico-deductiva o, por lo menos, que no consiste solamente en eso.

Ihering, por ejemplo, sostuvo que el Derecho más que a su valor lógico debía ceñirse a su utilidad práctica, pues sólo de esa manera éste podía cumplir los fines que la vida social le impone. Gény, creador de la libre investigación científica, pensaba que la aplicación del Derecho era una labor creativa dirigida a desentrañar la voluntad del legislador. Holmes sostenía que la vida real del Derecho no ha consistido en lógica sino en experiencia, es el buen sentido el que auxilia a los jueces en la individualización de la norma jurídica aplicable al caso concreto.

Kantorowics entendía la actividad judicial como eminentemente creadora, por eso ante una laguna del orden jurídico el juez debe acudir al Derecho libre, o sea la buena fe o las buenas costumbres que se presentan como convicciones sociales en una época determinada.

Movimientos doctrinales como la jurisprudencia sociológica, en la que se ubican a Cardoza y Pound, fueron muy críticos respecto del análisis simplemente lógico del Derecho, pues consideraban indispensable, para la aplicación del mismo, una gran dosis de conocimiento de las realidades sociales que se viven y en las que se inspiran las normas generales y los criterios de justicia.

Otros doctrinarios han evidenciado el subjetivismo de la labor judicial a través del análisis del protagonista principal de la aplicación del Derecho: el juez. Entre otros, Lewellyn y Frank han sostenido que el aspecto más determinante en la aplicación del Derecho está en la forma en que los jueces se conducen, piensan y elaboran realmente sus sentencias. Además, contrariamente a lo que se cree, el juez razona de modo precisamente inverso al que la Lógica formal prescribe.

Kelsen pensaba que al aplicar el Derecho el juez o el tribunal tiene siempre un margen de acción o libertad, en tal virtud su labor es creadora y no simplemente mecánica, la decisión del tribunal siempre añadirá a la norma general algo nuevo. Perelman con su "Nueva Retórica" cuestionó la Lógica formal y propuso elaborar la argumentación jurídica por vía de la razón práctica, en sus categorías de lo verosímil y la búsqueda de la decisión razonable. Recaséns Siches insistió en el logos de lo humano o logos de lo razonable, es decir, la Lógica tradicional es útil pero insuficiente en la tarea jurisdiccional, el juez debe buscar una solución vital e histórica que redunde en beneficio del hombre y que no sea solamente racional.

En suma, la función judicial, dado su carácter complejo y creador, no puede limitarse a una aplicación automática de la ley a través de la Lógica formal, evadiendo ulteriores consecuencias morales. Para que la aplicación del Derecho haga efectiva la convivencia y cooperación social, es menester buscar no sólo la solución jurídica exacta, sino procurar encontrar la solución jurídica justa.

El principio de plenitud hermética del orden jurídico constriñe al juez a que en todos los casos que se le presenten debe emitir una solución,

se encuentre estatulada o no en la ley. La exigencia de este principio es diferente de la errónea creencia de que el Derecho tiene normadas todas las soluciones, todos los ordenamientos jurídicos, sin excepción, padecen imprecisiones e insuficiencias.

Corresponde a la Técnica jurídica o Técnica del Derecho positivo estudiar y analizar el proceso de creación y aplicación del Derecho. Para atender ambas tareas la Técnica jurídica se divide en Técnica legislativa y Técnica jurídica *stricto sensu*.

Resulta útil enfocar la aplicación del Derecho desde el punto de vista de la Teoría del ordenamiento jurídico, esto es, como una clase especial de sistema normativo. Este enfoque permite entender cuál es la estructura de los sistemas jurídicos y los defectos que dañan su coherencia y plenitud, así como las relaciones y posibles conflictos que se pueden derivar del carácter abierto al tiempo y al espacio de dichos sistemas y, por lo tanto, su necesaria convivencia con otros ordenamientos jurídicos y no jurídicos.

El ordenamiento jurídico es un sistema formado por el conjunto (la unión) de normas dispuestas (ordenadas) con respecto a una norma fundamental y relacionadas coherentemente entre sí. No es un sistema deductivo perfecto como el Derecho natural, ni tampoco un sistema empírico como se procede en la investigación de las ciencias naturales, sino un sistema en un tercer sentido, es decir, una totalidad ordenada compuesta por normas compatibles (principio de compatibilidad). Cuando el ordenamiento jurídico produce una unidad coherente puede garantizar dos valores jurídicos por excelencia: el orden y la seguridad.

Sin embargo, en los ordenamientos jurídicos pueden aparecer normas contradictorias o antinomias. Esto es, que a un juez se le presentan tanto una norma que prohíbe como una norma que autoriza la misma situación. La presencia de las antinomias hace del ordenamiento jurídico un sistema incoherente dificultando la aplicación del Derecho.

Por la naturaleza de la contradicción las antinomias pueden ser propias o impropias. Las

antinomias propias se producen por la aparición de dos normas pertenecientes a un mismo ordenamiento que prescriben conductas opuestas en cualquiera de sus ámbitos de validez (temporal, espacial, personal o material). De acuerdo con el grado o extensión de la contradicción, las antinomias propias pueden ser tres: total-total, total-parcial y parcial-parcial. Para resolver estas contradicciones el juez puede recurrir a la norma jerárquicamente superior, que prevalece sobre la inferior; a la norma nueva que deroga a la antigua, y a la norma que contiene una excepción y que se aplica en lugar de la regla general.

Las antinomias impropias reciben ese nombre por referirse a contradicciones del ordenamiento jurídico que no tienen que ver necesariamente con sus normas. Las antinomias impropias pueden ser de principio (contradicciones entre principios, por ejemplo, libertad *versus* seguridad) y de valoración (se considera que el sistema jurídico debería otorgar una solución diferente a la que viene dando en determinados casos).

Una segunda exigencia del ordenamiento jurídico es la de su plenitud. Tal exigencia opera en los ordenamientos jurídicos en los que valen dos reglas: 1) El juez debe juzgar todas las controversias que se presenten a su examen; y 2) debe juzgarlas con base en una norma perteneciente al sistema. La exigencia de plenitud no niega las insuficiencias de los ordenamientos jurídicos, o sea, la existencia de "lagunas", las cuales se producen cuando el ordenamiento en cuestión no comprende ni la norma que prohíbe ni la que autoriza un cierto comportamiento.

Para negar la insuficiencia de los ordenamientos jurídicos se han manifestado dos posiciones opuestas: la primera sostiene que el Derecho es un sistema pleno, las "lagunas" son sólo espacio jurídico vacío, éste no es una falla del ordenamiento sino su límite natural. La segunda posición niega la existencia de lagunas, sólo existe el espacio jurídico pleno. Cuando una norma regula un comportamiento determinado (norma particular inclusiva), los demás comportamientos no establecidos ahí se regulan por exclusión, es decir, por una norma general excluyente. A esta norma la denominaba Kelsen "principio de clausura", el cual estipula: todo lo que no está

prohibido está permitido. El ejemplo más típico de regulación jurídica que se guía por este criterio es el Derecho penal, al decretarse que no existe crimen ni pena sin ley exactamente aplicable al caso concreto. En este derecho no hay "lagunas".

Ciertos doctrinarios han demostrado que existe también en todo ordenamiento jurídico un tercer tipo de norma que es inclusiva como la primera, y general, como la segunda, y a la que denominan norma general inclusiva. Esta norma auxilia al juez regulando los casos no previstos de forma similar a los casos previstos. Estamos ante la aplicación de la ley por analogía. Para determinar la similitud entre el caso previsto y el no previsto el juez debe recurrir a la interpretación, desentrañando en cada caso la semejanza relevante que permita atribuir la misma solución jurídica a dos casos, uno regulado y otro no. La técnica a que el Derecho recurre para completar las lagunas de la ley se denomina integración.

El ordenamiento jurídico en tanto sistema posee también un carácter abierto, el cual es relevante en la medida en que éste no se encuentra ni solo ni aislado. Los ordenamientos jurídicos están abiertos al tiempo y al espacio y conviven con otros sistemas tanto jurídicos como no jurídicos.

Hacia el interior del espacio jurídico donde un ordenamiento rige, éste se relaciona con sistemas no jurídicos como la moral y con sistemas jurídicos igualmente válidos como los ordenamientos jurídicos de las entidades federativas en un Estado federal. Hacia afuera los sistemas jurídicos pueden entrar en contacto con ordenamientos jurídicos de otros países. La relación entre estos ordenamientos, en función del principio de no aplicación extraterritorial de la ley, es de exclusión. También hacia afuera puede darse una relación entre los ordenamientos jurídicos estatales y el Derecho internacional, entre ambos, de acuerdo con la posición doctrinal adoptada, las relaciones pueden ser de coordinación o supremacía del segundo sobre el primero. Estas relaciones no están exentas de colisiones, de posibles conflictos de leyes en el espacio.

El ámbito de validez en el tiempo del ordenamiento jurídico es limitado, ya que suele ser

remplazado por uno nuevo. Este remplazo puede tener verificativo por vías jurídicas o extrajurídicas, como un golpe de Estado o una revolución, o por las vías jurídicas señaladas a través de las formas de derogación o abrogación establecidas en el marco del mismo ordenamiento. Los problemas de aplicación del Derecho en el tiempo, se producen en tomo a la cuestión de si la nueva ley se hará efectiva sólo para los casos presentes y futuros o también para los sucedidos antes de su entrada en vigor. Se trata de los problemas de aplicación retroactiva de la ley.

De la Teoría del ordenamiento jurídico se desprende que la aplicación del Derecho puede implicar dos clases de dificultades principales, las relacionadas con la imprecisión o insuficiencia de los sistemas normativos en sí mismos considerados, y las que surgen de sus relaciones con otros sistemas normativos y que pueden dar origen a los denominados conflictos de leyes en el tiempo y en el espacio. La aplicación de leyes en el espacio y el tiempo se rige por dos reglas básicas: 1) No cabe la aplicación extraterritorial de la ley. 2) No cabe la aplicación retroactiva de la ley.

Respecto de la aplicación de las leyes en el tiempo cabe apuntar las siguientes ideas generales: el desuso, la costumbre o la práctica en contrario no pueden derogar o abrogar una ley, sólo una ley nueva abroga o deroga una ley anterior. Ambos principios se contemplan en los artículos 9 y 10 del Código Civil Federal.

La entrada en vigor de una ley se hace para el presente y el futuro, de tal suerte y en principio la ley no debe aplicarse retroactivamente por razones de seguridad jurídica. La situación jurídica en que efectivamente puede surgir un problema de retroactividad se presenta en los casos de actos jurídicos de tracto sucesivo, ya que cuando se promulga una nueva ley hay situaciones jurídicas que están en curso. La cuestión es si los efectos jurídicos deberán regirse por la ley con que surgió el acto o por la nueva ley vigente, la que rige en el momento en que efectivamente los efectos jurídicos tienen verificativo".

Varias son las soluciones planteadas al problema de la retroactividad (tesis de los derechos adquiridos, expectativas de derechos, facultades

ejercitadas y legales, situaciones jurídicas abstractas y concretas, etcétera). Ninguna de estas teorías responde satisfactoriamente a todos los casos posibles. Ciertamente es, empero, que todas tienen algo en común: buscan proteger los derechos subjetivos de las personas, es decir, propiciar la seguridad o certidumbre jurídicas.

En el Derecho mexicano rige el principio plasmado en el *artículo 14 constitucional* de que a ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna. Son excepciones a éste: la aplicación retroactiva de las disposiciones constitucionales, de las leyes de procedimiento cuando se trata de ejercer un derecho previamente adquirido y de las leyes fiscales, dado que por ser de interés público pueden retrotraer sus efectos.

En general, las leyes por lo que toca a su ámbito espacial se rigen por el principio de no aplicación extraterritorial. Sin embargo, en virtud del permanente contacto entre ordenamientos jurídicos, éstos suelen hacer excepciones a este principio y otorgar validez a los actos realizados conforme a sistemas jurídicos distintos. Son precisamente las excepciones a este principio lo que abre la posibilidad a los conflictos de leyes en el espacio, los cuales se verifican cuando dos órdenes normativos con validez territorial distinta se consideran competentes para aplicar a un mismo caso la ley de su propio sistema. La disciplina abocada al estudio y análisis de estos problemas y sus soluciones se denomina Derecho internacional privado. Tales soluciones están contempladas tanto en las reglas específicas contempladas al efecto por cada sistema jurídico, como en los tratados internacionales creados ex profeso.

El Derecho mexicano sigue el principio de no aplicación extraterritorial de una ley ajena a su ordenamiento, aunque acepta excepcionalmente la validez de la ley extranjera en su territorio. Es condición de ello que así se prevea en el propio ordenamiento jurídico mexicano, o en los tratados o convenciones internacionales firmadas al efecto en los que México sea parte (artículo 12 del Código Civil Federal). Del mismo modo, la ley civil mexicana reconoce como válidas las situaciones jurídicas creadas por los otros ordenamientos con que convive en el or-

denamiento federal, es decir, los actos jurídicos realizados conforme a los derechos de las entidades federativas (artículo 13 del Código Civil Federal).

Las reglas generales de aplicación del Derecho en México (artículo 13 del Código Civil Federal) son las siguientes: estado y capacidad de las personas físicas se rige por el derecho del lugar de su domicilio; efectos jurídicos de los actos, por el derecho del lugar en que se ejecuten, salvo que las partes designen la aplicación de otro derecho; formalidad de los actos, por el derecho del lugar en que se celebren; los bienes muebles e inmuebles, por el derecho del lugar de su ubicación.

El artículo 14 del Código Civil Federal contempla las siguientes reglas de aplicación del Derecho extranjero en México: se procederá conforme al derecho sustantivo extranjero sólo cuando las normas conflictuales de ese derecho no permitan la aplicación del mexicano; en el ordenamiento mexicano deben existir instituciones o procedimientos análogos a los del derecho extranjero a aplicar; las cuestiones preliminares o accidentales se podrán regular por el Derecho mexicano; cuando confluyan varios derechos, éstos se aplicarán armónicamente buscando las finalidades de cada uno, las dificultades que ello ocasione se resolverán con base en la equidad; el juez mexicano aplicará el Derecho como lo haría el juez extranjero correspondiente. Estas mismas reglas operan para la aplicación del derecho propio de las entidades federativas y del Distrito Federal.

Según el artículo 15 del Código Civil Federal no se aplicará el Derecho extranjero: si el juez determina que artificiosa y fraudulentamente se evadieron principios fundamentales del Derecho mexicano; si las disposiciones extranjeras o su aplicación son contrarias a principios o instituciones fundamentales del orden público mexicano.

Las reglas que regulan la validez de los ordenamientos estatales que conforman la República mexicana se estipulan en los artículos 121, 124 y 103, fracciones II y III de la Constitución federal, en estos términos: en cada entidad federativa se dará entera fe y crédito a los actos públicos, registros y procedimientos judiciales

de todos los otros; las leyes de un Estado tienen efecto sólo en su territorio; los bienes muebles e inmuebles se rigen por la ley del lugar de su ubicación; las sentencias de los tribunales estatales sobre derechos reales o bienes inmuebles ubicados en otro Estado, sólo tienen fuerza ejecutoria si en ese Estado se acepta la aplicación extraterritorial de la ley; las sentencias sobre derechos personales serán ejecutadas en otro Estado si la persona en cuestión se sometió expresamente, o por razón del domicilio, a la justicia que las pronunció, siempre que la persona haya sido citada personalmente para ocurrir al juicio; los actos del estado civil y los títulos profesionales dictados por las autoridades de las entidades federativas, tendrán validez y serán respetados en y por todas las demás; las facultades no expresamente concedidas por la Constitución a la Federación, corresponden a las entidades federativas; los tribunales federales resolverán, sobre los conflictos de soberanía que se susciten entre la Federación y las entidades federativas.

Interpretar es desentrañar o descifrar el sentido de una expresión. La interpretación jurídica es una de sus formas especiales, consiste en un proceso intelectual a través del cual partiendo de las fórmulas lingüísticas contenidas en los actos jurídicos se determina su sentido nonnativo.

Existen dos conceptos básicos para entender la interpretación jurídica. El primer concepto es el de la "interpretación" en sentido estricto, o sea, la atribución de significado a una formulación normativa en presencia de dudas o controversias en torno a su campo de aplicación. Aquí, la interpretación sólo es requerida cuando un significado es oscuro o discutible; o cuando se duda sobre si es aplicable o no a un determinado supuesto de hecho. Un segundo concepto de interpretación posee un sentido amplio, concibiéndola como la atribución de significado a una formulación normativa independientemente de dudas o controversias. En este caso, cualquier texto normativo en cualquier situación requiere de interpretación.

A su vez y aceptando uno u otro concepto, existen básicamente tres teorías o familias de teorías de la interpretación jurídica, las cuales son y con sus características, las siguientes:

Cognitiva o formalista: asume un concepto de interpretación restringida; interpretar es verificar empíricamente el significado objetivo de los textos normativos y/o la intención subjetiva del legislador; el enunciado "El texto 'T' significa S", es descriptivo, *ergo*, verdadero o falso; no hay lagunas ni antinomias; toda controversia se resuelve por una exclusiva norma preconstituida; no a la discrecionalidad judicial; prevalece la doctrina de la separación de poderes; sujeción del juez a la ley y aceptación del "mito" de la certeza del Derecho.

Escéptica: asume un concepto de interpretación amplio; interpretar es una actividad de valoración y de decisión; el enunciado "El texto 'T' significa S", es estipulativo; no existe un significado propio de las palabras, éste depende del emisor y del usuario y la coincidencia de esos significados no está garantizada; todo texto normativo tiene una pluralidad de significados, ello depende de las posturas valorativas de los intérpretes; en los sistemas jurídicos modernos no existen legisladores individuales cuya voluntad se averigüe por métodos empíricos, ni "voluntad colectiva" de los órganos colegiados; las normas jurídicas no preexisten a la interpretación, son su resultado; los sistemas jurídicos no son completos ni coherentes; los jueces ante las lagunas o antinomias, crean Derecho; no hay una línea clara de demarcación entre el poder Judicial y el Legislativo.

Intermedia o mixta: asume un concepto ya formalista ya escéptico de la interpretación según el caso; interpretar es tanto una actividad de conocimiento como una actividad de decisión discrecional; los textos normativos poseen una irreductible textura abierta; no siempre es claro determinar qué norma es la mejor o más correcta para regular una controversia; en el seno del significado de todo texto normativo se puede identificar un núcleo esencial luminoso y, en torno suyo, una indefinida zona de penumbra. Los casos fáciles se encuadran en el núcleo esencial luminoso; en los casos difíciles o marginales, la aplicación de la norma es controvertida porque recae en la zona de penumbra; los jueces actúan discrecionalmente cuando aplican o no la norma a los casos de penumbra, donde debe elegirse

entre dos soluciones alternativas. En cambio, no se ejerce discrecionalidad en los casos fáciles; es falso que las decisiones de los jueces sean siempre controladas por normas preconstituidas, sin márgenes de discrecionalidad; es igualmente falso que los jueces decidan discrecionalmente de cualquier modo y siempre; el juez en los casos claros descubre el significado, en los casos difíciles adscribe el significado; cuando el significado atribuido recae en el núcleo esencial, el enunciado interpretativo es verdadero, resultado de una verificación del significado preexistente aceptado. Cuando el significado atribuido recae en la zona de penumbra, el enunciado, al ser estipulativo, no es ni verdadero ni falso; la distinción entre casos fáciles y difíciles es una decisión objetiva, no resulta de una decisión interpretativa.

Las primeras dificultades de la interpretación son de índole lingüística y tienen que ver con las ambigüedades naturales del lenguaje o su uso inadecuado o impreciso. Estas ambigüedades pueden originarse en el traslado inadvertido de palabras de un contexto a otro (juegos de lenguaje), en el erróneo uso de la sintaxis o de los signos de puntuación, en palabras en sí mismas imprecisas. Estas indeterminaciones de los ordenamientos jurídicos son inevitables (su carácter o "textura abierta") y dan al aplicador del Derecho un espacio de interpretación necesario para adaptar el Derecho a las condiciones sociales e históricas cambiantes.

La interpretación es una actividad práctica, subjetiva y relativa, porque se dirige a resolver los problemas concretos a que la aplicación práctica del Derecho se aboca, la realiza un ser humano, el juez, y si cambian las reglas que la regulan cambian también sus resultados. De dichas reglas son dos las principales: la interpretación jurídica está sujeta tanto a los principios lingüísticos del idioma en el cual opera, como a la posición más activa o pasiva que al intérprete asigna el ordenamiento jurídico en cuestión. Las antedichas reglas son instrumentales y no garantizan una interpretación objetivamente verdadera, sino eficaz.

En la tradición interpretativa tradicional, claramente formalista, el juez, al interpretar,

debe desentrañar el sentido de la ley. Para la interpretación filológica-histórica dicho sentido es la voluntad del legislador, a tales efectos investiga en la exposición de motivos de una ley, los debates parlamentarios y los trabajos preparatorios. Para la lógico-sistemática la ley tiene el sentido que su ubicación en el sistema le da, y que es independiente de la voluntad del legislador. Para la interpretación causal-teleológica esta voluntad debe mostrar la razón del legislador que es la razón de la ley (*ratio legis*) como su elemento lógico-político, esto es, las causas y fines sociales en función de los cuales la ley se elaboró.

La interpretación jurídica también se aboca a desentrañar el sentido de los actos jurídicos de los particulares. Al juez se le presentan dos alternativas de interpretación opuestas: sujetarse a la voluntad declarada o a la voluntad interna de las partes. La primera privilegia la seguridad, la segunda a la voluntad como razón última de los actos jurídicos. El cuidado de ambos principios sugiere atender a la voluntad interna declarada como la forma de interpretación más eficaz de los actos jurídicos.

En función de la eficacia jurídica y de la clase de intérprete de la cual proviene, la interpretación de la ley puede clasificarse en judicial, si la realizan los jueces, científica, si la llevan a cabo los doctrinarios, y auténtica si la realiza el mismo legislador. La judicial sólo obliga a las partes, pero si se toma en jurisprudencial esa obligatoriedad tiene carácter general, como sucede con la interpretación auténtica. La científica carece de fuerza obligatoria.

La integración es la técnica que sirve para satisfacer o llenar las lagunas, insuficiencias u omisiones de un ordenamiento jurídico. Se habla de heterointegración cuando para llenar la laguna se acude a fuentes externas al ordenamiento mismo (Derecho natural, internacional, etcétera) o a fuentes distintas a la dominante en un sistema jurídico (en el nuestro, a la costumbre, la jurisprudencia o la doctrina). Se alude a la autointegración si la insuficiencia se satisface buscando en la fuente dominante del sistema, esto es, vía la analogía (*legis*) o los principios generales del Derecho (analogía *iuris*).

La analogía simple y llana o analogía *legis* es un recurso de la Lógica utilizado por el Derecho y consiste en aplicar a un caso no regulado la solución del caso regulado con el que tenga una semejanza relevante o razón suficiente. Cabe distinguir la analogía *legis* de otras técnicas de heterointegración similares, las cuales son usadas por el Derecho: la interpretación extensiva, que es un tipo de analogía que no crea una norma para llenar la laguna, sino que a ésta aplica los efectos de una norma ya plasmada o de un grupo de normas; la mayoría de razón, que no es una forma de analogía y consiste en aplicar las consecuencias jurídicas de un caso regulado a uno que no lo está y con el que no tiene semejanza relevante pero en el que sí aparecen con mayor intensidad los objetivos buscados por la ley; y la analogía *iuris*, que extrae de todo el ordenamiento jurídico o una parte de éste las reglas implícitas que le dan coherencia o que lo orientan. Este recurso es el que se emplea en los denominados principios generales del Derecho. Por éstos se entiende el conjunto de criterios orientadores de carácter lógico y axiológicos insertos expresa o tácitamente en todo sistema jurídico, los cuales dirigen e inspiran al legislador y al juzgador en la creación de normas jurídicas o la integración de las lagunas de la ley.

Las reglas de interpretación e integración en el ordenamiento jurídico mexicano se plasman en los párrafos penúltimo y último del artículo 14 constitucional. El penúltimo se refiere a la materia penal (específicamente los tipos penales) donde rigen los criterios de la norma particular inclusiva y, en consecuencia, el de la norma general excluyente. Es decir, en el sistema mexicano opera el principio general del Derecho que reza: no hay delito ni pena sin ley que exprese y puntualmente los prevea. Lógicamente, en el ámbito criminal queda prohibida la analogía y la mayoría de razón.

El último párrafo del artículo 14 constitucional dicta las reglas para las sentencias en materia civil y, por interpretación extensiva, para todas las demás materias, excepto la penal. Dichas reglas son: el intérprete debe sujetarse a la letra de la ley, primero en su sentido gramatical, apoyándose en las reglas lingüísticas que

operan en el español. La ley puede directamente ordenar al intérprete dirigirse a la costumbre, la analogía, la jurisprudencia, y los principios generales del Derecho expresos, como la equidad, la justicia social o la reciprocidad. Variará en cada materia la prioridad de una u otra forma de autointegración o heterointegración. Si la letra de la ley fuese insuficiente, el aplicador deberá acudir a la interpretación jurídica, es decir, irá en busca del sentido de la ley. Primero, si existe, el juez, deberá remitirse a la interpretación auténtica. En su defecto y dado que el ordenamiento jurídico mexicano es omiso en señalar a cuál sistema de interpretación se debe acudir, el intérprete podrá iniciar la búsqueda del sentido de la

ley vía el proceso filológico-histórico y concluir en el lógico-sistemático. Como último recurso, el ordenamiento mexicano remite, a una forma de autointegración: los principios generales del Derecho que tácitamente se hallan insertos en el Derecho mexicano "y que al juez corresponde deducir.

A la interpretación e integración de los actos jurídicos el ordenamiento mexicano hace extensivas las reglas generales que prescribe para los contratos en los artículos 1851 a 1859 del Código Civil Federal. Las reglas de interpretación de los contratos descansan, fundamentalmente, en la búsqueda de la intención de los contratantes; la integración en la analogía legis.

Tercera parte

TEORÍA DE LA JUSTICIA

Capítulo 8

LA JUSTICIA

SUMARIO

8.1 El Derecho y la justicia

- 8.1.1 ¿El Derecho debe ser justo?
- 8.1.2 La justicia en términos del doble estándar valorativo del derecho
 - 8.1.2.1 *El observador y el participante*
- 8.1.3 La equidad
- 8.1.4 Justicia y derechos humanos

8.2 Repaso histórico de algunas doctrinas sobre la justicia

- 8.2.1 Especulaciones presocráticas sobre la justicia
- 8.2.2 Sócrates: justicia y obediencia al Derecho
- 8.2.3 Platón: la justicia como equilibrio
- 8.2.4 Aristóteles: la justicia como término medio
- 8.2.5 La justicia en Roma: Ulpiano y Cicerón
- 8.2.6 San Agustín: el Estado y la guerra justos
- 8.2.7 Santo Tomás: justicia y bien común
- 8.2.8 La justicia en la Escuela clásica del Derecho natural
- 8.2.9 La justicia en los clásicos españoles del Derecho natural
- 8.2.10 Hume, Bentham, Mill: la utilidad como justicia
- 8.2.11 Rousseau: el contrato social
- 8.2.12 Kant: libertad, moral y justicia
- 8.2.13 Savigny: el historicismo jurídico
- 8.2.14 Stammler: el Derecho justo
- 8.2.15 Del Vecchio: el sentimiento de justicia
- 8.2.16 Radbruch: un mismo filósofo, dos ideas de justicia
- 8.2.17 Kelsen: la justicia posible pero no necesaria
- 8.2.18 Hart: la justicia como la más pública y jurídica de las virtudes
- 8.2.19 Rawls: la justicia como equidad

8.3 Acceso a la justicia

- 8.3.1 Consideraciones previas
- 8.3.2 Justicia y doble estándar valorativo del Derecho
- 8.3.3 El acceso a la justicia y las dificultades extrínsecas (tácticas o extrasistémicas) de su realización
- 8.3.4 El acceso a la justicia y las dificultades intrínsecas (sistémicas) de su realización

Resumen

SINOPSIS INTRODUCTORIA

Ninguna concepción del Derecho se entiende cabalmente sin la idea de justicia como la exigencia jurídica por excelencia. Este capítulo se dedica al estudio y a la explicación de esta exigencia y, a tales efectos, lleva a cabo su desarrollo en tres apartados.

El primero denominado "El Derecho y la justicia" plantea la pregunta ética capital que todo ordenamiento jurídico se hace: ¿el Derecho debe ser justo? Para responderla se emplean conceptos analizados en capítulos anteriores, así como la tridimensionalidad del fenómeno jurídico, todo ello para mostrar que el problema de la justicia se ubica en la dimensión filosófica del Derecho y tiene que ver con sus aspectos de validez (obligatoriedad) antes que con su eficacia. Asimismo, para arribar a nuestro concepto de justicia se profundiza en el conocimiento del doble estándar valorativo del Derecho y los puntos de vista del partícipe y el observador, desde los cuales puede calificarse la justicia o la injusticia de un régimen de Derecho. Este primer apartado ofrece la distinción entre equidad y justicia, a la vez que introduce al alumno en la noción contemporánea prevaleciente de justicia y legitimidad política: los derechos humanos.

En el segundo apartado se realiza un sucinto repaso histórico por las concepciones de justicia consideradas más relevantes en el devenir del pensamiento jurídico, desde los filósofos presocráticos hasta John Rawls.

Finalmente, el tercer apartado aborda el tema "Acceso a la justicia", mismo que constituye un ejercicio de aplicación y contraste de los elementos teóricos que componen y explican el fenómeno jurídico con los factores extrínsecos —circunstancias del Derecho— en que se desenvuelve. Es útil comprender cómo dichos factores, su mayor o menor incidencia, afectan y hasta condicionan la realización del valor más trascendente del Derecho en la vida social: la justicia.

8.1 EL DERECHO Y LA JUSTICIA

8.1.1 ¿El Derecho debe ser justo?

-

1. Cuando llevamos a cabo el análisis de la relación entre *el Derecho y la moral*, en el capítulo tercero de la primera parte de esta obra, nos planteamos cuatro preguntas, la *tercera* de ellas es la que, precisamente, intitula este inciso: *¿el Derecho debe ser justo?* La respuesta a esta pregunta fue: *el Derecho no debe ser justo para ser Derecho, pero sí debe o debería serlo para gozar de plena validez moral o fuerza obligatoria*. Luego entonces, la indagación sobre la *justicia* nos conduce al *cuestionamiento o análisis ético del Derecho* y, por consecuencia, nos introduce a su *tercera dimensión*, la *axiológica*.
2. Así las cosas, la *pregunta respecto de la justicia o injusticia del Derecho no significa inquirir respecto de la existencia o eficacia de un ordenamiento jurídico positivo*. De hecho, sabemos ya que *sistemas jurídicos calificados de injustos* como por ejemplo el nacional-socialista, en Alemania, o el del *apartheid*, que rigió en Sudáfrica hasta hace poco tiempo, *estuvieron vigentes y fueron eficaces*. *¿Si esto es así, qué sentido tiene un cuestionamiento sobre la justicia del Derecho?*
3. En principio, *no cuestionar éticamente el Derecho significa asentir, sin más, la siguiente fórmula: Derecho = fuerza*. Además, *ningún régimen jurídico ha aceptado jamás ser calificado de injusto, por el contrario, todo Derecho, por más aberrante mora/mente que pueda resultar se ve siempre a sí mismo como justo, y consecuentemente, como obligatorio, gracias a lo cual se considera justificado para hacer uso legítimo de la coacción*.
4. Las preguntas sobre la *existencia* o la *eficacia* de los ordenamientos de Derecho aluden a *las dos primeras dimensiones en que se manifiesta el fenómeno jurídico*, a saber, la *fáctica* y la *normativa*. Una *investigación sociológica* nos dará efectiva cuenta de la *existencia de un sistema de Derecho*. Esta investigación se moverá exclusivamente en la *dimensión fáctica*, señalándonos cuales son las normas que en una sociedad son **de hecho consideradas como jurídicas** y **rigen** como tales. *El estudio y análisis de esas normas en cuanto un conjunto o sistema coactivo, coherente y eficaz aludirá a la dimensión normativa del Derecho*. En consecuencia, para corroborar la *existencia* y *eficacia* de un régimen jurídico **no hace falta referirse a su justicia**.
5. Empero, si el Derecho ni aun el de los regímenes políticos más autoritarios, se ve a sí mismo como un sistema normativo sustentado exclusivamente en la fuerza, *es porque su obligatoriedad radica en la observancia y preservación de ciertos valores que le dan sentido al propio Derecho (y al régimen mismo) y con base en los cuales puede argumentarse la legitimidad del uso de la coacción*. Esta circunstancia nos muestra que la pregunta sobre la *justicia* del Derecho posee un *carácter ineludible*, evidenciando la *tercera dimensión de lo jurídico: la ética* y, más concretamente, la *axiológica*, es decir, el *análisis valorativo del Derecho*. En suma, **el estudio del Derecho en su tercera dimensión es el de la justicia como el valor o exigencia ético-jurídica por excelencia**.

CUADRO 8.1 La justicia

¿El derecho debe ser justo?

Respuesta:

El Derecho no debe ser justo para ser Derecho pero sí debe o debería serlo para gozar de plena validez moral o fuerza obligatoria.

Luego entonces...

- La indagación sobre la justicia nos conduce al cuestionamiento o análisis ético del Derecho, y por consecuencia, nos introduce en su **tercera dimensión**, la *axiológica*.
- La pregunta respecto de la justicia o injusticia del Derecho no versa sobre la existencia o eficacia de un ordenamiento jurídico.
- Se han dado casos de sistemas jurídicos injustos (el nacional-socialista en Alemania y el sistema de *apartheid* en Sudáfrica, por ejemplo) que estuvieron vigentes y fueron eficaces. ¿Qué sentido tiene entonces hablar sobre la justicia del Derecho?
- En principio, no cuestionar éticamente al Derecho significa asentir, sin más, la fórmula: Derecho = fuerza.
- Además, ningún régimen jurídico ha aceptado ser calificado nunca de injusto.
- Para corroborar la existencia y eficacia de un régimen jurídico no hace falta referirse a su justicia.
- Sin embargo, ni los regímenes políticos más autoritarios han podido sustentarse exclusivamente en la fuerza. La justicia, por lo tanto, posee un carácter ineludible.
- En suma, el estudio del Derecho en su tercera dimensión es el de la justicia como valor o exigencia ético-jurídica por excelencia.

8.1.2 La justicia en términos del doble estándar valorativo del Derecho

6. Hemos sostenido en capítulos precedentes,¹ que el Derecho comporta un *doble estándar valorativo*. Con ello queremos expresar, que *el Derecho fosee un grupo de valores* que su sola aparición y presencia aporta a la sociedad y los cuales son determinantes para facilitar, con mayor o menor éxito o eficiencia, la convivencia o cooperación sociales. Dichos valores son: el *orden*, la *seguridad* y la *igualdad jurídicas* y poseen un *carácter instrumental* conforme a la naturaleza del Derecho mismo. *Orden, seguridad e igualdad* constituyen el *primer estándar valorativo del Derecho* y se dirigen a la regulación de la conducta social, *propiciando un determinado ámbito concertado de paz, libertad e igualdad en el cual las personas, en cada momento histórico, llevan a cabo su vida.*
7. *Los valores jurídicos que constituyen este primer estándar surgen de la propia naturaleza del Derecho en cuanto sistema de normas.* Todo sistema normativo produce una determinada ordenación de la conducta al prescribir formas específicas de comportamiento, ello hacen también la moral u otras formas de regulación de la conducta humana: *propician un concierto de actuación que deviene de la sola regulación*. Este orden implica la *renuncia al uso particular de la fuerza dejándola en manos de la autoridad (salvo casos excepcionales como el de la legítima defensa, por ejemplo)*, lo cual da como resultado un *espacio de tranquilidad concertada a través del orden*, es decir, *paz*

Consúltese el inciso 1.2.4 del capítulo primero en la primera parte de este libro

8. *Toda regulación es una forma de ordenación y, en consecuencia, posee una lógica.* El Derecho, según sabemos, *constituye un tipo especial de sistema lógico.* En efecto, sobre los *ordenamientos jurídicos* recaen las *exigencias de coherencia y plenitud*, esto es, la necesidad de evitar y en su caso eliminar las contradicciones o antinomias que en su cuerpo normativo pudieran aparecer, así como la de contemplar formas específicas de integración en el supuesto de posibles "lagunas" normativas.²
9. *Al ordenar, el Derecho genera un marco normativo;* es decir, un conjunto de reglas relacionadas sistemáticamente entre sí que prescriben, entre otras cuestiones, qué comportamientos están prohibidos; cuáles otros permitidos; qué facultades se poseen o qué requisitos deben cumplir autoridades y particulares para efectuar determinados actos jurídicos; quién emite las normas y qué sanción merece su inobservancia. En resumen, *establecen qué debe hacerse y qué no debe hacerse o evitarse.* El *orden* implica una *jerarquía*, o sea, el distinto lugar que ocupa cada norma en el sistema y por consecuencia, la relación que existe entre las normas mismas.
10. El *orden jurídico* propicia a su vez *seguridad, porque otorga certidumbre a los destinatarios de la norma, dado que éstos conocen previamente cuáles serán las consecuencias jurídicas de un probable hacer u omitir.* En la medida en que un sistema jurídico sea *más coherente, preciso y pleno otorgará mayor seguridad jurídica.* Ciertamente, la existencia en los ordenamientos jurídicos de *normas contradictorias o antinómicas* (de una norma que prohíbe y otra que autoriza la misma conducta), de *normas imprecisas* (de normas ambiguas u oscuras) y de "*lagunas*" (falta de una norma jurídica que regule un hecho) daña la *seguridad* que en principio deben propiciar los sistemas de Derecho.
11. La *seguridad generada por el orden jurídico* establece normativamente los *límites específicos a los que ha de sujetarse la conducta social*, con ello se está determinando, a su vez, un *ámbito de libertad.* La *libertad* propiciada por el Derecho implica el reconocimiento expreso y la protección de ciertas facultades de hacer (casarse, contratar, comprar, vender, etcétera) y la prohibición de otras (interferir la propiedad de otro, matar, robar, etcétera). Pero además, la regulación jurídica tiene una jurisdicción material definida y se abstiene de intervenir en ámbitos de la vida de las personas en las que, por lo regular, los sistemas jurídicos carecen de competencia (hábitos sexuales, el perfeccionamiento moral del individuo, el credo religioso a seguir, etcétera).
12. Los sistemas de Derecho *procuran una clase específica de igualdad al otorgar el mismo tratamiento a quienes se hallen en la misma posición normativa:* dos personas ubicadas en la *misma hipótesis* pueden esperar el *mismo tratamiento*, es decir, las mismas consecuencias jurídicas; dos personas ubicadas en *hipótesis distintas* pueden esperar un *trato desigual.* La *consistencia normativa* produce una *igualdad formal, jurídica*, y se origina de una aplicación general y uniforme del Derecho. Y, claro, a mayor coherencia lógico-formal de un ordenamiento jurídico ha de seguirse mayor orden, seguridad y, por supuesto, mayor consistencia en la aplicación del Derecho.
13. Ahora bien, *el orden, la seguridad e igualdad jurídicas son valores instrumentales porque no se justifican por sí mismos.* En otras palabras, *estarán siempre enfun-*

² Para el estudio del Derecho en el marco de la Teoría del ordenamiento jurídico véase el inciso 7.1.2.1 del último capítulo, de la segunda parte de este libro.

ción de algo, son valores dependientes de otros valores, principios o parámetros que les otorguen un sentido último del que por sí mismos carecen. No puede entenderse ni justificarse, el orden por el orden mismo o la igualdad por la igualdad misma, ya que adolecen de una finalidad propia por virtud de la cual adquieren sentido. Recuérdese que son valores instrumentales, y por lo tanto, al servicio de. Por ejemplo:

14. Si a una persona *se le instruye que ordene los libros apilados en el rincón de un estante*, tal instrucción resultará evidentemente incompleta. Dicha persona podrá preguntar: *¿Para qué?*, o más concretamente, *¿con qué objeto?* La ordenación de los libros *será muy distinta dependiendo del fin para el que serán destinados* y de este modo podrán clasificarse por materia, por el idioma en que están escritos o simplemente por el año de impresión, ya sea que dichos libros vayan a ser archivados, puestos a disposición de un investigador o para catalogar los volúmenes que de cierta época posee una biblioteca. El orden requiere siempre de un *criterio de ordenación, de un parámetro que sirva de guía y dé sentido al acto mismo de ordenar.*
15. La *igualdad* tiene también una *función instrumental*. Supóngase que un ordenamiento jurídico contiene las siguientes dos normas antinómicas contemporáneas de idéntica jerarquía: 1. *"Todas las personas de raza negra deberán obtener un salvoconducto para transitar por las áreas residenciales de la ciudad"*-, 2. *"Ninguna persona deberá obtener salvoconducto o permiso alguno para transitar por las áreas residenciales de la ciudad"*. *¿Cuál de las dos normas resulta igualitaria?*
16. Desde un punto de vista *eminentemente formal*, ambas normas tienen la misma validez, *pues otorgan el mismo tratamiento a las personas ubicadas en su hipótesis normativa*. Sin embargo, su *carácter general* y su validez formal de nada nos sirven para determinar cuál ha de subsistir o preferirse, ya que las normas son lógicamente contradictorias al autorizar y prohibir lo mismo. Entonces, *¿cuál norma ha de prevalecer?* *Es necesario que recurramos a los valores o principios superiores que guían al Derecho en cuestión, los que otorgan los criterios conforme a los cuales ha de determinarse qué es igualitario y qué no lo es.*
17. Supóngase ahora que ambas normas aparecen en dos ordenamientos jurídicos distintos, uno del tipo *apartheid sudafricano* y otro el vigente en México. La decisión, no obstante la corrección formal de ambas normas, *se tomará en función de los valores o principios que protege el ordenamiento jurídico respectivo*. Para el ordenamiento jurídico tipo *apartheid* la norma 1 será la norma justa y más igualitaria; para el régimen mexicano será la norma 2. En el primer caso la decisión gira en torno a la *consideración valorativa de que la raza blanca goza de una condición de superioridad sobre las demás*, en este caso sobre la negra; en el segundo, se parte del *igual valor que se otorga a todas las personas con total independencia de su raza.*
18. En el caso de la *seguridad jurídica* sucede exactamente lo mismo. Un régimen del tipo *apartheid sudafricano* consideraría que la norma 2 no otorga seguridad jurídica a las personas de raza blanca, limitando en favor de las personas de raza negra el ámbito de libertad que el Derecho le otorga a las primeras. En el régimen jurídico mexicano, la norma 1 violaría la seguridad jurídica que debe garantizar una libertad de tránsito para cualquier ser humano, libertad que no deberá condicionarse por rasgos éticamente irrelevantes para tales efectos, como la raza o el color de piel.

19. Como vemos resulta perfectamente dable preguntar: *orden, seguridad e igualdad, ¿para qué?, ¿con qué fin?, ¿en función de qué?* Los valores instrumentales que el Derecho en cuanto ordenamiento realiza en sociedad y que conforman su primer estándar valorativo, sólo propician la validez formal del propio Derecho. Estos valores están siempre en función de otros valores que le dan sentido al Derecho y a su labor ordenadora-pacificadora, aseguradora e igualadora; éstos constituyen el segundo estándar valorativo del Derecho.
20. Este *doble estándar valorativo* evidencia el carácter *instrumental* del Derecho que siempre sirve de medio para la ordenación, el aseguramiento y la igualación respecto de los valores superiores que lo orientan. En otras palabras, el Derecho pone a disposición de esos valores su propia técnica de regulación de la conducta humana en sociedad, la cual tiene como su nota más distintiva la *coacción*, a saber, el uso legitimado de la fuerza para facilitar la convivencia y la cooperación social. Es decir, la convivencia en el marco de lo aceptado como valioso en cada momento histórico, social y cultural determinados.
21. Este *criterio del doble estándar valorativo del Derecho* nos permitirá establecer una primera concepción acerca de la justicia. Así, *en principio, sólo cuando las normas de un ordenamiento jurídico satisfacen su doble estándar valorativo es dable otorgar a ese Derecho el calificativo de justo*. Ya que, si dicho ordenamiento se agota en, o se circunscribe a sus propios valores instrumentales (en el valor de lo jurídico: ordenación-pacificación, seguridad, igualdad), y no sirve a los valores superiores en función de los cuales se justifica, una decisión jurídica podrá ser calificada de legal, de formalmente válida, pero no podrá decirse que es justa (no se justifica), pues traiciona los valores o principios últimos que lo guían. Por ello la legalidad no necesariamente garantiza la justicia.
22. Volvamos a los ejemplos. Supóngase que un juez hace efectiva en un caso concreto la norma que dice: *"Todas las personas de raza negra deberán obtener un salvoconducto para transitar por las áreas residenciales de la ciudad"*. Ese juez podrá argumentar que al aplicar esa norma actúa *"legalmente"* pues se limita a aplicar la ley. Y, en efecto, así es. Sin embargo, si ese juez fuese mexicano y su actuación se midiera conforme al segundo estándar valorativo de nuestro Derecho, dicha norma podría ser calificada de injusta, pues contradice valores tales como la igualdad humana y la libertad de tránsito protegidos por los principios establecidos en la Constitución federal de 1917.¹ Es claro que esa norma resulta formalmente válida, satisface el primer estándar valorativo, pero no el segundo, por lo tanto es injusta en términos del segundo estándar valorativo del Derecho mexicano.
23. La legalidad genera una *obligatoriedad prima facie*, es decir, lo ordenado por un sistema jurídico en principio se presume justificado a menos de que se demuestre que contradice los valores superiores que protege el sistema jurídico en cuestión, o sea, su segundo estándar valorativo. Por supuesto, ello no implica que ese sistema jurídico quede derogado *ipso facto* ni que sus normas, en la generalidad de los casos, dejen de ser obedecidas, así sea que dicha obediencia se sustente en razones

Los principios de igualdad y el derecho a la libre circulación y tránsito de todas las personas están consagrados, respectivamente, en los artículos 10. y 11 constitucionales del modo siguiente: Artículo 10.- En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece". Artículo 11.- Todo hombre tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos semejantes [...]"

meramente prudenciales (miedo a la sanción). Más aún, para ese mismo ordenamiento jurídico *una norma injusta seguirá siendo vigente, y por consecuencia, jurídicamente obligatoria hasta en tanto no sea derogada o declarada inconstitucional precisamente por violar los principios signados en su Ley fundamental, donde los Estados contemporáneos acostumbran plasmar los objetivos y valores de los que su Derecho debe ser portador y garantizador.*

24. Por lo común, para los destinatarios de las normas jurídicas de un sistema de Derecho, su *obligatoriedad se da por supuesta*. De hecho *en términos sociológicos, la legalidad goza de la creencia generalizada de que lo prescrito por el Derecho es sinónimo de lo justo, porque está prescrito por el Derecho*⁴ a su vez, esa suposición se confirma con *la pretensión de justicia* que enarbola todo sistema jurídico,⁵ de la que se sigue una pretensión más, *la de que sus disposiciones deben ser obedecidas siempre*. Ello es explicable porque el Derecho persigue la *eficacia*, es decir, el que sus mandatos sean efectivamente cumplidos.
25. La *legalidad* aparece, entonces, *como una condición necesaria mas no suficiente para dar plena validez a las normas jurídicas*. No es extraño constatar que en los sistemas jurídicos existan *leyes injustas*, es decir, *normas que satisfacen el primer estándar valorativo del Derecho, pero no el segundo*. El hecho de que las normas jurídicas sean vistas como legítimas acrecienta la posibilidad de su obediencia.
26. Sin embargo, el *segundo estándar valorativo del Derecho tampoco asegura por sí mismo la eficacia de los valores que comporta*. *¡x; justicia es un valor del Derecho y por lo tanto tiene un fin práctico*. De este modo: *el Derecho se muestra como un instrumento de suma utilidad para que ciertos valores o principios morales considerados como correctos en un momento histórico adquieran eficacia, esto es, que puedan hacerse efectivos determinando cómo ha de procederse en situaciones de conflicto o disputa de intereses*. El Derecho se exhibe *como el sistema de normas jurídicas que prescribe, conforme a los valores reconocidos en el segundo estándar valorativo de cada ordenamiento, un orden seguro e igualitario que es garantizado por la coactividad, es decir, el uso legítimo de la fuerza*.
27. La consideración del *Derecho como un sistema constituido por reglas justas*, se origina en su *doble estándar valorativo*, toda vez que *cualquier sistema jurídico al ordenar, asegurar e igualar, lo hace necesariamente, respecto de un grupo de*

⁴ Aquí la obediencia aparece, según los propios términos de Max Weber como *"que la acción del que obedece transcurre como si el contenido del mandato se hubiera convertido, por sí mismo, en máxima de su conducta; y eso únicamente en méritos de la relación formal de obediencia, sin tener en cuenta la propia opinión sobre el valor o desvalor del mandato como tal"* Esta forma de obediencia hacia las normas jurídicas se inspira en una **creencia en la legitimidad del mandato** El mismo Weber escribe al respecto: *"Pero la circunstancia de que, al lado de otros motivos, por lo menos para una parte de los actores aparezca ese orden como obligatorio o como modelo, o sea, como algo que debe ser, acrecienta la probabilidad de que la acción se oriente jwr él y eso en grado considerable"*. Véase Max Weber, *Economía y sociedad*. trad. José Medina Echavarría *et al.* FCE. México. 1984. pp 172 y 25. respectivamente

⁵ La *pretensión de Justicia* de la que hablamos coincide con la idea de la *pretensión de corrección* esbozada por Robert Alexy en estos términos: *"La pretensión de corrección que se plantea en los discursos jurídicos se distingue claramente de la del discurso práctico en general. No pretende que el enunciado jurídico normativo afirmado, propuesto o dictado como sentencia sea sin más racional, sino sólo que en el contexto de un ordenamiento jurídico vigente pueda ser racionalmente fundamentado"*. Cfr Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid. 1989. p 208. En otra parte el mismo Alexy ha dicho: *"¡xi teoría de la pretensión sostiene que las normas jurídicas individuales y las decisiones judiciales, así como el sistema jurídico en su totalidad, necesariamente tienen una pretensión de corrección. h>s sistemas de normas que no tienen esta pretensión, implícita o explícitamente, no son sistemas jurídicos"* Véase Robert Alexy. **Sobre las relaciones necesarias entre el Derecho y la moral**", uad Wislano Orozco, *Derecho y razón práctica*. Distribuciones Fontamara. México. 1993. p 51

valores determinados. De tal suerte, al cumplir con una norma de un específico sistema jurídico, de cierta forma puede decirse que tácitamente se está aceptando el sistema de valores que los justifica y al cual ese Derecho busca proteger. Ello no obsta para que ciertos gobernados obedezcan al Derecho por mera necesidad, prudencia o razones políticas, con mayor razón si lo consideran injusto conforme a cierta moral o de plano respecto de su propia moral crítica (individual).

28. La justicia que, como vemos, no se agota ni en la legalidad ni en la ética, es el valor jurídico por excelencia que el Derecho busca concretar a través de sus normas. En este sentido, la justicia viene a ser la realización jurídica de los valores superiores a los que el Derecho sirve en sociedad. La justicia es una cualidad que se realiza en mayor o menor medida y que es fuente de sentido, porque orienta las acciones de quienes hacen y aplican el Derecho. La realización de éstos facilita la convivencia o cooperación social, es decir, aquella forma de relación intersubjetiva considerada como mejor o más plausible históricamente en un grupo humano y entorno cultural determinado. Dicho de otro modo, la convivencia que se da a la luz de tales valores. De tal guisa, la justicia está afectada por la historia y la cultura, se transforma con éstas del mismo modo en que lo hace el Derecho.
29. Resulta claro que ni el Derecho ni la justicia son absolutos e inmutables, sino relativos histórica y culturalmente y, por ende, en transformación permanente. De allí que si bien el Derecho justo ayuda a hacer posible una convivencia social determinada, quizás el Derecho justo de hoy no haga lo mismo con la convivencia de mañana. La justicia absoluta y eterna, así como la convivencia sin conflictos, son ideales inalcanzables y extralógicos, porque la contingencia y el cambio son el sino de lo humano, y el cambio no escapa al conflicto y a la contradicción.
30. Aceptar la variabilidad relativa de los valores en términos históricos y culturales, no significa aceptar el relativismo absoluto sostenido por autores como Kelsen.⁷ Los caminos por donde nos conducen ambas posiciones son distintos. Un relativismo histórico y cultural como el que sostenemos acepta que los valores experimentan constantes transformaciones, pero también subraya que mientras ciertos hechos básicos de nuestra existencia no cambien (nuestra condición de mortales, nuestras necesidades materiales, el egoísmo y la bondad humanos, los recursos terrenales limitados, etcétera) habrá siempre rasgos comunes e identidades en la valoración, así como valores que permanecen casi inalterados desde antiguo.
31. No puede dejar de reconocerse, sin embargo, que las condiciones desde las cuales esos hechos básicos se ven, están irremisiblemente vinculadas con los cambios sociales, científicos, tecnológicos y económicos. Asimismo, un relativismo histórico y cultural acepta que pueda argumentarse racionalmente en contra de posiciones morales opuestas, optando por la que se considere razonablemente mejor. JJ ra-

" Cfr Enrique R. Afialión y José Vilanova. *Introducción al Derecho*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1992, p. 792. Para estos autores. *«La justicia no es un fin. Suele decirse —continúan— que la justicia es un fin al que tiende el derecho. Si con esta afirmación trata de expresarse el obvio anhelo de que el derecho ha de ser (positivamente) justo, es claro que la exigencia es correcta, pero no cabe decir lo mismo de la expresión. Hemos visto, en efecto, que toda acción implica w/i elección defines V, por consiguiente, la aceptación del valor de los fines elegidos, valorados. De modo que una cosa es el fin y otra el valor del fin. El fin es una situación propuesta a nuestra libertad como término de llegada, situación a la que se llega efectivamente cuando el fin se realiza: al valor. f>or el contrario, no se llega nunca, por más que el valor esté dando siempre sentido a la conducta. Un fin es un estado al que se llega y que, una vez alcanzado, es preciso abandonar, ya que la libertad creadora de la vida no puede detenerse»*. Ul supra.

⁷ Véase al respecto el capítulo III "El Derecho y la moral", de la primera parte, donde nos ocupamos de la posición relativista de Kelsen. Véase específicamente los incisos 3.2.1, 3.2.2 y 3.2.3.

zonablemente mejor no es una afirmación del *bien absoluto*, es decir, no implica aceptarlo como "lo" mejor o "lo" único, sino sólo como lo más conveniente para facilitar un cierto tipo de convivencia o cooperación social. Recordemos que *la valoración es situacional** La posición de este relativismo está abierta a la discusión racional y,⁹ por lo tanto, acepta la aparición de otros argumentos que muestren algo mejor. En cambio, un relativismo a ultranza se consume en la tolerancia e inhabilita la toma de decisiones: todas las posiciones morales le resultan igualmente válidas; lo cual es éticamente inaceptable y en nada avuda ni es congruente con el constante optar que va conformando cada día la vida humana.

32. La variabilidad de los valores y en general de la moral, afecta de modo determinante el tema de la justicia. Conviene, pues, no sólo dejar patente esta variabilidad —insistimos— histórica y cultural, pero variabilidad al fin, sino establecer que la posición desde la cual se juzgue un sistema jurídico resulta igualmente determinante. Por ello, es necesario conocer tanto la evolución histórica de las principales nociones de justicia, a lo cual procederemos en el apartado 8.2 de este capítulo, como el tema de los posibles puntos de vista desde los cuales puede procederse al análisis moral del Derecho.

CUADRO 8.2 La justicia en términos de la tesis del doble estándar
valorativo del derecho (DEV)

Un Derecho es justo (teóricamente) cuando el PEV (*Legalidad*) hace posible, cumple o realiza el SEV (*Valores Superiores del sistema, entre otros, por ejemplo, los Derechos Humanos*). Se trata de un DERECHO o SISTEMA JUSTO.

Primer estándar

Legalidad

VALORES FORMALES E INSTRUMENTALES:

ORDEN

SEGURIDAD

IGUALDAD

Estos valores realizan al aplicar el Derecho (las normas jurídicas) el

VALORES SUPERIORES

O sea, hacen posible que en la vida social primen valores o paradigmas tales como:

Vida y dignidad

Libertad

Autonomía

Bien común

Educación

DERECHOS HUMANOS

* Cfr. Risieri Frondizi, *Introducción a los problemas fundamentales del hombre*, FCE, Madrid, 1977, p. 564. Véase lo dicho en torno a los valores, el inciso 1.2 en el capítulo I de la primera parte de este libro.

⁹ Sobre las vicisitudes de adoptar una posición "racional" véase los artículos de Javier Muggerza. *La razón sin esperanza*. Taurus, Madrid. 1977; en particular el primero de éstos, denominado: "La razón sin esperanza: una encrucijada de la ética contemporánea", pp. 19-65.

8.1.2.1 EL OBSERVADOR Y EL PARTICIPANTE

33. La *concepción del doble estándar valorativo del Derecho no-ignora que los valores que componen el segundo estándar pueden ser considerados, a su vez, desde un doble punto de vista moral*, a saber:
- a) Como **participes** del sistema jurídico en cuestión que analizan la justicia e injusticia del Derecho *con respecto de los mismos valores que éste pmtege y propugna (punto de vista interno)*, o
 - b) como **observadores externos** de ese sistema jurídico, juzgándolo *con base en valores externos a ese sistema o a una moral ideal (punto de vista externo)*.¹⁰
34. Diferentes doctrinarios del Derecho se han referido a este *doble punto de vista* como a la posición del observador y del participante. Robert Alexy, por ejemplo, describe así esta última: *"Exi perspectiva del Participante la ocupa alguien que, dentro del sistema jurídico, toma parte en el debate acerca de lo que el sistema obliga, prohíbe y permite, y acerca de los poderes que éste conjiere. El juez es el centro de la perspectiva del participante. Si otros particulares, por ejemplo, teóricos del derecho, abogados o ciudadanos interesculos en el sistema jurídico, presentan argumentos en favor o en contra de ciertos contenidos del Derecho se refieren, al final, a cómo el juez debería haber decidido, si hubiera querido tomar la decisión correcta"*.¹¹ La *perspectiva del participante* es el punto de vista que se tiene desde dentro del sistema jurídico que se juzga y, más exactamente, desde el segundo estándar valorativo de dicho sistema.
35. El mismo Alexy se refiere al segundo punto de vista moral como la *perspectiva del observador*, o sea, *"...la (que) ocupa alguien quien no pregunta cuál es la decisión correcta de acuerdo con determinado sistenui juridico, sino que se pregunta cómo son tomadas, de hecho, tales decisiones dentro de un sistema jurídico"*.¹² En este caso el observador se colocará en una posición externa al sistema jurídico en cuestión y lo analizará desde la segunda dimensión valorativo de un sistema jurídico diferente o desde cierto tipo de moral ideal.
36. Así las cosas supóngase una norma jurídica que prescribe: *"Las personas de raza negra deberán obtener un salvoconducto para transitar por las zonas residencia-*

¹⁰ El análisis sobre la justicia o moralidad de un sistema jurídico puede emprenderse con mayor complejidad. Hemos creído que, dado el talante introductorio de este libro y en función de nuestra concepción de la *doble dimensión valorativa del Derecho*, resulta suficiente enfocarlo sucintamente en tomo a la posición del participante y el observador, aunque en el desarrollo del capítulo se alude, así sea tangencialmente, a otros aspectos del problema. Por lo que hace a la complejidad que puede implicar el análisis de una proposición del tipo: "Esto es derecho válido pero es inmoral" como es la que subyace cuando se plantea el tema de la justicia o injusticia. Francisco Laporta ha escrito: *"...el aserto 'Esto es derecho válido pero es inmoral' es extremadamente complejo de entender. No significará lo mismo si lo emite un observador externo que si lo emite un insider, es decir, un participante identificado con ese derecho. Cambiará también si por 'derecho' entendemos un ordenamiento jurídico concebido como un todo o una norma aislada. Su alcance dependerá a su vez; de que 'válido' signifique perteneciente al sistema, vigente empíricamente o vinculante. Y variará, por último, según hablemos de moralidad positiva o de moralidad crítica. Si tenemos en cuenta todas estas variables juntas el enunciado en cuestión presenta veinticuatro significados posibles. Un buen número de itinerarios, por tanto. Y no son demasiados si se piensa que ha habido quien ha sugerido la posibilidad de que sean nada menos que sesenta y cuatro (Alexy. 1989)". Véase Francisco Laporta. "Derecho y moral: vindicación del observador crítico y aporía del iusnaturalismo". *Entre el derecho y la moral*. Distribuciones Fontamara. México. 1993. p. 106. Laporta hace alusión al artículo de Alexy. "Sobre las relaciones necesarias...", citado anteriormente.*

¹¹ *Ibid.*, p. 42.

¹² *Idem.*

*les de la ciudad". Supóngase también que dicha norma la establece un sistema jurídico tipo *apartheid* en cuya segunda dimensión valorativa se sostiene el principio que señala: "La raza blanca es superior [en inteligencia, talento, etcétera/ a las demás razas", principio que justificaría que a los seres pertenecientes a ésta se les otorgue un tratamiento jurídico más favorable respecto de las demás razas. El análisis ético de dicha norma o del sistema jurídico en su totalidad (si tal norma es representativa del resto), podrá hacerse:*

- a) en función de los propios valores sostenidos por la segunda dimensión valorativa del orden jurídico en cuestión (punto de vista del participante)-, o*
- b) en función de otros valores sostenidos por otros sistemas jurídicos o por una moral ideal (punto de vista del observador).*

37. En relación con a) *la norma o el sistema en cuestión aparecería como justa-*, en relación con b) *tal norma sería discriminatoria e injusta* si la segunda dimensión valorativa de otro Derecho o una moral ideal pregonara un principio moral contrario al sostenido por el régimen jurídico tipo *apartheid*, a saber: la idéntica igualdad y dignidad de todos los seres humanos, con independencia de la raza a la que pertenezcan. En términos sistémicos podríamos decir que nos hallamos ante una *antinomía o contradicción axiológica* que es, como sabemos, una antinomía impropia."
38. En atención a lo anterior, es que *nuestro concepto de justicia se refiere a ella, en principio, como la adecuación del primer estándar valorativo con el segundo, dado que en estos casos se satisfacerla el punto de vista del participante, pero no necesariamente el del observador.* Laporta ha expresado este problema del siguiente modo. *"Nos tropezamos con frecuencia con normas que han pasado todos los controles formales de pertenencia a un sistema jurídico y que son, además, aceptadas oficialmente como tales, pero que, sin embargo, violan flagrantemente exigencias morales o demandas de justicia ampliamente compartidas. Normas, por ejemplo, que vulneren claramente la Declaración Universal de Derechos Humanos. Tales normas son consideradas jurídicas pero son tachadas de injustas o inmorales; incluso por la misma persona "*¹⁴
39. Para un observador del régimen jurídico tipo *apartheid*, la norma que prescribe: *"Ixis personas de raza negra deberán obtener un salvoconducto para transitar por las zonas residenciales"*, le resultará además de discriminatoria, injusta o in-moral. Este observador podría asumir como estándar valorativo para determinar la justicia o injusticia del régimen en cuestión el que subyace en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. De hecho, la norma en cuestión violaría flagrantemente, entre otros, el principio de no discriminación que inspira el artículo 13.1 de dicha Declaración, el cual establece. *"Toda persona tiene Derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado "*. Parece claro que *el cuestionamiento respecto de la justicia o injusticia del Derecho ha sido planteado a lo largo de la historia, fundamentalmente, desde el punto de vista del observador externo.*
40. Ahora bien, cuando un sistema jurídico posee un estándar valorativo considerado moralmente adecuado para sus participantes, el problema puede reducirse a una

" Véase sobre las *antinomias impropias* el inciso 7.1.2.2 del capítulo VII

" Francisco Laporta. "Derecho y moral: vindicación ". *op cit.*, p 107.

falta de adecuación entre los dos ámbitos valorativos del Derecho, el cual puede subsanarse en el marco del propio ordenamiento jurídico. Tal *falta de adecuación* puede verse reflejada en situaciones como las siguientes: 1) *producto de un error del Poder Legislativo, se elabora una norma jurídica formalmente válida pero injusta*; 2) *producto de una sentencia o una decisión administrativa equivocada se violan los valores que el sistema jurídico trata de proteger*. Es decir, **un defecto en la creación y aplicación del Derecho trae como resultado una situación injusta**. La *falta de adecuación* en 1 se da entre la norma general y el segundo estándar valorativo; la *falta de adecuación* en 2 se presenta entre la norma jurídica individualizada y el segundo estándar valorativo del Derecho, es decir, *entre el acto de aplicación y dicho segundo estándar*.

41. En situaciones de este tipo los problemas de injusticia pueden enfrentarse, como ya se dijo, en el marco de ese mismo sistema jurídico, si éste prevé acciones procesales efectivas para atacar la falta de adecuación. Así, en 1 la derogación o abrogación de la norma o su sustitución por una que corrija la falla de adecuación serían medidas suficientes. En 2, la falta de adecuación puede salvarse si el sistema jurídico permite atacar la sentencia o el acto administrativo injusto a través de la apelación o la acción administrativa correspondiente. En ambos casos y como última instancia, cabrá emprender, si el sistema así lo permite, hasta una acción de inconstitucionalidad, dado que la norma general o particular ha violado los principios constitucionales que se supone contienen los valores protegidos por el ordenamiento jurídico en cuestión. Estos problemas de falta de adecuación subrayan, una vez más, el carácter *práctico e instrumental del Derecho*, lo cual aparece con mayor claridad en el caso 2.
42. Es perfectamente posible juzgar *estáticamente* a un sistema jurídico y encontrar que sus normas delatan una alta adecuación entre su primero y segundo estándares valorativos. Esto es, que dicho sistema plantea, *en el papel*, una ordenación que asegura e iguala respecto de los valores señalados por el mismo Derecho como paradigma. Sin embargo, *la aplicación de ese Derecho es tan defectuosa que frustra totalmente sus fines, generando de hecho una convivencia en la que predomina el desorden, la inseguridad y la desigualdad*. Esta aplicación defectuosa de un Derecho *estáticamente justo* halla sus causas en la ineptitud, la falta de preparación, la corrupción o la falta de voluntad política de quienes tienen a su cargo la labor jurisdiccional y ejecutiva. El problema, pues, se traslada del ámbito puramente normativo al de la práctica jurídica. En este caso, las soluciones más que jurídicas son de orden político.
43. Por fortuna siempre es válido analizar la justicia o corrección moral de un ordenamiento jurídico con base en un estándar valorativo distinto al que le otorga validez. Estaríamos en el caso de la posición que asume el observador. En este supuesto, **el parámetro de calificación moral puede ser el segundo estándar valorativo de otro Derecho, una moral ideal e, incluso, la moral crítica o individual del observador**. Las consecuencias son obvias, *el Derecho en observación puede pasar el examen y ser calificado de justo o injusto, si su normatividad se adecúa o no al parámetro elegido*.
44. De este examen moral **no está ni debería estar exento ningún ordenamiento jurídico**, ya que resulta muy sano analizar respecto de otros parámetros la validez de sus normas. Un sistema jurídico que procura mantener el aislamiento rehuye el análisis comparado, porque muy probablemente tema que sus márgenes de libertad y seguridad, en términos de otros sistemas jurídicos, resultan pobres por más que

políticamente útiles. El *Derecho comparado* es la rama de la Ciencia Jurídica que se ocupa de realizar este análisis a nivel del primer estándar valorativo\ la Axiología jurídica a nivel del segundo.

45. *El carácter de justo que en principio se otorgue a un régimen de Derecho, puede serle perfectamente cuestionado si después del análisis de un observador se encuentra que en términos morales ese régimen deja mucho que desear. El ejemplo es bastante simple. Volvamos al caso de una norma representativa del régimen tipo apartheid: "las personas de raza negra deberán obtener un salvoconducto para transitar por las zonas residenciales". Esta norma será calificada de justa desde el punto de vista del participante y de acuerdo con el segundo estándar valorativo de ese régimen. En cambio, esa norma resulta injusta para un observador que analiza, por ejemplo, desde los estándares valorativos en los que se sustenta el concepto de derechos humanos.*
46. *Así como la estructura sistémica de un ordenamiento jurídico (su coherencia, plenitud, etcétera) es mejor en ciertos derechos positivos que en otros, no debe extrañarnos la calificación moral que pueda esbozarse en el sentido de que ciertos regímenes jurídicos resultan ser más justos que otros. Esta constatación no debe tomarse como una justificación para la intervención de los regímenes "buenos" sobre los "malos", ni implica la creencia en una moral que constituya un parámetro objetivo o evidente de justicia. Por el contrario, es una invitación al ejercicio reflexivo, racional que reitere la necesidad de una crítica moral de los regímenes de Derecho. Crítica que es evidentemente compleja pero insoslayable para hacer posible la adopción de principios de justicia que efectivamente se constituyan en instrumentos prácticos, para ampliar de facto las posibilidades de realización que a todo ser humano deberían presentársele.*
47. *Aceptar la validez del punto de vista externo como una calificación indispensable para revalorar la justicia de un régimen no es una circunstancia novedosa, el iusnaturalismo constituye, por ejemplo, una de sus manifestaciones más antiguas y, por supuesto, no la única. Lapórta acota al respecto: "que, desde el siglo xvm, los ilustrados trataron de defender es la posibilidad de actitudes críticas frente al poder político y la legislación vigente, y para hacer sitio a esa posibilidad fue para lo que advirtieron que el derecho podía ser inmoral y que decirlo con toda claridad no constituía ninguna contradicción en los términos. No me parece, por ello, superfluo vindicar una vez más a un observador externo capaz de dar sentido a una denuncia que se me antoja extremadamente elucidadora y necesaria. Al fin y al cabo, aunque todo mundo viva en el seno de algún ordenamiento jurídico, la mayoría lo hace en el papel de sujeto paciente o, lo que es lo mismo, de mero observador extraño que sufre o disfruta como destinatario la regulación jurídica en cuestión. Animarle a que ose decir: 'Muy bien, eso será derecho, pero es una perfecta inmoralidad', me parece aceptar un legado de la Ilustración que merece ser transmitido incesantemente".¹⁵*

¹⁵ *Idem.*

CUADRO 8.3 El doble punto de vista de la justicia

El observador y el participante

La tesis del DEV no ignora que los valores que componen el SEV pueden ser considerados desde un doble punto de vista moral, a saber:

” m

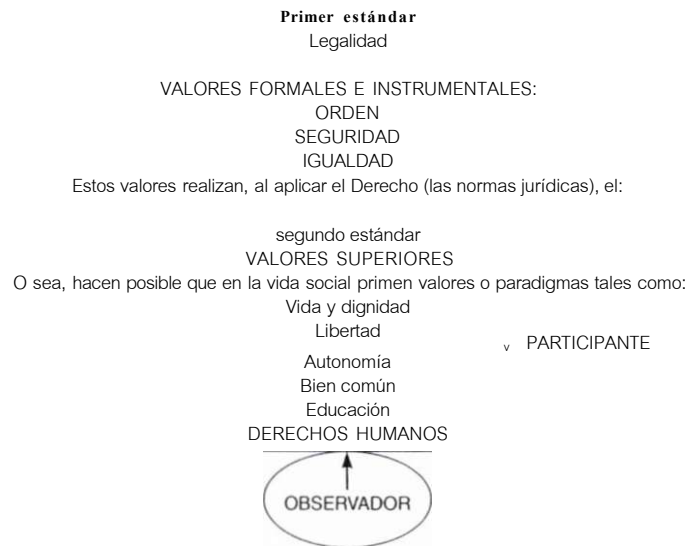
Punto de vista interno (PVI)

Como **participes** del sistema jurídico, que analizan la justicia del Derecho con respecto a los mismos valores que éste protege y propugna.

Punto de vista externo (PVE)

Como **observadores externos** del sistema jurídico, juzgándolo con base en valores que están fuera del sistema o con respecto a una moral individual.

CUADRO 8.4 Sistema u ordenamiento jurídico



8.1.3 La equidad

48. Si bien la *justicia es el valor jurídico por excelencia no se erige, sin embargo, como el único*. A ésta lo acompaña al menos *otro valor jurídico fundamental* con el cual, en muchos casos, se le ha identificado: la *equidad*. A lo largo de este texto hemos hecho previa alusión a la *equidad*, aunque ciertamente desde ángulos distintos. Así por ejemplo, nos referimos a ésta al hablar de los principios generales del Derecho, *distinguiéndola como uno de tales principios, al cual puede hacerse referencia en forma expresa o tácita en los sistemas de Derecho para dirigir e inspirar al legislador y al juzgador*. Pero, *¿cuál es el contenido de la equidad?*
49. Por principio, habrá que decir que *justicia y equidad no son sinónimos, aunque su relación sea muy estrecha*. Tanto los predicados como las interpretaciones que de esta última se hacen, son muchos. Norbert Brieskorn, verbigracia, entiende por

equidad "...la justicia en un caso particular; [...] ¡el esfuerzo por introducir un plus en los factores a favor del interesado, exonerarlo y hacerle más llevadera la 'carga' del derecho, [...] la equidad.../ no contradice la justicia sino que la completa".⁶

50. El concepto que nos presenta Brieskorn es interesante porque manifiesta una de las tendencias más recurrentes, y acertadas a nuestro parecer, para referirse a la *equidad*: la idea de *ajuste y reconciliación*.¹⁷ En efecto, cuando hablamos de *equidad* solemos pensar en *proporción* (**el ajuste en las relaciones a que da pie el Derecho**), y en *equilibrio* (**la conciliación y paridad entre los derechos y las obligaciones de quienes participan en una relación jurídica**). Brieskorn señala: "*la equidad no se interesa por el funcionamiento sin roces del derecho, sino por el manejo más humano del mismo, no se cuida de la represalia sino de la expresión 'de balde' y el comienzo nuevo, ni persigue una generalización sino la atención y respeto a lo particular*".
51. La *equidad* es un valor por el cual el Derecho (quien lo aplica) sopesa (**ajusta y reconcilia**) las singularidades que en cada caso concreto se presentan al Derecho y a la generalidad de la norma. Precisamente por ello la *equidad* es uno de los principios integradores clásicos, propio de todo ordenamiento jurídico. Es decir, un criterio por el cual se equilibra, pondera y da dimensión humana a lo jurídico. Visto desde la *equidad*, el Derecho no aparece solamente como un sistema de lógica perfecta que de suyo, muy difícilmente, haría posible la convivencia social, sino como un instrumento al servicio del hombre y de la sociedad que permite resolver los conflictos de intereses, ponderando las circunstancias de cada caso particular, de cada situación humana concreta, haciendo posible allí la justicia. En breves términos: **un Derecho justo propicia relaciones jurídicas equitativas**.
52. La manera en como nuestro lenguaje emplea los valores de *justicia* y *equidad* delata la relación que entrambos existe. Normalmente, cuando se califica a un ordenamiento jurídico en su conjunto aludimos a él como *justo*. Decimos: "**es un Derecho justo**", y no, "**es un Derecho equitativo**". Efectivamente, la cualidad "*equidad*" la referimos a las relaciones, situaciones o hechos creados o regidos por el Derecho y sólo por metonimia nos referimos a éstas como *justas*. Al hablar de *Derecho justo* se califica a todo un ordenamiento jurídico o a una de sus normas, señalando que cumple con la función de proteger los valores para la cual fueron creados. En cambio, cuando se habla de *equidad*, se hace referencia a una "*relación jurídica equitativa*", a "*situaciones que se dan en condiciones de equidad*". Una relación jurídica equitativa es justa por extensión, *la justicia es equidad, pero más que equidad, ya que no sólo hay justicia cuando hay equidad. Una situación puede ser equitativa pero no ser legal*, si por ejemplo, se hacen ajustes y reconciliaciones fuera del marco establecido por la ley.
53. Quien ha explicado y explotado fructíferamente esta relación entre *justicia* y *equidad* es John Rawls, cuya teoría de la justicia analizaremos en el siguiente apartado. Rawls a propósito de tal relación escribe: "*Podría parecer, a primera vista, que los conceptos de justicia y equidad son idénticos y que no hay razón para distinguirlos o para decir que uno es más importante que el otro. Creo que esta impresión es errónea, [...] la idea de equidad es la idea fundamental del concepto*

⁶ Norbert Brieskorn. *Filosofía del Derecho*, trad. Claudio Gancho, Herder. Barcelona. 1993. p. 207.

¹⁷ Cfr. *idem*.

¹⁸ Norbert Brieskorn, *Filosofía del Derecho*, op. cit. p. 207. Las cursivas son del autor.

de justicia".¹⁹ Para Rawls la *justicia es una virtud de las instituciones sociales*, "...sólo una de las muchas virtudes de las instituciones sociales; pues éstas pueden ser anticuadas, ineficientes, degradantes, o cualquier otra CQsa, sin ser injustas. No hay que confundir la justicia con una visión omni-inclusiva de una sociedad buena; la justicia es sólo una parte de cualquier concepto de este tipo".²⁰

54. La *justicia* —precisa Rawls, siguiendo el sentido con que habitualmente se utiliza este término— "...consiste esencialmente en la eliminación de distinciones arbitrarias y el establecimiento dentro de una práctica (una institución social) de un apropiado equilibrio entre pretensiones rivales". La *equidad*, por su parte, viene a ser la *idea fundamental*, **que no la única**, de ese equilibrio, pero *¿cómo se vincula con la justicia* La *equidad* —responde el mismo Rawls— **es el "armazón"** que permite reunir los principios que constituyen la *justicia*.¹ En suma, la *equidad se traduce en el ejercicio de ponderación por el cual el Derecho arma, concierta, conjunta, los valores o principios que hagan posible la justicia*.
55. De acuerdo con Rawls, la *equidad* aparece como el modo de unir y conciliar, en la infinita posibilidad de situaciones que la vida práctica presenta, los valores que componen el segundo estándar valorativo de cada Derecho. Este ejercicio es, como se ve, uno de balance, de equilibrio, por ello es obvio que la aplicación del Derecho no pueda concebirse como una función mecánica que podrían realizar máquinas en sustitución de los seres humanos. *Ixi aplicación del Derecho debe entonces propiciar esa adecuación y equilibrio en las relaciones sociales que, a la postre, es el fin práctico que persigue la justicia*.
56. Lo que precede da pie a dos ideas básicas. Primera: la *justicia* concebida, en principio, como la adecuación de los valores formales o instrumentales del Derecho (primer estándar valorativo) con los valores superiores (segundo estándar valorativo) que éste debe proteger, implica la idea de *equidad*, entendida como la armonización de dichos valores. Segunda: si la *equidad* aparece como la vía valorativa por la cual el Derecho hace posible la adecuación y unión de los valores o principios que constituyen la *justicia*, se desprende que ésta posee un contenido complejo.
57. De acuerdo con lo anterior, cabría preguntarnos respecto de ese contenido complejo de la *justicia*, *¿cuáles son los valores o principios que la constituyen?*, *¿son esos valores los que debemos considerar como necesarios de un segundo estándar valorativo del Derecho?*, *¿es posible identificarlos?* Hemos hecho mención reiteradamente al carácter relativo del concepto de *justicia* por ser este un valor cultural que se produce en el tiempo. Sin embargo, la *justicia* deberá tener siempre como punto de referencia al ser humano, su respeto, su mejora y su realización. Con todos sus avatares, la historia de la *justicia* ha sido la historia de la lucha por

John Rawls. *Justicia como equidad*, irad. Miguel Ángel Rodilla, Tecnos, Madrid, 1986, p. 18

¹⁹ *Ibid.* p. 19.

²¹ A reserva del análisis más detallado que hacemos adelante de la teoría rawlsiana, basta decir aquí que la concepción de justicia que sugerimos se sustenta en los siguientes dos principios: Primero: *cada persona que participa en una práctica (una institución social), o que se ve afectada por ésta, tiene un igual derecho a la más amplia libertad compatible con una similar libertad para todos*. Segundo: *las desigualdades son arbitrarias a no ser que pueda razonablemente esperarse que redundarán en provecho de todos y siempre que las posiciones y cargos a los que están adscritas, o desde los que pueden conseguirse, sean accesibles*. "Estos principios —abunda Rawls— expresan la justicia como un complejo de tres ideas: libertad, igualdad y recompensa por servicios que contribuyan al bien común". Véase John Rawls. *Justicia como equidad*, op. cit. p. 19.

la reivindicación del ser humano y con él de la humanidad como valor central. El humanismo es su expresión ideológica más distinguible."

58. Si bien desde antiguo ya se hacía mención a la dignidad humana como valor fundamental, es en Inglaterra, Francia y Estados Unidos, principalmente, entre los siglos ^{xvi} y ^{xviii}²³ donde se concreta alrededor de dicho valor un concepto ético-jurídico que está comprendido tanto en la mayoría de las formulaciones teóricas sobre la justicia, como en el segundo estándar valorativo del Derecho positivo de la mayor parte de los países democráticos y del actual Derecho internacional: el concepto de derechos humanos.

CUADRO 8.5 La equidad

Si bien la justicia es el valor jurídico por excelencia, no se erige, sin embargo, como el único. A ésta acompaña otro valor jurídico fundamental con el cual, en muchos casos, se le ha identificado: la equidad.

- Justicia y equidad no son *sinónimos*, aunque su relación sea muy estrecha.
- hara autores como Norbert Brieskorn... *"la equidad es la justicia en un caso particular; [...]el esfuerzo por introducir un plus en los factores a favor del interesado, exonerarlo y hacerle más llevadera la 'carga' del derecho"*
- La equidad no contradice la justicia sino que la complementa.
- Equidad: predica las ideas de *ajuste* y *reconciliación*.
- La equidad alude a *proporción* (el ajuste en las relaciones a que da pie el Derecho) y a *equilibrio* (la conciliación y paridad entre derechos y obligaciones).
- La equidad es un valor por el cual el Derecho (quien lo aplica) sopesa (ajusta y reconcilia) las singularidades que en cada caso concreto se presentan al Derecho y a la generalidad de la norma.
- Por ello, la equidad es uno de los principios integradores clásicos de todo ordenamiento jurídico. *Es un criterio por el que se equilibra, pondera y da dimensión humana a lo jurídico.*
- Visto desde la equidad, el Derecho no es sólo un sistema de lógica perfecta, que por cierto, haría muy difícil la convivencia social, sino un instrumento al servicio del hombre y la sociedad para resolver conflictos de intereses ponderando, en cada caso particular, la situación humana concreta, *haciendo posible, allí, la justicia.*
- *Un Derecho justo propicia relaciones jurídicas equitativas.*

" Para Gregorio Peces-Barba, arribar al concepto de *derechos humanos* requirió de un proceso hislónico-social que los incubó. Dicho proceso podría resumirse en tres momentos cumbre: por lo que toca a los presupuestos ideológicos, hay que referirse, primeramente, al Humanismo renacentista y la Reforma protestante; y, luego, a la filosofía del liberalismo democrático y a la doctrina del Estado de Derecho donde opera la concepción de los derechos humanos como límite al poder político y garante de un ámbito de autonomía para el desarrollo de la persona humana: en un tercero y último momento, aparece la crítica socialista a la organización liberal, sobre todo económica, que hace prevalecer el interés individual sobre el comunitario. Esta terna de momentos históricos, cuya carga ideológica configura el concepto filosófico de los derechos humanos, es denominada por este autor como *tránsito a la modernidad*. Véase Gregorio Peces-Barba. *Derechos fundamentales*. Universidad Complutense, Madrid. 1986, pp. 34-36.

Es en esos siglos donde opera el *tránsito a la modernidad* a que alude Peces-Barba, quien sobre este punto ha escrito: " se pondrá de relieve el carácter histórico del concepto de *derechos fundamentales* que estando al servicio de la persona humana se concreta en un momento que es a partir del tránsito a la modernidad sin que con anterioridad se pueda *luiblar* sino de precedentes. No es que en la Edad Antigua y en la Edad Media no hubiera una conciencia de la dignidad del hombre, pero sólo a partir del tránsito a la modernidad se empieza a pensar que para servir a esa dignidad y al desarrollo de las personas hay que hacerlo a través de la teoría de los *derechos fundamentales*". *Ut supra* p. 25. Sobre el surgimiento y la evolución histórica del concepto de derechos humanos véase Antonio Truyol y Serra. *los derechos humanos*. Alianza Universidad, Madrid. 1987. Asimismo, Domingo Carlos Tulián, *Los derechos humanos. Movimiento social. Conciencia histórica. Realidad jurídica*. Humanitas. Buenos Aires. 1991.

CUADRO 8.6 LA EQUIDAD SEGÚN JOHN RAWLS

"Podría parecer, a primera vista, que los conceptos de justicia y equidad son idénticos y que no hay razón para distinguirlos o para decir que uno es más importante que el otro. Creo que esta impresión es errónea. [...] **la idea de equidad es la idea fundamental del concepto de justicia**".

Para Rawls la justicia es **una virtud de las instituciones sociales** [...]

"...sólo una de las muchas virtudes de las instituciones sociales; pues éstas pueden ser anticuadas, ineficientes, degradantes, o cualquier otra cosa, sin ser injustas. No hay que confundir la justicia con una visión omni-inclusiva de una sociedad buena; la justicia es sólo una parte de cualquier concepto de este tipo".

La justicia consistiría, según este autor, en la **eliminación de distinciones arbitrarias y el establecimiento dentro de una práctica (institución social) de un apropiado equilibrio entre pretensiones rivales**.

En tal virtud, la equidad viene a ser la idea fundamental de ese equilibrio, pues es el "armazón" que **permite reunir los principios que constituyen la justicia**. En suma...

La equidad se traduce en el ejercicio de ponderación por el cual el Derecho arma, concierta, conjunta los valores o los principios que hacen posible la justicia.

Siguiendo a Rawls la equidad aparece como el modo de unir y conciliar, en la infinita posibilidad de situaciones que la vida práctica presenta, los valores que componen el sev del Derecho. *Estamos ante un ejercicio de balance, de equilibrio para hacer que ambos factores priven en la vida social*.

Es posible, entonces, arribar a dos conclusiones básicas:

- 1a. La justicia concebida, en principio, como **la adecuación de los valores formales o instrumentales del Derecho (PEV) con los valores superiores (SEV)**, implica la idea de equidad, entendida como **la armonización de dichos valores**
- 2a. Si la equidad aparece como la vía valorativa por la cual el Derecho hace posible la adecuación y unión de los valores o principios que constituyen la justicia, se desprende que ésta posee un **contenido complejo**

¿Cuáles son los valores o principios que constituyen la justicia?

¿Son esos valores los que deben considerarse como necesarios de todo SEV?

¿Es posible identificarlos?

8.1.4 Justicia y derechos humanos

59. La *idea general* que priva sobre los **derechos humanos** hace referencia a derechos de suma importancia que le corresponden a todas las personas por el sólo hecho de serlo. En palabras de Vittorio Mathieu, evocar los **derechos humanos** es referirse a *"...ciertos derechos que pertenecen al hombre en cuanto tal, sea cuales fueren las particularidades accidentales de su posición en sociedad"*.-*

60. Hoy día puede afirmarse que el concepto **"derechos humanos"** comporta, ya en la crítica a una autoridad, ya en una protesta pública, ya en el discurso político **la alusión implícita a ciertos principios a los que se asigna un valor moral o jurídico que los coloca por sobre otros principios morales o normas jurídicas**. Es decir, se trata de *exigencias que funcionan como parámetros o ideales de justicia*. los cuales, de no ser protegidos y respetados por el Estado o el Derecho en turno, *se constituyen en un argumento de peso para el cuestionamiento de su legitimidad y fines*.

¹⁴ Villorin Mathieu, "Prolegómenos a un estudio de los derechos humanos desde el punto de vista de la comunidad internacional". *los fundamentos filosóficos de los derechos humanos*, trad. Gra/iella Baravalle, Serhal/IJNESCO, Barcelona, 1985, p. 35.

61. En efecto, por *derechos humanos* debemos entender, más precisamente, *aquellos derechos de importancia fundamental que poseen todos los seres humanos, sin excepción, por razón de su sola pertenencia al género humano. Estos derechos se hallan sustentados en valores éticos cu cuyos principios se han traducido históricamente en normas de Derecho nacional e internacional en tanto parámetros de justicia y legitimidad política.* Vayamos por partes.
62. Los *derechos humanos*, según se desprende de lo anterior, poseen una *doble faz*.²⁹ Comienzan por ser un grupo de valores que se decantaron históricamente y que, conforme las condiciones sociales y políticas lo hicieron posible, fueron convirtiéndose paulatinamente en *normas jurídicas* de Derecho positivo. Los *valores morales* en que se sustentan los *derechos humanos* se revelan en principios éticos muy conocidos, como el de *dignidad, autonomía, libertad e igualdad humanas*.³⁶ Estos principios predicen, en líneas muy generales, *que los seres humanos son fines en sí mismos, intrínsecamente válidos, gracias a lo cual todos se hacen merecedores a igual trato y a igual libertad para satisfacer sus necesidades materiales y realizar, conforme a sus propias voliciones, el proyecto de vida que hayan decidido.*
63. Sin embargo, la *traducción jurídica* de esta exigencia moral contenida en los *derechos humanos* ha sido larga, doloroso y difícil. Así, luego de revoluciones y movimientos sociales aparecieron las primeras *Declaraciones de derechos humanos*, como la *HUI of Rights inglesa de 1688*, la *Declaración del Buen Pueblo de Virginia en 1776* y la famosa *Declaración (francesa) de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789*. Estos documentos se fundan en una *filosofía iusnaturalista*, por ello aluden a los *derechos humanos* como **"derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre"**.
64. Para nosotros el **preámbulo** de la *Declaración francesa de 1789* describe ya con nitidez el *objetivo político y jurídico* perseguido con la *instauración del concepto "derechos humanos"*, a saber, el de convertirse en el *paradigma contemporáneo de legitimidad del poder político y de la justicia del Derecho*. Por su importancia y claridad conviene citar dicho **preámbulo** en su parte conducente: *"Los representantes del pueblo francés, constituidos en Asamblea Nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos del hombre son la única causa de los males públicos y de la corrupción de los gobiernos, han decidido exponer, en una declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre, con el fin de que esta declaración, constantemente presente para todos los miembros del cuerpo social, le recuerde permanentemente sus derechos y sus deberes; con el fin de que los actos del poder legislativo y los del poder ejecutivo, al poder ser comparados a cada instante con la meta de toda institución política, sean más respetados; con el fin de que las reclamaciones de los ciudadanos, fundadas desde ahora en principios simples e incontestables se dirijan siempre al mantenimiento de la constitución y a la felicidad de todos."*³¹
65. La *primera justificación* de los *derechos humanos* se debe, precisamente, al *iusnaturalismo*. Para éste dichos derechos derivan de la *naturaleza humana*. Jacques

²⁹ Cfr Luis Prieto Sanchis, *Estudios sobre derechos fundamentales*. Debate. Madrid. 1990, pp. 17-18.

* Una fundamentación ética detallada de estos principios se encuentra en el libro de Carlos Santiago Niño, *Ética y derechos humanos*. Paulos. Buenos Aires, 1984.

³¹ Cfr *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* (26 de agosto de 1789), en Gregorio Peces-Barba *et al.*, *Derecho positivo de los derechos humanos*. Debate, Madrid, 1987, p. 113.

Maritain lo explica así: *"Hay que considerar ahora que la ley natural y la luz de la conciencia moral en nosotros no prescriben solamente hacer o no hacer ciertas cosas; reconocen asimismo derechos, en particular derechos vinculados a la misma naturaleza del hombre. Lxt persona humana tiene derechos por el hecho de ser persona, un todo dueño de sí y de sus actos, y que por consiguiente no es sólo un medio, sino un fin; un fin que debe ser tratado como tal. Lxt dignidad de la persona humana: esta frase no quiere decir nada si no significa que por la ley natural la persona tiene derecho de ser respetada y, sujeto de derecho, posee derechos".*^{1*}

66. En realidad, no es sino a partir de 1789, gracias al afán universalista de la Declaración francesa, que el concepto de *derechos humanos* ha sido aceptado por otras tendencias doctrinales. Por ello, junto con la crítica al *iusnaturalismo* y al carácter de *derechos naturales* que asigna a los *derechos humanos*, la justificación racional de éstos ha buscado vías alternas. Para el positivismo jurídico, por ejemplo, los *derechos humanos* son *derechos históricos, variables y relativos*, y no *derechos naturales, universales y absolutos*. Eusebio Fernández acota: *"Para este tipo de fundamentación los derechos humanos manifiestan los derechos variables y relativos a cada contexto histórico que el hombre tiene y mantiene de acuerdo con el desarrollo de la sociedad"*.⁸ A diferencia del *iusnaturalismo*, continúa Fernández García: *"En lugar de derechos anteriores y superiores a la sociedad, se habla de derechos de origen social (en cuanto que son resultados de la evolución de la sociedad)"*.^{1*}
67. La influencia del *iuspositivismo* es determinante al propiciar una visión más realista de los *derechos humanos*, así como porque subraya la utilidad y la necesidad de su eficacia jurídica. Es cierto que en tanto los *derechos humanos* no se reflejan en un documento jurídico vinculante, las posibilidades de su concreción y realización disminuyen sensiblemente. Esta influencia del positivismo es notoria en el reconocimiento constitucional de los *derechos humanos* a lo largo de los siglos xviii, xix y xx. Los *derechos humanos* asumen, entonces, la forma de *derechos subjetivos públicos, principios constitucionales (generales del Derecho) o garantías individuales* que otorga el Estado, como sucedió en el caso de México.
68. Con la **positivización de los derechos humanos** es evidente *el paso de su noción teórica o axiológica como el conjunto de valores-principios éticos en los que se funda la idea de unos derechos fundamentales que posee toda persona por el solo hecho de serlo, a su noción legal*, que concibe ya a los *derechos humanos* como aquellos derechos positivos **reconocidos en las constituciones o leyes secundarias de los sistemas jurídicos de los distintos Estados nacionales y en los instrumentos de Derecho internacional**.
69. Este paso tiene **dos momentos históricos clave**. El **primero**, según se señaló, es el que tiene verificativo en 1789 con la *Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*. Este documento manifiesta una ambición universalista ausente en otros documentos contemporáneos del mismo género." üi Declaración francesa de 1789 tuvo la virtud de ver los *derechos humanos* como un *paradigma ético de la justicia y la legitimidad de todo Derecho y todo poder político, respectivamente*.

³ Jacques Maritain. *MS derechos del hombre y la Ley natural*, trad. Héctor F. Miri, Leviatán, Buenos Aires, 1970, p. 70.

⁸ Cfr. Eusebio Fernández. *Teoría de la justicia y derechos humanos*. Debate, Madrid, 1984, p. 101

¹⁰ *Ibid.*, pp. 100-101.

¹¹ *Ibid.*, pp. 100-101.

¹² Cfr. José Castán Tobeñas. *Los derechos del hombre*. Reus, Madrid, 1976. p. 93 y ss

70. El **segundo** momento clave se produce hasta el fin de la Segunda Guerra Mundial, cuando a partir de 1945" se inicia la *verdadera internacionalización de los derechos humanos* en cuanto *paradigma jurídico y político del nuevo orden internacional*, expresamente aceptado por todos los Estados que constituyeron y que luego se han venido integrando a la *Organización de las Naciones Unidas*.
71. En 1948 la Asamblea General de las Naciones Unidas proclamó la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, que en sus treinta artículos traduce en términos jurídicos muy concretos los derechos en que adquieren forma principios como los de libertad, igualdad, autonomía y dignidad humanas. Esta Declaración, desde entonces, constituye no sólo el *acuerdo mundial con mayor envergadura y fuerza moral en el ámbito internacional*, sino el *puntal del actual sistema internacional de protección de los derechos humanos*.
72. En su "**Preámbulo**", la *Declaración Universal* de forma expresa acepta **que los derechos humanos son el centro de gravedad de un concepto contemporáneo de justicia**, cuando indica: *"...que la libertad, la justicia y la paz del mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana"*. Asimismo, en otra parte de ese "**Preámbulo**", la *Declaración* hace hincapié en el *papel que el Derecho debe cumplir* en cuanto garante de tales derechos, al considerar *"...esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión"*.
73. Paralelamente al *proceso de universalización* del concepto ético-jurídico de "**derechos humanos**" y su *internacionalización en términos de Derecho positivo*, transcurre la *evolución de los derechos humanos mismos*. Esta evolución se explica porque *los derechos humanos caminan concomitantes a las necesidades humanas a las cuales responden* y que, conforme pasa el tiempo, tienden a crecer y a cambiar. En atención a esta evolución algunos autores hacen referencia a distintas *"generaciones de derechos humanos"*.** es decir, *grupos de derechos que surgen como resultado de las demandas políticas y sociales que son propias de cada época*.
74. Por ello, la *primera expresión o generación de derechos humanos* se concretiza en *derechos individuales*. Estos *buscan proteger y reivindicar la libertad de conciencia, creencia religiosa, la integridad física, seguridad jurídica y la libertad de tránsito de las personas*. Esta primera generación de derechos es una respuesta contundente a la represión y persecución religiosa, a la esclavitud y la servidumbre, a la arbitrariedad de las autoridades omnipotentes y a la falta de garantías jurídicas. Los primeros derechos humanos se muestran *como límites manifiestos a la forma de poder político que viene del Medioevo*.
75. Más adelante, con los grandes movimientos revolucionarios del siglo xvm y con el surgimiento de una nueva forma de legitimidad política, la soberanía popular

" La ("arta de las Naciones Unidas firmada en 1945 plasmó en siete ocasiones los conceptos "derechos humanos" y "derechos del hombre" a lo largo de su texto. El tenor con el cual aparece esta idea se expresa claramente en el artículo primero de dicha Carta donde se enuncian los propósitos de la ONU. Esie artículo en su parte conducente reza así: *"...Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión"*. Sobre este punto véase Marco Gerardo Monroy Cabra. *Los derechos humanos*. Temis, Bogotá, 1980. p. 44 y ss.

" Cfr Antonio Enrique Pérez-Luño, "Concepto y concepción de los Derechos Humanos", *Doxa 4*. Alicante. 1987.

y la idea del **contrato social**, *surgen los derechos del ciudadano que se reflejan principalmente en los derechos políticos*. Es el reconocimiento del *hombre en cuanto ciudadano*, no más siervo o subdito, sino protagonista y corresponsable de la conducción del Estado a través del ejercicio de sus prerrogativas ciudadanas: votar, ser votado, asociarse con motivos políticos y manifestar libremente su ideología, participar en el gobierno y en la toma de las decisiones trascendentales de su país.

76. También hijos del siglo xvm nacen los **derechos sociales** *como una nueva categoría de los derechos del ciudadano*.³⁵ Del mismo modo como los derechos políticos devienen del principio de libertad, *los derechos sociales se sustentan principalmente en la idea filosófica de igualdad*.¹⁶ igualdad que tiene una enorme repercusión social, económica, jurídica y política. Gracias al desarrollo de esta idea y su proyección en el ámbito de los derechos humanos, se concibe el concepto de **derechos sociales**, hoy reflejados de manera más amplia en los denominados **derechos económicos, sociales y culturales**, entre cuyas reivindicaciones más conocidas están el derecho al trabajo y sus garantías correlativas, a la educación, vivienda, seguridad social, salud, cultura, etcétera.
77. Después de 1945, con la internacionalización plena de los derechos humanos y la condena mundial a los crímenes nazis, aparece la idea de los derechos de los pueblos, derechos en pro no sólo de los grandes grupos sociales o los más desfavorecidos, *sino de civilizaciones enteras en su conjunto*. El objetivo de esta nueva concepción de los derechos humanos *es proteger y promover bienes de importancia radical para toda la humanidad, como son los pueblos individualmente considerados que la componen y sus culturas*. Con base en esta idea se proclaman, entre otros, el derecho a la paz, a la libre autodeterminación (política y económica) de las naciones, a la conservación y desarrollo de su cultura.
78. A Anales del siglo xx aparecieron *nuevas necesidades y sus correspondientes exigencias. producto del avance tecnológico y la industrialización*. Hoy ocupan un lugar especial el derecho humano a la protección del medio ambiente, a la información, a la objeción de conciencia, a la intimidad, por sólo citar algunas de las reivindicaciones más sentidas. Todo lo cual no significa, desafortunadamente, que muchas de las primeras demandas que inspiraron los derechos humanos más antiguos hayan quedado saldadas. Muy por el contrario, es doloroso constatar el resurgimiento de plagas tales como la discriminación racial y una de sus formas más estúpidas, la xenofobia.
79. Quizá por ésta y otras circunstancias similares sea posible explicar una *renovada preocupación por los problemas de ética jurídica*. El resurgimiento y atención de los problemas que implica la moralización del Derecho es un síntoma de la necesidad de volver al *humanismo* como *referencia inequívoca de la dimensión exacta y los jines que debe buscar el Derecho*. No es de extrañar, luego entonces, *el que los doctrinarios contemporáneos busquen fundamentar éticamente los derechos humanos y les otorguen la categoría de derechos morales*. A propósito ha expresado Alfonso Ruiz Miguel: "...presuponemos que los derechos humanos son.

" Imre Szabo, "Fundamentos históricos de los derechos humanos y desarrollos posteriores", *IMS dimensiones internacionales de los derechos humanos*, irad Hernán Sabaté y Mana José Rodellar. SerbalAJNESCO. Barcelona. 1984. p. 47.

"Cfr Antonio-Enrique Pérez Luño. "El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales". *Anuario de Derechos Humanos*, núm. I, Universidad Complutense. Facultad de Derecho. Instituto de Derechos Humanos, enero de 1982, Madnd. p. 75.

esencialmente, un asunto moral y no sólo, ni sobre todo, jurídico, es decir, que son derechos en sentido moral: justamente, derechos morales".³⁷

80. Efectivamente, el término "**derechos morales**", sobre todo en español, suena contradictorio. Si los derechos son "**jurídicos**" y la moral no es derecho,¹ ¿qué sentido tiene hablar de "**derechos morales**"? Eusebio Fernández explica que con la idea de "**derechos morales**" pretende describirse *"...la síntesis entre los derechos humanos entendidos como exigencias éticas o valores y los derechos humanos entendidos paralelamente como derechos"*.⁴¹ El calificativo "**morales**" unido al de "**derechos**", apunta nuestro autor, subraya la fundamentación ética de los derechos morales y por tanto sus alcances y el número de derechos que los consagran: *sólo los derechos morales, aquellos vinculados estrechamente con la idea de dignidad humana, pueden considerarse derechos humanos fundamentales*.⁴⁰
81. La fundamentación ética de los derechos humanos considera, con razón, que tales derechos poseen un sustento que es previo a lo jurídico, esto es, precisamente ético, sin que por ello sea, necesariamente, iusnaturalista. Es decir, *los derechos humanos entendidos como exigencias éticas a las que corresponde paralelamente un derecho en el sentido jurídico positivo*.⁴² De ahí que Fernández García concluya: *"En definitiva, la fundamentación ética de los derechos humanos fundamentales se basa en la consideración de esos derechos como derechos morales, entiendo por derechos morales el resultado de la doble vertiente ética y jurídica. Creo que esta fundamentación de los derechos humanos nos permite salir del círculo vicioso de la tradicional polémica entre iusnaturalismo y iuspositivismo"*.⁴³
82. Si bien los filósofos no terminan ni terminarán por ponerse de acuerdo sobre la naturaleza de los derechos humanos y su más preciso fundamento racional, discusión que no por ello resulta baladí. *sí existe un consenso*⁴¹ *en cuanto a la relevancia*

³⁷ Alfonso Rui/. Miguel, "Los derechos humanos como derechos morales", en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 6, Instituto de Derechos Humanos. Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid. 1990, p. 149.

³⁸ Acota Ruiz Miguel: *"Es posible que en castellano —y, en general, en el lenguaje jurídico europeo-continental— la expresión 'derechos morales' resulte algo llamativo para el uso corriente por la circunstancia de que empleamos la misma palabra para aludir, por un lado, al ordenamiento o sistema jurídico, como conjunto de normas jurídicas, el llamado 'Derecho objetivo', y, por otro lado, a las facultades o intereses de las personas normativamente protegidos, esto es, a los llamados derechos subjetivos. Pero esa es una circunstancia accidental, como lo muestra el que en inglés se utilicen palabras por completo diferentes para aludir a uno u otro fenómeno: Law para hablar del Derecho en sentido objetivo y rights para aludir a los derechos en sentido subjetivo, distinguiéndose después dentro de estos últimos entre legal rights y moral rights"*. *Ibid.*, p. 150.

³⁹ Eusebio Fernández, *Teoría de la justicia*.... *op. cit.*, p. 108.

⁴⁰ Cfr. *idem*.

⁴¹ Cfr. Eusebio Fernández, *Teoría de la justicia*.... *op. cit.*, p. 109.

⁴² *Idem*. Las razones que arguye Fernández García para afirmar que la fundamentación ética es superadora del antagonismo iusnaturalismo-iuspositivismo, son las siguientes: *"En relación con la fundamentación iusnaturalista, porque no se queda en la simple defensa de la existencia de los derechos humanos, como derechos naturales, independientemente de su incorporación al Derecho positivo, sino que al mismo tiempo que insiste en su especial importancia e inalienabilidad propugna la exigencia de reconocimiento, protección y garantías jurídicas plenas. En relación con el positivismo jurídico, porque defiende la existencia de los derechos humanos aun en el caso de que éstos no se hallen incorporados al ordenamiento jurídico (en este supuesto, su existencia es parcial e incompleta, pero también es cierto que, si no aceptamos esa existencia moral previa, no es posible ni criticar a cualquier ordenamiento jurídico, porque no los reconoce ni garantiza, ni defender su incorporación al Derecho positivo)"*. *Ut supra*

⁴³ Autores como Ángel Sánchez de la Torre sostienen que resulta difícil encontrar otra "creencia" como la de los derechos humanos que en nuestros días goce de tal unanimidad. Sin embargo, expresa: *"Durante las discusiones que se pmducían en el marco de una comisión internacional de la UNESCO, preparatoria para la Declaración de 1948, alguien se admiraba de que paladines de opuestas ideologías se mostraran de acuerdo sobre la formulación de una lista de derechos y*

moral de los derechos humanos, su estatuto de condición de legitimidad política y, sobre todo, la consideración de que ningún ordenamiento jurídico podrá gozar del calificativo de justo, si no reconoce, promueve, propicia y protege, efectivamente, los derechos fundamentales de la persona humana.

CUADRO 8.7 JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

Parece obvio señalar que la justicia es un *valor cultural que se produce en el tiempo* y que, además, *deberá tener siempre como punto de referencia al ser humano*, su respeto, su mejora y su realización.

Con todos sus avatares, *la historia de la justicia ha sido la de la lucha por la reivindicación del ser humano y con 41 el de la humanidad como valor central.*

Desde antiguo ya se hacía mención a la dignidad humana como valor fundamental. Sin embargo, es en Inglaterra, Francia y Estados Unidos, principalmente entre los siglos *xvii* y *xviii* donde se concreta alrededor de dicho valor un concepto ético-jurídico comprendido en la mayoría de las formulaciones teóricas sobre la justicia, a saber: el concepto de "derechos humanos"

8.2 Repaso histórico de algunas doctrinas sobre la justicia

83. *Una visión introductoria sobre el tema de la justicia no se concibe sin un repaso histórico, así sea por demás sucinto, de algunas de las concepciones que sobre ésta, a lo largo del tiempo, se han elaborado.* Es más, nuestra visión actual sobre la justicia *es inexplicable sin las concepciones pretéritas.* En este entendido, enseguida haremos una exposición somera de algunas concepciones de la justicia elaboradas en distintos momentos históricos por diversos filósofos, cuyo conocimiento nos parece indispensable.
84. La selección que presentamos parte del siguiente criterio: *el repaso histórico se circunscribe tanto a aquellos momentos como a aquellas aportaciones particulares que se han mostrado como más influyentes en el pensamiento jurídico actual.* Por más que la influencia de una teoría suele coincidir con su importancia intrínseca, la relación influencia-importancia no es ciertamente necesaria. Por ello, no se descarta, antes se explica, que desde consideraciones diversas deban agregarse a nuestra selección las concepciones de justicia de autores a los que injustamente omitimos. Al final, corresponde a un libro de Historia de la Filosofía del Derecho y no a éste ocuparse con más espacio y detalle de las concepciones de justicia influyentes y no. Valga para tales conscientes omisiones la excusa de que nuestro repaso tiene sólo un carácter introductorio.

8.2.1 Especulaciones presocráticas sobre la justicia

85. *El pensamiento de los clásicos griegos y romanos ha influido de manera incomparable en nuestras culturas.* Tal influencia ha sido decisiva en el ámbito jurídico y

sobre su contenido. Al reflexionar sobre tal actitud, llegaron a darse cuenta que estaban de acuerdo con tales derechos, pero que cada uno por sus propios motivos que explicaba a su manera. Sólo al argumentar sus porqués comenzarían a discutir". Véase Angel Sánchez de la Torre. Teoría y experiencia de los derechos humanos. Gregorio del Toro. Edilior, Madrid, 1985. p. 7.

por ello conviene referirnos de modo general a las primeras especulaciones literarias y filosóficas producidas en torno a la justicia, respectivamente, por poetas como Homero y Hesiodo y por los pensadores presocráticos del llamado periodo cosmológico helénico.⁴⁵ Después de esto, prestaremos especial atención a las ideas que sobre la justicia elaboraron Sócrates y dos de los principales filósofos posteriores a él, Platón y Aristóteles.

86. En el pensamiento de la Antigüedad helénica predomina un enigma radical, *el del movimiento, el cambio de todo cuanto nos rodea*. La reflexión filosófica se dirigió a la respuesta de ese enigma, a la búsqueda de un elemento primordial, estable y unitario que fuese origen y fin del todo. A esa sustancia primaria se le denominó *physis*, es decir, naturaleza." De ahí que el legado de este pensamiento a la filosofía moderna sea el de la "...idea de una conexión esencial entre la esfera de las relaciones humanas y la naturaleza de la realidad".⁴⁶
87. La *polis*, la ciudad-Estado helena, era vista como el microcosmos donde tenía verificativo la vida humana y tal microcosmos poseía también su propio orden natural, el *nomos*. Esto explica por qué la primera **concepción de justicia** entre los helenos haya sido *la represión de todo aquello que infringiera el orden establecido*. Este sentido represivo será sustituido más tarde por el concepto de "**armonía**", de "**equilibrio en las relaciones humanas**", o sea, "**el orden bajo la sanción divina**".⁴⁷
88. Hornero, el poeta-educador,⁴⁸ ya en la *Iliada* nos transmite esa concepción de la justicia. Allí habla de *la furia de Zeus cuando los hombres decretan leyes injustas o no obsedan la justicia*.⁴⁹ La *ley* (*themis*), en el primer sentido en que la entienden los griegos, es *el decreto de carácter sagrado que los dioses revelan a los reyes a través de sueños y oráculos*. La ley se transmite de generación en generación, es patrimonio de los aristócratas, a cuya custodia queda.⁵⁰

⁴⁵ Antonio Truyol y Serra, siguiendo la clasificación que Guillermo Windelban hace de la filosofía antigua, denomina, con base en su preocupación filosófica mayor, a los distintos periodos de la filosofía helénica. Así, al primer periodo lo llama cosmológico por centrar su atención en el "cosmos". Del mismo modo a los sofistas. Sócrates y las escuelas socráticas los ubica en el periodo antropológico. A Demócrito, Platón y Aristóteles en el periodo sistemático. Véase de A. Truyol y Serra, *Historia de la filosofía del Derecho y del Estado. I. De los orígenes a la baja Edad Media*. Alianza Editorial. Madrid, 1987. Madrid, pp. 95-96.

⁴⁶ Cfr. *ibid.* pp. 102-103. Guido Passò ha dicho que: "Esta indagación acerca de la esencia absoluta, universal, de las cosas, en el primer periodo de la filosofía griega, se dirige hacia el mundo de la naturaleza, no hacia el mundo humano, hacia lo que es creación del hombre. Pero esta observación, que se encuentra repetida en el comienzo de todas las historias de la filosofía, aunque esencialmente justa, no debe llevarnos a admitir al pie de la letra que, en el periodo que se suele llamar presocrático —anterior, por ello, a la época de Sócrates y los sofistas, con los cuales [...] la investigación filosófica se orientó hacia el hombre y hacia el mundo humano— los problemas éticos, políticos o jurídicos fueran totalmente ignorados, y que por dicha razón tal periodo carezca de interés para la historia de la filosofía del Derecho". Véase Guido Passò, *Historia de la filosofía del Derecho. I. Antigüedad y Edad Media*, trad. José F. Lorca Navarrete. Pirámide, Madrid, 1980. p. 19.

⁴⁷ Antonio Truyol y Serra, *Historia de la filosofía del Derecho y del Estado.... op. cit.* p. 102.

⁴⁸ Cfr. *idem*.

⁴⁹ Sobre Homero y la influencia de su poesía y la de él mismo como educador de Grecia toda, véase Werner Jaeger. *Paideia*. trad. Joaquín Xirau y Wenceslao Roces, FCE, México, 1980, pp. 48-66. El propio Jaeger escribe "La concepción del poeta como educador de su pueblo —en el sentido más amplio y más profundo— fue familiar desde el origen, y mantuvo constantemente su importancia. Sólo que Homero fue el ejemplo más notable de esa concepción general y, por decirlo así, su manifestación clásica". *Ut supra*. Para la consulta de algunos textos clásicos de los autores señalados de aquí en adelante véase *Antología de autores griegos y latinos*. Lecturas Universitarias, núm. 6, UNAM, 1976.

⁵⁰ Cfr. Guido Passò, *Historia de la filosofía del Derecho. I. op. cit.*, p. 20.

⁵¹ *Idem*.

89. Guido Fassó dice que el paso de una sociedad patriarcal, pastoral y guerrera a una pacífica de economía y preferentemente agrícola lleva consigo la *evolución de la idea de ley divina al de ley como creación eminentemente humana*. *Themis* se transforma en *diké*, la justicia como sanción divina, producto de una voluntad superior al hombre es sustituida por la idea de la justicia como formulación racional. *Diké* que es justicia como igualdad, se opone a la idea aristocrática de la justicia, patrimonio exclusivo de un sólo grupo, que comporta *themis*. En *diké* están los gérmenes de la democracia griega.^M
90. Aunque la forma en que *Hesiodo* se refiere a *diké* en *Los trabajos y los días* es todavía poética y mítica, la justicia aparece ya como propia de los hombres, como una fuerza racionalizadora y ordenadora de la realidad. *Diké* se opone a *hybris*, la arbitrariedad. *Diké* es la hija de Zeus que expulsada por los gobernantes injustos va con su padre y le dice al oído cómo es que se comportan los hombres.⁵² La aportación más importante de *Hesiodo* es que su obra introduce por vez primera el ideal que sirve de cristalización a la vida comunitaria griega: la idea del derecho.⁵⁴ Jaeger escribe: "En torno a la lucha por el propio derecho contra las usurpaciones de su hermano y la venalidad de los nobles, se despliega el más personal de sus poemas, los *Erga*, una fe apasionada por el derecho".⁵¹ *Hesiodo* —continúa Jaeger— "abandona la tradicional objetividad de la epopeya y se hace portavoz de una doctrina que maldice la injusticia y ensalza el derecho".⁵⁶
91. La filosofía presocrática helena cuenta entre sus principales exponentes a *Anaximandro de Mileto*, *Pitágoras*, *Parménides* y *Heráclito de Efeso*. *Anaximandro* (610-546 a.C.) trasladó la idea de "justicia al universo", en el cual hay un orden, un *kosmos*,⁵⁷ La justicia de la que habla *Anaximandro* es una justicia cósmica, el retorno de todas las cosas a su primer principio conforme a la ley de estricta justicia que rige el curso del Universo. Dice literalmente un fragmento que se conserva de la obra de *Anaximandro*: "De donde proviene el nacimiento de las cosas, de allí proviene también su corrupción por necesidad. Deben pagar, en retorno, la reparación y la pena de su injusticia, según el orden del tiempo".TM
92. *Pitágoras* (fl. h. 530 a.C.) y su escuela, los pitagóricos, cifran su idea de la justicia en los números, la cual podía representarse en el 4 (por ser número cuadrado, producto del igual por el igual, 2 X 2) y el 9 (3 X 3). Se entiende así que la justicia sea vista como la igualdad matemática perfecta que resulta de la relación aritmética entre términos extremos, verbigracia, entre la culpa y la sanción. Los pitagóricos trasladan el mundo de las matemáticas al mundo de los valores, "definimos lo justo absoluto —decían— como el hacer sufrir la misma cosa a las demás".⁵⁹ Para el pitagorismo la justicia es un orden natural y objetivo que está sujeto a la ley del número y no sólo a la voluntad humana.⁶⁰

" Idem.

»Idem.

" Véase *Antología de autores griegos ... op. cit.*, p. 32. Cfr. *Hesiodo. Teogonía*, trad. Paola Vianello de Córdoba. UNAM. México, 1978.

" Cfr. Werner Jaeger. *Paideia. op. cit.*, p. 71

"Idem

¹⁴ Idem.

" Cfr. Antonio Truyol y Sena. *Historia de la filosofía del Derecho y del Estado...*, op. cit. p. 104.

⁵¹ Cfr. Guillermo Fraile. *Historia de la filosofía. I. Grecia y Roma*. Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid. 1976, p. 147.

" Guido Fassó, *Historia de la filosofía del Derecho. I, op. cit.*, p. 29.

" Cfr. José Corts Grau. *Historia de la filosofía del Derecho. I.1*. Editora Nacional. Madrid. 1968. pp. 60-61; Antonio Truyol y Serra, *Historia de la filosofía del Derecho y del Estado...*, op. cit. p. 105

93. Parménides (fl. h. 474 a.C.) concibe la justicia como el principio estático que asegura la inmutabilidad del ser, mismo que se personifica en *themis* y *diké*, las cuales se hallan a la puerta que separa los caminos del día y la noche, la verdad y la opinión.⁶¹ Parménides escribió: "No es un mal destino, es el derecho y la justicia quienes te han encaminado por esta vía alejada del sendero común de los hombres. Importa que aprendas todas las cosas, que penetres tanto en el corazón firme y constante de la verdad arcana como en las opiniones ilusorias de los mortales, en las cuales no habita la auténtica certeza...".⁶²
94. A Heráclito (535-470 a.C.) debemos la idea del *logos* como una ley universal eterna. De ésta los hombres extraerán por vía de la razón las normas de su comportamiento.⁶³ Para Heráclito nada permanece fijo ni estable, todo fluye, es como el río que corre sin cesar y al cual no es posible descender más de una vez. Pero este continuo hacerse está regido por el *logos*, la razón universal que permanece inmutable a través de todos los cambios. Heráclito pensaba que todas las cosas en el mundo son buenas, bellas y justas, vienen a ser los hombres quienes las estiman unas justas, otras injustas.⁶⁴
95. En los conceptos de justicia de los pensadores y poetas presocráticos anteriores es posible distinguir dos elementos comunes: la vinculación del cosmos, del orden universal divino con la justicia, y un naturalismo del que se deriva una ley eterna (*logos*) a la que deben someterse las conductas humanas. Otros poetas clásicos se hacen eco de esta forma de concebir la justicia.
- Solón (640-558), él también legislador, en sus *Elegías* habla ya de un orden social equilibrado fundado en la justicia, justicia como igualdad (*isonomía*) y en la igualdad como base de la democracia (*demokratía*).⁶⁵
- Para Esquilo (525-456) toda injusticia comporta necesariamente la justicia como destino manifiesto: quien ejerció la violencia la sufrirá más tarde.⁶⁶
- En Sófocles (497-406) se encuentra delineado el posible antagonismo entre las leyes humanas y divinas: hay límites infranqueables a la acción del legislador, las leyes humanas no son válidas si se oponen a las divinas, no escritas e inmutables que rigen siempre.⁶⁷
96. Corresponde a los *sofistas* el cambio de tendencia que experimenta la filosofía helena: la elucubración que tiene al universo como preocupación capital es sustituida por la "idea del hombre". Esta idea como nuevo centro de gravedad de las cavilaciones filosóficas se resume magistralmente en la famosa frase de *Protágoras* (fl. h. 444-I), uno de los miembros más destacados de la sofística: "El hombre es la medida de todas las cosas, de las que son en cuanto que son, de las que no son en cuanto que no son".⁶⁸ Si bien es difícil una valoración en conjunto de la sofística, señala Truylol y Serra.⁶⁹ su visión del Derecho y la justicia tiende a ser más que nada descriptiva, lo que los hace en cierto modo precursores de la sociología jurídica.

⁶¹ Cfr., Antonio Truylol y Serra, *Historia de la filosofía del Derecho y del Estado...*, op. cit., p. 104.

Cfr. José Corts Grau, *Historia de la filosofía del Derecho*, op. cit., p. 63.

⁶² Cfr. Antonio Truylol y Serra, *Historia de la filosofía del Derecho y del Estado...* op. cit., pp. 106-107.

⁶³ Cfr. Guillermo Traile, *Historia de la filosofía*, op. cit., p. 175.

⁶⁴ Cfr. *Antología de autores griegos...*, op. cit., p. 42.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 54.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 64.

⁶⁷ Cfr. Wilhelm Dilthey, *Historia de la filosofía*, trad. Eugenio Ima/, FCE, México, 1975, p. 40.

⁶⁸ Cfr. Antonio Truylol y Serra, *Historia de la filosofía del Derecho y del Estado*, op. cit., pp. 118-119.

97. Junto a Protágoras hay otros sofistas importantes como *Gorgias*, *Protagoras*, *Calicles* y *Trasímaco*. Las principales ideas de la sofística en tomo a lo jurídico proponen que en ésta se vea un sociologismo jurídico en gestación: *la ley es un producto de naturaleza humana; el interés y la conveniencia son los únicos pilares del edificio social; hay oposición entre lo natural (physis) y lo convencional (nomos)*. De estas consideraciones sofísticas no es difícil entender su *crítica a la discriminación y a la esclavitud, así como al carácter relativo que conceden a las leyes positivas*. En efecto, para la sofística sólo hay un principio permanente e inmutable de justicia: *la naturaleza (physis)*. De donde *absoluto es lo "justo por naturaleza" no lo justo por ley*.⁷⁰

8.2.2 Sócrates: justicia y obediencia al Derecho

98. *Sócrates (469-399 a.C.)*, aunque preocupado por lo humano, enfrenta y supera el relativismo de los sofistas afirmando en oposición a ellos *la universalidad de la verdad y el bien*. De él, que no escribió jamás nada, y de su pensamiento nos dan noticia entre otros. Platón, principalmente, y Jenofonte. El pensamiento de Sócrates es una filosofía de vida⁷¹ ("*conócete a ti mismo*", predicaba), por lo que *su concepto de justicia está vinculado con la obediencia a la ley: la justicia —señaló— es obrar conforme a la ley*. ¿Por qué? Porque las leyes positivas se basan en "*leyes no escritas*" fundadas en la voluntad recta de la Divinidad, lo que otorga a las primeras un carácter sagrado. Así, no obstante la ley nos parezca injusta debemos obedecerla, su legitimidad esencial no se diluye por errores accidentales, además, en última instancia, concluía Sócrates, "*preferible es padecer una injusticia que cometerla*".
99. La aportación de Sócrates al tema de la justicia nos parece importante en la medida *que está vinculado con otro tema capital, el de la obediencia al Derecho*. Esta obediencia tiene para Sócrates el *carácter de un deber moral, la obediencia a las leyes es un deber siempre y para todos, incluso cuando dichas leyes se vuelven contra nosotros*. La obligación de obediencia al Derecho surge de la reciprocidad que debemos a la ciudad y a sus leyes, las cuales nos aportan protección. Y si las leyes llegaran a ser injustas aun así debiéramos obedecerlas, *no debemos contestar a una injusticia con otra injusticia* y Sócrates mismo dio el buen ejemplo: fue con-

⁷⁰Cfr. Guido Fassó, *Historia de la filosofía del Derecho*, I, op. cit., p. 31.

⁷¹ Luciano de Crescenzo en el prefacio de su libro dedicado a Sócrates resume magníficamente el espíritu de la filosofía socrática: "*El hecho es que Sócrates no es sólo un filósofo que vivió hace dos mil cuatrocientos años, sino que también es un modo de entender la vida (socrático, precisamente). En él no existen las tensiones del hombre común, todo abocado a la consecución del poder, el dinero, el éxito. En Sócrates predomina el deseo de saber, de poner a discusión aquello que ya conoce, de entender en qué parte se esconde el bien. El saber, en resumen, elevado a razón de vida. Se cuenta que, poco antes de beber la cicuta, Sócrates había recibido en prisión a un maestro de música para hacerse impartir una lección de cítara. En verdad, Platón habla sobre esto de pasada en el *Futidemo*. mas aunque la anécdota fuese sólo una invención de éste, resultaría de todos modos ilustrativa para entender al filósofo. A la pregunta de uno de sus discípulos: '¿Para qué aprender a tocar la cítara, si de aquí a unas pocas horas le harán beber la cicuta?' Sócrates responde: 'Porque me gusta aprender'. Si hoy los hombres descubrieran el placer de conocerse a sí mismos, todo nuestro mundo cambiaría de golpe. Los estudiantes, por ejemplo, no harían más un esfuerzo descomunal por estudiar. Movidos por el amor a la sabiduría (en griego, *filosofía*), no subordinarían más su esfuerzo al espejismo del título profesional y finalizarían por obtener resultados mejores y más duraderos. Siempre y cuando en la cátedra se siente un profesor al menos tan inteligente como Sócrates*". Véase Luciano Crescenzo. *Socrate*. Arnoldo Mondadori Editore. Milán. 1993. pp. VII-VIII.

denado injustamente a morir tomando la cicuta." Por eso, antes de desobedecer la sentencia que le fue impuesta, prefirió la muerte, *la obediencia a las leyes y a la ciudad estaban antes que la vida de cualquiera, incluso de la suya propia.*

8.2.3 Platón: la justicia como equilibrio

100. Entre los pensadores griegos que con particular atención abordaron el tema de la justicia está *Platón (427-347 a.C.)*, discípulo de Sócrates. Platón en uno de sus diálogos especialmente dedicado a este lema. *La República o de lo Justo*,⁷³ esboza su concepción de la justicia. Para Platón *la justicia es una virtud que puede referirse tanto al individuo como al Estado*. En relación con este último, la justicia consiste en *la armonía o equilibrio que debe existir entre los diversos estamentos, grupos o clase que lo componen*. En relación con el individuo, *la justicia viene a ser la relación armónica entre sus diferentes virtudes*.
101. Según la teoría platónica, *en el Estado conviven tres estamentos*, a saber: los *sabios*, a quienes toca la función de gobernar; los *guerreros o guardianes*, ocupados de proteger a la ciudad de sus enemigos exteriores e interiores; y los *trabajadores o artesanos*, a cuya responsabilidad quedan encomendadas las labores de sostenimiento de la ciudad. *¿Cuándo es posible dicha relación armónica entre tales estamentos?* Platón piensa que a cada estamento corresponde una virtud: *los sabios deben ser prudentes, los guerreros valientes, los trabajadores regirse por la templanza*. Por lo tanto, *la justicia en un Estado resplandecerá cuando cada estamento, al conducirse conforme a su propia virtud, haga posible una relación armónica basada en la prudencia, el valor y la templanza*.
102. Platón *parte del presupuesto de que son los hombres virtuosos, los hombres justos, quienes hacen posible el Estado justo*. Congruente con tal presupuesto, nuestro autor considera que *la justicia, como virtud individual, resulta de la armonía entre las tres virtudes personales que se corresponden con los tres estamentos que componen el alma humana*. Si a la *inteligencia es la sabiduría*, a la *voluntad la templanza* y a los *sentidos el valor*, *el hombre justo puede ser definido como el hombre sabio, templado y valeroso*.

8.2.4 Aristóteles: la justicia como término medio

- 103 *Aristóteles (384-322 a.C.)* también discrimina entre *la justicia como virtud individual* y *la justicia como cualidad de las instituciones sociales*, es decir, *la justicia*

⁷³Cfr. Platón, "Apología de Sócrates", *Diálogos*, Porrúa, México, 1978,.

⁷⁴Cfr. Platón, "**La República o de lo justo**", *Diálogos*, op. cit., pp. 433-621 Rattaglia, respecto del signiificado de la República platónica y su concepto de la justicia, opina: "El intelectualismo dominante de Sócrates (la unidad de ciencia y de moral) produce en Platón una verdadera y estricta constitución de la ética en sentido lógico-cognoscitivo. El saber, que es contemplación de la idea, se eleva tan alto que la acción aparece en una esfera inferior, sin posibilidad de adecuación. Se engendra de tal modo el mundo de la República, realmente contemplativo por no decir utópico. El problema central que en esta grandiosa obra Platón plantea es el de la justicia, la justicia es la virtud por excelencia, virtud suprema a la cual se le confía en el organismo de la vida la tarea de asegurar el orden entre las partes, de tal modo que cada una cumpla su cometido y manifieste su 'virtud' sin invadir el campo de la otra. Se puede definir como relación armónica entre las varias partes y es idéntica tanto en el individuo como en el Estado, levándose más claramente en el Estado porque está inscrita en grandes caracteres, en tanto que en el individuo está inscrita con caracteres pequeños. El Estado exige que cada uno ejecute lo que le corresponde con relación al último fin de este cuerpo moral". Véase Felice Battaglia. *Curso de filosofía del Derecho. Vol. I. Introducción y bosquejo*, trad. Francisco Elías de Tejeda y Pablo Lucas Verdú. Reus. Madrid. 1951, p. 135.

social. Sin embargo, el predicado es distinto del platónico. El concepto de justicia aristotélica en tanto virtud del hombre individualmente considerado, es el del denominado **"término medio"**. En efecto, *la justicia es el justo medio entre el exceso y el defecto. El hombre justo es el que no peca por exceso ni por defecto, sino que mantiene una conducta equilibrada entre los polos opuestos*-. Para Aristóteles la justicia es la virtud total y perfecta, su esencia es la *igualdad*, lo que está en medio entre lo demasiado y lo poco.

104. La aplicación de este principio de igualdad hace llegar a Aristóteles a la determinación de varias clases de justicia. Por una parte tenemos la **"justicia distributiva"** ocupada del reparto de los honores y los bienes que cada uno ha de recibir en función de su propio mérito. La justicia distributiva busca la **"relación proporcional"** y dado que las personas no son iguales tampoco será igual la proporción que deberán recibir. *Si se diesen cosas iguales para personas desiguales se violaría este tipo de justicia.*^{1*}
105. Aristóteles se refiere también a una **"justicia correctiva"** o **"sinalagmática"**, es decir, *la que se aplica a las relaciones de cambio y obligación en aquellos casos en que las voluntades están ligadas por una relación*. Esta relación puede dar origen a obligaciones de dos tipos: *voluntarias e involuntarias*. En las primeras, las voluntades de las partes aparecen recíprocamente vinculadas, como en un contrato de compraventa; en las segundas, las obligaciones son consecuencia de una acción delictiva. *En la justicia correctiva exige que en ambas obligaciones se tengan en cuenta las acciones o cosas en su valor objetivo para encontrar siempre una relación de igualdad*. Igualdad que es *paridad* en las obligaciones voluntarias (entre lo que se da y recibe), igualdad que en las obligaciones involuntarias debe traducirse en la *exacta correspondencia entre el delito y la pena*."
106. Como se ve, la justicia correctiva o sinalagmática aparece en dos aspectos distintos. Cuando *preside las relaciones pacíficas, voluntarias, haciendo posible la igualdad como paridad de derechos y obligaciones*, por ejemplo en los contratos, recibe el nombre de **"justicia conmutativa"**. En cambio, *para que la igualdad prive en las relaciones involuntarias se hace necesaria la acción del juez, quien determina la medida de la pena, haciendo posible la igualdad como correspondencia entre la gravedad del delito y el castigo*, es decir, la proporcionalidad de la pena. En este segundo caso nos hallamos frente a lo que Aristóteles denomina **"justicia judicial"**.⁷⁶

8.2.5 La justicia en Roma: Ulpiano y Cicerón

107. *Roma fue un pueblo de juristas*, una civilización que otorgó un papel *prouigónico* al Derecho como prácticamente nadie más lo hizo, de ahí el enorme desarrollo jurídico que los romanos alcanzaron. Así explica este singular fenómeno Aldo Schiavone: *"La elaboración y el conocimiento del Derecho —del ius— como ejercicio intelectual aisladamente distinguible que requería y desarrollaba actitudes y talentos particulares, ha atravesado en su totalidad la historia de Roma. Con relativa facilidad, todavía hoy podemos seguir casi diez siglos de esta práctica*

^{*} Cf. *ibid.*, p. 143.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 144.

¹⁶ *Ibid.* Cfr. Norbert Brieskom. *Filosofía del Derecho. op. cit.*, pp. 110-113.

ininterrumpida: de la época de las XII tablas a la mitad del siglo V a.C., del corazón de la Roma arcaica a la publicación del Corpus iuris civilis justiniano, en pleno Imperio bizantino".¹¹

108. Sin embargo, aunque Roma fue un pueblo de juristas y hombres con un gran sentido pragmático, no fue una civilización con una proclividad especial a la especulación filosófica. R. H. Barrow opina que el romano "...se mantenía firme e inmovible sobre una base limitada de derecho y de deber —una mente consciente del derecho—, negándose a extraviarse en cosas que estaban más allá de la facultad de comprensión del hombre[...]"¹² En el ámbito jurídico la filosofía del Derecho romana, más que por su originalidad, se significa por el desarrollo o perfeccionamiento de ideas y conceptos que habían visto la luz en Grecia. Por ello, aquí nos limitaremos al estudio brevísimo de dos pensadores romanos, *Ulpiano* y *Cicerón*, este último, sin duda, el gran filósofo del Derecho romano.¹³
109. A *Ulpiano* (235 a.C.) se debe la famosa definición de **justicia** como *la voluntad constante y perpetua de dar a cada uno su derecho (Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi)*.⁸⁰ Esta concepción posee un par de elementos que son dignos de destacar. El de la *justicia como volición*, como la intención permanente, constante y perpetua, sin la cual no se explica el Derecho; *el Derecho como voluntad de hacer justicia*. Y el de la *justicia como intención de asignar lo que a cada uno corresponde; el Derecho como el arte de aprender a distribuir*.⁸¹ A *Ulpiano* debemos también los *tria iuris praecepta* del Derecho romano que resumen la ética a que debía acogerse el hombre justo: *vivir honestamente, no hacer daño a nadie y dar a cada quien lo suyo (honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere)*.⁸²
110. *Cicerón* (106-43 a.C.) es considerado como el intermediario entre la filosofía griega y el pensamiento del Occidente cristiano, y su mérito indiscutible radica en haber explicado el Derecho con más profundidad de lo que exige la práctica del mismo.⁸³ Para *Cicerón* es completamente *erróneo considerar como justo aquello que se ha plasmado en las costumbres o en las leyes de los pueblos, la justicia no es algo que pueda determinarse por el consenso o la mera voluntad de los ciudadanos*. Si así fuera, el robo o la falsificación también serían Derecho. Para *Cicerón* *el verdadero derecho y, por lo tanto, la justicia no se fundan en las leyes positivas sino en la ley natural que es suprema, igual en todos los tiempos, anterior a cual-*

¹¹ Aldo Schiavone. "El Jurista". *L'uomo romano*. Andrea Giardina (ed.). Editori Laterza. Bari. 1993. p. 83.

¹² R. H. Barrow. *Los romanos*, trad. Margarita Villegas de Robles. FCFE. México. 1978. p. 145.

¹³ "Los juicios sobre Cicerón como escritor y filósofo han sido muy diversos, pero es indudable que su influencia en el pensamiento y en las letras europeas ha sido profunda, en algunas épocas incluso mayor que la de Platón y Aristóteles." *Ibid.*, p. 156.

Ulpiano, I. 10, pr., D, de iustitia et iure, 1.1, y pr., I, de iustitia et iure. I. 1.

⁸⁰ Cfr. Norbert Brieskom, *Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 206.

Ulpiano, *Digesto*. 1.1, 10, I. Una interpretación cuidadosa de los *tria iuris praecepta* la realiza Ángel Sánchez de la Torre en su libro: *Los principios clásicos del Derecho*, Unión Editorial. Madrid, 1975. Piste autor, en su texto ha dicho: "Los *tria iuris praecepta* constituyen, a nivel de la configuración de la conciencia colectiva de grupo humano civilizado, la inmediatez de los criterios convivenciales que harán posible la propia existencia del grupo como tal. De ahí que contienen una función dinámica de 'principios', porque tienen que estar interiorizando a cada individuo del grupo aquellas reglas fundamentales que harán posible la persistencia y el progreso a través de la dimensión de vida humana que sea susceptible de ser organizada provechosamente en el ámbito del grupo considerado". *Ut supra*, p. 167.

⁸¹ Cfr. José M. Rodríguez Paniagua, *Historia del pensamiento jurídico*. Facultad de Derecho. Universidad Complutense, Madrid. 1980. p. 60.

quier ley escrita y cil Estado, sin ésta sería imposible distinguir entre una ley buena y una mala.

111. Cicerón decía: *"IM justicia es reina y señora de todas las virtudes"*.⁸⁴ Su objeto principal es que *ninguno haga daño a nadie* y que use las cosas comunes como tales y las propias como propias. Cicerón advierte una **disposición hacia la justicia que es natural en el hombre**, la cual prohíbe dañar al prójimo y nos lleva a procurar el bien. En suma, *la vida humana debe regirse por la razón* que es lo que hay de más divino en el hombre, para lo cual deberá conducirse conforme a su propia naturaleza, la **"naturaleza humana"**.⁸⁵
112. Cicerón emplea un concepto que será de suma importancia para el iusnaturalismo, el de **"naturaleza del hombre"**, por la que entiende *la razón, la recta razón que es la ley universal*,⁸⁶ Como de la razón participan todos los hombres, *la ley natural puede ser conocida por la razón de todos*, lo cual hace posible un *Derecho natural universal y común a todos los hombres*. La participación de todos ellos en esa razón los hace para Cicerón *esencialmente iguales* y, consecuentemente, con una igual dignidad (*dignitas*) que los capacita para distinguir entre lo justo y lo injusto. El concepto de **"dignidad humana"** explica las críticas ciceronianas a la esclavitud y la xenofobia.

8.2.6 San Agustín: el Estado y la guerra justos

113. *San Agustín de Nipona (354-430)* ofrece la primera gran síntesis de la filosofía griega y el cristianismo. En sus ideas está el inicio de la orientación espiritual del medioevo que tiene como máximo pensador a santo Tomás de Aquino.⁸⁷ Para comprender el concepto que de **justicia** elabora san Agustín, es preciso referirse antes a su distinción entre *"ley eterna"*, *"ley natural"* y *"ley humana"* o *"temporal"* que tendrá una influencia determinante en pensadores posteriores. Por **ley eterna** entiende san Agustín *la razón o la voluntad de Dios* que es inmutable y universal. Esta es conocida por los hombres por vía de la *ley natural* que resulta, entonces, *reflejo de la eterna*. La *ley humana* o *temporal* es una *derivación de la eterna a través de la natural* y si se aparta de la voluntad de Dios no será verdaderamente una ley.⁸⁸ Por consecuencia, *la tarea del legislador se concreta en acomodar la ley eterna a las circunstancias terrenales, particulares y cambiantes*.

⁸⁴ Cicerón. *De Officiis*. 3,6.

⁸⁵ Cfr. Guillermo Fraile. *Historia de la filosofía*, op. cit., p. 659.

El propio Cicerón lo explica así en un pasaje célebre de su obra *De república*: *"IM recta razón, conforme a la naturaleza, grabada en Unios los corazones, inmutable, eterna, cuya voz enseña y prescribe el bien, aparte del mal que prohíbe, y ora con sus mandatos, ora con sus prohibiciones, jamás se dirige inútilmente a los buenos ni queda impotente ante los malos. Esta ley no puede ser contradicha, ni derogada en parte, ni abrogada; no podemos vernos exentos de su cumplimiento por el pueblo ni por el Senado; no hay que buscar para ella otro comentador ni intérprete; no es una ley en Roma y otra en Atenas, sino una. sempiterna e inmutable entre todas las gentes y en todos los tiempos; uno será siempre su emperador y maestro, que es Dios, su inventor, sancionador y publicador. y el hombre no puede desconocerla sin renegar de sí mismo, sin despojarse de su carácter humano y sin atraer sobre sí la más cruel expiación, aunque haya logrado evitar todos los demás suplicios"*. Citamos de *Sobre la República*, trad. Martínez Ilerranz, Gayo Arias y Aldo Berti, EDAF, Madrid, 1973. p. 1462.

⁸⁶ Cfr. Jolivet, Jean, "La filosofía medieval en Occidente", irad. Lourdes Ortiz, *Historia de la filosofía*, vol. 4. Siglo XXI Editores. México, pp. 16-26.

⁸⁷ Cfr. José M. Rodríguez Pamagua. *Historia del pensamiento jurídico*, op. cit., pp. 67-69.

114. Esta ley humana tiene como misión central procurar orden y tranquilidad, mostrando a todos lo que es justo. En tanto que la ley humana es sólo una derivación de la ley eterna, lo justo no es todo aquello que impone o prohíbe la ley eterna, sino sólo aquello que ayude a la ley humana a realizar su finalidad concreta: asegurar la paz y el orden de la sociedad, procurando un espacio en donde los hombres puedan realizar su fin temporal y eterno. Ahora bien, san Agustín también se refiere a la justicia como una cualidad que distingue al Estado de cualquier otra asociación de hombres con fines abyectos, como una sociedad de ladrones, por ejemplo. "Si se prescinde de la justicia —escribió san Agustín— ¿qué son los reinos sino grandes latrocinios?"** Empero, la verdadera justicia sólo se encuentra en el Estado del que Cristo es fundador y regidor, toda vez que la verdadera justicia tiene cabida exclusivamente en el cristianismo.
115. Otro aspecto digno de destacar en san Agustín es el concepto de "guerra justa". Este filósofo pensaba que el servicio de las armas y de la guerra resulta lícito en ciertos casos. *IM guerra es justa si tiene por objeto deshacer una injusticia, es decir, cuando las armas constituyen el único medio para hacer frente a la injusticia que priva entre los pueblos.*¹⁴⁰

8.2.7 Santo Tomás: justicia y bien común

116. Santo Tomás de Aquino (1224-1274) también conocido como el *Doctor Angelicus*, elabora su filosofía con base en el pensamiento aristotélico dándole a este un sentido nuevo. Logra también una síntesis sorprendente entre la filosofía clásica y la doctrina cristiana. Un rasgo peculiar que marca sus conceptos es que, contrariamente a san Agustín, excluye radicalmente toda posibilidad de conocimiento *a priori*, es decir, no iniciado en los sentidos y la razón. No obstante ello, y a pesar de sumar acentos propios, continúa el desarrollo de la distinción tripartita de la ley en eterna, natural y humana, como san Agustín había propuesto antes. Pero, ¿qué son más concretamente la ley y la justicia para santo Tomás?
117. La ley es el principio regulador de las acciones humanas en vista de un bien común, en el cual va implícito el bien individual. La ley pertenece al orden de la razón porque ésta es la regla, la medida y el primer principio de los actos humanos. De donde la ley, dirá Santo Tomás, no es otra cosa que una prescripción de la razón, en vista de un bien común, promulgada por aquel que tiene a su cargo la comunidad. Siguiendo esta misma idea de la ley como prescripción de la razón, santo Tomás dirá que la ley eterna, fuente de todas las demás leyes, es la razón eterna de Dios. La participación de la ley eterna en el hombre es la ley natural, cuyo principio rector es: *debe hacerse el bien y evitarse el mal*. Esta ley natural dirige y orienta los actos humanos y es una y única en todos los hombres. Finalmente, la ley humana que no añade nada a la ley natural sirve para definirla, precisarla y aplicarla a la enorme variabilidad posible de casos particulares en cada nación o sociedad.
118. Con base en esta distinción santo Tomás concluye que las leyes son justas cuando toman de la ley eterna, de la cual derivan, el poder de obligarnos en nuestro fuero

¹⁴⁰ San Agustín, *De civitate Dei*, IV, 5.

Cfr. Antonio Truyol y Serra, *Historia de la Jitofia del Derecho y del Estado*, op. cit., p. 270.

¹¹ Cfr. Guillermo Fraile, *Historia de la jilofia*. t. II (2o). Biblioteca de Autores Cristianos. Madrid. 1975, pp. 468-470.

interno. Mas existe otra clase de justicia en las leyes para el Doctor Angelicus, cuando ésta se da en razón de su fin, por lo tanto una ley es también justa cuando está ordenada en vista del bien común ⁹² Esta discriminación entre las dos clases de leyes justas permite entender por qué santo Tomás afirma que si *una ley positiva o humana*, interesada sólo en asuntos humanos, *llegara a contrariar la ley natural debe seguir siendo obedecida*, ya sea por razones de conveniencia o simplemente para aconsejar el orden social y la obediencia a la autoridad legítima, esto último con evidente acento socrático.⁹¹

8.2.8 La justicia en la Escuela clásica del Derecho natural

119. El influjo de las ideas de san Agustín y santo Tomás produce un *predominio de la tesis del Derecho natural que dura por varios siglos* y del cual, incluso hoy, son palpables sus efectos. Sin duda el climax del movimiento iusnaturalista lo encontramos en su *vertiente racionalista y secularizada*, mejor conocida como *Escuela clásica del Derecho natural*, llamada así porque diferentes autores coinciden en líneas de pensamiento que permiten estudiarlos de un modo más fácil agrupados en un mismo movimiento filosófico.⁹⁴ Entre los principales autores que ahí se ubican están *Grocio, Hobbes, Spinoza, Locke y Tomasio*.
120. La importancia de la Escuela clásica del Derecho natural radica en que sus pensadores *creyeron resolver el problema de la justicia a través de un principio fundamental único (la naturaleza humana), del cual derivaba todo un sistema racional de preceptos universalmente válidos*. A más de esta ambición común cabe distinguir estos otros rasgos filosóficos compartidos: *propugnan un individualismo racionalista y secularizados sostienen la tesis del contrato social como origen del Estado*, previo al cual los hombres se hallaban en un *estado de naturaleza; evidencian un marcado pragmatismo* que les permitirá sentar las bases de los *derechos humanos*.⁹⁵
121. Considerado el iniciador del movimiento *Hugo Grocio (1583-1645)* sostiene que el *Derecho natural es expresión de la razón y la razón es la que nos dice lo que es bueno y malo, justo e injusto*. Lo justo, de tal suerte, *es aquello que se demuestra conforme a la naturaleza social del hombre*. Dado que Dios es el autor de esa

⁹³ Cfr. *idem*.

⁹⁴ Cfr. Felice Battaglia. *Curso de jitosojia del Derecho...*, op. cit., p. 176.

Cfr. Antonio Truyol y Serra. *Historia de la filosofía del Derecho y del Estado. II. Del Renacimiento a Kant*. Biblioteca de la Revista de Occidente. Madrid. 1976, p. 139.

⁹⁵ "Los varios y complejos motivos [...] producen en los siglos xv y xvi un gran florecimiento de las doctrinas filosófico-políticas y filosófico-jurídicas, que ordinariamente se denominan con el nombre genérico de escuela del derecho natural. Representa la aplicación del espíritu del Renacimiento, sobre todo en la esfera jurídica. El principio de autonomía opuesto a la heteronomía medieval, así como había renovado el arte con el humanismo, la política con Maquiavelo, la religión con el protestantismo, se revela innovador en el campo del Derecho con la escuela del derecho natural, a la que pertenecen los más importantes filósofos y juristas de aquellos siglos. Aunque éstos siguen direcciones especulativas distintas y muy distinta sea su importancia y la de sus pensamientos en orden al Estado y al Derecho, sin embargo descubren algunos rasgos comunes que nos permiten hablar en sentido genérico de una escuela. Tales elementos tomados singularmente, no constituyen una novedad; antes más bien cada uno tiene su historia; pero tomados conjuntamente y armonizados unos con otros, forman un 'corpus' doctrinal y un sistema que, puestos en función del espíritu autónomo y crítico del Renacimiento, caracterizan realmente aquella edad". Véase Felice Battaglia, *Curso de filosofía del Derecho...*, op. cit., p. 211.

- naturaleza, éste no la puede alterar, por lo tanto, los principios derivados de la naturaleza existirían —dice Grocio— aun en la hipótesis de que Dios no existiera.⁹⁶
122. *Tomás Hobbes (1588-1679)* es un iusnaturalista singular porque a su posición materialista aunaba una *opinión pesimista de la naturaleza humana*. El hombre, decía Hobbes, *es codicioso, temeroso y vanidoso*. Esta forma de ser genera interminables disputas y luchas, por eso el estado natural en el que originalmente se vivía producía una situación imposible. Para Hobbes *el Derecho natural era el derecho del hombre en el estado de naturaleza*, mismo que le autorizaba a luchar por su propia existencia y al cual *tiene que renunciar para constituir un Estado donde rija la paz, gracias a la ley natural*. Según Hobbes *es hasta que surge el Estado que puede hablarse de justicia*, porque *donde no hay ley no hay injusticia y no hay ley donde no exista una voluntad superior que la imponga*. La expresión más genuina del poder es la facultad legislativa, de donde *el soberano, a través de la ley, es quien artificiosamente determina lo que es justo o injusto*. Sin embargo, el soberano tiene un límite último: no quebrantar el pacto que crea al Estado.⁹⁷
123. *Henito Spinoza (1632-1677)* no comparte la visión pesimista que Hobbes tiene de la naturaleza humana, ya que considera que *la razón es ese toque de la divinidad que nos permite ir más allá del mero instinto e impone límites concretos al poder*. Al igual que otros iusnaturalistas, Spinoza acepta la idea del estado de naturaleza, donde los hombres tienen un derecho que llega hasta el límite de su propia fuerza. No es sino *gracias a la razón humana* que es posible acordar la instauración de un poder superior que subordine a todos, *porque es sólo al auspicio de ese poder superior que puede concebirse la justicia*. Empero, este poder superior *no puede exigir a los hombres la renuncia a su racionalidad, ni tampoco a ciertos derechos individuales que son intransferibles, como la libertad de pensamiento y de creencia*.⁹⁸
124. *John Ijocke (1632-1704)* es un conspicuo representante del pensamiento naturalista inglés. A diferencia de Hobbes y Spinoza, *concibe al estado de naturaleza no como uno de lucha sino de cooperación dirigida al común bienestar*. En el estado natural los hombres poseen derechos, por más que *carezcan de la garantía* que los asegure. Esta garantía *surge con la constitución de la sociedad civil*, en cuyo contrato originario los hombres renuncian a algunos de sus derechos naturales a cambio de protección. Resulta obvio que si el poder es creado por el consentimiento del pueblo, éste ni cedió ni puede ceder todos sus derechos subjetivos, *como la vida, la libertad o la propiedad*. Estos son *inalienables porque su protección y no su renuncia constituyen la única razón para constituir el Estado*. Es claro que detrás de estas ideas late el concepto moderno de "derechos humanos".⁹⁹
125. *Samuel Puffendorf (1632-1694)* es un contractualista alemán cercano a Hobbes. Su doctrina, sin embargo, tiene acentos propios. Por ejemplo, *concibe al Estado como una persona moral independiente de aquellos que lo conforman*, cuyo fin es el de procurar la seguridad y la paz común. Puffendorf *distingue* entre Derecho y

⁹⁶ Cfr. Miguel Villoro Toran/o, *lecciones de filosofía del Derecho*. Porrúa. México, 1973, p. 264 y ss.

⁹⁷ Cfr. Thomas Hobbes, *Leviatán*, trad. Manuel Sánchez Sarto. FCE, México, 1982, Parles I y II. Cfr. Harry Burrows Acton, "Hobbes y el hohhismo", trad. Isidro Gómez Romero, Joaquín Sanz Guijarro, Pablo Velasco Martínez. *Racionalismo, empirismo, ilustración*. Historia de la filosofía, volumen 6, Siglo XXI. México, 1976. p. 64

⁹⁸ Cfr. Sylvain Zac, "Spinoza". *Racionalismo ... op. cit.*, pp 88-98

⁹⁹ *Idem*.

Teología, por una parte, y *Derecho positivo* y *Derecho natural*, por la otra. Este último, dice, *es anterior al Estado y a él se debe subordinar el Derecho positivo*. Nuestro autor además de reconocer en los seres humanos un *instinto social*, *diferencia* va entre los derechos del hombre que son innatos de aquellos que son adquiridos. o sea. los que poseen las personas como miembros del grupo social.¹⁰⁰

126. *Cristian Tomasio (1655-1728)* es el último representante que aquí estudiaremos de la Escuela clásica del Derecho natural. Para nosotros su aportación fundamentales la de los conceptos *honestum*, *decorum* e *iustum* que serán un útil antecedente de la doctrina kantiana y en los cuales piensa Tomasio como los *tres principios supremos del obrar*. Primero, "la honestidad", que es la *base de la ética o moral* y cuyo objetivo es la *paz interna del individuo*. Luego, "lo decoroso" que es el principio de la política de la que se desprende el respeto a nuestros semejantes, hacer a los demás lo que quisiéramos que los demás hagan con nosotros. Finalmente, está "lo justo", que es el principio central del Derecho, el *ius*, que se ocupa de las acciones humanas que perturban la paz exterior, su exigencia es la de no hacer al otro lo que no se quiere para sí. Para Tomasio sólo las relaciones derivadas del *iustum* son coercibles.¹⁰¹

8.2.9 La justicia en los clásicos españoles del Derecho natural

127. Durante el primer tercio del siglo xvi y buena parte del xvn se desarrolla en España un pujante movimiento filosófico, jurídico y político, paralelo al florecimiento en las letras del 'siglo de oro español', conocido por algunos como la **Escuela Española del Derecho natural** y de gentes o simplemente como la **Neoscolástica española**.¹⁰² Algunas de las características generales de este movimiento son las siguientes: sus pensadores eran universitarios que cultivaron su pensamiento en manuales para la enseñanza de la Teología y la Filosofía, caracterizándose por poseer un sentido ascético del hombre y de su dignidad-, preocupación acendrada por los valores humanos-, concepción universal del Derecho-, preocupación crítica por los acontecimientos políticos de su tiempo, como la Conquista de América, analizada desde los principios de la moral cristiana y el iusnaturalismo.¹⁰³ De entre los varios neoscolásticos españoles prestaremos aquí atención a las ideas de Francisco de Vitoria, Domingo de Soto y Francisco Suárez. Francisco de Vitoria (1492/3-1546) perteneciente a la orden de Santo Domingo y profesor del la Universidad de Salamanca, de su obra conocida, las "*Reelecciones teológicas*", destaca su preocupación por la situación de los naturales de América y el problema de la legitimidad de la Conquista. Con una visión universalista Vitoria prevé un *derecho a la autodeterminación de todos los pueblos (sub specie orbis)* y desarrolla la idea de una comunidad jurídica internacional con base al *ius inter gentes*. Aprueba la idea de la guerra justa cuando ésta es el único modo de reprimir la injusticia entre los pueblos, pero más que una prerrogativa del Estado lo es, para Vitoria, de la comunidad internacional.¹⁰⁴ Vitoria se mantiene en la línea de la *ley natural* como fuente

"" Cfr. Cari Joachim Enedhch. *La filosofía del Derecho*, trad. Margarita Álvarez Franco. FCE, México, 1969, pp. 168-171.

¹⁰¹ *Ibid.* p. 176. Cfr. Guillermo Fraile, *Historia de la filosofía. III. Del Humanismo a la Ilustración*, Biblioteca de Autores Cristianos. Madrid. 1978. pp. 970-971

¹⁰² Cfr. A. Truyol y Serra. *op. cit.*, pp. 561-52 y I. Corts Grau. *op. cit.* p. 435.

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ Cfr. A. Truyol y Serra. *op. cit.*, pp. 54-58.

y guía de las leyes positivas, si éstas son contrarias a aquéllas no tienen el carácter ni fuerza de ley, son injustas.¹⁰⁵

129. Domingo de Soto (1496-1560) dominico y profesor de la Universidad de Salamanca dedica especial atención al tema de la justicia en su obra *De iustitia et iure*. De Soto ve en la justicia una virtud moral especial también como objeto de una de las cuatro virtudes cardinales, cuyo fin es practicar lo que es justo. De las varias definiciones de justicia, nuestro autor prefiere la de Ulpiano por expresar la razón especial de lo justo. La justicia, dirá De Soto, es un hábito en el que con voluntad perpetua y firme se da a cada uno lo suyo. Dado que la justicia es para De Soto la igualdad, el hábito de la igualdad, ésta no se produce sino entre dos cosas, por ello la justicia posee una dimensión social, ya que ésta no puede darse en el fuero interno de las personas, la justicia se ocupa de los actos exteriores y de las cosas. Por último, cabe agregar que el filósofo español ve en el juicio un acto propio de la justicia, porque cuando ésta no puede realizarse de modo espontáneo entre los hombres, es necesario que alguien diga el Derecho. Y como el Derecho es el objeto de la justicia, decir el Derecho es juzgar, juzgar es decir lo que es justo.¹⁰⁶
130. Francisco Suárez (1540-1617), jesuita y profesor universitario es, de los pensadores españoles de la época, quien enfrenta los problemas ético-jurídicos desde una perspectiva metafísica y teológica. Suárez ve en la justicia la constante afirmación de la superioridad del mundo del espíritu sobre el de la materia, y la compenetración de la justicia con la caridad. Aunque distingue entre las normas morales y jurídicas por su distinto objeto, el Derecho está íntimamente ligado a la moral, es decir, a la justicia, por lo tanto el orden jurídico debe mantenerse dentro del orden moral. La plena realización de este último, dirá Suárez en *De legibus*, demanda la observancia de las leyes y congruencia entre los aspectos internos y externos de nuestra conducta.¹⁰⁷

8.2.10 Hume, Bentham, Mili: la utilidad como justicia

131. El utilitarismo es un movimiento filosófico que se desarrolla principalmente en Inglaterra durante los siglos xvii y xix y que ha tenido una influencia marcada sobre todo en el Derecho sajón. Haremos de este movimiento una sucinta referencia a través del pensamiento de sus fundadores, concentrándonos en aquellas ideas que determinan una concepción distinta de la justicia. Pero ¿qué entendemos por utilitarismo! Por tal se entiende, de modo muy general, a la corriente de pensamiento que funda la obligación moral, los vínculos jurídicos y políticos en la utilidad.¹⁰⁸ Pero, ¿qué se entiende por "utilidad"? Ésta es el valor moral que poseen las acciones por las consecuencias buenas o malas que trae a los individuos. Por ello, la doctrina utilitarista es consecuencialista.¹⁰⁹ centra el valor de las acciones no

¹⁰⁵ Cfr. J. Corts Grau, *op. cit.*, p. 439.

¹⁰⁶ Cfr. Juan González A. Carrancá, "La justicia y el derecho en Domingo de Soto", en *Revista de la Escuela de Derecho de la Universidad Anáhuac*. Año II. No. 2, Universidad Anáhuac. México, 1983. pp. 193-200.

¹⁰⁷ Cfr. J. Corts Grau. *op. cit.*, pp. 493-501

Cfr. F. Battaglia. *op. cit.*, 327. Véase, también C. J. Friedrich. *Introducción a la filosofía del Derecho*, *op. cit.* pp. 128 y ss.

Cfr. C. S. Nino: *Introducción al utilitarismo*, *op. cit.*, pp. 391-392. Nino piensa que a diferencia de otras doctrinas filosóficas como el tomismo, que fue elaborada por un gran maestro y articulada, desarrollada y explicada por sus discípulos, en el utilitarismo no sucede así e incluso resulta difícil hacer una caracterización general pues sus distintos autores difieren entre sí en puntos centrales. *Ut supra*.

en las acciones mismas sino en sus efectos. A falta de una consecuencia positiva no hay utilidad, y no habiendo ésta no hay bien. Repasemos, entonces, las posiciones utilitaristas de algunos de sus representantes.

132. En **David Hume (1711-1778)** encontramos ya un concepto de **justicia** radicalmente diferente al iusnaturalismo racionalista, si bien todavía proclama que *la naturaleza humana es la única ciencia del hombre*. La **justicia** es para Hume **un concepto que deriva en su totalidad de la utilidad**, porque la justicia *no es una virtud natural sino artificial, inventada y establecida convencionalmente por los hombres*. Toda vez que los seres humanos *no poseemos un instinto natural de justicia*, por el contrario, solemos ser *parciales* incluso respecto de nosotros mismos, fue menester inventar un remedio contra tal parcialidad: el concepto de **justicia**. Para Hume la *convención*, que no sólo hace surgir el concepto de **justicia**, sino el de **propiedad, derecho**, etcétera, *emerge de un sentimiento general de interés común, el cual nace cuando, sin prometerse nada unos a otros, hay una especie de acuerdo entendido de la utilidad que nos reporta actuar en la misma dirección*. Hume recurre para ilustrar esta convención al caso de dos hombres que impulsan, sin previo acuerdo, un bote de remos.
133. Sin embargo, *si desaparece la utilidad que reporta la justicia, desaparece la convención que la hacía posible y, por consecuencia, desaparece la justicia*. Hume piensa que en los casos de *extrema necesidad o de extrema abundancia, el sentido de justicia o de propiedad o de derecho desaparecen*, precisamente porque son *virtudes artificiales*. Así, en el caso de un naufragio, cada uno trata de salvarse recurriendo a cualquier clase de medios propios o ajenos, justos o injustos. A su vez, si se acabara con la escasez de bienes no tendría tampoco sentido referirse a la justicia o a la propiedad, pues tales conceptos carecerían de cualquier utilidad. Con todo, Hume piensa que *la justicia es una virtud distinta de otras, porque está referida no al bien particular de los individuos sino al de la sociedad toda*. Ixi paz y el orden son consecuencia de la **justicia**¹¹⁰
134. **Jeremías Bentham (1742-1832)**, influido profundamente por la obra de Hume, desarrolla la corriente *hedonista* del utilitarismo. Para Bentham *"La naturaleza ha puesto a la humanidad bajo la autoridad de dos amos soberanos: el dolor y el placer"*. Son éstos, continúa el autor, *los que determinan lo que debemos hacer y lo que haremos*. Entonces, lo que persigue la naturaleza humana es su *propio placer*, nuestra razón *no es más que una orientación, un tanteo*. Bentham trató de encontrar una **"lógica de la voluntad"**, el **Derecho** constituía, precisamente, *la rama más importante de esa lógica*. Dado que cada hombre persigue su propio placer, los intereses que lo satisfagan, la Lógica indica *buscar una identificación de intereses que haga posible una cooperación efectiva*, sólo de ese modo será posible, decía Bentham, lograr **"la felicidad del mayor número"**.¹¹¹
135. **John Stuart Mili (1806-1873)** es un autor que desarrolló no sólo una teoría utilitarista con acentos propios, sino que fue sobre todo uno de *los principales teóricos de la libertad, de la cual deriva la idea de tolerancia*.^{1,2} Por lo que hace a su visión utilitarista Mili piensa que *para alcanzar la propia satisfacción debe quererse y*

¹¹⁰ G. Fraile: *Historia...* T. til. op. cit. capítulo XXIII.

Cfr. C.J. Friedrich, *op. cit.*, p. 148

Cfr. Isaiah Berlin. *John Stuart Mili y los fines de la vida* (Trad. Natalia Rodríguez Salmones). Alianza Editorial. Madrid. 1986. p. 9.

promoverse también la satisfacción ajena. Esta adaptación psicológica de las personas nos impulsa a procurar, inseparablemente, no sólo los bienes propios sino los del resto de los hombres. Esta adaptación psicológica conforma lo que se llama "moralidad", es decir, *una actitud generada por hábitos y reflexiones temporales que nos induce a ser solidarios con los demás.*

136. Para nosotros, es la obra de John Stuart Mili *Sobre la libertad*^{1.1} la que más aportaciones realiza al Derecho moderno y a la idea de libertad como se concibe en términos de la doctrina liberalista. Mili establece el siguiente principio básico: *"...el único fin por el cual es justificable que la humanidad, individual o colectivamente, se entrometa en la libertad de acción de uno cualquiera de sus miembros, es la propia protección. Que la única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás".*^{1.14} ¿Cuál es la trascendencia de este principio?
137. Mili sienta las bases de una **teoría de la libertad individual en sociedad**, que es donde ésta tiene sentido, *porque la libertad como principio sólo tiene aplicación en el ámbito social.* No basta para Mili afirmar la soberanía del individuo sobre sí mismo, su propio cuerpo y espíritu, sino cómo hacerla posible en relación con la soberanía de los demás. La respuesta está en la determinación del único límite posible que para Mili puede constreñir la libertad: *"el individuo sólo es responsable ante la sociedad por la conducta que se refiere a los demás, aquella que podría hacerle un daño a los otros".* Dirá nuestro autor: *"Ixt única libertad que merece este nombre es la de buscar nuestro propio bien, por nuestro camino propio, en tanto no privemos a los demás del suyo o les impidamos esforzarse para conseguirlo"*^{1.15}
138. La doctrina de Mili previene no sólo contra los riesgos del **despotismo** sino, incluso, del **perfeccionismo**, no cabe limitar la libertad individual *arguyendo el propio bien físico y moral de la persona*, por más que sean éstas buenas razones para persuadirle (por ejemplo, no fumar, no consumir estupefacientes o bebidas alcohólicas, etc.). El planteamiento de Mili, que hoy ha encontrado eco en la frase sintética *"mi libertad termina donde la tuya comienza"*, responsabiliza a los seres humanos de sus propios actos, reconociendo en ellos no sólo la autonomía sino la carga de su ejercicio. Porque al final, escribe el propio Mili: *"La humanidad sale más gananciosa consintiendo a cada cual vivir a su manera que obligándole a vivir a la manera de los demás".*^{1.16}

8.2.11 Rousseau: el contrato social

[19. Juan Jacobo Rousseau (1711-1778) es, sin duda, uno de los autores más influyentes en las concepciones políticas de la modernidad. Para nuestro estudio de la justicia, es importante resaltar varias de las ideas de este autor, en particular, su *renovada visión de un contrato social*, en cuanto pacto denunciabile siempre por la soberanía popular, el énfasis en la *libertad* y la *ley* como producto de la *voluntad mayoritaria* y, en consecuencia, como sinónimo de una decisión social justa. Veamos.

140. Rousseau hace una referencia idílica al **"estado de naturaleza"**: es un *estado de felicidad, igualdad y, sobre todo, libertad, pues nadie puede oprimir a nadie.* El

Cfr John Stuart Mili. *Sobre la libertad*, Trad Pablo de Azcárate, Alianza Editorial, Madrid. 1986.

^{1.4} J. S. Mili. *op. cit.*, p. 65.

^{1.5} *Ib id.*, p. 69.

Ibid.

estado de naturaleza evoluciona necesariamente a la sociedad civil y a la constitución del Estado, *ello multiplica las desigualdades y la opresión*. El *Contrato social*, nombre de una de las obras más importantes de Rousseau, *pretende constituirse en una propuesta de cómo deben ser las relaciones humanas en sociedad*. Rousseau piensa que dichas relaciones **deben estar basadas en leyes justas y la voluntad unánime de los ciudadanos**. Es decir, *la unión de todos en la ley que es producto de una voluntad general preocupada por el interés común*. De ese modo, el hombre no obedecerá más que sus propios mandatos permaneciendo tan libre como antes: *la libertad sujeta a las leyes*.¹⁴¹

141. En Rousseau la *ley aparece ya emancipada*, producto exclusivo del pacto social de la convención, *de la voluntad ciudadana*. La ley es expresión de la *voluntad general como imperativo de la razón*. Para Rousseau *la fuerza es incapaz de producir o construir el derecho*. Desde el *Contrato social* queda acuñado el principio democrático de que ninguna prescripción resulta legítima para el ciudadano *si no <je funda en la ley*, siendo esta última voluntad general, es decir, voluntad del propio ciudadano que al obedecer la ley no hace más que obedecerse a sí mismo. Este es el único medio posible que ve Rousseau para que el *hombre no enajene o renuncie a su libertad, la cual le otorga el carácter de hombre y le otorga derechos y deberes como miembro de la humanidad*.¹⁴²

8.2.12 Kant: libertad, moral y justicia

142. Las trascendentales aportaciones de *Immanuel Kant (1724-1804)* en el ámbito de la *moral*, resultan de singular importancia para el análisis moderno de las relaciones de ésta con el Derecho¹⁴³ y, por extensión, para el tema de la *justicia*. Kant afirma que *la moral es algo absoluto e incondicionado*, porque se trata de un conocimiento diferente al que nos aporta la experiencia. El carácter absoluto que Kant otorga a la *moral quiere señalar que ésta se haya por encima de los intereses o las conveniencias de momento*, su validez no se mide *ni por sus resultados ni por las ventajas exteriores que reporte*, su fin no es la felicidad, sino la *rectitud*. De tal suerte, el conocimiento de la moral *no proviene de la experiencia*, sino de elementos *a priori*, es decir, *categorías* de nuestro entendimiento.¹⁴⁰ De ahí que los preceptos morales sean denominados por Kant *imperativos* —es decir, incondicionales— *categoricos*.
143. El *imperativo categórico kantiano*, es decir, el principio básico del obrar moral es, según este autor, el siguiente: *"Obra de modo que la máxima de tu voluntad pueda valer, al mismo tiempo, como principio de una legislación universal*. Para Kant, el elemento clave de la moral es su **universalidad**, la posibilidad de que una conducta siempre, bajo las mismas circunstancias, asuma el mismo curso moral, superando el relativismo. Este imperativo categórico se desarrolló en tres fórmulas distintas, una de las cuales es de especial trascendencia para el Derecho y reza así:

¹⁴¹ Cfr. Juan Jacobo Rousseau, *El contrato social*, Porrúa, México, 1982.

¹⁴² Cfr. *ibid.* Véase también, Guillermo Fraile, *Historia de la Filosofía III. Del Humanismo a la Ilustración*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1978. Cfr. también Jean Starobinski. *Jean-Jacques Rousseau*, Trad. Isidro Gómez Romero, Joaquín Sanz Guizarro y Pablo Velasco Martínez; en *Racionalismo, Empirismo, Ilustración; Historia de la Filosofía*, Tomo 6, Siglo XXI Editores, México, 1976.

¹⁴³ El análisis detallado de la *diferenciación entre Derecho y moral*, de acuerdo con Kant, la hicimos en el inciso 3. U, capítulo tres, primera parte, de esta obra.

¹⁴⁰ Cfr. J. M. Rodríguez Paniagua, *op. cit.*, p. 157.

*"Obra de suerte que no trates nunca a la humanidad, tanto en tu persona como en la de cualquier otro, sólo como medio, sino siempre al mismo tiempo como fin".*¹¹⁹ ¿Qué importancia tiene este principio?

144. El desarrollo del imperativo kantiano *constituye una de las bases morales en que se asientan criterios modernos de justicia como el ya mencionado de derechos humanos*, pues prohíbe el que *las personas sean utilizadas*, es decir, *tratadas como medios para obtener ventajas adicionales a costa de ellas*. En buen número de los denominados derechos humanos subyace este principio moral. Así por ejemplo, las garantías jurídicas que protegen el trabajo digno, el salario remunerados la jornada limitada de trabajo, etcétera, están en el fondo prohibiendo que las personas sean utilizadas, que de su trabajo y esfuerzo se aprovechen otros. En suma, prohíben la explotación del hombre por el hombre. La persona humana tiene para Kant una *relevancia moral mayúscula*, pues está dotada de *dignidad*.
145. Precisamente por lo anterior, Kant piensa que el *atributo fundamental del ser humano es su razón* y el *derecho innato por excelencia su libertad*. Es en el mundo de la libertad donde se encuentra ubicado el Derecho, un mundo donde imperan las *decisiones humanas* y no el principio de causalidad (a toda causa un efecto), como sucede en el mundo de los fenómenos naturales. Por ello Kant definió al Derecho como *"el conjunto de las condiciones en virtud de las cuales la libertad de cada uno puede coordinarse con la libertad de los demás, según una ley general"*. A diferencia de los mandatos de la moral, *los jurídicos sí son coercibles*, pero la coercibilidad del Derecho *no ataca a la libertad sino al arbitrio, que es el proceder caprichoso y no racional*.¹²⁰
146. ¿Cómo, entonces, se concibe la *justicia* en términos kantianos? Para Kant *la justicia es libertad*. Una *libertad que debe coexistir con la de los demás en términos de una ley universal*. La libertad es lo que *permite al hombre elevarse por encima del mundo empírico*, de los fenómenos, es lo que *a la persona le otorga ese valor absoluto y exige se le trate siempre como un fin y no como un medio*. Congruente con estos señalamientos, Kant concluye que el *Estado actúa con justicia si cumple con el contrato social*, es decir, *respetando la libertad negociada*. A contrario sensu, *el proceder de una persona es injusto si impide el ejercicio de la libertad de los demás* y ello sucede cuando su libertad no coincide con una ley universal.¹²¹

8.2.13 Savigny: el historicismo jurídico

147. La Escuela clásica del Derecho natural cometió un grave error que los filósofos subsecuentes se encargarían de evidenciar: *olvidó o dejó de lado la génesis histórica del Derecho*. El Derecho como un producto cultural, se halla sometido necesariamente al paso del tiempo. Por desgracia otro movimiento doctrinal, que en relación con el iusnaturalismo cabría llamar pendular, el *historicismo jurídico*, pecó por exceso, al realizar su análisis en términos puramente históricos. Para distintos estudiosos de la historia de la filosofía del Derecho, los primeros esbozos

¹¹⁹ Cfr Immanuel Kant, *Crítica de la razón práctica*, op. cit. Véase también W Dilthey, op. cit. p. 186 y G. Fraile, *Historia de la Filosofía...*, op. cit.

Cfr. Karl Lissner, *El concepto del Derecho en Kant*, Trad. Alejandro Rossi, Universidad Nacional Autónoma de México, 1959, p. 51.

¹²⁰ Cfr. *ibid.*

estado de naturaleza evoluciona necesariamente a la sociedad civil y a la constitución del Estado, *ello multiplica las desigualdades y la opresión*. El *Contrato social*, nombre de una de las obras más importantes de Rousseau, *pretende constituirse en una propuesta de cómo deben ser las relaciones humanas en sociedad*. Rousseau piensa que dichas relaciones **deben estar basadas en leyes justas y la voluntad unánime de los ciudadanos**. Es decir, *la unión de todos en la ley que es producto de una voluntad general preocupada por el interés común*. De ese modo, el hombre no obedecerá más que sus propios mandatos permaneciendo tan libre como antes: *la libertad sujeta a las leyes*.¹⁴¹

141. En Rousseau la ley aparece ya emancipada, producto exclusivo del pacto social, de la convención, de la voluntad ciudadana. La ley es expresión de la voluntad general como imperativo de la razón. Para Rousseau la fuerza es incapaz de producir o construir el derecho. Desde el *Contrato social* queda acuñado el principio democrático de que ninguna prescripción resulta legítima para el ciudadano si no se funda en la ley, siendo esta última voluntad general, es decir, voluntad del propio ciudadano que al obedecer la ley no hace más que obedecerse a sí mismo. Este es el único medio posible que ve Rousseau para que el hombre no enajene o renuncie a su libertad, la cual le otorga el carácter de hombre y le otorga derechos y deberes como miembro de la humanidad.¹⁴⁸

8.2.12 Kant: libertad, moral y justicia

142. Las trascendentales aportaciones de Immanuel Kant (1724-1804) en el ámbito de la moral, resultan de singular importancia para el análisis moderno de las relaciones de ésta con el Derecho⁹ y, por extensión, para el tema de la justicia. Kant afirma que la moral es algo absoluto e incondicionado, porque se trata de un conocimiento diferente al que nos aporta la experiencia. El carácter absoluto que Kant otorga a la moral quiere señalar que ésta se haya por encima de los intereses o las conveniencias de momento, su validez no se mide ni por sus resultados ni por las ventajas exteriores que reporte, su fin no es la felicidad, sino la rectitud. De tal suerte, el conocimiento de la moral no proviene de la experiencia, sino de elementos a priori, es decir, categorías de nuestro entendimiento.¹²⁰ De ahí que los preceptos morales sean denominados por Kant imperativos —es decir, incondicionales— categóricos.
143. El imperativo categórico kantiano, es decir, el principio básico del obrar moral es, según este autor, el siguiente: "Obra de modo que la máxima de tu voluntad pueda valer, al mismo tiempo, como principio de una legislación universal. Para Kant, el elemento clave de la moral es su universalidad, la posibilidad de que una conducta siempre, bajo las mismas circunstancias, asuma el mismo curso moral, superando el relativismo. Este imperativo categórico se desarrolló en tres fórmulas distintas, una de las cuales es de especial trascendencia para el Derecho y reza así:

Cfr. Juan Jacobo Rousseau. *El contrato social*. Pomia, México, 1982.

⁹ Cfr. *ibid.* Véase también, Guillermo Fraile. *Historia de la Filosofía III Del Humanismo a la Ilustración*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1978. Cfr. también Jean Starobinski. *Jean-Jacques Rousseau*, Trad. Isidro Gómez Romero, Joaquín Sanz Guijarro y Pablo Velasco Martínez; en *Racionalismo, Empirismo, Ilustración; Historia de la Filosofía*, Tomo 6, Siglo XXI Editores. México, 1976.

¹¹⁹ El análisis detallado de la diferenciación entre Derecho y moral, de acuerdo con Kant, la hicimos en el inciso 3.1.3, capítulo tres, primera parte, de esta obra.

¹²⁰ Cfr. J. M. Rodríguez Paniagua, *op. cit.* p. 157.

*"Obra de suerte que no trates nunca a la humanidad, tanto en tu persona como en la de cualquier otro, sólo como medio, sino siempre al mismo tiempo como fin"*¹¹¹ ¿Qué importancia tiene este principio?

144. El desarrollo del imperativo kantiano *constituye una de las bases morales en que se asientan criterios modernos de justicia como el ya mencionado de derechos humanos*, pues prohíbe el que *las personas sean utilizadas*, es decir, *tratadas como medios para obtener ventajas adicionales a costa de ellas*. En buen número de los denominados derechos humanos subyace este principio moral. Así por ejemplo, las garantías jurídicas que protegen el trabajo digno, el salario remunerador, la jornada limitada de trabajo, etcétera, están en el fondo prohibiendo que las personas sean utilizadas, que de su trabajo y esfuerzo se aprovechen otros. En suma, prohíben la explotación del hombre por el hombre. La persona humana tiene para Kant una *relevancia moral mayúscula*, pues está dotada de *dignidad*.
145. Precisamente por lo anterior, Kant piensa que el *atributo fundamental del ser humano es su razón* y el *derecho innato por excelencia su libertad*. Es en el mundo de la libertad donde se encuentra ubicado el Derecho, un mundo donde imperan las *decisiones humanas* y no el principio de causalidad (a toda causa un efecto), como sucede en el mundo de los fenómenos naturales. Por ello Kant definió al Derecho como *"el conjunto de las condiciones en virtud de las cuales la libertad de cada uno puede coordinarse con la libertad de los demás, según una ley general"*. A diferencia de los mandatos de la moral, *los jurídicos sí son coercibles*, pero la coercibilidad del Derecho *no ataca a la libertad sino al arbitrio, que es el proceder caprichoso y no racional*.¹¹²
146. ¿Cómo, entonces, se concibe la *justicia* en términos kantianos? Para Kant *la justicia es libertad*. Una *libertad que debe coexistir con la de los demás en términos de una ley universal*. La libertad es lo que *permite al hombre elevarse por encima del mundo empírico*, de los fenómenos, es lo que *a la persona le otorga ese valor absoluto y exige se le trate siempre como un fin y no como un medio*. Congruente con estos señalamientos, Kant concluye que el *Estado actúa con justicia si cumple con el contrato social*, es decir, *respetando la libertad negociada*. A contrario sensu, *el proceder de una persona es injusto si impide el ejercicio de la libertad de los demás* y ello sucede cuando su libertad no coincide con una ley universal.¹²³

8.2.13 Savigny: el historicismo jurídico

147. La Escuela clásica del Derecho natural cometió un grave error que los filósofos subsecuentes se encargarían de evidenciar: *olvidó o dejó de lado la génesis histórica del Derecho*. El Derecho como un producto cultural, se halla sometido necesariamente al paso del tiempo. Por desgracia otro movimiento doctrinal, que en relación con el iusnaturalismo cabría llamar pendular, el *historicismo jurídico*, pecó por exceso, al realizar su análisis en términos puramente históricos. Para distintos estudiosos de la historia de la filosofía del Derecho, los primeros esbozos

¹¹¹ Cfr [manuel Kant. *Crítica de la razón práctica*, op. cit. Véase también W. Dilthey. *op. cit.*, p. 186 y G. Fraile, *Historia de la Filosofía*.... op. cit.

Cfr Karl Lissner. *El concepto del Derecho en Kant*, Trad. Alejandro Rossi. Universidad Nacional Autónoma de México. 1959, p. 51.

Cfr. *ibid.*

de este movimiento están en las obras de *Vico* y *Montesquieu*, porque en éstas late la necesidad de considerar la *evolución y finalidades sociales de lo jurídico*.¹²⁴

148. El *historicismo jurídico* está representado por *Federico Carlos de Savigny* (1779-1861). Su posición principal podría sintetizarse así: *sólo el estudio de la historia nos dirá a ciencia cierta lo que es el Derecho*. Recordando la terminología de *Montesquieu*, *Savigny* dice que el Derecho nace del *espíritu del pueblo*, de su forma de ser y ver la vida. El verdadero Derecho no puede ser obra de ningún legislador. Por eso, *Savigny* y los historicistas se *oponen a la codificación*, que por influjo napoleónico, se había filtrado hasta Alemania. En relación a la *justicia* la posición de la escuela histórica es importante *porque se opone a los afanes universalistas del iusnaturalismo racionalista*, ya que el Derecho es un fenómeno singular propio de cada pueblo. De tal modo, *no parece posible tampoco un concepto universal, absoluto e inmutable de justicia, sino uno relativo, al menos en términos culturales e históricos*.¹²⁵

8.2.14 Stammler: el Derecho justo

149. Corresponde a *Rudolff Stammler* (1856-1930) el mérito de haber replanteado a principios de este siglo el *problema de la justicia del Derecho* que, según sus propias palabras, *era inevitable*. Este filósofo alemán pensaba que *todo Derecho positivo o establecido constituía un ensayo de Derecho justo*, esto es, que en cualquier sistema jurídico hay un *impulso hacia lo justo*. El impulso hacia lo justo no es, según *Stammler*, un elemento accesorio, ya que *la intención de que las normas de un sistema tengan un contenido justo es un elemento consustancial a la existencia misma del Derecho*.¹²⁶
150. *Stammler* subrayó que *el problema de la justicia no es uno que se dé fuera del Derecho positivo vigente*. De hecho, no de todo Derecho positivo se puede afirmar que tenga un contenido de Derecho justo, dado que éste *es un peculiar modo de ser del Derecho positivo*. Puede aludirse, de tal suerte, a un *Derecho positivo justo o injusto, parcialmente justo o injusto*. Pero, ¿qué significa hablar de la justicia del Derecho? *Stammler* responde: la cuestión de la justicia del Derecho equivale a la de si está *internamente fundado* o si está fundada de un modo objetivo su pretensión de ser obedecido.¹²⁷
151. Según *Stammler* lo inevitable de la pregunta sobre la justicia del Derecho radica en que *cualquiera que actúe de forma crítica no podrá esquivar el preguntarse cuál es el fundamento de lo señalado como jurídicamente obligatorio*, es más, la duda sobre la justificación de lo decidido nunca se extingue, siempre es posible la existencia de un juicio independiente de la expresión positiva del Derecho. Por ello, para *Stammler* *un Derecho relativamente justo es aquel que cumple con los criterios de lo que se considera como justo en un espacio y momento histórico*

¹²⁴ *Juan Bautista Vico*, por ejemplo, en '*Scienza Nuova*'. busca un sistema para comprender todos los documentos históricos de la actividad humana. *Montesquieu*, por su parte, se rehere a una constante en la evolución jurídica: *el espíritu de las leyes*, título homónimo de su obra capital. Véase: Giorgio del Vecchio. *Filosofía del Derecho*, op. cit., pp. 76-82.

¹²⁵ Cfr. *Federico Carlos de Savigny. De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho*, op. cit.

¹²⁶ En este punto hemos seguido el análisis que de la obra de *Stammler* realiza *Karl Larenz* en su libro *Derecho Justo. Fundamento de Ética Jurídica*, Trad. Luis Díez-Picazo. Civitas. Madrid. 1993. pp. 21-32. así como el capítulo XXII que sobre la obra de *Stammler* aparece en el libro ya citado de José María Rodríguez Paniagua: *Historia del pensamiento jurídico*, pp. 213-222.

Ibid.

*dados. Es injusto, en cambio, cuando no cumple con tales criterios o ya no se corresponde con los mismos.*I**

8.2.15 Del Vecchio: el sentimiento de justicia

152. La obra de *Giorgio del Vecchio* (1878-1970) trae de nuevo a la palestra, con importantes ajustes, sobre todo en su versión clásica, *la idea del Derecho natural como parámetro de justicia*. "El Derecho natural es, pues — acota el propio autor— el criterio (pie permite valorar el Derecho Positivo y medir la intrínseca justicia del mismo."¹⁰⁰ Conviene decir que el filósofo italiano achaca al iusnaturalismo clásico el haber atribuido al Derecho natural una *verdad fenoménica que no le corresponde, identificando un concepto metafísico con el concepto físico de la naturaleza*. Para Del Vecchio el *Derecho natural es un ideal racional que se desarrolla en sentido puramente deontológico*, es decir, en el ámbito de los deberes. Del hecho, insiste este autor, de que tal Derecho natural no exista o no se haya realizado como fenómeno no se sigue su inconsistencia como exigencia o como ideal.
153. Del Vecchio no se conforma con afirmar que el Derecho natural es el parámetro de la justicia, sino que elabora, a la manera de Kant y siguiendo a éste, una serie de *principios morales o imperativos* que constituyen el *contenido de su idea de justicia*. En primera instancia. Del Vecchio piensa *que tanto el Derecho como la moral tienen su principio en la esencia o naturaleza del hombre*. Sin embargo, el Derecho a diferencia de la moral posee objetividad en la relación y consagra el *carácter absoluto de la persona*, el cual se convierte en el *eje de las relaciones de convivencia* que regula lo jurídico y que se expresa en la siguiente máxima: *"todo hombre, sólo a fuer de tal, puede pretender no ser tratado por nadie como si sólo fuese un medio o un elemento del mundo sensible"*.¹⁰¹
154. Los alcances de esa máxima corren en dos direcciones: *el hombre puede exigir ser respetado por todos, pero él mismo está obligado a respetar a los demás*, esto es, no pretender someterlos cuando cada uno sólo está sujeto a sí mismo. La máxima de Del Vecchio fortalece la idea de *derechos naturales del hombre*, porque ve en el *carácter absoluto de la persona* su talante inalienable e irreductible, su suprema virtualidad de ser autónomo, base todo ello de un *derecho universalmente propio de la persona*. El criterio de justicia para el filósofo italiano posee un carácter práctico, debe ser aplicado tanto a las relaciones jurídicas, como a la integración del Derecho positivo.¹¹¹
155. Esta *reafirmación incondicionada de la persona humana* que establece Del Vecchio, que es la reafirmación de la justicia, la implica como una de las misiones fundamentales de la filosofía del Derecho: *"La mente humana — concluye nuestro autor— nunca ha permanecido pasiva frente al Derecho: jamás se ha dado por plenamente aquietada con el hecho consumado, como si ésta fuese un límite insuperable. Todo individuo siente en sí la facultad de juzgar y de valorar el Derecho existente: cada uno tiene dentro de sí el sentimiento de la justicia "*.^{1,2}

¹⁰⁰ *ibid.*

Giorgio del Vecchio. *Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 526. Véase también del mismo autor. *Supuestos, concepto y principio del Derecho*, Trad. Cristóbal Masso Escofel. Bosch, Barcelona. 1962.

¹⁰¹ Del Vecchio. *Filosofía...* op. cit. p. 518.

Cfr. Giorgio del Vecchio. *Los principios generales del Derecho*, op. cit.

Del Vecchio: *Filosofía...* op. cit.

8.2.16 Radbruch: un mismo filósofo, dos ideas de justicia

156. *Gustav Radbruch (1878-1949)* resulta un caso singular, pues de ser un pensador identificado con el positivismo hasta 1933,¹³⁴ luego de los horrores que experimentó por causa de la Segunda Guerra Mundial y el régimen nacional socialista, cambia su postura de forma radical y se "convierte" al iusnaturalismo. tal y como lo prueba su famoso ensayo aparecido en 1946, "**Arbitrariedad legal y derecho supralegal**".¹³⁴ Pues bien, en el primer Radbruch, el Radbruch mpositivista, *la seguridad jurídica se encuentra por encima de la justicia: "El juez — escribe nuestro autor— tiene el deber profesional de hacer valer la voluntad de validez de la ley, sacrificar a la autoridad del derecho su propio sentimiento jurídico, preguntarse sólo qué es derecho y no si también es justo. /...Ya que ...¿por más injusto que pueda ser el contenido del derecho, hay un fin que siempre cumple en virtud de su mera existencia: el de la seguridad jurídica."*¹³⁵

157. En el ensayo antes citado, *la transformación experimentada por Radbruch es sustancial*, ya que acepta una excepción fundamental a la regla antes referida, invirtiendo su marcado sentido legalista. Y es que en aquellos casos en que *hubiese un conflicto radical entre justicia y seguridad jurídica, esta última habrá de ceder en aras de la justicia*. Radbruch expresó esta excepción en una frase que no sólo fue famosa entre los filósofos alemanes, sino que tuvo una influencia determinante en los tribunales de la época.¹³⁶ En efecto, diría Radbruch, que si bien por lo general hay que dar prioridad al derecho sobre la justicia, esto sólo es posible *"...a menos que la contradicción del derecho positivo con respecto a la justicia alcance una medida tan intolerable que la ley, en tanto derecho injusto, tenga que ceder ante la justicia"*.¹³⁷ Situación que se concretó, precisamente, con el Derecho impuesto en Alemania por el régimen nazi.

8.2.17 Kelsen: la justicia posible pero no necesaria

158. Cuando hicimos el análisis de la vinculación entre el Derecho y la moral nos avocamos al estudio de la posición kelseniana en torno a la *justicia*.¹³⁸ ¿Por qué? Recordemos que *Hans Kelsen (1881-1973)* piensa que *"En tanto la justicia es una exigencia de la moral, la relación entre la moral y el derecho queda comprendida*

Cfr. Ciuslav Radhruch. *Filosofía del Derecho*, Trad. J. Medina Chavarría, Revista de Derecho Privado. Madrid. 1933. Véase. Gustav Radbruch. *Introducción a la filosofía del Derecho*, Trad. Wenceslao Roces. FCE. México. 1985.+ pp 31-42.

¹³⁴ "Bajo la impresión del nacionalsocialismo, a fines de 1945 —Radhruch, explica Lothar Kuhlen— escribía: '¡t ley es la ley dice el jurista... ta ley vale porque es ley y es ley cuando en la generalidad de los casos tiene el poder de imponerse!...' Esta concepción de la ley y su validez (la llamamos teoría positiva) ha dejado a los juristas y al pueblo indefensos frente a las leyes por más arbitrarias, terribles y criminales que ellas sean' (...) 'Medidas con esa pauta-partes enteras del derecho nacionalsocialista no tuvieron nunca la dignidad del derecho válido', sobre todo aquellas leyes 'que trataron a las personas como seres inferiores y les negaron los derechos humanos'." Véase Lothar Kuhlen, "Violaciones de normas en el Derecho y en la Moral". Trad. Carlos de Santiago, en *Derecho y Filosofía: op. cu.*, p. 181

Ralf Dreier: "**Derecho v moral**", en *ibid.*, p. 81.

¹³⁵ Cfr *ibid.*, p. 82.

Ibid

Véase de este libro el capítulo III de la primera parte, denominado El Derecho y la moral

en la relación entre justicia y derecho"^V Esta afirmación excluye del ámbito del Derecho el tema de la justicia y lo traslada al de la moral. Dicho de otro modo, *el problema de la justicia no es jurídico sino exclusivamente ético*. En su momento señalamos que con esta posición Kelsen no niega la justicia, como de manera errónea se ha dicho, sino que, por virtud del método que impone su teoría pura, la justicia como característica posible de un orden normativo en nada afecta su validez, es decir, *el Derecho*, según Kelsen, *no debe ni necesita ser justo para ser Derecho*.

159. Lo anterior no debe orillarnos a pensar que el filósofo vienés no enfrentó directamente el problema de *la justicia*, ya que lo hizo desde *el relativismo ético*, por virtud del cual llegó a las siguientes conclusiones: "*Si hay algo — escribía el propio Kelsen — que la historia del conocimiento humano puede enseñarnos, es la inutilidad de los intentos de encontrar por medios racionales una norma de conducta justa que tenga validez absoluta, es decir, una norma que excluya la posibilidad de considerar como justa la conducta opuesta*".¹⁴⁰ De donde si bien la justicia existe ésta es *relativa* y por lo tanto *será posible encontrar tantos conceptos de justicia como posiciones morales existan*. ¿A dónde nos conduce el relativismo kelseniano?
160. Según Kelsen su relativismo no implica adoptar una posición amoral. El relativismo ético conduce a la *tolerancia* y la *tolerancia se opone a la idea de un principio absoluto de justicia porque es irracional*. Si es un hecho que los conceptos de justicia varían en función de las circunstancias, épocas, pueblos e incluso dentro de los distintos estamentos de estos últimos, la única posición sostenible, dice Kelsen, desde el punto de vista del conocimiento racional es que *sólo puede haber una "justicia relativa" que no excluirá jamás un ideal opuesto, igualmente válido, de justicia*." "*Debo conformarme —concluye el mismo autor— con la justicia relativa, puedo decir únicamente lo que para mí es la justicia. Como la ciencia es mi profesión y, por lo tanto, lo más importante de mi vida, para mí la justicia es aquella bajo cuya protección puede florecer la ciencia y, con la ciencia, la verdad y la sinceridad. Es la justicia de la libertad, la justicia de la paz, la justicia de la democracia, la justicia de la tolerancia*."^{*2}

8.2.18 Hart: la justicia como la más pública y jurídica de las virtudes

161. El análisis que de *la justicia* realiza *H.L.A. Hart* parte de dos afirmaciones clave: *la justicia es sólo un segmento de la moral y es sólo una de las distintas virtudes o cualidades que se le pueden asignar al Derecho*. En consecuencia, ni cabe asimilar la justicia a la moral, ni inferir que al calificar un Derecho como injusto a éste se le deba tomar por fuerza como inmoral o que no posea otras virtudes distintas a las de la justicia. Hart mismo ha escrito: "*... muy a menudo los autores razonan como si las ideas de justicia y moral fueran coextensas. Hay por cierto muy buenas razones para que la justicia ocupe un lugar de máxima prominencia en la crítica de*

H Kelsen. *Teoría pura*, op. cit., p. 72.

Hans Kelsen. *¿Qué es la justicia?*, Trad. Ernesto Garzón Valdés; Distribuciones Fontamara. México, 1992. pp. 75-76

¹⁴⁰ Cfr. *ibid*.

H Kelsen. *¿Qué es la justicia?*, op. cit., pp. 84-85.

las estructuras jurídicas; sin embargo, es importante advertir que sólo se trata de un segmento de la moral y que las normas jurídicas y su administración pueden tener o no tener excelencias de tipos diferentes".¹⁴¹

162. Hart define a la justicia como *"la más pública y jurídica de las virtudes"*.¹⁴⁴ ¿Por qué? La justicia, piensa el profesor de Oxford, si bien forma parte de la moral no se dirige primariamente a la conducta individual de las personas, sino a la *"...forma en como son tratados clases de individuos"*.¹⁴⁵ Ello otorga a la justicia una especial relevancia en cuanto parámetro fundamental para la crítica tanto del Derecho como de otras instituciones públicas o sociales.
163. Para Hart *la justicia tiene una estructura compleja* compuesta de dos elementos: *uno constante o uniforme* y *otro cambiante o variable*. El elemento uniforme de la justicia se resume en el precepto *"tratar los casos semejantes de la misma manera"*-, y el variable sería *aquel que permite determinar cuándo, para un determinado propósito, los casos son semejantes o diferentes*. Hay así un elemento formal constante y un criterio que varía en función de la clase que se va a clasificar. Empero, subyace en esta idea, según Hart, *la justicia concebida como el derecho que tienen los individuos, entre sí, a una cierta posición relativa de igualdad o desigualdad*.¹⁴⁶
164. El contenido complejo de la justicia como una virtud de las normas jurídicas y del Derecho, distinta de otros valores que éstos pueden encarnar, abre la posibilidad de que *las exigencias de justicia puedan entrar en conflicto con otros valores*. Hart ejemplifica cómo en muchos casos la idea de justicia como igualdad se sacrifica en función de valores como la seguridad o el bienestar de la sociedad. Esto delata una *importante vinculación entre las ideas de justicia y bienestar social*, es más, señala Hart *"...una elección efectuada sin considerar previamente los intereses de todos los sectores de la comunidad sería criticable por parcial e injusta"*.¹⁴⁷

8.2.19 Rawls: la justicia como equidad

165. John Rawls, quien fuera profesor de la Universidad de Harvard, publicó en 1971 un libro denominado *Teoría de la justicia* (*A Theory of Justice*),¹⁴⁸ cuya importancia radica en haber replanteado en términos modernos el tema de la justicia, valiéndose, *con un mayor grado de abstracción, de la teoría tradicional del contrato social tal y como fue presentada por Locke, Rousseau y Kant*.¹⁴⁹ Las ideas principales en que se sustenta su teoría, según el propio Rawls, *son clásicas y bien conocidas*, empero, su estructuración es ciertamente sugerente, lo que sin duda ha hecho de la obra rawlsiana una de las más influyentes de fin de siglo, sobre todo en el ámbito jurídico angloamericano. Una característica más del trabajo de Rawls que resulta digna de ser destacada es que su teoría ofrece una visión no utilitarista ni intuicionista de la justicia. Aquí, dadas las pretensiones de este capítulo, nos referiremos a dicha teoría sólo en algunos de sus aspectos más sobresalientes.

¹⁴¹ H. L. A. Hart. *El concepiu de Derecho*, op. cit., p. 190.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 208.

¹⁴⁵ *Ibid.*

¹⁴⁶ Cfr. *ibid.*, p. 199.

¹⁴⁷ *Ibid.*

¹⁴⁸ John Rawls, *A Theory of Justice*. The Belknap Press of Harvard University. Cambridge, Massachusetts, 1980.

¹⁴⁹ Cfr. *ibid.*, p. viii.

166. Rawls coloca a la *justicia*, de nueva cuenta, en un sitio protagónico, considerándola como "...la primera virtud de las instituciones sociales..."¹⁵⁰ Con tal afirmación nuestro autor quiere decir que *la justicia es el elemento determinante para el funcionamiento de la estructura básica de la sociedad*, esto es, el mercado libre, la familia, la propiedad privada de los medios de producción, etcétera. La *justicia*, sin embargo, no es un asunto de estricta moralidad, sino más bien una *actitud, convicción o disposición de ánimo que facilita el desempeño de dichas instituciones* a cuyo cargo está la distribución de derechos y deberes fundamentales, así como el reparto de las ventajas que resultan de la cooperación social.¹⁵¹
167. Una de las aportaciones más destacadas de Rawls es la elaboración de una serie de *principios de justicia* que supuestamente *serían adoptados de forma voluntaria por individuos libres y racionales para promover sus propios intereses pero dentro de un esquema de cooperación social*.¹⁵² Con tal propósito Rawls realiza un ejercicio teórico o hipotético para conseguir la mayor legitimidad posible en la obtención de tales *principios*, buscando que éstos sean adoptados gracias al *equilibrio reflexivo* que llevan a cabo personas colocadas en un estado de naturaleza en el que prive una radical igualdad (*posición original*)¹⁵³ y donde ninguno conozca (*"velo de ignorancia"*)¹⁵⁴ ni, por tanto, obtenga ventajas de sus dotes personales o posición social y sólo se guíe por el propósito de elaborar reglas que hagan viable, en esencia, *la mayor libertad posible para todos* y el que *las desigualdades sirvan también para el beneficio de todos*.
168. Este ejercicio hipotético permite que las personas arriben a una *concepción general de la justicia que guiará a la sociedad* y la cual se sustenta en estos principios: *los bienes serán repartidos a todos por igual*, pero si se diese el caso de *una distribución desigual ésta sólo se justificará si tiene por objeto el beneficio de todos y cada uno de los individuos*.¹⁵⁵ Si bien, piensa Rawls, los principios tienen ese mismo orden de prioridad, en cada caso éste estará determinado por el nivel de desarrollo de cada sociedad, su grado de riqueza y su propia cosmovisión. Ahora bien, cuando esa sociedad, piepsa Rawls entre otros criterios, ha logrado que sus libertades básicas puedan ser plenamente ejercidas, será posible *aplicar otros principios de justicia más específicos junto con su regla de prioridad*.
169. El primer principio de justicia de la teoría rawlsiana es el siguiente: "*Cada persona ha de tener un derecho igual al sistema total más amplio posible de iguales libertades básicas que sea compatible con un sistema similar de libertades para todos*".* Es decir, las personas podrán gozar y ejercer libertades tales como la de tránsito, conciencia, opinión, manifestación, derechos políticos y sociales y todos los demás derechos humanos fundamentales posibles en la medida que el resto de los miembros de la sociedad los puedan ejercer también. Por lo tanto, según este primer principio, *para Rawls no se justificaría ningún sistema de derechos fundamentales por más amplio que fuese, si sólo protegiera a ciertos individuos a costa de los otros*.

J Rawls, *op. cit.*, p. 4.

Cfr *ibid.* p. 7

Cfr *ibid.* p. 54. El mismo Rawls ha advertido que: "*Estos principios de justicia para las instituciones no deben ser confundidos con los principios que se aplican a los individuos y sus acciones en determinadas circunstancias*." Ul *supra*. *Ibid.* pp. 12 y ss. Cfr Chandran Kukathas y Philip Petit, *Rawls. A Theory of Justice and its Critics*. Stanford University Press. Stanford, California. 1990. pp. 17-34.

¹⁴¹ Cfr. J. Rawls, *op. cit.*, p. 12.

¹⁵² *Ibid.* p. 303.

170. El segundo principio de justicia reza así: *"Las desigualdades sociales y económicas deben ser dispuestas de modo tal que ellas satisfagan estas dos condiciones a) deben ser para el mayor beneficio de los que se encuentran en la posición social menos aventajada (principio de diferencia) y b) deben adjudicarse a funciones y posiciones abiertas a todos bajo condiciones de una equitativa igualdad de oportunidades"*.¹⁵⁷
171. De ambas condiciones a que puede sujetarse este segundo principio, la del *principio de diferencia* es, sin duda, la más importante, porque sugiere una fórmula de funcionamiento para que los sacrificios sociales no recaigan, como suele suceder, en las espaldas de los menos favorecidos. *El principio de diferencia* otorga la pauta para la configuración de una base de moralidad mínima sobre la cual pueda construirse un sistema de *justicia social*. Esto es, sugiere Rawls, **no ceder a la fácil tentación de sacrificar a los más débiles**.
172. La segunda condición de este segundo principio a su vez da pauta a la consideración de un *punto de partida de elemental justicia que regule la competencia que se da entre los miembros de un grupo social* para conseguir posiciones sociales, como el empleo o acceso a una universidad, por ejemplo. Este condicionamiento del segundo principio *enfatiza la nada fácil tarea de eliminar o al menos atenuar las ventajas notorias de que algunos gozan*, ciertamente circunstanciales e inmerecidas, y que provienen de su posición económica, relaciones sociales, acceso exclusivo a la educación o a información privilegiada, etcétera. Ventajas que hacen sumamente injusto, sobre todo para los menos favorecidos socialmente, el acceso a los mejores empleos, puestos y posiciones sociales sólo en favor de unos cuantos y, como siempre sucede, a costa de los peor situados socialmente.
173. Rawls emite, para la ordenación de tales principios una **regla de prioridad** que gira en torno a la *libertad como valor límite*. Dicha regla de prioridad es la siguiente: *"Los principios de justicia han de estar categorizados en orden lexicográfico"*TM y, por tanto, *la libertad sólo puede ser restringida en beneficio de la libertad*". Son casos de posible restricción: a) *una libertad menos extensa tiene la consecuencia de reforzar el sistema total de libertad compartido por todos*; y b) *una libertad inferior a la igual ha de ser necesariamente aceptable para los ciudadanos con esa menor libertad*.^{1W}
174. Rawls se opone a que se sacrifique la libertad en la obtención de ciertos derechos o ventajas si ello no repercute en el beneficio de la libertad de todos. Bajo los principios de justicia del sistema rawlsiano no podría justificarse una medida económica o de política pública como, por ejemplo, la lucha contra la inflación, si esto no hace posible una mejora en las libertades de todos. De ahí que Rawls defina la **injusticia** en términos muy simples, como *"...las desigualdades que no redundan en el beneficio de todos"*.¹⁶⁰
175. De la sola lectura de los principios de justicia antes transcritos resulta fácil percatarse de las complejas implicaciones de muy distinta índole que conlleva la obra de John Rawls.¹⁶¹ La trascendencia del esfuerzo de este autor radica, entre otras

Ibid., pp. 60 y 302.

¹⁵⁷ *Ibid.*, pp. 60-61 y 302-303.

Por orden lexicográfico entiende Rawls, simplemente, la lógica con que están sistematizadas las palabras de un diccionario. Ver nota de la página 42 de la versión de *A Theory of Justice* aquí citada

^{1W} *Ibid.*, p. 302.

¹⁴⁰ J. Rawls, *op. cit.*, p. 62.

virtudes, en haber otorgado un predicado específico a la idea de justicia, con los enormes riesgos teóricos que ello supone y que Rawls ha tenido la honestidad de afrontar. Asimismo, ha de subrayarse que en la base del pensamiento rawlsiano están la valoración del ser humano y la de su libertad, en un sentido kantiano. No cabe duda que la obra de Rawls sugiere, teniendo siempre esos valores como directriz y como límite, un camino nada despreciable para intentar resolver los dilemas y avatares en que se baten las cada vez más complejas sociedades modernas.

CUADRO 8.8 Repaso histórico de algunas doctrinas sobre la justicia

1. Especulaciones presocráticas

- **Homero:** La polis como microcosmos. Es injusto todo aquello que infrinja el orden establecido. Ley (Themis) como decreto de carácter sagrado.
- **Hesíodo:** Ensalza la idea del Derecho (Dikè) que se opone a la arbitrariedad (hybris). La justicia como fuerza racionalizadora y ordenadora de la realidad.
- **Anaximandro:** La justicia es el retomo de todas las cosas a su primer principio, conforme a la ley de estricta justicia que rige el curso del universo.
- **Pitágoras:** La justicia es la igualdad matemática perfecta que resulta de la relación aritmética entre términos extremos (4/2x2 9/3x3). La justicia es un orden natural y objetivo que está sujeto a la ley del número y no sólo a la voluntad humana.
- **Parménides:** La justicia como principio estático que asegura la inmutabilidad del ser.
- **Heráclito:** Nada permanece fijo y estable, todo fluye. El logos es una ley universal eterna de la que por vía de la razón los hombres obtienen las normas de su comportamiento.
- **Solón:** La justicia como igualdad (Isonomía) y la igualdad como base de la democracia.
- **Esquilo:** Toda injusticia comporta necesariamente la justicia como destino manifiesto.
- **Sófocles:** Existe un posible antagonismo entre leyes humanas y divinas. Origen del iusnaturalismo ontológico.
- **Protágoras:** El hombre es la medida de todas las cosas, de las que son en cuanto son, de las que no son en cuanto que no son.
- **Georgias, Hipias, Calicles, Trasímaco:** La ley es un producto de la naturaleza humana; interés y conveniencia son los únicos pilares del edificio social.

1. Sócrates: Justicia y obediencia al Derecho.

La justicia es obrar conforme a la Ley. La ley positiva se basa en leyes no escritas fundadas en la voluntad de la Divinidad, lo que otorga a las leyes humanas carácter sagrado. Es preferible padecer una injusticia antes que cometerla.

2. Platón: La justicia como equilibrio

La justicia es una virtud para referirse tanto al Estado como al individuo.

La justicia en un Estado es la relación armónica basada en la prudencia, el valor y la templanza.

Hombre justo es el hombre sabio, templado y valeroso.

3. Aristóteles: La justicia como término medio.

La justicia es el justo medio entre el exceso y el defecto. Es una virtud total y perfecta; su esencia es la igualdad.

JUSTICIA DISTRIBUTIVA. CADA UNO HA DE RECIBIR EN FUNCIÓN DE SU PROPIO MÉRITO.

Justicia correctiva o sinalagmática: es la paridad en las obligaciones voluntarias.

"Entre lo que se da y recibe"; igualdad en las obligaciones involuntarias: exacta correspondencia entre el delito y la pena.

¹⁶¹ Cfr. Kukathas y Pciitit, *op. cit.*, p. 60.

4. La justicia en Roma: Ulpiano y Cicerón

Ulpiano: *La justicia es la voluntad constante y perpetua de dar a cada uno su derecho.*

Cicerón: *La justicia no se funda en las leyes positivas sino en la ley natural.*

5. San Agustín: El Estado y la guerra justos

Debe distinguirse entre ley eterna, natural y humana. Eterna: *razón o voluntad de Dios, inmutable y universal.* Ley natural: *reflejo de la eterna.* Ley humana o temporal: *derivación de la eterna a través de la natural, si se aparta de la voluntad de Dios no será verdaderamente una ley*
Justicia: *cualidad que distingue al Estado de cualquier otra asociación de hombres con fines abyectos.*

6. Santo Tomás: justicia y bien común

La ley es el principio regulador de las acciones humanas en vista de un bien común en el cual va implícito el bien individual. La ley es una prescripción de la razón, en vista de un bien común, promulgada por aquél que tiene a su cargo la comunidad.

7. La Justicia en la escuela clásica del Derecho natural

Grocio: *El Derecho natural es expresión de la razón y la razón es la que nos dice lo que es justo e injusto. Lo justo es aquello que se demuestra conforme a la naturaleza social del hombre.*

Hobbes: *Hasta que surge el Estado puede hablarse de justicia; donde no hay ley no hay injusticia y no hay ley donde no exista una voluntad superior que la imponga.*

Spinoza: *La razón es el toque de divinidad que nos permite ir más allá del mero instinto e impone límites concretos al poder. La razón humana hace posible un poder superior que subordine a todos bajo cuyo auspicio se concibe la justicia.*

Locke: *La justicia surge en la constitución de la sociedad civil. El poder nace del pueblo que no cedió todos sus derechos subjetivos que deben ser protegidos por el Estado.*

Puffendorf: *El Estado es una persona moral independiente de aquellos que lo conforman, cuyo fin es procurar la seguridad y la paz común. El Estado y el derecho positivo deben subordinarse al Derecho natural.*

Tomasio: *Lo justo es el principio central del Derecho, el ius, que se ocupa de las acciones humanas que perturban la paz exterior, su exigencia es la de no hacer al otro lo que no se quiere para sí*

8. La Justicia en los clásicos españoles del Derecho natural

Francisco de Vitoria: *Prevé un Derecho a la autodeterminación de todos los pueblos (sub specie orbis) y desarrolla la idea de una comunidad jurídica internacional con base en el ius inter gentes. La ley natural es fuente y guía de las fuentes positivas, si éstas son contrarias a aquélla no tienen fuerza de ley por ser injustas.*

Domingo de Soto: *La justicia es una virtud moral especial cuyo fin es practicar lo justo. La justicia, dirá este autor siguiendo a Ulpiano, es un hábito en el que con voluntad perpetua y firme se da a cada uno lo suyo. Juzgar es decir lo que es justo.*

Francisco Suárez: *La justicia es una constante afirmación de la superioridad del mundo del espíritu sobre el de la materia, y la compenetración de la justicia con la caridad. El Derecho está íntimamente ligado a la moral; el orden jurídico debe mantenerse dentro del orden moral.*

9. Hume, Bentham, Mili: la utilidad como justicia

Hume: *La justicia es una virtud artificial, inventada por el hombre en función de la utilidad.*

Bentham: *La justicia es lograr la felicidad del mayor número.*

Mili: *Teórico de la libertad, al afirmar la soberanía del individuo sobre sí mismo. La libertad termina donde la del otro comienza.*

10. Rousseau: el contrato social

Las relaciones humanas en sociedad deben basarse en leyes justas y la voluntad unánime de los ciudadanos; la libertad sujeta a las leyes.

11. Kant: libertad, moral y justicia

La justicia es libertad, que debe coexistir con la de los demás. El Estado actúa con justicia si cumple con el contrato social, respetando la libertad negociada.

12. Savigny: el historicismo jurídico
La justicia es un concepto relativo en términos culturales e históricos.
13. Stammler: el Derecho justo
El Derecho positivo es un ensayo de lo justo. Un Derecho justo es el que está internamente fundado.
14. Del Vecchio: el sentimiento de justicia
El Derecho natural es el criterio que permite valorar el Derecho positivo y medir su intrínseca justicia. El Derecho natural es una idea racional que se desarrolla en el ámbito de los deberes.
15. Radbruch: un filósofo, dos ideas de justicia
La seguridad jurídica se encuentra por encima de la justicia
(Primer Radbruch).
En caso de conflicto radical entre justicia y seguridad jurídica, ésta última cederá en aras de la justicia.
(Segundo Radbruch).
16. Kelsen: la justicia posible pero no necesaria
La justicia es una exigencia de la moral, una de las virtudes del Derecho. La justicia es relativa y es la de la libertad, la paz, la democracia y la tolerancia; es decir, donde pueda florecer la ciencia.
17. Hart: la justicia como la más pública y jurídica de las virtudes
La justicia es un segmento de la moral, una de las virtudes del Derecho; posee una estructura compleja con un elemento constante y otro variable. La justicia es el derecho que tienen los individuos, entre sí, a una cierta posición relativa de igualdad o desigualdad.
18. Rawls: la justicia como entidad
La justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, es un elemento determinante para el funcionamiento de la estructura básica de la sociedad. La justicia no es un asunto de estricta moralidad sino una actitud que facilita el desempeño de las instituciones sociales que se basa en principios adoptados voluntariamente por individuos libres y racionales.

8.3 Acceso a la justicia

176. En los diferentes capítulos de este libro y en éste, por supuesto, se han aportado elementos metodológicos y normativos para la comprensión del fenómeno jurídico y para la realización de su valor por excelencia, la justicia. Por ello, resultará de enorme utilidad llevar a cabo un ejercicio intelectual que nos permita entender *cómo es que el Derecho y la consecución de la justicia lidian con su propia problemática (sistémica) y, sobre todo, de qué modo le afectan los factores y problemática que son externos a él (extrasistémicos)*. En el primer caso, *nos referimos a problemas relativos a la calidad técnica del sistema jurídico en cuestión*; en el segundo, *se alude a la multiplicidad de factores extrínsecos como las circunstancias políticas, sociales, culturales, históricas y económicas en las que el Derecho y la justicia se desenvuelven, y que los juristas tienden a menospreciar y hasta ignorar*.
177. Afortunadamente, esta *proclividad a pensar que el Derecho todo lo mide o que su desenvolvimiento y, por lo tanto, la aplicación de las normas jurídicas y su eficacia es ajena a factores externos está siendo, poco a poco, superada*. A ello han contribuido y contribuyen las nuevas tendencias para ver y entender lo jurídico, tal es el caso, por ejemplo, del llamado *análisis económico del Derecho*, así como

los estudios de *acceso a la justicia* del tipo que nos proponemos presentar en esta parte del libro. Unas y otras contribuciones mucho ayudan en una conceptualización distinta del fenómeno jurídico y del modo y manera, siempre modesta pero no menos determinante, en que puede coadyuvar a la mejora de la vida social.

178. En efecto, ejercicios de esta impronta permiten proponer, desde ópticas basadas, principalmente, en una visión económica del Derecho o la teoría de la justicia, *esquemas o modelos metodológicos* para el análisis del problema de aquello que la dogmática y doctrina jurídicas han dado en llamar *acceso a la justicia*. Los estudios de *acceso a la justicia* son de naturaleza formal y *permiten entender con más claridad diversos asuntos torales, entre otros, pero fundamentalmente: qué es la justicia y cómo es y cuándo que se produce en un sistema u ordenamiento jurídico*. Lo anterior, además, permite comprender que el *asunto de Injusticia* es una *cuestión multifactorial*, por ende y bajo ninguna circunstancia exclusivamente jurídico, por lo que las medidas que han de adoptarse para alcanzarla deben ser del mismo orden, esto es, multifactoriales, integrales y, si cabe, holísticas.
179. Un estudio de acceso a la justicia no ignora el debate sempiterno relativo a los valores o principios que, se supone, constituyen o deben constituir a la justicia, simplemente *explica cómo tales valores o principios se comunican con la legalidad y, de qué forma operan en los ordenamientos jurídicos*. Por lo tanto, **un esquema metodológico de este tipo resulta aplicable a cualquier clase de valores o principios que se crea constituyen el contenido de la justicia, puesto que su propósito es explicar la forma en que esos valores funcionan respecto de la legalidad y cómo es que se constituyen en un elemento paradigmático de validez material para dotar de sentido a tal legalidad o al ordenamiento jurídico**, para decirlo más precisamente.
180. Empero, el problema del acceso a la justicia para ser cabalmente comprendido, según hemos hecho hincapié, *debe ser estudiado concibiendo al Derecho como un fenómeno que se desenvuelve en un contexto social, cultural, histórico, económico y político que afecta y hasta condiciona su realización*.¹⁶¹ En efecto, *el Derecho no es un fenómeno que se verifique en un ámbito atemporal, y jamás se presenta solo o aislado*.¹⁶²
181. Siendo así, nuestro análisis se propone, de manera genérica, plantear **cuáles son los factores ya intrínsecos al Derecho, ya extrínsecos a él que impiden la realización de la justicia**. Es un hecho, según puede suponerse, que el Derecho se ve las más de las veces afectado por ambos factores. En tal virtud, si no somos capaces de discriminar con la mayor precisión posible dónde y porqué se dan unos y otros, cómo se generan y caracterizan, resultará prácticamente imposible determinar, y en su momento implementar, las medidas preventivas y correctivas adecuadas para combatirlos. Cuestión esta que, por cierto, viene a ser muy común cuando se emprenden programas de reforma o transformación cuya pretensión es mejorar los sistemas de justicia en los Estados. Estos programas suelen ser casi siempre parciales, y en consecuencia, hartó insuficientes, lo que es prueba evidente del desconocimiento del carácter complejo y la naturaleza variada de los factores que afectan el acceso a la justicia.

Véase, respecto a estos factores lo dicho en el capítulo I de este libro, inciso 14.

¹⁶¹ Véase Norberto Bobbio, *Teoría del ordenamiento jurídico*, op. cit. p. 189.

¹⁶² Véase como ejemplo de este tipo de concepciones el trabajo del Banco Interamericano de Desarrollo y el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Acceso a la justicia y equidad Estudio en siete países de América latina*. José Thompson, Coordinador Académico, San José. 20XX

182. En atención a lo que precede, los apartados que siguen abordan el problema del *acceso a la justicia* en los siguientes términos:

1. Se harán, primero que nada, algunas *consideraciones previas* que *son necesarias para la comprensión del enfoque metodológico, objetivos y alcances concretos de los temas tratados*. Posteriormente se explicará, desde un esquema eminentemente formal, *cómo es que se produce la justicia*; al efecto se empleará la *Tesis del doble estándar valorativo del Derecho* (dev).
2. Con base en esta tesis se *diseña un esquema formal de la justicia, así como de los factores extrínsecos e intrínsecos que la afectan y que, consecuentemente, explican los diversos óbices que impiden el acceso a la misma*.
3. Sobre esos factores, especialmente los **extrínsecos**, se han elegido y agrupado criterios muy genéricos que permiten mostrar inicialmente o de forma aproximada *cómo algunos problemas sociales, respecto de cuya existencia existe consenso, afectan el desarrollo de la justicia o el acceso a la justicia*. Así, por ejemplo, se pone a prueba el Derecho y su funcionamiento, enfrentándolo con los innegables **problemas de corrupción**, ya en el sistema político en su conjunto ya en el poder judicial en lo particular. De igual manera, se plantean cuestiones muy generales de **falta de desarrollo económico de una comunidad**, como las que padecen aquellos sectores de la población que se encuentran en la llamada línea de la supervivencia. Resulta incontestable que si dichos sectores no tienen acceso a una alimentación y vivienda dignas, menos aún tendrán acceso a la justicia.

Huelga decir que dichos factores pueden enunciarse, estructurarse, agruparse y plantearse de un modo más preciso, esto es, ofreciendo datos empíricos o criterios que pueden ser corroborados. El aporte de pruebas concretas nos permitirá saber, todavía con mayor precisión, cuánto es que efectivamente afectan el acceso a la justicia.

8.3.1 Consideraciones previas

183. Ahora bien, el tema del *acceso a la justicia* —y la problemática que conlleva— pueden ser conceptuados, entendidos y estudiados, al menos, desde otra terna de puntos de vista de otras tantas disciplinas. El primero podría ser desde la *Dogmática jurídica* en general o desde el **Derecho positivo de los derechos humanos**,¹⁶⁴ en particular. Es decir, concibiendo el *acceso a la justicia* como un **derecho humano fundamental recogido por las constituciones políticas de los Estados y las convenciones o tratados internacionales**. En este sentido podría ser definido como un tipo o clase de derecho humano, a saber: *aquella garantía que poseen los gobernados consistente en la facultad de acceder, en condiciones de igualdad, al sistema de medios jurisdiccionales y no jurisdiccionales por virtud de los cuales las instituciones del Estado prevén, amparan y sancionan, eficazmente, cualesquier actos u omisiones que pudieran vulnerar o vulneren los derechos humanos fundamentales reconocidos por el Derecho nacional e internacional*.

184. La anterior definición busca establecer los alcances del *derecho de acceso a la justicia* como uno de *carácter complejo y cuya satisfacción queda a cargo del Estado*. Es en este entendido que requiere de acciones u omisiones que den satisfacción a sus varios componentes.

185. Para empezar se trata de un derecho que se consagra en una *garantía*, en tanto estatuto técnico instrumental, que por supuesto debe poseer nivel constitucional; es decir, adquiere una forma jurídica de jerarquía específica. Sus repercusiones jurídicas son, por tanto, mayores que las de un derecho humano, en sentido estricto, plasmado en figuras como las de derecho subjetivo público individual o derecho de la personalidad, pues *el derecho de acceso a la justicia ampara a todo tipo de personas jurídicas existentes en un Estado y no sólo a las personas físicas o individuales, y se impondría a derechos en posible pugna que se encuentren en un nivel jerárquico menor.*
186. El acceso a la justicia es un derecho que concretaría la posibilidad real de emplear medios jurídicos de muy diverso tipo que hagan efectiva la legalidad y, por ende, la *seguridad jurídica*. Más aún. *podría decirse que el acceso a la justicia es condición sine qua non de dicha seguridad jurídica, pues sin los medios para hacerla efectiva ésta carece de garantías de realización.*
187. Por cierto, la definición propuesta no alude exclusivamente a los medios de defensa, dicho así en plural, sino al *sistema de medios* y, de tal guisa, a un *conjunto ordenado y articulado de formas de promoción, prevención y protección de distinto tipo, jerarquía y alcance sin los cuales no puede darse un efectivo acceso a la justicia.*
188. Esta concepción del acceso a la justicia pugnaría con la idea de que un solo medio o varios medios pero asistemáticos sean, precisa y respectivamente, por su carácter singular o por su falla de articulación, una forma adecuada de cumplimiento del derecho de acceso a la justicia. Es decir, que medios de defensa jurídica instrumentados de forma aislada, no jerarquizados —y por tanto no organizados sistemáticamente— que impidan al gobernado prevenir y defender por distintas vías una vulneración a sus derechos, no constituye una garantía eficaz. Dicho de una manera más explícita: un sistema u ordenamiento jurídico cuyo derecho de acceso a la justicia no pueda, efectivamente, según sea el caso, *prever y por tanto evitar la vulneración; resarcir y por lo tanto compensar el daño; sancionar y por lo tanto disuadir a cualquier potencial violador.* De esta manera el acceso a la justicia cabalmente entendido, permitirá atender los indicios o efectos de actos u omisiones potencial o realmente vulneratorios de derechos fundamentales, o de las garantías otorgadas en favor de todo gobernado.
189. Cuando se afirma, pues, al carácter complejo del **derecho de acceso a la justicia** quiere significarse que su cumplimiento sería equivalente a plantear que un gobernado se encuentra en condiciones de diseñar, en el ámbito de un determinado Estado de Derecho, una estrategia de defensa que comprenda un *cuadro completo de acciones jurisdiccionales y no jurisdiccionales con las cuales puede proteger la totalidad de la esfera jurídica con que queda amparada su vida e interacción social.* Por ello es que el **acceso a la justicia** puede ser considerado como un *derecho que con un carácter integral permite prevenir o amparar, en los términos de la legalidad prevaleciente, las diversas dimensiones y esferas que comporta la personalidad jurídica de los gobernados.*
190. Asimismo, se trata de un derecho cuyo goce está especialmente *sujeto al principio de igualdad.* Las implicaciones de esta exigencia son múltiples y no puede dejar de subrayarse que *la violación al derecho de acceso a la justicia puede partir de formas muy variadas de discriminación* —según veremos— social, política, racial, cultural y, por supuesto, económica. En tal virtud, *toda forma de discriminación*

tiene un efecto o consecuencia, directa o indirecta, en el ámbito del acceso a la justicia.

191. Ahora bien, otro ángulo desde el cual podría enfocarse el acceso a la justicia sería el que se lleva a cabo, según hacemos aquí, *desde un enfoque de teoría de la justicia*. Tal consideración podría plantearse incluso de una forma más clara: *todo análisis acerca de la problemática sobre acceso a la justicia es, de uno u otro modo, una reflexión vinculada con la teoría de la justicia*.
192. Esta precisión resultará menos obvia y adquiere sentido pleno apostillando lo siguiente: *la justicia, si bien es un asunto de juristas no es, sin embargo, un asunto de su exclusiva incumbencia y escapa a un análisis meramente dogmático*. De entrada, éste, el de la justicia, *es un asunto que posee implicaciones morales de particular importancia*, toda vez que tiene que ver con asuntos relativos a la dignidad de las personas, los fines y la misión del Estado, así como la determinación de aquello que se considera valioso para una sociedad, entre otros temas que, como se ve, exceden con mucho cualquier ambición meramente jurídico-dogmática y que pudieran inducir a la tentación de encasillar este tema en esa dimensión exclusivamente.
193. Los asuntos relativos al acceso a la justicia están indudablemente salpicados de consideraciones propias de los distintos órdenes a los que pertenecen las referencias previas; esto es, morales, axiológicas, de filosofía política, etcétera. Ello significa que desde el punto de vista de la teoría de la justicia resultará insoslayable un *análisis crítico* respecto de la acción del Estado, de los principios de justicia que postula y la manera en que pretende satisfacerlos.¹⁶⁵ De tal suerte, *el acceso a la justicia no es un asunto que se agota en la legalidad y la pura transformación o el mero perfeccionamiento del ordenamiento jurídico* -, éste sería sólo una parte del problema y, al unísono, origen del que medra la visión reduccionista con que este lema suele tratarse.
194. Es de acuerdo con lo anterior que para los efectos de análisis de este tipo conviene traer a colación la ya enunciada *idea rawlsiana*, de que *la justicia es un elemento determinante para el funcionamiento de la estructura básica de la sociedad* y que, por lo tanto, *no es la justicia un asunto de estricta moralidad sino más bien una actitud, convicción o disposición de ánimo que facilita el desempeño de las instituciones sociales*.¹⁶⁶
195. Esta consideración previa nos permite coincidir, asimismo, con la afirmación y el argumento de que en el ámbito de la vida pública la justicia constituye, jerárquicamente hablando, *la primera virtud de las instituciones sociales*. De tal manera, **las instituciones sociales pueden y deben ser juzgadas en su funcionamiento por el paradigma de la justicia**, en tanto la media o rasero que nos permitiría concluir —juzgar—, *acerca de la buena o mala marcha de las instituciones que sirven a los intereses de la sociedad, y se supone, a ellos deben subordinarse*.
196. Aceptar un concepto de justicia de este tipo implica conceder en que ésta posee una *naturaleza referencial o paradigmática*, esto es, que las conductas o acciones humanas y el desempeño de las instituciones sociales son justas o injustas

¹⁶⁵ Un ejemplo arquetípico de este tipo de análisis se encuentra en obras como la de John Elster, *Justicia local —De qué modo las instituciones distribuyen bienes escasos y cargas necesarias—* Trad. Elena Altamian, Gedisa, Barcelona, 1994.

¹⁶⁶ Cf. John Rawls, *A Theory of Justice*. op. cit., pp. 4, 7, 60, 61, 302 y 303. Véase también la Conferencia V "Prioridad de lo justo e ideas del bien" en J. Rawls. *liberalismo político*, Trad. Sergio René Madero Báez. FCE, México. 1996, pp. 171-199.

porque cumplen o incumplen, según corresponda, con "algo", es decir, *aquello que constituye el contenido de la justicia*. Y lo que constituye el contenido de la justicia para tener sentido como **paradigma o guía de acciones o conductas de individuos e instituciones**, debe ser considerado *valioso, útil, correcto o razonable; esto es, un criterio o argumento último para fundar decisiones sociales e institucionales, todavía y con mayor razón, en casos límite, dilemáticos o especialmente difíciles*.¹⁹⁷

197. Obviamente, es en el análisis de los elementos, valores, criterios de utilidad o ra/onabilidad donde el estudio de la justicia transita a la metaética, e implica determinar el estatus epistemológico y lógico de aquellos elementos. Aquí, dado que el objetivo propuesto en estas páginas es otro, *no profundizaremos en el terreno de la metaética y nos limitaremos a señalar el esquema operativo de la justicia, no de los contenidos de lo que se aprecie o defina como justo*. Sin embargo, *se consideran adecuados y razonables contenidos de justicia del tipo derechos humanos o derechos liberales* cuya asunción, en todo caso, en nada afectaría la validez metodológica del esquema de justicia propuesto (*Tesis del doble estándar valorativo*) el que, pensamos, opera de la misma manera en todos los casos en que nos encontramos ante un sistema jurídico vigente y con capacidad institucional de hacer efectivas sus normas.

198. Finalmente, es conveniente aclarar que el tema de acceso a la justicia desde un tercer ángulo —en el que no se profundiza, por más que tangencialmente se menciona a lo largo de este apartado— podría ser visto desde la llamada *teoría de la democracia*. Esto es importante, insistimos, en la medida en que *una condición determinante para la conformación de un Estado de Derecho es, precisamente, el del acceso a la justicia en tanto principio*, y ya no sólo como un derecho particular sino como *criterio rector y definitorio de un Estado de Derecho que merezca o busque merecer tal epíteto*. De manera tal que *cuando se está ante la tesitura de calificar o no a un Estado como de Derecho, la eficacia del acceso a la justicia será determinante*.

199. Repasemos ahora el predicado de la *Tesis del doble estándar valorativo del Derecho* (I)EV por vía de la cual pensamos, es posible, explicar cómo y cuándo se produce la justicia, y por qué, según comúnmente sucede en la realidad, es perfectamente dable encontrar normas jurídicas legales por más que injustas, sin que por ello carezcan de validez jurídica; de esta suerte, formalmente válidas hasta en tanto no sean derogadas o decretadas inconstitucionales, lo que sería, en todo caso, una forma de declararlas injustas, al menos, respecto de los valores o principios predicados paradigmáticamente por la Constitución en turno. Veamos.

¹⁹⁷ Alejandro Tomasini en uno de sus trabajos ha escrito respecto del *lenguaje valorativo* algo que resulta fundamental. Cito textualmente: "La idea del mundo incorpora la idea de finalidad. El hablante no es una mera máquina cargada con un "programa" para la construcción de oraciones. El hablante *iu*> es meramente un hablante, es también un sujeto. Con el sujeto, empero, aparece la idea del punto de vista, de posición única frente al mundo. El mundo se vuelve entonces para el sujeto. Nada de esto, como sabemos ahora, nos compromete con el idealismo, en ninguna de sus versiones. Ahora bien, lo que con el sujeto-hablante aparece es precisamente la idea del valor del mundo, de los hechos, del sentido de las cosas. Es, pues, imposible sustraerse al valor. Una cosa es que la expresión del valor sea algo difícil de aprehender y otra que sea evitable o redundante". A. Tomasini, "Fe", en *Nuevos ensayos de filosofía de la religión*. JGH Editores. México, 1999. p. 99. Respecto de los valores y su inserción en un sistema jurídico puede consultarse de Luciano Parejo Alfonso. *Constitución y valores del ordenamiento*. Editorial Centro de Estudios Ramón Arcees, Madrid. 1990.

8.3.2 Justicia y doble estándar valorativo del Derecho

200. Partiremos del siguiente concepto de Derecho: *sistema de normas y principios (identificabas por una forma de producción los primero, y por sus contenido los segundos, que cuentan con la posibilidad de aplicarse por coacción institucionalizada) vigente en un espacio y tiempo determinados, que regula ciertas conductas sociales y la actuación de la autoridad misma*. El Derecho, en cuanto sistema de normas y principios (o valores) puede caracterizarse, para conocer y juzgar su funcionamiento, a través de la multicitada *Tesis del doble estándar valorativo del Derecho* (DEV).
201. Esta tesis sostiene que el Derecho, en cuanto sistema normativo, *produce con su aplicación en la vida social una serie de valores que comportan su misma naturaleza*. Tales valores, típicamente jurídicos, serían el *orden, la seguridad y la igualdad*.
202. Los valores antes referidos se generan con la sola aplicación de un sistema de normas jurídicas. Es decir, que al implementarse una normatividad de las características del Derecho (heterónomo, coactivo, cuyas normas pertenecen al sistema por virtud de norma suprema, etcétera)¹⁶¹¹ hace posible la *sistematización de conductas* —previstas en los supuestos de las normas—, lo que trae como consecuencia la producción de un cierto tipo de orden.
203. Asimismo, la prevención de conductas punibles, el establecimiento de lo que debe o no hacerse en la vida social, regulado por las prescripciones normativas, *permite un cierto grado de seguridad jurídica*. Certidumbre o seguridad jurídicas que pueden ser mínimas y hasta aberrantes si se quiere (por el tipo de autorizaciones o certidumbres que ofrezca, piénsese, por ejemplo, en una forma específica de ser ejecutado), pero que constituyen, a fin de cuentas, una garantía jurídica.¹⁶⁹
204. De tal suerte, parece incontestable que la *seguridad jurídica* otorgada por el Derecho permite saber, con razonable antelación y certeza, qué es lo que un gobernado puede hacer y qué es lo que, a su vez, la autoridad tiene permitido llevar a cabo.
205. Finalmente respecto de este punto, cuando el Derecho dispensa *el mismo trato a quienes se encuentren en idéntico supuesto normativo —haciendo abstracción de la situación en que se hallen los destinatarios de la norma en la realidad— puede afirmarse que el Derecho propicia igualdad*. En efecto, la norma *igual* a los su-

Norberto Ubbio ha definido el ordenamiento jurídico, y coincido con tal definición, como *una totalidad ordenada compuesta por normas confiables unidas en relación con una norma fundamental*. Cf. N. Hobbio. *op. cit.*, pp. 80 y sig.

¹⁶⁹ Ernesto Garzón Valdés respecto de la *seguridad jurídica* ha escrito, en el mismo sentido de lo establecido aquí, que *cualquiera que sea la concepción moral que se sustente, hay un valor que todo sistema jurídico /xstitiva tiene que respetar el de la seguridad jurídica (entendida en el doble sentido de la convivencia pacífica y de la previsibilidad de las normas jurídicas)*. La historia presenta una enorme variedad de sistemas en los que el respeto de la equidad (o de la dignidad humana, si se prefiere) ha tenido una variada intensidad sin que por ello la seguridad haya sido afectada. () En el caso de sistemas totalitarios, no habría, pues, conflicto alguno entre seguridad e injusticia. La cuestión es saber si existe algún sistema jurídico-político en el que la violación de toda justicia vuelve imposible también la seguridad en el doble sentido de la palabra. Un sistema tal tendría que utilizar un procedimiento formal y materialmente arbitrario para la aplicación de sanciones, borrar toda diferencia entre los jurídicamente culpables y los inocentes y hasta manifestar una cierta tendencia a castigar justamente a aquellas personas que, también de acuerdo con las disposiciones proclamadas, son inocentes. El régimen nazi incluyó en la categoría de los culpables a personas inocentes, ya que impuso castigos a quienes no eran autores de acciones u omisiones sino que, por razones de raza o religión, fueron considerados destinatarios de la represión estatal. Estas disposiciones —sin duda expresión de barbarie— permitían, con todo, identificar a los "culpables" y, en este sentido, garantizaban una cierta seguridad jurídica". E. Garzón Valdés, "Derecho y moral": en *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, *op. cit.*, pp. 25-26.

jetos normativos en lo que hace a las consecuencias jurídicas de que éstos resultan acreedores al encuadrarse, su conducta u omisión, en la hipótesis del caso. Efectivamente, *la igualdad que produce la normatividad jurídica es meramente formal.*

206. *Estos tres valores —orden, seguridad e igualdad jurídicas— resultado típico de la aplicación y consecuente interacción de normas jurídicas, son pues producto del funcionamiento de un ordenamiento jurídico y se generan por el solo hecho de que una normatividad coactiva de las características de la jurídica opere con mínima eficiencia en el ámbito de la vida social.*
207. Cuando el Derecho, y esta consideración es de especial importancia, se aplica por vía de su legalidad —independientemente de cuales sean, para estos efectos, sus contenidos—, produce una cierta forma de orden; garantiza un mínimo de certidumbre respecto de las acciones u omisiones debidas jurídicamente —incluso respecto prohibiciones o castigos—; y otorga en relación con los supuestos de la norma, o sea formalmente, un trato igualitario.
208. Las preguntas obvias que resultan de lo anterior son, entre otras, las siguientes: ¿cualquier orden jurídico, independientemente de su contenido de justicia, puede ser aceptado?; ¿puede llamársele seguridad jurídica al hecho de tener la certeza, por ejemplo, del modo en cómo alguien va a ser ejecutado —de una forma precisa y no de otra fijada arbitrariamente— en el caso de una persona condenada a la pena capital?; ¿puede hablarse razonablemente de igualdad respecto de formas de castigo o tratos que pudiéramos considerar, de entrada, inhumanos, degradantes o trascendentales por el hecho de aplicárseles a todos a quienes se hallen en la hipótesis de la norma?
209. En efecto, estas preguntas son insoslayables. La creación y aplicación de normas jurídicas no puede hacerse sin consideración alguna a valores o principios," éstos son inseparables de un análisis acerca de qué es lo que se ordena o asegura, y respecto de qué se iguala. Lo anterior es, en nuestro criterio, el puente que conecta con las consideraciones morales o se relaciona con principios que no pueden quedar desconectados de la idea de legalidad y de los valores formales que produce el Derecho.
210. En efecto, el ordenamiento jurídico (en este caso a nivel de su mera *legalidad*) opera en el ámbito del *primer estándar valorativo del Derecho* (PEV) y, por sí mismo, **no asegura sino ciertos criterios formales que resultan inseparables de otras consideraciones valorativas.** Es decir, *el orden, la seguridad y la igualdad se justifican y conciben respecto de algo y ese algo (valores, principios, aspiraciones sociales, paradigmas) constituyen el segundo estándar valorativo del Derecho* (SEV).
211. El ordenamiento jurídico representado por la legalidad, principalmente, en tanto PEV, está siempre en función del SEV. El contenido del ordenamiento jurídico o de la legalidad lo determinan fines o criterios valorativo paradigmáticos que conforman aquello que el Derecho con su presencia en sociedad pretende asegurar, respecto de los cuales procura sistematizar y ordenar conductas, y con relación a los que también busca igualar derechos y deberes. Estos principios, valores y/o

¹⁷⁰ La llamada *tesis de su subsunción* sostiene que la aplicación y concepción del Derecho se pueden llevar a cabo al margen de cualquiera consideración valorativa. Se trataría, pues, siguiendo criterios *bobbianos*, de una forma de iuspositivismo ideológico, o sea, prácticamente inexistente a no ser para efectos de disputas teóricas. Al efecto véase de Norbert Hoerster, *En defensa del positivismo jurídico*, op. cit., p. 11

paradigmas caminan paralelos al PEV y constituyen la razón de ser de éste, lo explican y justifican.¹⁷¹

212. Así, por ejemplo, supongamos una norma que prescribe. "Se *prohíbe cometer homicidio*". Esta norma está ordenando conductas, asegurando e igualando en función de un principio considerado valioso, a saber, la vida. De tal manera que parecería justificado que la norma impida o autorice ciertas acciones u omisiones en función de tal valor (*ordena*)-, ofrezca el mismo tratamiento a quienes por una parte priven de la vida a alguien, sancionándolos (*igual*a), y establezca con claridad en qué supuestos (*asegura*) podrá válidamente actuarse de modo contrario (por ejemplo, los casos de legítima defensa), es decir, aquellos supuestos donde pudiera, legalmente, realizarse la conducta prohibida, que ahí como excepción, en tanto causa de justificación, deja de ser antijurídica.
213. Esta forma de funcionamiento del Derecho puede explicar vanas cuestiones aparentemente complejas de manera relativamente sencilla:
 - *Un sistema jurídico será justo si el PEV (ordenamiento jurídico o la mera legalidad) ordena, asegura e iguala los valores o principios perseguidos por el sistema u ordenamiento jurídico (SEV). O sea, que éste —vía su normatividad coactiva— sirve efectivamente para realizar los objetivos últimos para los cuales fue concebido. De tal modo que si el Derecho en cuanto instrumento hace posible la realización de los valores o principios para los cuales fue creado, podrá afirmarse que ese Derecho es justo.*

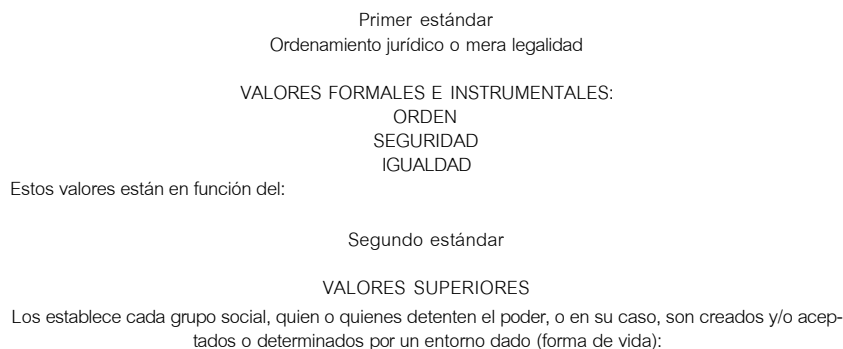
¹⁷¹ En efecto. Gregorio Peces-Barba en su prólogo al libro de Luciano Parejo Alfonso: *Constitución y Valores del Ordenamiento*, ha escrito, a propósito de esta relación entre lo que hemos llamado primero y segundo estándares valorativos del Derecho, aunque en su caso aludiendo al caso específico a los llamados expresamente valores superiores en la Constitución española de 1978, lo siguiente: " no hay forma de construir una teoría de los valores jurídicos prescindiendo del sistema o del Ordenamiento jurídico, no sólo por razones jurídicas, sino por la propia idea de los valores superiores, que son el núcleo de conexión del poder y del Derecho. Las concepciones morales asumidas por el poder como valores políticos se insertan en el Derecho como valores superiores, es decir, como normas básicas que orientan, dirigen y fundan la producción de otras normas en la cadena de validez que supone todo Ordenamiento jurídico. (...) los valores superiores (idea plasmada en el artículo 1.1 de la Constitución española de 1978) se sitúan en una concepción sistemático-normativa del Derecho, ocupan en el Ordenamiento un puesto de norma básica material y que, en ese sentido, corrigen la idea de ordenamiento dinámico de Kelsen. sólo basado en dimensiones formales, de normas que producen otras normas y normas que ejecutan las órdenes de producción emanadas de las primeras. Necesariamente la aceptación de valores superiores del ordenamiento lleva consigo el ajuste del normativismo puro y la elaboración de un normativismo corregido que asume contenidos materiales de moralidad legalizada. (...) La idea de norma de identificación de normas en coordinación con la idea de Poder, como hecho fundante básico, que mantiene con su apoyo al Derecho, su validez y su eficacia, distribuye en una dimensión fáctica y otra jurídica la compleja idea haitiana de regla de reconocimiento, que está a caballo entre la norma y la realidad social. Recoge bien la idea de un poder, como un conjunto de instituciones, de fuerzas sociales, de operadores jurídicos, otros funcionarios y ciudadanos, en cuyo seno, como hecho institucionalizado, surgen los valores superiores, como valores éticos y políticos, que identifican con sus contenidos normativos al Ordenamiento que este poder apoya para hacerlo posible. Es el punto de vista político. El punto de vista jurídico lo representan los valores como norma de identificación de normas, como norma básica material. Este planteamiento permite distinguir los valores de los principios, en el ámbito del esfuerzo de la cultura jurídica moderna, por superar la antítesis Derecho Natural-Derecho Positivo, los valores superiores son los principios del sistema que marcan la comunicación entre el hecho fundante básico y la norma básica material (...) los valores superiores sólo se pueden entender usando el punto de vista externo y comunicando al Derecho con el poder. Los valores superiores, con su doble dimensión política y jurídica, con el itinerario que recorren entre su origen ético-político y su fin jurídico, superan la idea positivista de que los principios son sólo internos y se deducen del sistema de Derecho positivo y superan la idea iusnaturalista de que los principios son sólo externos y que se completan como tales principios en un orden normativo ajeno al del Derecho positivo, el del Derecho Natural. En relación a esos reduccionismos, los valores superiores son externo y son internos al mismo tiempo en los momentos sucesivos de su itinerario integral". Cfr. op. cit., pp. 12-14

- En cambio, si el ordenamiento jurídico no ordena, ni asegura, ni iguala respecto de tales valores o principios, la norma o el sistema en cuestión será injusto. Lo que queda evidenciado cuando la ley —formalmente válida— asegura, iguala y ordena conductas contrarias al SEV. En otras palabras, nos hallamos ante una ley válida jurídicamente por más que injusta.

Lo explicado en las líneas anteriores puede plantearse de manera gráfica y para su mejor comprensión en los esquemas A y A.L

214. En el esquema A aparece *un rectángulo en el que podría quedar representado el Derecho como sistema u ordenamiento jurídico*. Este rectángulo se divide en dos partes: en la primera se plasma la *legalidad* (para aludir a todas las normas producidas por el sistema, leyes o no) o *primer estándar valorativo* (*pev*), que hace posibles tres valores jurídicos por antonomasia, el orden, la seguridad y la igualdad. Estos valores, empero, se encuentran en función del que se ha denominado *segundo estándar valorativo* (*sev*), que contiene las aspiraciones o valores superiores que determinan el contenido y dan sentido al ordenamiento jurídico en su conjunto. El segundo cuadro del esquema A muestra el SEV.
215. El esquema A.I representa teórica y formalmente el modo en que se produce la justicia. Cabe, sin embargo, hacer hincapié en que este esquema *muestra al Derecho o sistema jurídico en forma estática o ideal*; es decir, sin ponerlo todavía en contacto con las condiciones sociales, económicas, políticas, históricas y culturales a las que estará sujeto. Por ello se denomina al esquema de referencia como *estáticamente justo*, o sea, sin entrar aún en acción o movimiento, sin quedar todavía sujeto a su realidad histórica, la cual intentará regular.
216. Será precisamente en los apartados 8.3.3 y 8.3.4 donde, respectivamente, habremos de someter este esquema a las posibles *dificultades extrínsecas e intrínsecas* de las que un sistema jurídico puede ser objeto, a efecto de saber cómo es que éstas afectan el acceso a la justicia y, consecuentemente, cuál es la causa efectiva en virtud de la cual aquélla no pueda realizarse.

CUADRO 8.8.A.1 EL DERECHO EN TÉRMINOS DE LA TESIS DEL DOBLE ESTÁNDAR
VALORATIVO (DEV)



Vida y dignidad
 Libertad
 Autonomía
 Bien común
 Educación, etcétera
 DERECHOS HUMANOS

CUADRO 8.8.A.2

Un Derecho es justo (teóricamente) cuando el PEV (ordenamiento jurídico) hace posible, cumple o realiza el SEV (Valores Superiores del sistema o sistema jurídico, entre otros, por ejemplo, los Derechos Humanos). Se trata de un DERECHO O SISTEMA JUSTO.

Primer estándar
 Legalidad

VALORES FORMALES E INSTRUMENTALES:

ORDEN
 SEGURIDAD
 IGUALDAD

Estos valores realizan al aplicar el Derecho (las normas jurídicas) el...

Segundo estándar

VALORES SUPERIORES

En consecuencia, hacen posible que en la vida social primen valores o paradigmas tales como:

Vida y dignidad
 Libertad
 Autonomía
 Bien común
 Educación, etcétera
 DERECHOS HUMANOS

8.3.3 El acceso a la justicia y las dificultades extrínsecas (tácticas o extrasistémicas) de su realización

217. De manera esquemática hemos establecido que la justicia se produce cuando el ordenamiento jurídico o la mera legalidad (PEV) coincide con los paradigmas o valores superiores de dicho ordenamiento (SEV). En el modelo A.1 esta circunstancia se presenta de modo estático, es decir, al margen de cualquier influencia externa.
218. Sin embargo, este modelo es sólo teóricamente posible puesto que en la realidad el Derecho no se presenta, según hemos señalado, ni solo ni aislado sino en un contexto de influencias sociales, económicas, culturales, históricas y políticas que forzosamente impactan, para bien o para mal, su desempeño. *lx) cierto, es que todas las circunstancias a que pudieran dar lugar estos factores afectarían, necesariamente, el acceso a la justicia.*
219. Para efectos del presente modelo analizaremos exclusivamente aquellas variables más conocidas o recurrentes provenientes de factores de orden ya político, ya cultural, histórico, económico o social que impactan el acceso a la justicia. La ventaja que conlleva esta forma de proceder, es que permite distinguir básicamente cuál

es el origen de la variable, qué consecuencias produce y, sobre todo, nos da paula respecto del tipo de medidas con las que el problema puede ser sino solucionado al menos administrado.

220. Uno de los objetivos centrales de este esquema consiste en subrayar que *los problemas del funcionamiento del Derecho en general, y por consecuencia los particulares referidos al acceso a la justicia, no necesariamente se resuelven, como erróneamente se piensa, modificando la legalidad (cambios constitucionales, derogación y expedición de nuevas y múltiples leyes, etc.)*. Recurrente vía que, sobre todo en México, suele usarse para enfrentar problemas de acceso a la justicia con resultados, como podrá suponerse, prácticamente nulos.
221. Es por lo tanto fundamental comenzar por discriminar aquellos obstáculos que tienen que ver con el funcionamiento del sistema jurídico mismo, es decir, con la legalidad (PEV), de aquellos otros que son ajenos a ésta; es decir, que se vinculan o generan en relación con alguno de los factores previamente expuestos o con varios al mismo tiempo.
222. Se consideran, entonces, para efectos del presente análisis como *causas extrínsecas aquellas circunstancias que nada tienen que ver con la calidad jurídica del sistema u ordenamiento, conceptualizado éste como una totalidad ordenada y jerarquizada de normas compatibles y coherentes*. Es decir, que tales causas son totalmente ajenas a los principios o exigencias de plenitud, compatibilidad y coherencia del ordenamiento jurídico mismo.
223. Al primer modelo de sistema jurídico afectado por causas extrínsecas lo denominaremos modelo B y se enunciará de la siguiente manera:
Un *Derecho no podrá ser justo*, es decir, *no podrá realizar A.1* y, por ende, el acceso a la justicia se verá *impedido* en virtud de que:
- B.1) *El sistema de administración de justicia (el sistema judicial) adolece de un grado significativo de corrupción;*¹⁷²
- B.2) *El sistema de administración de justicia (el sistema judicial) adolece de altos grados de incompetencia profesiorud por parte de sus titulares o por falta de instrumentos eficaces de defensa (carencia, por ejemplo y entre otros múltiples supuestos, de una defensorio de oficio competente para los sectores más marginados de la sociedad o para casos de urgencia)*¹
- B.3) *Existe incompetencia y/o corrupción por parte de los abogados postulantes (por ejemplo, falta de una colegiación obligatoria que asegure índices mínimos de profesionalismo y ética en el ejercicio de la abogacía);*
- B.4) *Operan los tres factores anteriores.*

Esquemáticamente el modelo se podría presentar de la siguiente manera:

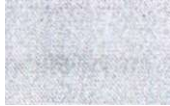
CUADRO 8.8.B

Un Derecho puede ser justo [A.1] (aunque teóricamente existan elementosA)] por causa de un sistema de administración de justicia o judicial

SSSSSSSSSI

« I i t s k w k k

Sobre el tema de la corrupción es referencia obligada el número 10 de "Isonomía", *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México. ITAM, abril de 1999. Ahí se contienen al respecto trabajos de González Amuchastegui, Nora Rabotnikof. Silva-Herzog Márquez. Susan Rose-Ackerman y José Ramón Cossío.



B. Corrupto
 B.2 Incompetente profesionalmente
 B.3 Con incompetencia y/o falta de ética de los abogados postulantes
 B.4 Todos los factores.

Primer estándar

VALORES FORMALES E INSTRUMENTALES

ORDEN
 SEGURIDAD
 IGUALDAD

El ordenamiento jurídico o la mera legalidad se ven impedidas para concretar los valores superiores del sistema o realiza otros por causa de la corrupción o la incompetencia profesional de las instituciones y partícipes del sistema judicial (funcionarios y abogados postulantes).

Segundo estándar

VALORES SUPERIORES

En consecuencia, sólo en ciertos caso se hace posible que primen en la vida social valores o paradigmas como:

Vida y dignidad
 Libertad
 Autonomía
 Bien común

Educación, en suma, los
 DERECHOS HUMANOS

Por lo tanto, sólo excepcionalmente hay:
 ACCESO A LA JUSTICIA.

224. De este esquema se derivan algunas conclusiones que parecen evidentes:

1. En ninguno de los cuatro supuestos (**B.1, B.2, B.3 y B.4**) tratamos con un problema relacionado con el ordeamiento jurídico o su sola legalidad, es decir, cualquier cambio a los mismos para, supuestamente, resolver problemas de corrupción o incompetencia profesional deviene insuficiente, es un mero paliativo. Resulta por demás obvio advertir que estamos ante *un problema de orden cultural, social y político que requiere un tratamiento de ese mismo tipo*, porque incluso una modificación o incremento en las penalidades para casos de corrupción, sólo en casos aislados podría dar resultado dado que el sistema, en sí mismo corrupto, difícilmente se autosancionaría y depuraría.
2. La reforma al sistema habrá de provenir de fuera y ser atacada con la conformación de nuevos cuerpos de funcionarios judiciales y de abogados dotados de una ética y formación profesional sólidas. Buena parte de la solución se encuentra en la labor que deben realizar las escuelas de Derecho, los institutos de capacitación de los poderes judiciales a las que queda encomendada la tarea de formar, respectivamente, nuevos cuadros de abogados y funcionarios judiciales forjados en la cultura de la legalidad, la cual naturalmente repudia la subcultura de la corrupción.
3. Es también claro que en este esquema *la legalidad se ve impedida de realizar sus valores* dado que éstos se ven constantemente deformados o tergiversados como producto de la corrupción y de la ineptitud, las cuales tendrían intereses alternativos que se promoverían al margen o más allá de los valores o principios que teóricamente debería realizar el sistema. En este caso el SEV sólo se verificaría, como es natural, excepcionalmente, cuando excepcionalmente.

quien tenga acceso a la justicia, se tope de modo circunstancial con jueces y abogados litigantes honestos y/o capaces.

4. El acceso a la justicia en este modelo es pues, también, excepcional.

225. A un *segundo modelo de sistema jurídico afectado por causas extrínsecas* se le denominará modelo C y queda enunciado en estos términos:

Un Derecho no podrá ser justo, es decir, no podrá realizar A.1), dado que el acceso a la justicia se verá impedido en virtud de que:

- C.1) *FJ sistema político, considerado en su conjunto, adolece de un significativo grado de corrupción;*
- C.2) *El sistema político, considerado en su conjunto, carece de voluntad política en favor de la justicia.*

226. En este esquema los factores anteriores darían lugar a una serie de acciones típicas de C.1 y C.2, a saber:

- 1. *lx)s jueces actúan bajo consigna o "línea" del poder predominante, sea el legislativo, sea el ejecutivo;*
- 2. *No se asignan al sistema de justicia (poder judicial) los recursos necesarios para el cumplimiento de sus funciones, entre otras acciones tipo.*

Este modelo puede, esquemáticamente, mostrarse así:

CUADRO 8.8.C

Un Derecho no puede ser justo [A.1] **(aunque teóricamente existan elementos[A]) por causa de un sistema que sea:**

- Corrupto (C.1)
- y/o carezca de voluntad política en favor de la justicia (C.2)
- lo que se traduciría, entre otras acciones en las siguientes:
- (C.2.1) Consigna o "línea" para influir u orientar las decisiones de los jueces por dependencia respecto de otro poder, ya el legislativo, ya el ejecutivo.
- (c.2.2) No asignación de recursos económicos al poder judicial u otras áreas administrativas de

Primer estándar
Ordenamiento jurídico

VALORES FORMALES E INSTRUMENTALES:

ORDEN
SEGURIDAD
IGUALDAD

El ordenamiento jurídico o la mera legalidad se ven impedidas de realizar los valores superiores del sistema jurídico o realiza otros por causa de un sistema político que induce la CORRUPCIÓN del aparato de justicia o condiciona sus decisiones a intereses espurios ("políticos").

Segundo estándar

VALORES SUPERIORES

En consecuencia, resulta especialmente difícil que en la vida social primen valores o paradigmas tales

Vida y dignidad
 Libertad
 Autonomía
 Bien común
 Educación, en suma, los
 DERECHOS HUMANOS
 Sólo excepcional o selectivamente hay:
 ACCESO A LA JUSTICIA.

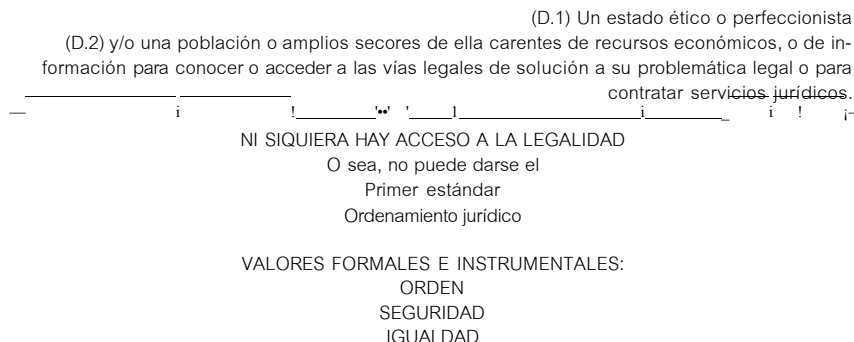
227. Este modelo, al igual que el B), *impide obviamente el acceso a la justicia por una deformación o manipulación de la legalidad misma*. O sea, que partiendo del supuesto de contar con un sistema jurídico técnicamente adecuado y que refleje los valores aceptados por la mayoría, tales valores se ven imposibilitados de concretarse puesto que la politización del sistema deforma tanto a la legalidad como al SEV. *El acceso a la justicia será también, en este supuesto, excepcional o fortuito.*
228. De este modelo resulta menester destacar, de igual manera, que *cualquiera modificación a la legalidad resultará completamente inútil para hacer posible la justicia*. Nos encontramos ante un modelo que podría implicar, para su solución, según la naturaleza del actor, ya la acción revolucionaria para derrocar a quienes ostentan el poder, ya una transición democrática,¹⁷³ con reforma del Estado, que transforme la estructura misma de éste. Es evidente que nos hallamos ante *un modelo en donde el problema es de naturaleza fundamentalmente histórico-política*.
229. A un *tercer modelo de sistema jurídico afectado por causas extrínsecas* se le denominará modelo **D** y se enunciará así:
Un Derecho no podrá ser justo, es decir, no podrá realizar A.1 y, por ende, el acceso a la justicia se verá impedido a realizarse por cuestiones culturales y/o socioeconómicas, lo que daría lugar a los siguientes supuestos:
- D.1)** *Que el Estado asuma como propia una religión y, en consecuencia, no sea capaz de diferenciar entre exigencias religiosas y jurídicas, entre pecado y delito. Esta confusión sería propia de un Estado ético o perfeccionista, el cual se consideraría legitimado para prescribir legalmente la asunción de cierta moral religiosa tanto para la vida pública como privada de los miembros de la sociedad. Este supuesto se da en el caso de ciertos Estados —contamos al efecto con el ejemplo típico de lo sucedido en Afganistán— con efectos negativos contundentes para el acceso a la justicia y los derechos humanos',*
- D.1)** *Que en amplios sectores de la población se padezcan grados de pobreza y marginación que impidan conocer o acceder a las vías jurisdiccionales y no jurisdiccionales de justicia o, en su caso, contratar servicios jurídicos eficientes y honestos que puedan defender adecuadamente los derechos e intereses de tales sectores, sobre todo cuando el Estado no posee un sistema de defensores de oficio competentes (modelo B.2).*
- *En este esquema las razones que impiden el acceso a la justicia prácticamente nada tienen que ver con el Derecho; o sea, la génesis del problema es de orden cultural o socioeconómico.*

Para los temas de transición democrática y consolidación democrática puede verse de Emilio Rabasa, "La teoría de la consolidación democrática" en *Juripolis Revista de Derecho y Política del Departamento de Derecho*. Tecnológico de Monterrey, Campus Ciudad de México, México. Diciembre, 2005. pp. 91 -111

230. En lo que hace a las dificultades culturales, los Estados éticos no han hecho sino positivizar la moral confundiendo, precisamente, el Derecho con ésta. El resultado es un Derecho premoderno que confunde la justicia con la legalidad: *si la norma jurídica no prescribe lo señalado por la moral religiosa ni siquiera posee el estatus de norma jurídica*.
231. En este tipo de Estados se producen casos de injusticia especialmente graves para su población, puesto que sus gobiernos suelen ser groseramente intolerantes. Esta forma de objetivismo moral religioso acepta una fe única y en consecuencia un solo Derecho válido. No son de extrañar medidas discriminatorias contra grupos minoritarios, marginados o desfavorecidos (niños, mujeres, extranjeros, creyentes de otras religiones, pobres, homosexuales, enfermos de sida, minusválidos, etcétera), medidas que afectan la dignidad o la autonomía de estas personas (prohibición legal-religiosa respecto del consumo de bebidas alcohólicas, prácticas o preferencias sexuales, etcétera).
232. Por lo que hace a D.2, la génesis está en razones de orden socioeconómico y el problema de acceso a la justicia nada tiene que ver ni con la legalidad en particular ni con el Derecho en general. Éste es un problema que excede y antecede al Derecho, puesto que ciertos grados de marginación hacen del acceso a la justicia un lujo absolutamente inalcanzable para los sectores más desfavorecidos.
233. Este modelo de injusticia socioeconómica da lugar al surgimiento de modos de autocomposición ilegales o "alternativos" al sistema jurídico, toda vez que a éste no tienen acceso, por las razones expuestas, sectores de la población que resuelven sus cuitas y disputas personales al margen de la legalidad y hasta en contra de ella: ley del talión, ley del más fuerte, mafias, grupos de choque, pandillerismo, pistolización de la población, etcétera. Todas estas formas de descomposición social afectan la calidad de vida del resto de la población.
- En este esquema, por lo tanto, ni siquiera hay acceso a la legalidad y la justicia es, prácticamente, imposible. Dicho esquema se muestra así:

CUADRO 8.8.D

Un Derecho no puede ser justo [A.1] (aunque teóricamente existan elementos[A]) por causas culturales y/o socioeconómicas:



Segundo estándar

VALORES SUPERIORES

Es de imposible realización en este esquema o supuesto.

En consecuencia, ciertos sectores de la sociedad resultan prácticamente vedados de valores o paradigmas tales como:

Vida y dignidad

Libertad

Autonomía

Bien común

Educación, en suma, los

DERECHOS HUMANOS

LA JUSTICIA ES PRÁCTICAMENTE IMPOSIBLE

8.3.4 El acceso a la justicia y las dificultades intrínsecas (sistémicas) de su realización

234. Toca ahora el turno al análisis de los problemas de acceso a la justicia provocados ya no por factores externos sino *por aquellos que hallan su origen en el sistema u ordenamiento jurídico mismo*. Es decir, que devienen de causas de naturaleza intrínseca imputables, en consecuencia, a distintos defectos del propio ordenamiento jurídico. Veamos.

235. En efecto, nos hallamos frente a un cuarto modelo de sistema jurídico afectado, en este caso, por causas sistémicas y al que denominaremos modelo E, mismo que puede ser planteado en los siguientes términos:

Un Derecho no podrá ser justo, es decir, no podrá realizar A.1) en tanto el acceso a la justicia se vea impedido porque el ordenamiento jurídico en cuestión resulte ser técnicamente defectuoso. Ello se reflejaría en los siguientes supuestos básicos:

E.1) *El ordenamiento jurídico contiene antinomias o contradicciones; o sea, no es coherente y afecta seriamente la legalidad al vulnerar dos de sus valores centrales, el orden y la seguridad jurídicas,*

E.2) *El ordenamiento jurídico incumple con el principio de plenitud: es decir, se haya plagado de "lagunas" y no ofrece soluciones de integración adecuadas. Una re; más se ven vulnerados los valores de orden y seguridad jurídicas,*

E.3) *El ordenamiento jurídico padece de un jormalismo-legalismo excesivo y hace cumplir la ley a cualquier costo ("la ley es la ley", "cúmplase la ley aunque se caiga el cielo") sacrificando, en aras de una supuesta seguridad jurídica, los valores superiores del sistema;*

E.4) *El ordenamiento jurídico está compuesto de normas técnicamente mal redactadas que impiden conocer el sentido de la ley o la voluntad del legislador, y dificultan su interpretación, incluso la meramente lógico-sistemática.*

E.5) *El ordenamiento jurídico no es expedito, contiene procedimientos tortuosos, alambicados, barrocos (kafkianos).*

E.6) *El ordenamiento jurídico es de enorme complejidad técnica, de acceso limitado incluso para los juristas e inaccesible para la población en general.*

236. En todos los supuestos anteriores resulta ser la legalidad la que se convierte en el principal obstáculo del acceso a la justicia. En tales supuestos, es necesario

proceder a reformas o cambios a la normatividad misma, a efecto de que ésta sea capaz de cumplir con las exigencias técnicas que un ordenamiento jurídico necesita satisfacer.

Esquemáticamente el modelo antes analizado se podría mostrar así:

CUADRO 8.8.E

Un Derecho no puede ser justo [A.1] porque el ordenamiento jurídico (el sistema jurídico) es TÉCNICAMENTE DEFECTUOSO.

- (E.1) Con antinomias o contradicciones;
- (E.2) Plagado de "lagunas" y sin ofrecer soluciones de integración adecuadas;
- (E.3) Formalista-legalista en exceso: "la ley es la ley";
- (E.4) Con normas técnicamente mal redactadas que impiden conocer el sentido de la ley o la voluntad del legislador;
- (E.5) Con normas de difícil o imposible realización y procedimientos tortuosos;
- (E.6) De enorme complejidad técnica

Primer estándar
Ordenamiento jurídico

VALORES FORMALES E INSTRUMENTALES:

ORDEN
SEGURIDAD
IGUALDAD

LA LEGALIDAD SE CONVIERTE EN UN OBSTÁCULO

Segundo estándar

VALORES SUPERIORES

Excepcional o circunstancialmente puede hacerse posible que, en la vida social, primen valores o paradigmas como:

Vida y dignidad
Libertad
Autonomía
Bien común

Educación, etcétera
DERECHOS HUMANOS

237. Finalmente, procede analizar un quinto modelo de sistema jurídico afectado por causas intrínsecas, al cual le será asignada la letra F y se enunciará así:

Un Derecho no podrá ser justo, es decir, no podrá realizar A. I), en la inteligencia de que, el acceso a la justicia se ve impedido porque los valores superiores o los principios de justicia del ordenamiento jurídico son vistos como incorrectos, éticamente irrelevantes o injustos por no reflejar la moralidad, las costumbres o creencias de la mayoría de la población, o por ser en sí mismos inválidos.

F. I) F.1 ordenamiento jurídico presentaría, básicamente, una serie de problemas que se conocen en términos de teoría del ordenamiento jurídico como antinomias de valoración o principio (antinomias impropias).

238. Aquí, el acceso a la justicia no está reñido con la legalidad, más bien la legalidad aparece como un medio para la realización de una serie de valores o principios que son vistos como inválidos o injustos. Es decir, como **un instrumento para la realización de lo incorrecto o injusto.**

239. Por ello, en este caso, dada la falta de aceptación y reconocimiento a las normas jurídicas por parte de sus destinatarios, *resulta necesario acudir de manera recurrente a la coacción a efecto de que el Derecho pueda hacer efectivas sus decisiones*. Entonces, *el problema central que se deriva de este modelo es el de la obediencia al Derecho*, pues el cumplimiento de la ley se explica porque el destinatario de la norma la obedece **sólo por razones prudenciales o temor al castigo** y, en consecuencia, *los casos de desobediencia al derecho, de fraude a la ley, de desobediencia civil y hasta de objeción de conciencia resultarán más comunes*.
240. En este modelo **los supuestos que impiden el acceso a la justicia pueden ser de dos tipos** aunque, evidentemente, participan ambos de la misma naturaleza; en otras palabras, la diferencia entrambos es de grado, tiene que ver, principalmente, con el nivel de ilegitimidad que se impute al sistema jurídico.
241. En el primer supuesto, *los destinatarios de las normas consideran que sólo un grupo de ellas o algunas de ellas en particular son injustas, con lo cual se aceptaría que, en su conjunto, el sistema jurídico es básicamente justo*. Los problemas a que daría lugar este supuesto podrían solucionarse, por ejemplo, por vía de la implementación de medios de control de la constitucionalidad o el establecimiento del referéndum para la aprobación de ciertas leyes. De esta manera sería posible adoptar una normatividad jurídica que permitiera rectificar las normas que ocasional y/o aisladamente traicionen los valores o principios de justicia del sistema, o incorporar al Derecho aquellos principios que efectivamente sean vistos como justos.
242. En el segundo supuesto, *los destinatarios del Derecho consideran que la mayoría de las normas del sistema son injustas, en la medida que dichos destinatarios rechazan o cuestionan la validez de los valores que comportan tales normas y que a través de ellas tratan de hacerse efectivos*. En suma, **el sistema jurídico es visto como injusto en su totalidad; la legalidad sólo podrá hacerse valer por vía de la coacción**. Nos encontramos, pues, ante un modelo de acceso a la justicia en el que encuadrarían los Estados totalitarios que sólo logran imponer sus decisiones por vía de la fuerza y la constante amenaza y/o represión.
243. En ambos supuestos, *el obstáculo que impide el acceso a la justicia se encuentra en uno o varios valores o principios del SEV* o, de plano, *en todo el sistema jurídico-político*. Por lo tanto, *lo que se afecta directamente es la obediencia al Derecho*.
244. Es justo en este supuesto donde entendemos que convergen la justicia del Derecho y legitimidad del poder. Efectivamente, el Derecho con la política, la Ciencia jurídica con la Ciencia política, las dos caras de la moneda de Bobbio. Por ello, el sistema jurídico que llegara a encontrarse en esta hipótesis se mantendrá en el poder sólo por vía de la represión y controles permanente por parte del Estado limitándose, consecuentemente, todo tipo de libertades, principalmente las políticas, la libertad de expresión y manifestación de las ideas. Un régimen que, recordando a Kelsen, sería el peor modelo de injusticia.
- Lo anteriormente expuesto puede plasmarse en el siguiente esquema:

CUADRO 8.8.F

Un Derecho no puede ser justo [A.1] porque el ordenamiento jurídico (el sistema jurídico) es visto como injusto: con antinomias de principio y/o valoración (F.1).

Primer estándar
Ordenamiento jurídico

VALORES FORMALES E INSTRUMENTALES:
ORDEN
SEGURIDAD
IGUALDAD
LA LEGALIDAD SÓLO ES UN MEDIO DE INJUSTICIA

Segundo estándar

VALORES SUPERIORES
Se rechazan uno, varios o todos los valores o principios del sistema.
EL SEGUNDO ESTÁNDAR VALORATIVO ES OBSTÁCULO DEL ACCESO A LA JUSTICIA:
JUSTICIA Y LEGITIMIDAD POLÍTICA CONVERGEN

245. Este esquema de acceso a la justicia ha podido mostrar que es perfectamente posible aplicar a la vida cotidiana y para su mejor interpretación y, sobre todo, mejora, los elementos que el Derecho y su teoría nos ofrecen. Lo anterior, si concebimos al Derecho como una disciplina eminentemente práctica, cuya teoría va dirigida, precisamente, a hacerlo más eficiente, convirtiéndolo en un instrumento dúctil y útil al servicio de la persona y de la sociedad.

RESUMEN

La justicia

El tema de la justicia como el valor o exigencia ético-jurídica por excelencia implica el cuestionamiento o análisis ético del Derecho y nos introduce a su tercera dimensión, la axiológica. Por ello, la justicia o injusticia de un ordenamiento jurídico o de una norma jurídica nos da cuenta de su validez o fuerza obligatoria no de su eficacia.

El Derecho posee un doble estándar valorativo. Esto significa que, además del valor que tiene la sola presencia del Derecho en sociedad al ordenar las conductas sociales y propiciar seguridad e igualdad jurídicas, el Derecho es portador y garantizador de otros valores superiores en función de los cuales, precisamente, ordena, asegura e iguala.

El primer estándar valorativo del Derecho está constituido por el orden, seguridad e igual-

dad jurídicas. Estos valores poseen un carácter instrumental, porque si bien gracias a éstos el Derecho propicia un determinado ámbito social de paz, libertad e igualdad, dichos valores no se explican sino a la luz de otros valores superiores. Así las cosas, el segundo estándar valorativo del Derecho está constituido por dichos valores o principios superiores que guían al Derecho, le otorgan los criterios o razones últimas en función de las cuales el orden, seguridad e igualdad se justifican. En otras palabras, el primer estándar valorativo del Derecho otorga validez formal al ordenamiento jurídico. Sin embargo, el orden, la igualdad y la seguridad jurídicas están siempre en función de otros valores que le dan sentido al Derecho, como son el respeto a la vida e integridad humanas, la libertad, el bienestar social, la educación, etcétera.

Esta concepción de la doble dimensión valorativa o doble estándar valorativo del Derecho nos permite establecer una primera concepción acerca de la justicia. Así, en principio, sólo cuando las normas de un ordenamiento jurídico satisfacen su doble estándar valorativo es dable otorgar a dicho Derecho el calificativo de justo. Esta primera acepción de justicia permite comprender que la legalidad no necesariamente garantiza la justicia, ya que si un ordenamiento jurídico se agota en sus propios valores instrumentales (orden, seguridad e igualdad) y no sirve, porque viola o traiciona a los valores superiores en función de los cuales se justifica, tal ordenamiento gozará de plena validez formal, pero no podrá decirse que es justo. Es, de tal guisa, que la obligatoriedad jurídica tiene un carácter *prima facie*.

Afirmar que la legalidad genera una obligatoriedad *prima facie* significa decir que lo ordenado por un sistema jurídico se supone justificado, a menos que se demuestre que contradice los valores superiores que protege el sistema jurídico en cuestión, o sea, su segundo estándar valorativo. Empero, la injusticia de una norma o sistema jurídicos en su conjunto no implica ni su abrogación o derogación automática, ni que sus normas, en la generalidad de los casos, dejen de ser obedecidas, así sea sólo por razones prudenciales.

La legalidad aparece como una condición necesaria mas no suficiente para dar plena validez a las normas jurídicas. Tampoco el segundo estándar valorativo del Derecho por sí mismo asegura la eficacia de los valores que comporta, porque necesita de los medios de ordenación, seguridad e igualdad de que les dotan los valores instrumentales del primer estándar valorativo del Derecho.

La justicia no se consume ni en la legalidad ni en la ética, viene a ser la realización jurídica, por tanto, práctica, de los valores superiores a los que el Derecho sirve en sociedad. Por eso la justicia no se da jamás de modo absoluto en tanto es una cualidad que se realiza en mayor o menor medida. La justicia es una fuente de sentido que orienta las acciones de quienes hacen y aplican el Derecho, facilitando la convivencia o

colaboración social consideradas como mejores o más plausibles históricamente en un grupo y entorno culturales dados. La justicia se produce, aplica y evoluciona en la historia y la cultura.

El análisis de la justicia o injusticia del Derecho puede hacerse desde un doble punto de vista moral, a saber: como partícipes del sistema jurídico en cuestión, que consideran la justicia o injusticia del Derecho con respecto de los mismos valores que éste protege y propugna (punto de vista interno); o como observadores externos de un sistema jurídico, juzgándolo con base en otra escala de valores, diferentes a los de ese sistema o a una moral ideal (punto de vista externo).

Este doble punto de vista, el del participante y el observador, nos puede ofrecer respuestas diferentes en cuanto a la calificación ética que merezca un sistema jurídico. No siempre aquello que para un participante es una norma o un sistema jurídico justos, para un observador externo también lo son. Es en tal virtud que nuestro concepto inicial de justicia se refiere a ésta como la adecuación del primer estándar valorativo con el segundo. Hay ocasiones en que desde el punto de vista del observador esa adecuación no es posible, ello se evidencia cuando ordenamientos jurídicos formalmente válidos y consecuentes con su segundo estándar valorativo violan demandas de justicia compartidas de manera muy amplia y que aparecen contenidas en instrumentos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos.

En términos del participante, la inadecuación puede provenir de un error del poder legislativo que produce una norma formalmente válida pero injusta o que como resultado de una sentencia o decisión administrativa equivocada se violen los valores que el sistema jurídico trata de proteger. Un defecto en la creación y aplicación del Derecho daría como resultado una situación jurídica injusta en el marco de un determinado sistema jurídico. Para tales efectos el sistema jurídico en cuestión debe contener las acciones procesales efectivas para atacar tal inadecuación.

Un sistema jurídico puede juzgarse estáticamente como justo, porque del simple estudio de sus textos jurídicos se deriva una alta ade-

cuación entre su primer y segundo estándares valorativos. Sin embargo, si la aplicación de ese Derecho fuese defectuosa es muy probable que se frustrasen sus fines. De ahí que un ordenamiento jurídico que en el papel aparece como justo, incluso a la luz de un participante y un observador, puede generar situaciones injustas producto de su aplicación defectuosa, causada por la ineptitud, falta de preparación o corrupción de quienes tienen a su cargo tal función. El problema en este caso es más de orden político que jurídico.

El análisis de la justicia o corrección moral de un ordenamiento jurídico a partir del punto de vista de un observador, es un ejercicio que permite el examen de todo ordenamiento jurídico a la luz de valores jurídicos o morales ideales. El Derecho comparado es la rama de la ciencia jurídica que se ocupa de realizar este análisis al nivel del primer estándar valorativo, la Axiología jurídica o la Teoría de la justicia lo hace a nivel del segundo.

La justicia y la equidad no son términos sinónimos sino complementarios: Por equidad se entiende el valor jurídico por el cual el derecho sopesa (ajusta y reconcilia) las singularidades que en cada caso concreto se presentan al jurista, por ello la equidad constituye uno de los principios clásicos que hacen posible la integración en todo ordenamiento jurídico. En suma, la equidad se traduce en el ejercicio de ponderación por el cual el Derecho armoniza, concerta, conjunta y armoniza los valores o principios que producen la justicia.

Si bien no existe una respuesta única ni absolutamente cierta sobre cuáles son los valores que deben componer a la justicia, parece razonable pensar que dado que el Derecho es un instrumento creado por y para el hombre, la justicia debería tener siempre como punto de referencia el ser humano, su respeto, mejora y realización. En tal entendido es que a partir del siglo xvm, principalmente, se ha venido construyendo un consenso en el sentido de que los derechos humanos son, desde el fin de la Segunda Guerra Mundial, el concepto contemporáneo de justicia del Derecho y de legitimidad política de los regímenes de gobierno.

Por derechos humanos se entiende, de modo general, el conjunto de derechos que pertenecen a los seres humanos como tales, independientemente de sus particularidades accidentales producidas por su posición en la sociedad. La alusión a los derechos humanos hoy día implica la referencia a principios con un valor moral o jurídico que los coloca por sobre otros principios o valores y que funcionan como parámetro o ideales de justicia.

Los derechos humanos poseen una doble faz, pues se gestaron como un grupo de exigencias o valores que evolucionaron históricamente y que conforme las condiciones sociales y políticas lo hicieron posible, fueron pasados a paso convirtiéndose en normas jurídicas de Derecho positivo. Los valores morales en que se sustentan los derechos humanos se revelan en principios éticos como el de dignidad, autonomía, libertad e igualdad humanas. Estos principios predicen, en términos muy generales, que los seres humanos son fines en sí mismos, intrínsecamente válidos, gracias a lo cual todos se hacen merecedores a un trato igual y a una igual libertad para satisfacer sus necesidades materiales y realizar, conforme a sus propias decisiones, el proyecto de vida que hayan elegido.

La primera traducción jurídica de los derechos humanos se produjo en las declaraciones de derechos de países como Inglaterra, Estados Unidos y Francia. Estos documentos sustentan la idea de derechos humanos en un fundamento iusnaturalista, por eso les otorgan el carácter de derechos naturales, inalienables y sagrados. El ejemplo más conocido de tales documentos es la Declaración francesa de derechos del hombre y del ciudadano de 1789.

La fundamentación de los derechos humanos y su traducción jurídica han tenido, desde el siglo xviii, una evolución histórica acelerada. De la consideración de derechos naturales absolutos y eternos se pasa, gracias al historicismo y positivismo jurídicos, a la idea de derechos históricos, variables y relativos. El iuspositivismo propicia una visión más realista de los derechos humanos y subraya la necesidad de su eficacia jurídica. Los derechos humanos se plasman ahora en las Constituciones políticas de los Estados,

adoptando el carácter de derechos subjetivos públicos, principios constitucionales o garantías individuales, tal y como sucedió en el caso de México.

La concepción que de los derechos humanos priva en la actualidad se debe a la Carta Constitutiva de la ONU de 1945, donde los derechos humanos oficializan su carácter de paradigma jurídico y político del nuevo orden internacional. De ahí que el preámbulo de la Declaración Universal de **Derechos** Humanos de 1948 establezca que la justicia tiene como base el reconocimiento de los derechos humanos y considere esencial que éstos sean protegidos por un régimen de Derecho.

Los derechos humanos avanzan paralelos a las necesidades humanas a las cuales responden, por eso han evolucionado históricamente desde el concepto inicial de derechos individuales que protege y reivindica, entre otros, la libertad de conciencia, creencia religiosa e integridad física, a la idea de derechos ciudadanos (como los derechos políticos), y de ahí a la de derechos económicos, sociales y culturales (derecho al trabajo, a la educación, vivienda, salud, etc.). En la actualidad se habla de los derechos humanos en el sentido del derecho a la libre autodeterminación política, económica y cultural de los pueblos, así como a derechos de una posible nueva generación, donde se incluirían el derecho a un medio ambiente sano y a un desarrollo ecológico equilibrado o sustentable.

La posición teórica actual ve a los derechos humanos con el carácter de derechos morales. Esto es, la síntesis entre los derechos humanos entendidos como exigencias éticas o valores y los derechos humanos entendidos paralelamente como derechos.

Las actuales concepciones de justicia no se explican sin las antiguas. Así por ejemplo, los pensadores clásicos han tenido una influencia incomparable en nuestras culturas. En el período cosmológico griego aparecen no sólo filósofos sino poetas preocupados por la justicia. En esa época la reflexión filosófica gira en torno a la idea de movimiento, de cambio, así como a la conexión entre la esfera de las relaciones humanas y la naturaleza de la realidad. En Grecia, las

primeras ideas de justicia entienden a ésta como represión que proviene desde lo divino contra todo lo que altere dichas relaciones.

Homero concibe la justicia ("themis") como un decreto sagrado. Hesíodo transforma a "themis" en "dikē", la justicia como sanción divina es ahora producto de una formulación racional. La justicia es sobre todo igualdad. Ésta será la idea sobre la que se asentará la democracia griega. La justicia pasa de ser un mandato divino a la fuerza racionalizadora y ordenadora de la realidad.

En los presocráticos la idea de justicia se vincula con el universo ("kosmos"), por ello Anaximandro habla de una justicia cósmica, el retomó las cosas a su primer principio, a la ley que rige el universo. Para Pitágoras la justicia es la igualdad matemática perfecta representada por los números 4 (2×2) y 9 (3×3). Se trata de un orden numérico natural, no sujeto exclusivamente a la voluntad humana. Para Parménides la justicia es un principio estático que asegura la inmutabilidad del ser. En Heráclito la justicia es el "logos", una ley universal eterna de donde la razón humana extraerá normas de comportamiento.

En todos los filósofos presocráticos predominan dos ideas: la vinculación del orden universal divino con la justicia y un naturalismo del que se deriva una ley eterna a la que deben someterse las conductas humanas. Siguen esta concepción otros poetas griegos: Solón, que concibe la justicia como igualdad ("isonomía"); Esquilo, para quien la justicia es destino manifiesto; y Sófocles, quien denuncia el posible antagonismo entre las leyes humanas y divinas.

En los sofistas la elucubración filosófica hace del hombre y no del universo su principal preocupación. Protágoras la resumió en esta frase: "el hombre es la medida de todas las cosas". La sofística ve a la ley sólo como un producto humano y, en el interés y la conveniencia, los pilares del edificio social. Justo es lo que resulta así por naturaleza y no lo que es por ley. La sofística evidencia la posible oposición entre lo natural ("physis") con lo convencional ("nomos").

Sócrates, a diferencia de los sofistas, sostiene la universalidad de la verdad y el bien.

Para Sócrates la justicia es sinónimo de ley positiva, ya que ésta se basa en las leyes no escritas fundadas en la voluntad de la divinidad. La obediencia a las leyes en Sócrates es un deber moral, por ello han de obedecerse siempre, aunque sean injustas, pues es preferible padecer una injusticia que cometerla.

La justicia para Platón es una virtud que puede referirse tanto al individuo como al Estado. En éste la justicia es la armonía y el equilibrio que debe existir entre los diversos estamentos que lo componen. La justicia como virtud individual es también la relación armónica entre las distintas virtudes humanas: sabiduría, templanza y valor. Para Platón sólo los hombres justos pueden hacer posible un Estado justo donde predomine la prudencia, el valor y la templanza.

Para Aristóteles la justicia es también una virtud que puede referirse al hombre o a las instituciones sociales. El hombre justo es el que no peca ni por exceso ni por defecto, busca el término medio entre dos polos opuestos. De ahí que la esencia de la justicia para Aristóteles sea la igualdad, lo que está entre lo demasiado y lo poco. A nivel de las instituciones la justicia puede ser de varios tipos: justicia distributiva, que se ocupa del reparto de los honores y los bienes, y correctiva o sinalagmática, que busca en las relaciones de cambio y obligación voluntarias e involuntarias, se produzca siempre, respectivamente, una igualdad como paridad (justicia conmutativa) y como correspondencia (justicia judicial).

Roma fue una civilización de juristas, de hombres que crearon instituciones de Derecho con un sentido práctico, antes que especulativo. Su filosofía de la justicia, más que original, es una afinación de las ideas que habían heredado de Grecia. Ulpiano, por ejemplo, entendió la justicia como "la voluntad constante y perpetua de dar a cada uno su derecho". Esta idea de la justicia está ligada de manera estrecha con los "tria iuris" del propio Ulpiano, que delinean al hombre justo: vivir honestamente, no hacer daño a nadie y dar a cada quien lo suyo.

Para Cicerón el verdadero derecho y la justicia se fundan no en la ley positiva, sino en la natural que es suprema, inmutable y anterior a la ley positiva y al Estado. Sin la ley natural, según

Cicerón, sería imposible distinguir una ley buena de una mala. La vida humana debe regirse por la razón que es lo más divino que hay en el hombre y nos hace compartir con los otros una igual naturaleza, la humana, que es la razón, la recta razón que es ley universal.

San Agustín distingue la ley eterna, inmutable y universal, como razón o voluntad de Dios, de la ley natural, como medio de conocer esa razón o voluntad divina, y de la ley humana como derivación de la ley eterna a través de la natural. Resulta obvio que cuando la ley humana se aparta de la divina deja de ser ley, porque ésta debe mostrar a todos lo que es justo, asegurando la paz y el orden de la sociedad. La justicia es lo que distingue al Estado, por ejemplo, de una asociación de ladrones. Para San Agustín la guerra es justa si constituye el único medio para hacer frente a la injusticia que priva en los pueblos.

Para Santo Tomás, que acepta la distinción tripartita de San Agustín, la ley es el principio regulador de las acciones humanas en vista del bien común. Empero, la ley es también producto de la razón, que es la regla y primer principio de los actos humanos. La ley natural tiene para Santo Tomás un principio rector: debe hacerse el bien y evitarse el mal. La ley natural es una y única en todos los hombres. Para Santo Tomás la ley humana es justa cuando toma de la eterna el poder de obligarnos en nuestro fuero interno o cuando está ordenada al bien común.

La Escuela clásica del Derecho natural lleva a su climax la filosofía iusnaturalista, imprimiéndole un acento racionalista y secularizador. Su objetivo fue resolver el problema de la justicia a través de un principio fundamental único (la naturaleza humana), de la cual se derivaba un principio que sustenta sistemas racionales universalmente válidos. Otros rasgos de este movimiento son: el individualismo, el contractualismo y un marcado pragmatismo. En esta Escuela son identificables los primeros conceptos que dan base a la idea de derechos humanos.

Entre los representantes más destacados del iusnaturalismo clásico están: Mugo Grocio, para quien el Derecho natural es expresión de la razón siendo ésta la que nos dicta lo que es

justo e injusto. Lo justo es lo que se demuestra conforme a la naturaleza social del hombre.

Tomás Hobbes no concibe la injusticia sino hasta que surge el Estado, antes sólo hay un Derecho natural que es el del hombre en estado de naturaleza. La justicia requiere del soberano como una voluntad superior que la imponga.

Benito Spinoza no comparte la visión negativa de la naturaleza humana sostenida por Hobbes, pues la razón es en el hombre ese toque de divinidad que nos permite ir más allá del mero instinto. Gracias a la razón los seres humanos instauran un poder superior que subordine a todos y a cuya sombra ha de crecer la justicia. Ese poder superior no debe exigirle al hombre que renuncie a su racionalidad y a sus derechos individuales intransferibles, como la libertad de pensamiento y creencia.

Locke ve el estado de naturaleza como un estado de cooperación en el que los hombres tienen derechos naturales, pero no la garantía que los asegure. Ésta surge con la sociedad civil en cuya constitución los hombres renuncian a algunos derechos a cambio de protección. Hay para Locke derechos que son inalienables, como la vida, la libertad y la propiedad.

Puffendorf concibe al Estado como una persona moral independiente de aquellos que lo conforman, su fin es mantener la seguridad y la paz común. Los hombres, apunta Puffendorf, poseen derechos innatos y adquiridos, estos últimos le son otorgados a los seres humanos en virtud de su pertenencia al grupo social.

Tomasio es un iusnaturalista cuya obra influye en Kant sobre todo en la distinción que propone entre "honestum", "decorum" e "iustum" como los tres principios del supremo obrar. La honestidad, dice Tomasio, es la base de la ética, el decoro es el principio de la política y de éste se desprende el respeto a nuestros semejantes; lo justo es el principio central del Derecho, se ocupa de la paz exterior y las relaciones que de él derivan pueden hacerse coercitivas.

En España el iusnaturalismo tuvo un florecimiento especial en autores que no sólo estaban ocupados de la especulación filosófica y teológica, sino que aplicaron los principios de la ética cristiana a los acontecimientos políticos y

sociales más sobresalientes de su época, como la conquista de América. Entre estos autores se destacan Vitoria, De Soto y Suárez.

Vitoria vislumbra en su obra la idea de una comunidad jurídica internacional y aprueba la guerra justa cuando es el único modo de reprimir la injusticia en los pueblos. Vitoria, como sucede a todos los iusnaturalistas clásicos, ve en el Derecho natural fuente y guía de la justicia de las leyes positivas.

De Soto define a la justicia, siguiendo a Ulpiano, como el hábito en el que con voluntad perpetua y firme se da a cada uno lo suyo. Para De Soto la justicia es una virtud moral especial que tiene una dimensión social, pues se ocupa de los actos exteriores y de las cosas.

Suárez concibe la justicia desde una óptica metafísica y teológica, por eso la define como una constante afirmación de la superioridad del espíritu sobre la materia: El orden jurídico para ser justo debe mantenerse dentro del orden moral.

El utilitarismo es un movimiento filosófico de gran influencia sobre todo en el Derecho sajón. Parte de una concepción moral distinta al fundar los vínculos jurídicos y políticos en la utilidad, es decir, las consecuencias buenas o malas que una acción comporte a los individuos. Destacan como clásicos del pensamiento utilitarista: Hume, Bentham y Mili.

Para Hume la justicia es un concepto artificial, convencional que deriva totalmente de la utilidad. Si bien los hombres poseen un instinto de justicia, ésta se explica sólo en sociedad como un sentimiento general de interés común. Pero si desaparece la utilidad que reporta, la justicia también desaparece.

Bentham cree que a la humanidad la mueven el dolor y el placer, determinando lo que debe hacerse y lo que haremos. La razón es sólo una orientación, el Derecho como la rama más importante de una "lógica de la voluntad" debe buscar la identificación de intereses para lograr una cooperación efectiva, sólo de ese modo será posible la felicidad del "mayor número".

Mili piensa que sin la promoción de la satisfacción ajena la propia es imposible, en esta promoción del bien ajeno se basa la 'moralidad'. Más que nada Mili fue un teórico de la libertad

individual y la tolerancia. Este autor considera que el único límite de la propia libertad está en no hacer daño a los otros. Nada autoriza, ni la promoción del bienestar individual siquiera, la intromisión de la sociedad en la libertad de cada uno.

Rousseau plantea la idea del contrato social como un pacto que puede ser anulado, siempre, por la soberanía popular. El Estado que nace con ese pacto debe basarse en leyes justas que sean producto de la voluntad unánime de los ciudadanos, de la voluntad general. Así el hombre permanece libre obedeciendo su propia voluntad, se trata de la libertad sujeta a las leyes.

Kant desarrolla la moral como algo absoluto e incondicionado que está por encima de las conveniencias del momento. A diferencia de la utilidad, la moral halla su fin en la rectitud. Kant elabora un imperativo categórico que es la base de su moral: actúa de modo que la máxima de tu voluntad pueda valer como principio universal. Este imperativo lo desarrolló Kant en una fórmula que funciona como base de muchos derechos humanos fundamentales: los seres humanos deben ser tratados siempre como fines en sí mismos, nunca como medios. Para Kant la justicia es libertad, una libertad que debe coexistir con la de los demás en términos de una ley universal. La libertad es la esencia de la dignidad humana.

El historicismo jurídico constituye una reacción a la visión atemporal y acultural, evidentemente errada, del iusnaturalismo racionalista clásico. Savigny representa la cabeza de ese movimiento que tienen antecedentes claros en la obra de Vico y Montesquieu. Savigny piensa que el Derecho nace del 'espíritu del pueblo', de su propia forma de ser, por ello la codificación y la elaboración de las leyes traiciona ese espíritu al ser artificial. El verdadero Derecho, decía, no puede ser obra de ningún legislador. La justicia se presenta a Savigny como histórica y relativa al Derecho de cada pueblo.

Stammler veía el problema de la justicia como aquél que el Derecho debía enfrentar de forma inevitable. De hecho, el derecho positivo o establecido no era sino un ensayo de Derecho justo. La justicia es en Stammler no un elemento

accesorio sino consustancial a la existencia del Derecho mismo. El Derecho justo es un derecho internamente fundado.

Del Vecchio desarrolla con ajustes importantes, sobre todo al aspecto histórico, un concepto de Derecho natural que es parámetro de justicia del Derecho positivo, pero sólo como ideal racional. El contenido de la idea de justicia de Del Vecchio se conforma de varios principios: el Derecho gira alrededor de la esencia o naturaleza del hombre; la condición de persona humana tiene un carácter absoluto, por tanto, nunca debe ser tratado como medio, como si fuese sólo un elemento del mundo sensible. Este principio exige que el hombre sea respetado y que él respete a los demás. La justicia para Del Vecchio tiene un carácter práctico, debe aplicarse a las relaciones jurídicas y a la integración del Derecho positivo. La justicia es un sentimiento humano.

Radbruch es un filósofo que presenta dos posiciones distintas frente a la justicia, primero plantea una tesis iuspositivista en la que da preeminencia a la seguridad jurídica sobre la justicia. Sin embargo, luego de la Segunda Guerra Mundial y el impacto que ésta tuvo en él, su posición frente a la justicia se torna iusnaturalista. Por ello, Radbruch afirmó, cambiando su punto de vista original, que en caso de conflicto radical entre justicia y seguridad jurídica, esta última es la que debe ceder frente a la justicia.

Kelsen piensa que el tema de la justicia antes que a lo jurídico pertenece a la ética, porque la justicia en nada afecta la validez del Derecho. Para Kelsen el Derecho no debe ni necesita ser justo para serlo. De hecho, este autor pensaba que resultaba inútil pretender encontrar por medios racionales una norma de conducta justa que tuviera validez absoluta, dado que la justicia es relativa. Por lo tanto, la única posición posible ante dicha relatividad es la tolerancia.

Para Ilart, la justicia es sólo un segmento de la moral, una de las distintas virtudes con que puede calificarse al Derecho. La justicia y la moral no son sinónimos; un derecho injusto puede poseer otras cualidades. Ilart piensa en la justicia no como una virtud individual, sino pública, una forma en que son tratadas clases

de individuos y un parámetro para la crítica de las instituciones sociales. Hart define la justicia como el derecho que tienen los individuos, entre sí, a una cierta posición relativa de igualdad o desigualdad.

Rawls considera a la justicia como la primera virtud de las instituciones sociales, esto es, el elemento determinante de la estructura básica de la sociedad (el mercado libre, la familia, la propiedad, etc.).

La justicia más que un asunto de estricta moralidad es para Rawls una actitud, una disposición de ánimo que facilita el desempeño de las instituciones sociales, las que tienen a su cargo la distribución de derechos y deberes fundamentales así como de las ventajas que resultan de la cooperación social.

Rawls obtiene una serie de principios que conforman su idea de justicia a través de un ejercicio hipotético. Éste consiste en ubicar a personas libres y racionales en un estado de radical igualdad (posición original), donde por vía de un equilibrio reflexivo decidirán las reglas que han de regir la sociedad, partiendo del propósito común de procurar la mayor libertad posible para todos y, a su vez, que las desigualdades sirvan, también, en beneficio de todos.

Como producto de tal reflexión se genera, según Rawls, una concepción general de justicia resumida en lo siguiente: los bienes serán repartidos a todos por igual, y en caso de una distribución desigual ésta se justificará sólo si tiene por objeto el beneficio de todos y cada uno de los individuos.

Según Rawls, cuando la sociedad ha alcanzado un cierto nivel de desarrollo y se ha logrado el respeto de sus libertades básicas, será posible aplicar los siguientes principios de justicia más específicos y su regla de prioridad:

Primer principio de justicia: "Cada persona ha de tener un derecho igual al sistema total más amplio posible de iguales libertades básicas que sea compatible con un sistema similar de libertades para todos".

Segundo principio de justicia: "Las desigualdades sociales y económicas deben ser dispuestas de modo tal que satisfagan dos condiciones: a) deben ser para el mayor beneficio

de los que se encuentran en la posición menos aventajada (principio de diferencia); b) deben adjudicarse a funciones y posiciones abiertas a todos bajo condiciones de una equitativa igualdad de oportunidades":

Regla de prioridad: "Los principios de justicia han de estar categorizados en orden lexicográfico y, por tanto, la libertad sólo puede ser restringida en beneficio de la libertad". Son dos los casos de posible restricción: a) "una libertad menos extensa tiene la consecuencia de reforzar el sistema total de libertad compartido por todos; y b) "una libertad inferior a la igual ha de ser necesariamente aceptable para los ciudadanos con esa menor libertad".

El concepto de justicia y su realización son fenómenos de carácter complejo. El hecho de no comprender ni discriminar los distintos factores que afectan dicha realización impide o disminuye las posibilidades de combatirlos. Esta circunstancia tiene consecuencias directas en la praxis social y la vida cotidianas, no se trata, entonces, de una cuestión cuyos efectos puedan circunscribirse exclusivamente al orden teórico o metodológico. Una de las consecuencias más evidentes de la incompreensión de la naturaleza compleja de dichos fenómenos, es la de impedir que los programas de reforma, transformación o mejora de los sistemas de justicia suelen ser — dada la carencia de una visión global del problema —, parciales y normalmente insuficientes e ineficaces para alcanzar sus propósitos.

El acceso a la justicia es un tema de naturaleza multifactorial y, como la realización de la justicia misma, se ve necesariamente afectado por factores de orden jurídico y no jurídico o, dicho de otro modo, intrínsecos y extrínsecos al Derecho.

La problemática de naturaleza multifactorial que conlleva el acceso a la justicia puede ser entendida y estudiada, al menos, desde una importante terna de puntos de vista metodológicos, a saber:

1) Desde la dogmática jurídica o, más precisamente, desde el Derecho positivo de los derechos humanos; 2) desde la Teoría de la justicia; y 3) desde la Teoría de la democracia.

Desde la dogmática jurídica o el Derecho positivo de los derechos humanos, el acceso a la justicia puede ser concebido como un tipo de derecho humano fundamental, de carácter complejo por estar compuesto de un sistema de medios de protección y de cuya realización depende, en buena medida, la efectiva seguridad jurídica que debe propiciar un Estado de Derecho. Es en esa virtud que el acceso a la justicia puede ser definido como aquella garantía que poseen los gobernados consistente en la facultad de acceder, en condiciones de igualdad, al sistema de medios jurisdiccionales y no jurisdiccionales por virtud de los cuales las instituciones del Estado prevén, amparan y sancionan, eficazmente, cualesquier actos u omisiones que pudieran vulnerar o vulneren los derechos humanos fundamentales reconocidos por el Derecho nacional e internacional.

El estudio del acceso a la justicia debe pasar, de modo insoslayable, por un análisis crítico de Teoría de la justicia respecto de la acción del Estado, de los principios de justicia que postula y la manera en que pretende satisfacerlos.

El acceso a la justicia es también un tema que puede ser estudiado desde la Teoría de la democracia, en la medida en que uno de los elementos básicos de aquélla es la existencia de un efectivo Estado de Derecho. Y dado que no hay Estado de Derecho sin acceso a la justicia, éste constituye por ende una condición necesaria e imprescindible de toda democracia. En suma, que no hay democracia ni Estado de Derecho sin un efectivo acceso a la justicia.

Un esquema teórico para estudiar y analizar el acceso a la justicia requiere de una concepción previa de lo que por aquélla se entiende. En tal virtud, la justicia viene a ser, en su sentido rawlsiano, un elemento determinante para el funcionamiento de la estructura básica de la sociedad. Además, la justicia no ha de ser concebida como un asunto de estricta moralidad sino antes bien, una actitud, convicción o disposición de ánimo que facilite el desempeño de las instituciones sociales.

La justicia, en tanto primera virtud de las instituciones sociales, cumple una función retórica o paradigmática para determinar la co-

rrección o incorrección de conductas o acciones humanas y el desempeño de las instituciones sociales.

La Tesis del doble estándar valorativo del derecho (DHV) constituye un método para conceptualizar y establecer cómo y cuándo se produce la justicia. Dicha tesis parte del presupuesto de que todo sistema normativo denominado Derecho produce siempre, por su sola presencia en sociedad y a través de la legalidad, al menos una terna de valores formales e instrumentales: orden, seguridad e igualdad jurídicas. Estos constituyen el primer estándar valorativo del Derecho (PEV). Los valores jurídicos adquieren sentido cuando sirven para realizar los valores o principios superiores que cada Derecho persigue y que constituyen su segundo estándar valorativo (SEV).

Un sistema jurídico será justo si el PEV (ordenamiento jurídico o la mera legalidad) ordena, asegura e iguala los valores o principios perseguidos por el sistema u ordenamiento jurídico (SEV). O sea, que la legalidad —vía su normatividad coactiva— sirve electivamente para realizar los objetivos últimos para los cuales fue concebida. De tal modo que si el Derecho en cuanto instrumento hace posible la realización de los valores o principios para los cuales fue creado, podrá afirmarse que ese Derecho es justo. En cambio si la legalidad no ordena, ni asegura, ni iguala respecto de tales valores o principios, la norma o el sistema en cuestión será injusto; lo cual explica que cuándo una ley —formalmente válida— asegura, iguala y ordena conductas contrarias al SEV, será válida jurídicamente, por más que injusta,

El acceso a la justicia puede verse impedido por dificultades extrínsecas, fácticas o extrasistémicas. Es decir, ajenas al sistema jurídico. De igual manera, el acceso a la justicia puede verse influido por causas imputables al sistema jurídico mismo, o sea sistémicas. En la realidad ambas causas aparecen confundidas aunque sea necesaria su discriminación e identificación para la adopción de las medidas que hagan posible dicho acceso a la justicia,

Las causas extrínsecas que impiden o dificultan el acceso a la justicia se pueden agru-

par, por razones de método, en tres esquemas. Tales causas y sus respectivos esquemas son los siguientes: la existencia de un sistema de administración de justicia o judicial con servidores públicos y abogados postulantes corruptos y/o incompetentes profesionalmente; la existencia de un sistema político corrupto y/o que carezca de voluntad política en favor de la justicia; la existencia de un Estado ético o perfeccionista y/o las condiciones de miseria e ignorancia en que se encuentran amplios sectores de la población. En todos estos esquemas la conclusión obvia es que la justicia se produce sólo excepcional y hasta accidentalmente. Es obvio, también, que las medidas para corregir los orígenes de estas causas nada tienen que ver, prácticamente, con el Derecho como sistema. Por lo tanto, la reforma o cambio de la legislación, sólo coadyuvaría tangencial y secundariamente a la solución de los problemas

que impiden o hasta hacen nugatorio el acceso a la justicia.

Las causas intrínsecas o que tienen su origen en defectos del sistema jurídico mismo, se pueden agrupar, por razones de método, en dos esquemas. Tales causas y sus respectivos esquemas son: la existencia de un ordenamiento jurídico, a nivel de su legalidad, técnicamente defectuoso; y, la existencia de un ordenamiento jurídico que es visto en algunas de sus normas o en su totalidad como injusto. En ambos casos, los errores del sistema jurídico son, respectivamente, de carácter formal y material y se dan, también respectivamente, en el primero y segundo estándares valorativos del Derecho. En cuanto al primer supuesto, la solución está en la técnica jurídica. En cuanto al segundo, la solución está en hacer efectiva la obediencia al Derecho buscando que justicia y legitimidad política coincidan en favor de la sociedad.

Capítulo 9

LA OBEDIENCIA AL DERECHO

SUMARIO

- 9.1 Planteamiento del problema
 - 9.1.1 ¿Debemos obedecer al Derecho?
 - 9.1.2 Obediencia al Derecho y obligación política
 - 9.1.3 Desobediencia civil y objeción de conciencia
 - 9.1.3.1 *Henry D. Thoreau y su tesis de la desobediencia civil*
- 9.2 Algunas respuestas al problema de la obediencia al Derecho
 - 9.2.1 ¿Deber u obligación de obediencia al Derecho?
 - 9.2.2 El fundamento ético absoluto para desobedecer al Derecho: González Vicén
 - 9.2.3 El deber *prima facie* de obediencia al Derecho: Hoerster
 - 9.2.4 La obligación moral de obediencia al Derecho justo: Eusebio Fernández
 - 9.2.5 La obediencia al Derecho a la luz de su doble estándar valorativo

Resumen

SINOPSIS INTRODUCTORIA

Este capítulo con el cual concluye el libro se encuentra dedicado a la obediencia al Derecho. Tal circunstancia no es accidental, pues la postrera pregunta que deberíamos hacernos respecto del Derecho es si estamos obligados a obedecerlo. Y si esto es así tendríamos que determinar de qué clase de obligación estamos hablando: ¿es moral, jurídica o, incluso, de otra clase?, ¿político-jurídica?, por ejemplo.

Para responder estas cuestiones, durante la primera parte de este capítulo nos dedicamos a mostrar las distintas y apasionantes aristas que implica determinar cuál es la naturaleza de la obediencia al Derecho. Asimismo nos abocamos a estudiar dos de sus variantes más sui géneris y que han sido objeto de especial atención por parte de la teoría jurídica contemporánea, a saber, la objeción de conciencia y la desobediencia civil. Precisamente y a efecto de una mayor comprensión de esas figuras, resultará especialmente relevante conocer la tesis original —elaborada por el filósofo y escritor norteamericano Henry David Thoreau— que les da origen.

La segunda parte de este capítulo presenta algunas de las respuestas que al problema de la obediencia al Derecho han planteado distintos autores. A propósito se eligieron sólo aquellas propuestas que nos permitieran mostrar cuán extremas pueden ser las posiciones adoptadas. Para finalizar, el capítulo concluye su desarrollo contrastando todo lo dicho a la luz de la tesis del doble estándar valorativo del Derecho.

9.1 Planteamiento del problema

9.1.1 ¿Debemos obedecer al Derecho?

1. Así como en el capítulo anterior preguntamos: *¿el Derecho debe ser justo?*, en éste también, a su vez y para empezar, nos preguntaremos: *¿debemos obedecer al Derecho?* Ambas interrogantes están relacionadas de forma estrecha. Si a la primera pregunta respondiéramos que *el Derecho no necesita ser justo para ser tal, pero si debe o debería serlo para gozar de plena validez o fuerza obligatoria*, de algún modo estaríamos contestando la segunda pregunta. Es decir, **que si bien la eficacia del Derecho no depende de su justicia, su obediencia sí.** *¿Falso significa que el Derecho injusto carece de fuerza obligatoria?* O, aún más, *¿que el Derecho injusto debe ser desobedecido?*, *¿que cabría hablar de una obligación moral de obedecer al Derecho justo?*
2. Para estar en condiciones de responder a los cuestionamientos anteriores resulta necesario *hacer algunas precisiones*. Por principio, como acota Elias Díaz, *en este problema de la obediencia al Derecho no debemos confundir el aspecto jurídico (y político-jurídico) con su aspecto o sentido ético de fondo.*¹ En tal virtud, es menester *distinguir entre la obligación jurídica y la obligación ética*. Efectivamente —precisa el autor— “[...]La obligación jurídica tiene, ante todo, un carácter hipotético: uno debe obedecer si no quiere tener que asumir, o que sufrir, las consecuencias (sanciones de uno u otro tipo) que el legislador ha previsto y puede imponer en caso de incumplimiento de la norma; y la validez de esta norma deriva [...] de su promulgación concordante con una norma superior a ella, que a su vez no posee sino un carácter hipotético. El deber ser ético implica, en cambio, que uno mismo, cada uno, a través de su razón, su emotividad o su conciencia individual [resultado, a mi modo de ver, no determinista, pero con fuerte influjo de unas condiciones sociales y de uno u otro proceso de socialización / se lo impone ya entonces casi incondicionalmente, es decir que, en tanto cuanto que permanece como tal deber ético, posee para él un carácter necesario e, incluso (coordinado a los demás deberes éticos), un carácter absoluto, siempre (repito) situado dentro del propio proceso histórico temporal, en interacción subjetivoindividual y objetivosocial” }.
3. La naturaleza de la pregunta sobre la obediencia al Derecho es principalmente de **carácter ético**. Norbert Hoerster ha dicho a propósito: *“¿ Existe para el ciudadano un deber moral de obediencia al derecho? ¿ Tiene, bajo ciertas circunstancias, un derecho a la desobediencia civil o a la resistencia? Se trata aquí de una cuestión que ciertamente tiene por objeto una actitud frente al derecho pero que es planteada desde un punto de vista moral, es decir, extrajurídico”*² Por ello, el tema de la obediencia al Derecho **no interroga sobre si el Derecho obliga jurídicamente** —lo cual resulta obvio si una ley es creada conforme a los requisitos impuestos por las normas de producción jurídica del sistema en cuestión (*fuentes formales*)—, **sino sobre si el Derecho obliga ética o moralmente**. En suma, *no nos enfren-*

¹ Cfr Elias Díaz. *De la maldad estatal y la soberanía popular*. Debate. Madrid. 1984, p. 77.

² *Ibid.*, pp. 77-78.

³ Cfr Norbert Hoerster. “El deber moral de obediencia al derecho”, *En defensa del positivismo jurídico*, trad Jorge M Seña. Gedisa Editores, Barcelona. 1992, p. 147.

tamos a preguntas relativas a la eficacia del Derecho, sino a su validez en el sentido de obligatoriedad o deber moral.

4. Una ley, una norma de Derecho, obligan jurídicamente desde que se les dota de *juridicidad* y, por lo tanto, de la *coacción* como garantía para asegurar su cumplimiento, lo cual no implica ni excluye que esa ley o norma gocen o no de *obligatoriedad moral*. Así las cosas, a la pregunta *¿el Derecho injusto carece de fuerza obligatoria?* podría responderse que: *el Derecho injusto posee validez jurídica, pero no necesariamente validez moral*. Entonces debemos seguir interrogándonos: *¿Estamos obligados moralmente a obedecer al Derecho injusto?* o, incluso, *¿debemos desobedecerlo?* Y si fuese justo *¿sería válido decir que estamos obligados moralmente a obedecerlo?* Estas preguntas plantean el problema que nos ocupará a lo largo de este capítulo. Antes, sin embargo, conviene hacer algunas otras precisiones.

9.1.2 Obediencia al Derecho y obligación política

5. Ahora bien, lo que hace interesante, entre otras razones, este tema, es que la obediencia al Derecho no es un asunto de carácter exclusivamente **ético** ni meramente **teórico** o **especulativo**, pues posee profundas implicaciones **políticas** y una importante vigencia y aplicación **práctica**. Si bien es cierto que ésta es una cuestión que *en principio* comporta un *análisis ético*, no lo es menos que también resulta ser un problema de naturaleza *política*. Lo anterior se observa con mayor claridad cuando la injusticia del Derecho no repercute exclusivamente en un daño individual, lo cual no deja de ser ya de por sí muy grave, sino que tiene efectos sociales que ponen en peligro valores fundamentales no sólo de una nación sino incluso de la humanidad toda. *¿Debe aceptarse sin chistar la obediencia a un Derecho que viole los derechos humanos, afecte de forma irreparable el medio ambiente, destine los recursos obtenidos por vía de impuestos para la compra de armamento o financie/mentó de una guerra?* *¿Debe el ciudadano permanecer pasivo ante leyes así?* *¿Acaso no la desobediencia y la objeción a tales leyes también tendrían un talante político?**
6. Ihenng en su libro clásico *¡M lucha por el derecho* pensaba que: *"El derecho es una idea práctica, indica un fin, y como toda idea de tendencia, es esencialmente doble porque encierra en sí una antítesis, el jin y el medio. /.../ Mas el medio, por muy variado que sea, se reduce siempre a la lucha contra la injusticia. La idea del derecho encierra una antítesis que nace de esta idea, de la que es completamente inseparable: la lucha y la paz; la paz es el término del derecho, la lucha es el medio para alcanzarlo. /.../ El derecho es el trabajo sin descanso, y no solamente el trabajo de los poderes públicos, sino también el de todo el pueblo. Si abrazamos en un momento dado toda su historia, nos presenta nada menos que el espectáculo de toda una Nación, desplegando sin cesar para defender su derecho tan penosos esfuerzos como los que hace para el desenvolvimiento de su actividad en la esfera de la producción económica e intelectual. Todo hombre que lleva en sí la obligación de mantener su derecho, toma parte de este trabajo nacional, y contribuye en lo que puede a la realización del derecho sobre la tierra "*⁵

⁴ Cfr Michael Walzer. *Obediencia y desobediencia civil en una democracia*, trad. Carlos Raúl Yujnovsky, EDISAR, Buenos Aires Véase en especial la tercera parte, denominada. "La ciudadanía", p. 145 y ss.

⁵ R von Ihenng, *¡M lucha por el derecho*, trad Adolfo Posada Biesca, Porrúa, México, 1989, pp. 1-4.

7. Es en virtud de lo anterior, que *el tema de la obediencia al Derecho se inscribe en el ámbito de la llamada obligación política*, la cual implica la necesidad de establecer cuál es el fundamento último que ha de justificar nuestro comportamiento frente a las disposiciones estatales y, en consecuencia, cuál ha de ser la conducta ético-política que debe asumir un ciudadano. Como ha escrito Eusebio Fernández: *"Tratar acerca de la obligación política y de la obligación moral de obedecer al Derecho justo es también conectar, hasta donde sea posible y necesario, la moral y el Derecho, la ética y la política, la legalidad y la legitimidad justa, al hombre virtuoso con el ciudadano justo. Es, al fin y al cabo, preguntarse por la naturaleza de la ética y más concretamente de la ética jurídica y política"*,⁶

9.1.3 Desobediencia civil y objeción de conciencia

8. Ahora bien, *las conductas que un gobernado puede asumir ante una ley, política o acción gubernamental injustas pueden ser varias* y, a su vez, *pueden estar sustentadas en diferentes razones ético-políticas*. Así, por ejemplo, una **actitud extrema** dentro de las posibilidades existentes es **la de una franca oposición a todo el sistema político-jurídico por considerarlo injusto, enfrentándolo incluso por vía de la violencia, con las armas**. Estamos ante la *acción revolucionaria* que legitima su proceder en razones tales como la necesidad de implantar un concepto de **justicia** diferente del mantenido por el régimen jurídico en cuestión, quizás a través de una nueva Constitución, así como un ideario político que pretende transformar la estructura y el funcionamiento del Estado, la distribución de la riqueza, etcétera. Por supuesto, una actitud así *presupone que los actores asumen que su conducta es moralmente correcta, que actúan en conciencia y con conciencia*. En este caso, quienes optan por la vía revolucionaria piensan que no existen otros medios efectivos para enfrentar las leyes y el régimen injustos, **quedando descalificados los medios legales y políticos que el sistema prevé para ello, si es que los prevé**.
9. En el **otro extremo** se halla *la actitud de sumisión total por parte de los gobernados a cualquier ley o acto de gobierno a pesar de su injusticia*. Las causas de dicha conducta son también de diversa índole. Pueden aducirse razones de conciencia ciudadana como el caso de *Sócrates* quien, no obstante saber injusta la sentencia que lo condenó a muerte, la asume por considerar más correcta e imperativa la obediencia que debe a la ley todo ciudadano por el bien de la *polis*, antes que la desobediencia a ésta aun conociendo su injusticia. En el ámbito estricto de la moral individual, diría *Sócrates*, *es preferible sufrir una injusticia que cometerla*. Asimismo, puede ser que el gobernado (en este caso sería mejor llamarlo *súbdito*) considere que la fidelidad al soberano y a sus mandatos debe ser absoluta por provenir de Dios la autoridad de aquél. O puede ser que la abulia o el miedo a la sanción o a perder posiciones o privilegios sociales determinados, impulsen a ciertos ciudadanos a obedecer algunas leyes a pesar de su injusticia.
10. Sin embargo, *en un régimen democrático de Derecho, donde efectivamente rija una Constitución y los ciudadanos consideren que los valores y principios contenidos en ésta (su segundo estándar valorativo) son razonablemente justos, existen otras actitudes alternativas ante leyes o actos de autoridad o políticas públicas que transgredan tales valores o principios*. Más todavía, si partimos del presumpues-

* Eusebio Fernández. *Estudios de ética jurídica*. Debate. Madrid. 1990, p. III.

to de que dicho régimen prevé recursos jurisdiccionales y no jurisdiccionales para oponerse a las leyes contrarias a la Constitución y se mantiene un cierto grado de libertad que tolera manifestaciones políticas y sociales en contra de actos o políticas de gobierno considerados injustos. En tal caso, *¿cuál debe ser la actitud hacia el Derecho en la hipótesis de leyes o actos de gobierno notoriamente injustos? ¿Deben impugnarse dichas leyes sólo por las vías legales o se justifica algún otro tipo de resistencia ciudadana?*

11. La *desobediencia civil* y la *objeción de conciencia* son dos actitudes ético-políticas que pueden asumirse antes leyes o actos de gobierno considerados injustos y que se ubicarían en el punto medio de la revolución y la sumisión.⁹ Para John Rawls la *desobediencia civil* es el "...acto ilegal público, no violento, de conciencia pero de carácter político, realizado habitualmente con el fin de provocar un cambio en la legislación o en la política gubernativa".* Se trata, entonces, de la asunción de una actitud de resistencia que no niega validez al régimen de Derecho o al sistema político en su totalidad, sino a ciertas leyes o actos gubernamentales.¹⁰
12. Ejemplos de *desobediencia civil* son la negativa al pago de impuestos, el bloqueo de la vía pública, la toma pacífica de instalaciones gubernamentales, etcétera. Por las singularidades de la violación que adoptan sus actos, la *desobediencia civil* puede ser directa, si implica la contravención de la misma ley calificada de injusta, o indirecta, si por el contrario se opta por actos de resistencia que no comportan la violación de la ley impugnada.¹⁰ Tal es el caso de la negativa a pagar impuestos como modo de protesta contra una ley o contra acciones o políticas de gobierno calificadas de injustas.
13. La *desobediencia civil* puede ir acompañada o realizarse con independencia de las acciones legales que el sistema jurídico establezca, de hecho, como apunta Rawls: "*Quiénes recurren a la desobediencia civil para protestar contra leyes injustas no están dispuestos a desistir si los tribunales se manifiestan en desacuerdo con ellos...*"¹¹ Y si en cambio, aunque parezca contradictorio, a sufrir las consecuencias legales que la infracción a la ley les acarrea, precisamente porque han expresado fidelidad al ordenamiento jurídico en su conjunto y es a la justicia en que se asienta (segundo estándar valorativo), y no sólo a su legalidad a la que apelan.¹²

⁹ Hay en efecto, como bien advierte Jorge F. Malem Seña, diferencias sustantivas entre la *acción revolucionaria* > la *desobediencia civil* que merecen subrayarse. Así, por más que la segunda pueda parecer una *acción "revolucionaria"* en un sentido amplio, no busca un cambio *extrasistémico* o *anticonstitucional* como la revolución si pretende Véase Jorge F. Malem Seña. *Concepto y justificación de la desobediencia civil*. Ariel. Barcelona. 1988. pp 47-48 Para la distinción entre desobediencia civil, objeción de conciencia y otras figuras que aquí no hemos analizado, véase *ibid* "Delimitación conceptual de la desobediencia civil", capítulo .I, pp. 47-59.

¹⁰ John Rawls. "Teoría de la desobediencia civil", trad. Ma. Dolores González Soler, *filosofía del derecho*. FCE, México, 1978. p. 171.

¹¹ John Rawls opina: "*Mi idea es que en un régimen democrático razonablemente justo (aunque por supuesto no perfectamente justo) la desobediencia civil, cuando está justificada, ha de enleñarse normalmente como una acción política dirigida al sentido de justicia de la mayoría a fin de instarla a reconsiderar las medidas objeto de protesta y advenir que en la fume opinión de los disidentes no se están respetando las condiciones de la cooperación social*. Véase John Rawls, "La justificación de la desobediencia civil". *Justicia como equidad*, trad. Miguel Ángel Rodilla. Tecnos. Madrid. 1986, p. 90

¹² Cfr. *ibid.* p. 174.

¹³ *Ibid.* p. 175.

¹⁴ Según John Rawls se tiene derecho a la *desobediencia civil* de cumplirse las siguientes tres condiciones "...cuando se es objeto de injusticia más o menos deliberada a lo largo de un amplio periodo de tiempo y a pesar de las protestas políticas normales; cuando la injusticia es una clara violación de las libertades de igual ciudadanía; y con tal que la disposición general a protestar similarmente en casos semejantes tuviera consecuencias aceptables." Véase "La justificación...", *op. cit.*, p. 98.

14. Por *objeción de conciencia* entendemos el incumplimiento de un precepto legal o administrativo más o menos categórico que suele argüir razones religiosas o de moral crítica o individual, es decir, **razones de conciencia, para no obedecer al Derecho**.¹¹ En este caso, a diferencia de la desobediencia civil, *no se invocan las convicciones de la comunidad (moral social) o la violación al segundo estándar valorativo del sistema jurídico en cuestión, sino las consideraciones morales personalísimas de cada ciudadano, consideraciones que no pretenden necesariamente (aunque puedan provocarlos de modo indirecto) un cambio en la legislación o la adhesión de la mayoría o de ciertos sectores de la población.*
15. El fin específico de esta actitud es *satisfacer la conciencia del hombre virtuoso, la congruencia entre los actos jurídicos públicos (la obediencia al Derecho) y las convicciones morales de quien o quienes se oponen a leyes que violan jla-grantemente sus convicciones personales.* Así, hay personas que se niegan por razones de conciencia a realizar el servicio militar o enlistarse en el ejército de su país en el caso de guerra, dado que tales ciudadanos por causa de su religión o su convicción pacifista consideran que tales normas violan en tal grado su conciencia o moral individual que su obediencia significaría una grave traición a sus propias convicciones. Destaquemos ahora algunas diferencias más específicas entre la *desobediencia civil* y la *objeción de conciencia*.¹² Veamos.
16. La **desobediencia civil** es un *acto público*, sustentado en *razones de moral social*, en el *concepto de justicia comúnmente aceptado* y normalmente planteado por el propio ordenamiento jurídico en su norma máxima, la Constitución. Los actos de **desobediencia civil** *persiguen repercusiones políticas* que redundan en un *cambio del hacer gubernamental o en la abrogación de una ley*. La **objeción de conciencia**, en cambio, suele ser un *acto privado*, apoyado en *razones de moral crítica* que *pueden ser o no compartidas por la mayoría, ni coincidir con los estándares de justicia o moral pública generalmente aceptados*. Los objetores de conciencia *no tienen como propósito central influir en las conductas de los otros* (aunque, como ya dijimos, sin proponérselo puedan hacerlo) y menos aún cambiar la legislación o la política gubernamental, sino *sólo quedar exentos, que no privilegiados por ello, del cumplimiento de una ley*.
17. Otras diferencias palpables son las siguientes: la **desobediencia civil** por lo general conlleva la *violación intencionada de la ley injusta o de otras leyes como modo de protesta* y la consecuente aceptación de las sanciones que acarrea un proceder ilegal. En cambio, en el ánimo del **objeto de conciencia** *no está violar la ley injusta* (salvo que no tuviera otro remedio), *ni otras leyes para protestar por la primera*; es más, éste aceptaría en algunos casos, el que se le impusiera otro deber jurídico, como sucede con el servicio social sustitutorio para quienes se niegan a realizar el servicio militar.¹³ Mientras la **desobediencia civil** puede traducirse en actos de

¹¹ Cfr., *ibid.*, p. 177.

¹⁴ Para Rawls *la distinción entre una y otra figura es más teórica que práctica*. Rawls opina: "Conviene advertir que, por supuesto no se da en las situaciones reales una distinción tajante entre la desobediencia civil y la objeción de conciencia. Por otra parte, el mismo acto (o sucesión de actos) puede participar de las características de ambas figuras. Mientras ciertos casos representan claramente una u otra, se recurre a la contraposición de ambas como medio de elucidar la interpretación de la desobediencia civil y su función en una sociedad democrática." Cfr. John Rawls, "Teoría de la desobediencia civil", *op. cit.*, p. 181.

¹⁵ Un interesante análisis de este tema lo realiza Gregorio Cámara Villar en su obra *La objeción de conciencia al servicio militar*, Civitas. Madrid. 1991.

protesta colectivos de quienes mantienen la misma doctrina política o ideología de la justicia, la **objeción de conciencia** es un acto esencialmente individual, al que otros pueden sumarse pero por distintas razones de conciencia, compartiendo o no la misma ideología política que, para este caso y no para desobediencia civil, resulta irrelevante.

18. Ahora bien, *¿puede el Derecho aceptar la desobediencia civil o la objeción de conciencia?* En principio, debe señalarse que esta pregunta sólo tiene sentido en el marco de un sistema jurídico, si cabe la gradación, más o menos democrático. Obvio es que los sistemas autoritarios ven y confunden, no sólo por ignorancia sino sobre todo por miedo, la vía revolucionaria con la desobediencia civil. Sin embargo, debe decirse también, *que si bien desde el punto de vista ético-político la desobediencia civil está justificada, el Derecho posee importantes argumentos para considerar inaceptable la desobediencia civil en términos estrictamente jurídicos. Sería contradictorio que la ley autorizara a violar la ley. Contradicción que, sin embargo, no justifica el que un sistema jurídico otorgue el mismo tratamiento a un desobediente civil que a un delincuente cualquiera.*"*
19. Jorge F. Malem Seña ha dicho que *"...para todo jurista la cuestión de cómo puede justificarse la desobediencia civil, es decir, autorizar la desobediencia a lo ordenado, parece presentar un escollo lógicamente insuperable. Por definición lo prohibido deónticamente (esto es, la desobediencia a la ley) no puede estar deónticamente permitido /.../. Los juristas sabemos también que, en el plano de aplicación del derecho, se plantean conflictos de bienes, cuya solución requiere una evaluación de las circunstancias de cada caso para saber si en determinados momentos está jurídicamente permitido el sacrificar un bien en aras de otro. Porque esto es así, es posible interpretar la desobediencia civil tal como lo hace Ralf Dreier en el sentido de una estrategia para asegurar una mayor armonía entre los bienes jurídicos que entran en conflicto".*¹¹
20. En efecto, rastreando en los distintos sistemas jurídicos podrán encontrarse casos extraordinarios en los que el propio ordenamiento, bajo ciertos presupuestos específicos, exceptúa de sufrir una pena o del cumplimiento mismo de la ley fin tales casos, el ordenamiento otorga al juez la facultad de valorar y ponderar ciertas circunstancias por demás excepcionales para no aplicar la ley o exigir la obediencia al Derecho. En el sistema jurídico mexicano hay dos ejemplos clásicos, el llamado *robo famélico* y la *excusa de sanción para el incumplimiento de una ley por causa del notorio atraso intelectual, apartamiento de las vías de*

" **"MS** poderes públicos no reconocen nunca, o casi nunca, que han violado la ley o ignorado deliberadamente las obligaciones contraídas con la comunidad de la cual son mandatarios. Cualquiera sea la teoría jurídica o política a que se haga referencia, la situación no cambia en la gran mayoría de los casos: el individuo que no se somete a la ley lo hace por su cuenta y riesgo y sólo cuenta consigo mismo. Los poderes públicos no admitirán que su desobediencia o, peor aún, su resistencia activa, pueda ser considerada como el simple ejercicio de un derecho y tratarán a este individuo como a un delincuente merecedor de sanciones penales." Véase Christian Tomuschal. **"El derecho a la resistencia y los derechos humanos"**, irad. Jaime Riera Rehren, *Sobre la resistencia a las violaciones de los derechos humanos*. Servat /UNESCO. Barcelona, 1984, pp. 15-16.

"Jorge F. Malem Seña. *Concepto y justificación...*, op. cit., p. 235. Tran van Minh opina: *"La dialéctica de la libertad y el orden significa simplemente que el orden debe permitir el goce de las libertades fundamentales, las cuales sólo podrán ser ejercidas dentro del respeto del orden. Pero si el orden se vuelve opresivo la libertad tiende a ejercerse fuera y contra este orden"*. Véase **"Sanciones políticas y jurídicas contra las violaciones de los derechos humanos"**, en *Sobre la resistencia*, op. cit., p. 165.

*comunicación o miserable situación económica de un gobernado.*¹⁸ Éstos si bien son supuestos distintos al de la desobediencia civil, coinciden con ésta en cuanto a la naturaleza última de la acción: *se trata de hechos ilícitos pero a los que se otorga un tratamiento especial.* Y si bien las motivaciones son distintas, es claro que tanto en el *robo famélico* como en el *incumplimiento a la ley en términos del artículo 21 del Código Civil Federal*, *se halla ausente el cariz político.* Entonces, no es menos obvio que el carácter excepcional de todos estos casos se asiente en lo siguiente: *existen valores superiores a la obediencia a la ley, los cuales como la supervivencia de las personas y la equidad son también tomados en cuenta por el propio ordenamiento a través de su segundo estándar valorativo.*

21. Sin embargo, conviene hacer un comentario más respecto de la *sanción en el caso de la desobediencia civil.* Ya mencionamos que *el equiparamiento indiscriminado de un desobediente civil con un delincuente cualquiera es inaceptable, por más que en ambos casos los gobernados se encuentren en una situación de ilegalidad.* A más de que el sistema jurídico, por razón de su propia coherencia, no puede dejar de sancionar, mucho menos autorizar, ambas conductas. En este punto, lo primero que cabría señalar es que *la desobediencia civil es antes que un problema jurídico uno de naturaleza ético-política* y que, por lo tanto, *requerirá un tratamiento obviamente diverso por parte de la autoridad.* De ahí que *no sea extraño constatar que dicha autoridad suela ser flexible con ciertos actos de desobediencia civil, pasando por alto algunas violaciones a la ley o a reglamentos administrativos.* Esta tolerancia obedece a que la respuesta que a tales conductas ciudadanas debe darse no puede ser mecánica ni automáticamente jurídica, salvo que impliquen una grave violación del orden público, con lo cual sería probable que esas conductas abandonen el ámbito de la desobediencia civil. Piénsese, por ejemplo, en el caso del uso de violencia contra personas o bienes.
22. Quizá por ello, Ronald Dworkin sugiera un tratamiento singular a los desobedientes civiles, proponiendo el uso de cierta *discrecionalidad (arbitrio)*, permitiéndole a la autoridad la ponderación de la situación concreta para determinar las repercusiones que los hechos delictivos de desobediencia civil han causado. Aunque tal discrecionalidad resulta muy cuestionada por los juristas porque suena a *inseguridad jurídica* y hasta a *arbitrariedad* cuando, por ejemplo, se quiera tomar venganza en contra de ciertas acciones con repercusiones políticas negativas para un régimen. *Discrecionalidad* que, como el propio Dworkin anota, *puede ser bien acotada, dejando a la autoridad no una puerta abierta, sino actos concretos de verificación —si seguridad jurídica es lo que se busca—, de las hipótesis específicamente señaladas en la ley, que autoricen un castigo menos grave para quien resulte ser un desobediente civil.*¹⁹ En el caso de México la autoridad siempre

¹⁸ El artículo 379 del *Código Penal Federal* tipifica el *robo famélico* en los siguientes términos: "No se castigará al que, sin emplear engaño ni medios violentos, se apodera una sola vez de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento". A su vez, el artículo 21 del *Código Civil Federal* indica: "La ignorancia de las leyes no excusa su cumplimiento; pero los jueces teniendo en cuenta el notorio atraso intelectual de algunos individuos, su apartamiento de las vías de comunicación o su miserable situación económica, podrán, si está de acuerdo el Ministerio Público, eximirlos de las sanciones en que hubieren incurrido por la falta de cumplimiento de la ley que ignoraban, o de ser posible, concederles un plazo para que la cumplan; siempre que no se trate de leyes que afecten directamente al interés público".

¹⁹Cfr. R. Dworkin. "¿Es el Derecho un sistema de normas?", *la filosofía del Derecho*. Breviarios. 288. FCE. México, 1980, pp. 76-77.

tendrá como límite objetivo la violación de normas de orden público, en cuyo caso no cabe la discrecionalidad.

23. Hay que entender que *la desobediencia civil es una forma extraordinaria de protesta o resistencia pacífica realizada por los ciudadanos, que suele implicar una violación menor a la ley, amparada de modo más general en el respeto primigenio al ordenamiento constitucional, para evidenciar públicamente la violación a ese ordenamiento. Hablamos de una "violación menor a la ley" en el sentido de que busca evitar que se produzca un mal mayor o una violación más grave. Puede realizarse paralelamente o con independencia de las vías legales reconocidas por el propio ordenamiento para obtener un resultado más rápido dada la urgencia del caso, para ejercer una presión política y obtener una respuesta favorable de los tribunales (si se hace uso concomitante de los recursos jurisdiccionales), o sólo para concitar el apoyo de la población en ciertas causas comunes. No puede negarse que la desobediencia civil clama a la conciencia de los demás ciudadanos, a su educación cívica, a la solidaridad social, al cuidado de los valores esenciales que hacen posible la convivencia y la cooperación en esa comunidad. Por esto, las razones de la desobediencia civil no deben ser caprichosas o baladíes.*
24. *La desobediencia civil es también un recurso legítimo cuando las vías legales están burocratizadas y resultan insuficientes para obtener resultados sustantivos, es decir, que no son capaces de resolver el fondo del problema planteado. Por otra parte, la desobediencia civil puede ser concebida como un **recurso alternativo** para denunciar que en ciertos casos la obediencia a la ley implicaría la traición de los valores fundamentales plasmados en la Constitución (segundo estándar valorativo) y que, por lo tanto, la conducta congruente en términos del respeto a la Constitución sería, paradójicamente, desobedecer, aceptando la sanción correspondiente.*
25. Hay también situaciones en las que *los recursos legales resultan insuficientes en cualquier ordenamiento jurídico para protestar u oponerse a ciertas políticas públicas o actos de autoridad considerados injustos. Supóngase la decisión de construir una carretera que pudiera producir un fuerte impacto ecológico o la destrucción del patrimonio histórico de una nación oculto todavía en el subsuelo. Aquí los actos de desobediencia no se dirigirían contra una norma jurídica, sino contra ciertas acciones o facultades de la autoridad y con relación a las cuales el sistema jurídico en cuestión no contempla recursos jurisdiccionales específicos. Piénsese también, por ejemplo, en la aprobación de un presupuesto gubernamental que contenga rubros con "partidas secretas" o un cambio radical en la distribución de los recursos, compra de amias por educación, verbigracia, y ante las cuales los representantes populares nada pudieron o quisieron hacer.*
26. Tal parece que, *salvo una ponderación en la pena, en términos estrictamente jurídicos la desobediencia civil deberá seguir siendo tratada como un acto ilegal. No es éste el caso de la **objección de conciencia**, pues varios ordenamientos del mundo le reconocen el estatus de derecho humano fundamental positivizado en el texto constitucional. Es el caso, según habíamos señalado, de los objetores de conciencia al servicio militar o de los médicos cuyas creencias religiosas o convicciones personales chocan contra leyes que autorizan el aborto en otros supuestos más allá de los tradicionales, y que han sido aprobadas de forma democrática y de acuerdo con el procedimiento exigido en el ordenamiento respectivo. El recurso a la objeción de conciencia es también excepcional, recibe la protección del propio*

28. Thoreau, a quien se considera el creador de la tesis de la desobediencia civil, que después utilizarían muchos otros prohombres del siglo XX como Gandhi y Luther King, por sólo citar a los más conocidos, *decidió no pagar cierto impuesto toda vez que consideraba inmoral no sólo el esclavismo tolerado por las autoridades norteamericanas, sino que su gobierno dedicara lo recaudado para hacerle la guerra a México*. Nos referimos a aquella guerra de los años 1846-1848 con los Estados Unidos por la que nuestro país perdió buena parte de su territorio y que fue calificada por Thoreau como el ejemplo palpable de un abuso, un perjuicio "...obra de relativamente pocas personas que se valen del gobierno establecido como de un instrumento, a pesar de que el pueblo no habría autorizado esa medida"}'. A continuación y sucintamente analizaremos los principales argumentos en los que Thoreau fundó su desobediencia.

CUADRO 9.2 Comparativo de desobediencia civil y objeción de conciencia	
Desobediencia civil	Objeción de conciencia
1. Acto ético-político ante leyes o actos de gobierno considerados injustos.	Incumplimiento de un precepto legal o administrativo que suele argüir razones religiosas o de moral crítica para no obedecer al Derecho.
2. Ilegal	Legal
3. Público	Privado (excepcionalmente pública)
4. No violento	<i>No violento</i>
5. Con el fin de provocar un cambio en la legislación o en la política gubernativa.	<i>Satisfacer la conciencia del hombre virtuoso, la congruencia entre los actos jurídicos públicos (la obediencia al Derecho) y las convicciones morales de quien o quienes se oponen a leyes que violan flagrantemente sus convicciones personales.</i>
6. Actitud de resistencia que no niega la validez del régimen de derecho o del sistema político en su totalidad, sino a ciertas leyes o actos gubernamentales.	<i>Acto apoyado en razones de moral crítica que pueden o no ser compartidas por la mayoría ni coincidir con los estándares de justicia o moral pública generalmente aceptados. No tiene como propósito central influir en las conductas de los otros y menos aún cambiar la legislación o la política gubernamental, sino sólo quedar exentos, que no privilegiados por ello del cumplimiento de una ley.</i>

simple. *Él fue hombre en cuerpo y alma, con un pensamiento y una conducta de perfecto acuerdo. Asumió la responsabilidad de sus acciones y de sus afirmaciones*". *Ut supra*. p. 5.

³¹ Henry David Thoreau. *Desobediencia civil*, trad. Ma. Eugenia Díaz. Tecnos, Madrid. 1987. p. 30.

7. Conlleva la violación intencionada de la ley injusta o de otras leyes como modo de protesta y la consecuente aceptación de las sanciones que acarrea un proceder ilegal.	<i>No está en el ánimo del objetor de conciencia violarla ley injusta (salvo que no tuviera otro remedio), ni otras leyes para protestar por la primera. Aceptaría en algunos casos que se le impusiera otro deber jurídico (p.e. sen/icio social sustitutorio).</i>
8. Se traduce en actos de protesta colectivos de quienes mantienen la misma doctrina política o ideología de la justicia.	<i>Acto esencialmente individual.</i>
9. Directa: contravención de la misma ley calificada de injusta Indirecta: actos de resistencia que no comportan la violación de la ley impugnada.	

9.1.3.1 HENRY D. THOREAU Y SU TESIS DE LA DESOBEDIENCIA CIVIL

29. El *argumento central* de la tesis de *Thoreau* se sustenta en una **razón de conciencia** que, como un perfecto desobediente civil, publicita, es decir, le otorga un **acento político**, haciéndola del conocimiento de su comunidad a través, qué mejor, que de un *discurso*: "**On the Duty of Civil Disobedience**". Allí, el propio *Thoreau*, dice: "*¿Debe el ciudadano someter su conciencia al legislador por un solo instante, aunque sea en la mínima medida? Entonces, ¿para qué tiene cada hombre su conciencia? Yo creo que debiéramos ser hombres primero y ciudadanos después. Lo deseable no es cultivar el respeto por la ley, sino por la justicia. La única obligación que tengo derecho a asumir es la de hacer en cada momento lo que crea justo*".¹¹
30. Pocos como *Thoreau* han evidenciado lo que puede significar una **obediencia ciega a las leyes**, esto es, **acrítica**, sobre todo si éstas son injustas. "*Una consecuencia natural y muy frecuente —dice Thoreau— del respeto indebido a la ley es que uno puede ver una fila de soldados: coronel, capitán, cabo, soldados rasos, artilleros, todos marchando en un orden admirable por colinas y valles hacia el frente en contra de su voluntad, ¡sí! contra su conciencia y su sentido común, lo que hace que su marcha sea más dura y se les sobrecoja el corazón.*" "La obediencia ciega y acrítica contra la que duramente arremete *Thoreau* es la que **no repara en razones morales**, es la conducta de la "masa" de cuyos componentes se vale el Estado no como hombres sino como máquinas. Quienes forman esa "masa" —acota *Thoreau*— "*En la mayoría de los casos no ejercitan con libertad ni la crítica ni el sentido moral, sino que se igualan a la madera y a las piedras, e incluso se podrían fabricar hombres de madera que hicieran el mismo sen-icio. Tales individuos no infunden más respeto que los hombres de paja o los terrones de arcilla. No tienen más valor que caballos o perros, y sin embargo se les considera, en general, buenos ciudadanos*".^{2*}

¹¹ Henry David Thoreau. *Desobediencia civil*, op. cit., p. 31

²*Ibid.*, p. 32.

²*Ibid.* pp. 32-33.

31. Pero no sólo la "masa" para *Thoreau* está hecha de individuos inmorales; nuestro autor dirá con la misma severidad y verdad: *"Otros como muchos legisladores, políticos, abogados, ministros y funcionarios, sirven al Estado fundamentalmente con sus cabezas, y como casi nunca hacen distinciones morales, son capaces de servir tanto al diablo, sin pretenderlo, como a Dios"*.¹⁵ ¿Quiénes se salvan, podríamos preguntarle a *Thoreau*? *"Unos pocos —contestaría— como los héroes, los patriotas, los mártires, los reformadores en un sentido amplio y los hombres que sirven al Estado además con sus conciencias y, por lo tanto, las más de las veces se enfrentan a él y, a menudo, se les trata como enemigos"*.¹⁶
32. Es palpable que lo existente en la tesis de *Thoreau* es la demanda de una **actitud consciente y crítica ante la ley que sea congruente con la conciencia individual de cada uno**, lo cual, evidentemente, parece cada día una exigencia más difícil para el hombre moderno. Pero hay, además, otro aspecto de suma importancia en el planteamiento de *Thoreau* respecto del significado de ofrendar, el ciudadano, su obediencia a la ley: **entender que con ello éste deberá asumir las consecuencias jurídicas, políticas y éticas que tal obediencia implica**. De hecho, dirá: *"Los que, sin estar de acuerdo con la naturaleza y las medidas de un gobierno, le entregan su lealtad y su apoyo son, sin duda, sus seguidores más conscientes y por tanto suelen ser el mayor obstáculo para su reforma"*.¹⁷
33. Debemos subrayar que la tesis de *Thoreau* no es la de la desobediencia por la desobediencia misma, es la tesis de la congruencia ante los deberes que derivan de esa difícil combinación que significa ser individuo y ciudadano al mismo tiempo, y ante cuyo conflicto nuestro autor no duda en lijar su posición: **"hombres primero, ciudadanos después"**, pero nosotros agregamos, *ciudadanos también, no sólo hombres*. La exigencia moral de ser hombre primero y ciudadano después que la realidad política de su tiempo, sociedad y gobierno planteaban al autor, el *Thoreau* individuo-ciudadano, que no sólo el individuo ni su sola conciencia, respondía también con argumentos ético-políticos: *"...cuando una sexta parte de la población del país que se ha comprometido a ser refugio de la libertad, está esclavizada, y toda una nación (México) es agredida y conquistada injustamente por un ejército extranjero y sometida a la ley marcial, creo que ha llegado el momento de que los hombres honrados se rebelen y se subleven. Y este deber es tanto más urgente, por cuanto que el país así ultrajado no es el nuestro, sino que el nuestro es el invasor"*.¹⁸
34. ¿Está *Thoreau* llamando a la revolución? Sí, si ésa es la única actitud honesta posible y no sólo por causa de la congruencia con la conciencia de cada uno, sino por causa de la moral ciudadana que exige a su gobierno el respeto a los ideales de una nación que se asigna a sí misma el título de democrática y libertaria. Sin embargo, la llamada de *Thoreau* no es necesariamente al sacrificio, salvo que la conciencia de cada individuo así se lo imponga. De ahí que en otro párrafo de su discurso nuestro autor señale: *"Por supuesto, no es un deber del hombre dedicarse a la erradicación del mal, por monstruoso que sea. Puede tener, como es lícito, otros asuntos entre manos; pero si es su deber al menos, lavarse las nuñas de él. Y si no se va a preocupar más de él, que, por lo menos, en la práctica, no le dé su*

¹⁵ *Ibid.*, p. 33.

¹⁶ *Idem.*

¹⁷ Henry David Thoreau, *Desobediencia civil*, op. cit. p. 39

¹⁸ *Ibid.*, p. 34.

apoyo. Si me entrego a otros fines y consideraciones, antes de dedicarme a ellos, debo, como mínimo, asegurarme de que no estoy pisando a otros hombres".¹⁹

35. ¿Cómo? Thoreau contesta: "Si la injusticia tiene un muelle o una polea o una cuerda o una manivela exclusivamente para ella, entonces tal vez debáis considerar si el remedio no será peor que la enfermedad; pero si es de la naturaleza que os obliga a ser agentes de la injusticia, entonces os digo, quebrantad la ley. Que vuestra vida sea un freno que detenga la máquina. Lo que tengo que hacer es asegurarme de que no me presto a hacer el daño que yo mismo condeno Vº El razonamiento de Thoreau pone de nueva cuenta en la palestra la crisis de conciencia que sufre el individuo que sabe se traicionará si acepta, sin más, la injusticia y la incongruencia de la política de su tiempo... "¿Cómo le corresponde actuar a un hombre ante el gobierno americano hoy? Yo respondo que no podemos asociar con él y mantener nuestra propia dignidad. No puedo reconocer ni por un instante que esa organización política sea mi gobierno y al mismo tiempo el gobierno de los esclavos ".²¹
36. Thoreau quebrantó la ley, adoptó una actitud de desobediencia civil por razones de conciencia individual pero también, como hemos visto, de ética política y, además, lo hizo con base en una contundente crítica y llamado a la conciencia de sus contemporáneos: "¿Fijaos qué gran inconsistencia se tolera! He oído decir a conciudadanos míos: 'me gustaría que me ordenaran colaborar en la represión de una rebelión de esclavos o marchar hacia Méjico; veríamos si lo hago'; y en cambio ellos mismos han facilitado un sustituto directamente con su propia lealtad e indirectamente al menos con su dinero".³²
37. Henry I). Thoreau aceptaba en su mismo discurso que ciertos ámbitos del Estado y gobierno norteamericanos merecían el reconocimiento ciudadano. La Constitución —parafraseo al autor de *Walden*— a pesar de sus fallos es muy buena y los tribunales, así como el gobierno federal son muy respetables," "...incluso el gobierno federal y el de este Estado son, en muchos sentidos admirables y originales; algo por lo que debemos estar agradecidos, tal como mucha gente los ha descrito. Pero si elevamos un poco nuestro punto de vista, en realidad no serían más que como los he descrito yo, y si nos elevamos aún más, ¿quién sabe lo que son o si merece la pena observarlos o pensar en ellos? "³⁴
38. El dilema que la tesis de Thoreau plantea no es fácil de resolver, porque... ¿cuál es la actitud que debe adoptar un ciudadano crítico y congruente con su conciencia individual para no traicionarla dado que ciertas acciones o políticas gubernamentales le parecen gravemente injustas? ¿Cómo actuar con conciencia sin dejar, al mismo tiempo, de ser un buen vecino? Thoreau propone con su propio ejemplo un camino: el de la desobediencia civil: "Si mil hombres dejaran de pagar sus impuestos este año, tal medida no sería ni violenta ni cruel, mientras que si los pagan, se capacita al Estado para cometer actos de violencia y derramar la sangre de los inocentes. Ésta es la definición de una revolución pacífica, si tal

Ibid., p. 38.

Ibid., p. 41.

Ibid., p. 33.

Ibid., p. 38.

Cfr. Henry David Thoreau, *Desobediencia civil*, op. cit., p. 53.

Idem.

es posible". Pero la oposición al pago de impuestos no puede ser absoluta, explica Thoreau: "Nunca me lie negado a pagar el impuesto de carreteras porcpie estoy deseoso de ser un buen vecino, como de ser un mal subdito; y respecto del mantenimiento de las escuelas, estoy contribuyendo ahora a la educación de mis compatriotas".⁶ Es decir, según Thoreau, que la desobediencia civil posee también un carácter politizante y educativo para la sociedad.

39. Thoreau desobedeció la ley. No pagó el "impuesto de los votantes" y fue encarcelado una noche. Un amigo suyo cubrió el impuesto y Thoreau quedó libre. Pero, si Thoreau desobedeció la ley, **no lo hizo sólo por el llamado de su conciencia**, por eso escribió: "Bajo un gobierno que encarcela a alguien injustamente, el lugar que debe ocupar el justo es también la prisión. Hoy, el lugar adecuado, el único que Massachusetts ofrece a sus espíritus más libres y menos sumisos, son sus prisiones; se les encarcela y se les aparta del Estado por acción de éste, del mismo modo que ellos habían hecho ya por sus principios. Ahí es donde el esclavo negro fugitivo y el prisionero mejicano en libertad condicional y el indio que viene a interceder por los daños infligidos a su raza deberían encontrarlos; en ese lugar separado, pero más libre y honorable, donde el Estado sitúa a los que no están con él sino contra él: esta es la única casa, en un Estado de esclavos, donde el hombre libre puede permanecer con honor".⁷
40. Sin duda, el gran legado de Thoreau es el de la *congruencia*. No pensamos en él como el desobediente que actúa así por sistema, ni el inconforme permanente, sino como el individuo que está alerta en su vida civil, tan dispuesto a cooperar cuando encuentra razones justas como a criticar libremente lo que afecta su conciencia. En Thoreau aparecen al unísono los rasgos del objetor de conciencia y del desobediente civil y hasta el del anarquista y el revolucionario pero, sobre todo, el del *hombre íntegro*. Una última cita textual del discurso de Thoreau, nos confirmará esta percepción: "No tengo interés en discutir con ningún hombre o nación. No deseo ser puntilloso y establecer distinciones sutiles; ni tampoco quiero presentarme como el mejor de mis conciudadanos. Lo que yo busco, en cambio, es una excusa para dar mi conformidad a las leyes de este país. Estoy totalmente dispuesto a someterme a ellas. De hecho, siempre tengo razones para dudar de mi postura y cada año, cuando pasa el recaudador de impuestos, me dispongo a revisar las leyes y la situación de ambos gobiernos, el federal y el del Estado, así como la opinión del pueblo en busca de un pretexto para dar esa conformidad".⁸
41. Si Thoreau buscaba una excusa para obedecer al Derecho, tal parece que él no aceptaría, en principio, otra obligación moral más allá que la que le imponga su conciencia y, en consecuencia, sólo estaría justificada la obediencia al Derecho si éste coincide con aquélla. Luego entonces, ¿Thoreau rechazaría una obligación moral de obedecer al Derecho justo? Obvio es que para él el Derecho injusto debe ser desobedecido. Pero, ¿debe ser desobedecido siempre? Conviene preguntarnos: ¿Bastaría como excusa para tal desobediencia que las prescripciones del Derecho choquen con nuestra conciencia sin tomar en consideración nuestras responsabilidades ciudadanas?, ¿podría cualquier persona negarse de forma válida a obedecer el Derecho siempre por razones de moral crítica y en todos los casos? Éstas

⁶Cfr Henry David Thoreau. *Desobediencia civil*, op. cit., p. 44.

⁷*Ibid.*, p. 51.

⁸*Ibid.*, p. 43.

⁹*Ibid.*, p. 53.

son las preguntas, de nuevo planteadas a la luz de la tesis de *Thoreau*, que ahora enfrentamos de manera directa.

CUADRO 9.3 HENRY D. THOREAU Y SU TESIS DE LA DESOBEDIENCIA CIVIL.	
Antecedentes	Thoreau, a quien se considera el creador de la tesis de la desobediencia civil, decidió no pagar impuestos toda vez que consideraba inmoral no sólo el esclavismo tolerado por las autoridades norteamericanas, sino que su gobierno dedicara lo recaudado para hacerle la guerra a México (1846-1848).
Argumento central de la tesis de Thoreau	"¿Debe el ciudadano someter su conciencia al legislador por un solo instante, aunque sea en la mínima medida? Entonces, ¿para qué tiene cada hombre su conciencia? Yo creo —dice Thoreau— que deberíamos ser hombres primero y ciudadanos después. Lo deseable no es cultivar el respeto por la ley, sino por la justicia. La única obligación que tengo derecho a asumir es la de hacer en cada momento lo que crea justo".

9.2 Algunas respuestas al problema de la obediencia al derecho

42. Las respuestas jusfilosóficas no son absolutas, por lo tanto, las que se presentan aquí a las preguntas planteadas a lo largo de este capítulo no deben ser consideradas como unívocas, sino como los esfuerzos y las posiciones particulares, a veces cercanas, a veces distantes, que sugieren distintos doctrinarios. En lo que sigue resumiremos algunas de esas respuestas al singular y apasionante problema de la obediencia al Derecho. Cabe subrayar, que las posturas teóricas que se ofrecen al lector no son obviamente todas las que la literatura en la materia contempla, pues sólo hemos elegido aquellas que, de acuerdo con el tenor de este libro, nos han parecido más *ad hoc* para ofrecer un panorama que suscite el interés de quienes se inician en estos temas.

9.2.1 ¿Deber u obligación de obediencia al Derecho?

43. Ahora bien, antes de continuar es necesario hacer una última precisión en torno a dos términos que hasta aquí hemos usado indistintamente: "deber" y "obligación". Jorge F. Malem Señá ha dicho que para establecer cuál es la actitud que deben guardar los ciudadanos respecto de las normas estatales "...se suelen utilizar normalmente los términos 'deber' y 'obligación' como si fueran sinónimos, y por lo general no habría mayor inconveniente en entender qué quiere decir quien nos pregunta si tiene la obligación (o el deber) de obedecer la ley. Pero el uso indiscri-

minado de 'deber' y 'obligación' tanto en el lenguaje ordinario como en el moral pueden ser fuente de no pocas confusiones"}³⁹

44. En efecto, la confusión suele existir, y ésta se hace extensiva al Derecho positivo cuando se usan sin reparos los términos *deber* y *obligación* como si fueran sinónimos, sin serlo.⁴⁰ En materia de obediencia al Derecho esta distinción es oportuna y, por cierto, muy similar en razones a la que se hace en el ámbito del Derecho civil, más puntualmente, en el llamado Derecho de las obligaciones, entre la **obligación como un tipo específico de deber jurídico** (*stricto sensu*), y el *deber jurídico lato sensu*. Es el caso, que en la obligación se dan contraprestaciones recíprocas específicas y existe una *correlación* que suele surgir de manifestaciones de la voluntad que conducen a una vinculación jurídica precisa entre acreedor y deudor. En cambio, el *deber jurídico lato sensu* surge en aquellas situaciones en las que alguien *no está, con respecto a los demás, en una situación jurídica correlativa* (como un vendedor con un comprador y viceversa), sino en el *opuesto jurídico* según han evidenciado autores como Hohfeld y Gutiérrez y González
45. Podemos decir, de modo más concreto y en relación con el tema de la obediencia al Derecho, que son *características de las obligaciones* las siguientes:
1. *nacen de actos voluntarios*,-
 2. *requieren de acciones individuales* para crearlas;
 3. *son interpersonales*.
 4. *se dan entre sujetos bien determinados*;
 5. *su contenido está perfectamente individualizado* ,
 6. *son correlativas*, esto es, existe una perfecta *reciprocidad entre derecho-deber y deber-derecho*.

En términos éticos las *promesas* serían un típico ejemplo de obligaciones morales.⁴¹

46. Puede anotarse como *características de los deberes*: su *independencia de cualquier acto voluntario que los pudiera originar* (el deber de respetar a los demás seres humanos, sus propiedades y posesiones, etcétera); que son *asumidos con independencia de su contenido*, pues suelen nacer de la posición, la función, el oficio o papel que una persona desempeñe, como los deberes de los hijos respecto de sus padres. Cabe hacer notar que la palabra **deber** se aplica singularmente a las prescripciones, las enseñanzas, las indicaciones o los consejos respecto de la conducta que "debe asumir una persona", como por ejemplo en expresiones del tipo: "debes respetar a las personas mayores", "debes ponerte a dieta", "debes estudiar", etcétera.⁴³

³⁹ Jorge F. Malm Seña, *Concepto y justificación...* op. cu., p. 17.

Hay autores de la talla de Gregorio Peces Barba que emplean de manera distinta y siguiendo una tradición los conceptos "deber" y "obligación": "...prefiero utilizar —dice el propio Peces-Barba— el término *deber* para el ámbito ético, y *obligación* para el jurídico, en una estipulación lingüística de distinción que nene una tradición sería de Thomasio a nuestros días..." Véase Gregorio Peces Barba Martínez, "Desobediencia civil y objeción de conciencia", en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 5. Instituto de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid. 1988-1989, p. 161.

⁴¹ Véase los incisos 6.2.4 y 6.2.8.2 del capítulo VI, segunda parte de este libro.

⁴³ Cfr. Jorge F. Malm Seña, *Concepto y justificación* ,op. cit., p. 19. Sobre este tema consúltese de A. I Melden, "La obligación de las promesas", *Los derechos y las personas*, trad Celia Haydée Paschero. FCE. México. 1992. pp. 65-107.

⁴¹ *Ibid.*, pp. 20-22.

47. Esta distinción es importante porque nos permitirá utilizar el término **obligación** para *aquellos deberes asumidos de forma voluntaria por el actor o actores*, con lo cual esta expresión parece tener un "*sentido moral más fuerte*" que el de los deberes asignables a las personas, deberes que se originan, simplemente, del rol o posición que dichos actores desempeñan. El *deber* posee una "*carga moral menos fuerte*" respecto del concepto de **obligación**. La *obligación es*, en suma, *un deber asumido voluntariamente y, por consecuencia, con una carga moral mayor*. Vinculando estos términos con el problema de la obediencia al Derecho se entenderá mejor la utilidad de su precisión.
48. Un ciudadano común y corriente jamás ha sido consultado respecto del país y la nacionalidad que se le asigna y, por lo tanto, de las leyes que rigen y a las que están sometidos múltiples aspectos de su conducta. Parecería más prudente referirse a la relación que ese ciudadano guarda con respecto a la ley o a las autoridades gubernamentales como un *deber de obediencia*. Si recurrimos a **Thoreau** de nueva cuenta, recordaremos que éste reconoce una *única obligación: la del individuo con su conciencia* y, en los demás casos, respecto de sus vecinos, gobierno y ley de su Estado y país **Thoreau** considera tener sólo un *deber*, que de llegar a enfrentarse con la "obligación moral de obedecer los dictados de su conciencia", *no dudaría en la necesidad moral de desobedecer la ley o el acto gubernamental controvertido*."
49. En el próximo apartado plantearemos, sucintamente, *tres posiciones distintas* respecto del cuestionamiento relativo a la **posible existencia de una obligación o deber moral de obedecer al Derecho**. Dichas posiciones van desde la más extrema, que *no sólo responde de forma negativa a tal cuestionamiento, sino que afirma la existencia de un fundamento ético absoluto para su desobediencia (tesis de González Vicén)*. Más adelante analizaremos una posición intermedia que acepta un *deber prima facie de obediencia al Derecho (tesis de Norbert Hoerster)*, para concluir con la *respuesta afirmativa sobre la posibilidad de aceptar una obligación moral de obedecer al Derecho justo (tesis de Eusebio Fernández)*.
50. Iniciaremos el siguiente apartado con una *primera respuesta respecto de la obediencia a la ley* que está muy vinculada con la diferenciación entre deber y obligación y se muestra muy cercana a la posición de **Henry David Thoreau**. Esta *primera posición, que es planeada por el filósofo español Felipe González Vicén, responde en forma negativa y su polémica tesis central podría plantearse así: no existe un fundamento ético absoluto para obedecer al Derecho pero sí para su desobediencia*. Hemos elegido para iniciar esta posición negativa no sólo por el carácter provocador que en sí mismo posee, sino porque su exposición y la de las

" Sin embargo, ¿podrían los deberes ciudadanos de obediencia a la ley tornarse en obligaciones? Por ejemplo, cuando una persona al cumplir la mayoría de edad y con plena conciencia jura lealtad a las leyes e instituciones de un país, ¿se podrá decir que tal nuevo ciudadano sólo confirmó su deber o lo cambió por una obligación de obediencia? Pensemos en otros casos. Normalmente los ciudadanos de un país gozan de ciertas ventajas provenientes de su condición de tales, reciben seguridad social, protección de los cuerpos policíacos, reciben educación, servicios públicos, etcétera. Considerando la aceptación de tales beneficios como una manifestación tácita de voluntad ¿ésta torna el deber en obligación? Cuando una persona cambia por razones meditadas y en forma totalmente voluntaria su nacionalidad, dicha persona tiene no sólo el deber sino la obligación de obedecer el Derecho de ese Estado? ¿Toma el voto ciudadano y el goce de otros derechos políticos el deber en obligación? La declaración de fidelidad y lealtad para observar las leyes que exigen las Constituciones de todos los Estados a sus funcionarios de la más alta jerarquía ¿convierte su simple deber de obediencia a las leyes e instituciones del país en una obligación que le impone una carga moral mayor que la de cualquier ciudadano? Son todas estas cuestiones sobre las que hay que reflexionar y en las que posee no poca importancia referirse a ellas, según sea el caso, como deberes u obligaciones.

críticas que se le han encaminado, nos permitirá conocer de entrada los aspectos filosóficos centrales que subyacen en la cuestión de la obediencia al Derecho.

CUADRO 9.4 ¿DEBER U OBLIGACIÓN DE OBEDIENCIA AL DERECHO?

Ambos términos suelen ser, si se utilizan indistintamente, fuente de no pocas confusiones.

Características de las obligaciones:

- *Nacen de actos voluntarios.*
- *Requieren de acciones individuales*
- *Son interpersonales.*
- *Se dan entre sujetos bien determinados.*
- *Su contenido está individualizado.*
- *Son conelativas -reciprocidad de derechos y deberes—.*
- *Ejemplo: las promesas.*

Características de los deberes:

- *Son independientes de los actos voluntarios que los pudieron originar (como el deber de respetar a los demás seres humanos, sus propiedades o posesiones).*
- *Son asumidos con independencia de su contenido, porque suelen nacer de la posición, función o papel que una persona desempeñe (los deberes de los hijos respecto de los padres).*
- *Ejemplos de uso de esta expresión: "debes respetar a los demás" "debes estudiar"*

9.2.2 El fundamento ético absoluto para desobedecer al Derecho: González Vicén

51. Felipe González Vicén ha establecido que: *"La obligatoriedad ética no se encuentra en los órdenes sociales, sino sólo en la autonomía de la individualidad moral, es decir en los imperativos de la conciencia";*⁴⁵ en tal virtud, *"//•••/ Si un Derecho entra en colisión con la exigencia absoluta de la obligación moral, este Derecho carece de vinculatoriedad y debe ser desobedecido. O dicho en otras palabras: mientras no hay un fundamento ético para la obediencia al Derecho, si hay un fundamento ético absoluto para su desobediencia"*
52. La respuesta que brinda González Vicén *parte de concepciones particulares acerca de lo que es el Derecho y cuál su función, así como del alcance del concepto obligación.* Veamos. El Derecho es para nuestro autor un *orden coactivo de naturaleza histórica en el que se refleja el enfrentamiento de intereses muy concretos y el predominio de unos sobre otros.*⁴⁶ Además, *por ser el Derecho un orden heterónomo no puede crear verdaderas obligaciones,* toda vez que en un sentido riguroso, *sólo cabe hablar de tales cuando se trata de exigencias absolutas y no*

⁴⁵ Felipe González Vicén, "La obediencia al derecho". *Estudios de filosofía del derecho*. Facultad del Derecho. Universidad de La Laguna. 1979, p. 387.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 388.

⁴⁷ Cfr Felipe González Vicén. "La obediencia al derecho. Una anticrítica", en *Sistema*, núm. 65. Madrid, marzo de 1985. p. 102.

de alternativas de comportamiento.⁴⁸ De tal guisa, **exclusivamente cuando nos referimos a los imperativos de la conciencia ética individual** podemos hablar efectivamente de una obligación.

53. *¡M respuesta negativa acerca de la existencia de una obligación ética de obediencia al Derecho* que ofrece González Vicén gira en torno a la necesidad de establecer el límite de tal obligación, a saber: la conciencia ética individual.¹ Y dado que sólo ésta puede imponer legítimas obligaciones, en el supuesto caso de un choque entre el Derecho y la conciencia ética individual **el resultado no puede ser otro que la desobediencia**. "Ixi obligatoriedad ética —dice González Vicén— no se encuentra en los órdenes sociales, sino sólo en la autonomía de la individualidad moral, es decir, en los imperativos de la conciencia."⁵⁰ Sin embargo, **de la tesis del iusfilósofo español en cuanto a la no existencia de una obligación ética de cumplir el Derecho** no se debe necesariamente inferir que no haya por qué no obedecer al Derecho, o que la desobediencia ética sea un sinónimo de anarquía.⁵¹
54. En efecto en torno a lo anterior, González Vicén puntualiza : "El Derecho como ordenamiento de conducta crea ya de por sí toda una serie de valores —lo que L. Fuller llama **the morality of law**— que son otras tantas razones para su cumplimiento. Una de estas razones es que el Derecho hace posible la certeza de las relaciones humanas en la convivencia, como lo es también que por el Derecho posee un ámbito de acción personal definida y protegida eficazmente, como lo es, en fin, el llamado principio de **fairness**, tan en boga en el pensamiento jurídico anglosajón a partir de Rawls: si gozamos de las ventajas de una sociedad organizada, debemos también cumplir sus exigencias, si el cumplimiento de las normas jurídicas por parte de los demás me hace posible el disfrute de sus derechos, es un imperativo del **fair play** que yo también cumpla las normas que hacen posible el disfrute de sus derechos a los demás. Al Derecho hay que obedecerlo por estas y otras razones, pero lo que ninguna de ellas nos dice es que haya un fundamento ético para la obediencia al Derecho".⁵²
55. El valor de la tesis de González Vicén, en nuestro parecer, radica en subrayar ciertas cuestiones de importancia singular para el análisis de este problema. Por principio, que el cumplimiento del Derecho se sustenta en razones de diverso tipo como la seguridad jurídica, su forma democrática de producción, la libertad que protege, etcétera. Empero, **estas razones no constituyen un fundamento ético para su cumplimiento, pues este fundamento sólo opera para los imperativos de la conciencia individual no para la obediencia del Derecho, obediencia que sólo puede sustentarse en razones o motivos de índole práctica**. Con ello, González Vicén, como Thoreau, le fijan a la obediencia al Derecho un límite infranqueable: los imperativos de la conciencia de cada uno. Por ello, obviamente, González Vicén justificará plenamente, no indiscriminadamente, las actitudes de objeción de conciencia.
56. En efecto, dirá González Vicén: "...la desobediencia ética al Derecho es una actitud personal y no una posición política. Ixi desobediencia ética al Derecho es

Felipe González Vicén. "La obediencia al derecho", *op. cit.*, p. 386.

¹ Cfr. F. González Vicén, "La obediencia al Derecho. Dna anticritica", *op. cit.*, p. 102.

⁵⁰ F. González Vicén. "La obediencia al Derecho", *op. cit.*, p. 69.

⁵¹ Cfr. F. González Vicén, "La obediencia al Derecho. Una anticritica", *op. cit.*, p. 103.

⁵² *Ibid* Véase John Rawls, "Legal Obligation and the Duty of Fair Play", *ixiw and Philosophy* (Sindney Hook, ed.). Nueva York, 1964

*una decisión que la conciencia individual toma en su soledad constitutiva y que sólo obliga al sujeto de esta conciencia; es una decisión que no traspone los límites del ámbito estrictamente personal y que no pretende nada más que la paz del individuo con las raíces de su yo. El desobediente ético se niega simplemente a cumplir una norma o un conjunto de normas que van en contra de su conciencia y acepta, ya de antemano, las sanciones previstas en el ordenamiento jurídico para su acción".*⁵⁵

57. Esta polémica tesis ha recibido diferentes críticas.⁵⁴ Así, por ejemplo, Elias Díaz piensa, contrariamente a González Vicén, que sí **puede haber un fundamento ético para la obediencia al Derecho**, "...lo mismo —y el mismo— que puede haberlo para su desobediencia: es decir, la concordancia o discrepancia de fondo entre normas jurídicas y normas éticas o, para decirlo al modo (no exento de riesgos) de González Vicén, la concordancia o discrepancia entre el Derecho y la conciencia ética individual".⁵⁵
58. Hay en la crítica de Elias Díaz un matiz al que debemos prestar atención: *este fundamento ético para la desobediencia no puede ser de ningún modo absoluto*, toda vez que para nuestro autor resulta perfectamente justificable la posibilidad de que, por causa de la diferente jerarquía de los valores que se hallan en juego, en caso de conflicto entre la ética personal y el Derecho, pudiera hablarse de "...un deber de obediencia de normas concretas con las que uno puede estar en desacuerdo ético".⁵⁶ Por lo tanto, nuestro autor niega que la colisión entre *moral crítica-Derecho*, **implique necesariamente actitudes de desobediencia**, ya que la obediencia al Derecho puede sustentarse (y en esto coincidirá con González Vicén) **no sólo en razones éticas sino en razones de otro tipo que deberán ser atendibles en mayor o menor grado, como la seguridad jurídica, por ejemplo**. Empero, dado que para Elias Díaz *el deber ser jurídico puede comunicarse sin confusión con el deber ser ético, expresión originaria y última de la conciencia individual*, **operan razones éticas tanto para el cumplimiento como para su no cumplimiento**, esto es, **para la desobediencia civil**."
59. La posición de Elias Díaz como vemos está movida por la siguiente preocupación: *advertir sobre los peligros de una tesis que justifique que en cualquier circunstancia sea más correcto desobedecer que obedecer al Derecho*. ¿Resulta necesariamente justificable por razones de moral crítica oponerse a un sistema democrático en el que se respetan los postulados de una constitución generalmente aceptada? "*La desobediencia —puntualiza Elias Díaz— no siempre es 'acrataprogresista'; con frecuencia, sobre todo en ciertos países y en ciertas historias, es 'golpista-reaccionaria'*. Y, con frecuencia, la primera genera o, al menos, proporciona coartada para la segunda. Frente a una y otra, considero de acuerdo con todo ello que la obediencia al Derecho, a un Derecho, pueda constituir una verdadera obligación ética, pero que, por supuesto, también puede constituir una obligación ética de desobediencia: cuando, por ejemplo, tal Derecho supone una negación de la

⁵¹ *Ibid.*, p. 104.

^w La tesis de Felipe González Vicén dio pie a un rico debate en el seno de la comunidad iushlosótica española. Por razones de espacio sólo nos referimos aquí a las críticas y adhesiones más útiles para nuestros propósitos. El panorama general de ese debate y una consecuente toma de posición la realiza Eusebio Fernández en su libro *Ixi obediencia al Derecho*. Civitas. Madrid. 1987, pp. 91-115.

" Elias Díaz. *De la maldad estatal*. . op. cu., p. 80.

* *Idem*.

"Cfr. Elias Díaz. *De la maldad estatal* . op. cit.. p. 79.

libertad que es presupuesto para la auténtica expresión de la voluntad individual y social sin la cual no hay verdadera comunidad humana".TM

60. Manuel Aien/a, otro iusfilósofo español, hace las siguientes críticas puntuales a la tesis de González Vicén. Hay que considerar —dice Atienza— que si la obligación de desobediencia **no significa establecer una obligación de desobedecer al Derecho en cualquier caso sino sólo bajo ciertos supuestos de injusticia**; luego entonces parece lógico que *en ciertos casos también cabría la obligación ética de obedecer al Derecho cuando, por ejemplo, los mandatos jurídicos coincidan con los imperativos éticos de la conciencia individual*. Según Atienza, la tesis de González Vicén niega dimensión social a la ética, pues reduce su ámbito de acción a la conciencia individual de cada uno, eliminando la posibilidad, no fácil de aceptar, de cualquier coincidencia entre ética y Derecho."
61. Una crítica más en la que Manuel Atienza y Eusebio Fernández, otro autor español, coinciden es la pretensión de González Vicén de *dotar de validez a los imperativos de la conciencia por su individualidad histórica*. Es decir, que *toda persona tiene como último fundamento de su aduar la objetividad de los imperativos de su conciencia, los cuales están necesariamente referidos al momento histórico y social de ese individuo, a su realidad única e irrepetible que le imponen conducirse de tal o cual modo*. Atienza y Fernández piensan que esta afirmación es difícilmente sostenible, pues *el sólo hecho de que alguien arguya imperativos éticos, esto es, uulividual-históricos para desobedecer al Derecho no justifica su "razonabilidad", ya que es necesario que tales imperativos ético-individuales se sometan a las pruebas de racionalidad, imparcialidad y libertad*.⁶⁰
62. En torno a las posiciones de unos y otros, Javier Muguerza realiza importantes precisiones, si bien declara su simpatía por la posición de González Vicén y, lógicamente, también por la de Thoreau,⁶¹ no deja de coincidir con sus críticos en algunos puntos. Pues bien, para empezar, Muguerza *resalta la falsa simetría* que existe en un argumento de Elías Díaz (y otro similar de Atienza)⁶³ en el sentido de que *"si la conciencia individual puede fundamentar la desobediencia al Derecho, la misma razón hay para que fundamente éticamente su obediencia"*. El asunto que Muguerza, y con razón, pone en evidencia, es que en el fondo del debate lo que está en cuestión es la relación entre Ética y Derecho, así como el peligro, vía la falsa simetría referida, de que *"...la Ética y el Derecho se confundan más de lo que sería de desear y no menos inaceptablemente"*.⁶³
63. Esta preocupación de Muguerza está íntimamente relacionada con uno de los objetivos del trabajo de González Vicén: **recalcar la importancia de los imperativos de la conciencia individual como límite infranqueable ante cualquier intento justificado o no de hacer valedera la idea de intereses generalizables a través del Derecho**. Muguerza escribirá: *"...límite que descubriríamos al preguntarnos quién se halla en ese caso autorizado para determinar cuándo una decisión co-*

hibid., p. 85.

TM Cfr. Manuel Aienza. "La filosofía del Derecho de Felipe (ionzále/ Vicén)", *Fl lenguaje del derecho (Homenaje a Genaro K. Carnó)*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, p. 68 y ss.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 69; Eusebio Fernández, *la obediencia al derecho*, op. cit., pp. 97-98.

⁶¹ Cfr. Javier Muguerza. "La obediencia al Derecho y el imperativo de la disidencia (línea intrusión en un debate)", en *Sistema*, núm. 70, Madrid, enero de 1986, pp. 29 y 40.

Véase párrafo 60.

⁶³ I. Muguerza. *La obediencia al Derecho ..*, op. cit., p. 30.

lectiva atenta contra la condición humana, pregunta a la que, en mi opinión, no cabe responder sino que la 'conciencia individual' y sólo la conciencia individual. Dicho de otra manera, los individuos acaparan todo el protagonismo de la Ética, puesto que sólo ellos son capaces de actuar moralmente"^M

64. Pero Muguerza alude a otro límite infranqueable. Así, apoyándose en el imperativo kantiano que establece que a las personas ha de tratárseles siempre como fines y nunca como medios, el filósofo español afirma que *ninguna decisión colectiva por mayoritaria que fuere podría legítimamente atentar contra la condición humana*; esto es, la condición moral *no instrumental* que todo hombre por el sólo hecho de ser tal posee. Por lo tanto, dice nuestro autor, *"[...]/ En cualquier caso, no tengo inconveniente en responder que el único fundamento que encuentro para respetar tales límites, representados por la condición humana y la conciencia individual, es la afirmación kantiana de que 'el hombre existe como un fin en sí mismo y no tan sólo como un medio' "*⁶⁵
65. ¿A dónde nos conduce este imperativo de los fines? Pues, según Muguerza, a una respuesta muy similar a la dada por González Vicén: *"...en efecto, el imperativo kantiano 'de los fines' reviste [...] un carácter primordialmente 'negativo', antes que fundamentar la obligación de obedecer ninguna regla, su cometido es el de autorizar a desobedecer cualquier regla que el individuo crea en conciencia que contradice aquel principio. Esto es, lo que en definitiva fundamenta dicho imperativo es el derecho a decir "No", y de ahí que lo más apropiado sea llamarle, como opino que merece ser llamado, el imperativo de la disidencia"*⁶⁶. Entonces, lo que la desobediencia ética perseguiría no es un resultado político eficaz (lo que sí buscaría la desobediencia civil), sino *"...la adhesión inquebrantable a un imperativo moral, independientemente de cuáles sean sus consecuencias, por lo común sólo funestas, añadamos, para quienes se adhieren a dicho imperativo contra viento y marea. Para González Vicén, la desobediencia ética no hace, en definitiva, sino prolongar la línea milenaria de la 'actitud socrática'"*⁶¹
66. Concluye Muguerza afirmando que el individualismo ético, según su propia terminología, al que clama la tesis de González Vicén y, claro, el mismo Thoreau, *no debe confundirse con la insolidaridad. "Desde la perspectiva ética del individualismo que he estado tratando de proponer —dice Muguerza— no se desprende, pues no faltaba más, que un individuo pueda nunca imponer legítimamente a una comunidad la adopción de un acuerdo que requiera de la decisión colectiva, sino que sólo el individuo se halla legitimado para desobedecer cualquier acuerdo o decisión colectiva que atente —según el dictado de su conciencia— contra la condición humana /.../ Ixi invocación a la desobediencia ética no podría servir nunca de pretexto para llevar al Ejército al poder contra la voluntad mayoritaria, pero podría, en cambio, servir para oponerse a los desmanes de cualquier régimen político, aun cuando dicho régimen no sea una dictadura y se apoye en la aquiescencia de la mayoría. Pues, por abrumadora que sea esa mayoría, también los regímenes democráticos son capaces —lo estamos viendo cada día— de cometer desmanes"*^M

⁶¹Ibid. p. 34.

⁶²Ibid. p. 36.

⁶³Ibid. p. 37.

⁶⁴Ibid. p. 39.

^M Idem.

CUADRO 9.5 FUNDAMENTO ABSOLUTO DE GONZÁLEZ VICÉN PARA LA DESOBEDIENCIA

González Vicén, sostiene que:

"La obligación ética no se encuentra en los órdenes sociales, sino sólo en la autonomía de la individualidad moral, es decir en los imperativos de la conciencia. Si un Derecho entra en colisión con la exigencia absoluta de la obligación moral, este Derecho carece de vinculatoriedad y debe ser desobedecido. O dicho en otras palabras: mientras no hay fundamento ético para la obediencia al Derecho, si hay un fundamento ético para su desobediencia"

- González Vicén maneja un concepto propio de Derecho: orden coactivo de naturaleza histórica que refleja el enfrentamiento de intereses muy concretos y el predominio de unos sobre otros.
- El Derecho no crea verdaderas obligaciones.
- Este autor plantea un límite a la obligación de obediencia.
- Hay razones para el cumplimiento del Derecho: (*morality of law*/principio de fairness) si gozamos de las ventajas de una sociedad organizada, debemos también cumplir sus exigencias, pero ninguna de éstas constituye un fundamento ético.

La obediencia al Derecho se sustenta en razones de diverso tipo, ninguna de las cuales constituye un fundamento ético para dicha obediencia, y si hay siempre un límite infranqueable: los imperativos de conciencia de cada individuo.

Crítica de Elias Díaz: sí puede haber fundamento ético para la obediencia: el mismo que existe para su desobediencia; la colisión entre principios o imperativos éticos no siempre implica desobediencia.

9.2.3 El deber *prima facie* de obediencia al Derecho: Hoerster

67. Norbert Hoerster afirma que existe un ***deber moral general de obediencia al Derecho*** y que éste posee un carácter ***prima facie***.^M Para demostrar su posición este autor parte de **dos preguntas y dos argumentos**. Las preguntas son: *¿Existe para el ciudadano un deber moral de obediencia al derecho? ¿Tiene, bajo ciertas circunstancias, un derecho a la desobediencia civil o a la resistencia?*^m A su vez, los argumentos serían los referidos ya a las ***consecuencias reales*** o ya a las ***consecuencias hipotéticas*** que respectivamente traería consigo una desobediencia o violación al Derecho.¹¹
68. En tomo al primer argumento, el de las ***consecuencias reales***. Hoerster señala que *toda teoría moral más o menos aceptable mantiene el principio de que resulta falso realizar una acción que vaya acompañada de consecuencias malas o negativas, en el sentido de que lesiona intereses humanos fundamentales*. Este fue precisamente el argumento usado por Sócrates para no desobedecer la sentencia que lo condenó injustamente a muerte. *Sócrates funda su deber moral de obediencia al Derecho, según Hoerster, en que una conducta contraria conduce a la destrucción del Estado y el orden jurídico, al caos y a la anarquía. Argumento que para Hoerster resulta inaceptable.* ¿Por qué?

^M Norbert Hoerster. "El deber moral de obediencia al Derecho", *op. cit.*, pp. 147-158.

¹⁰ *Ibid.*, p. 147.

^m *Idem.*

¹¹ Cfr. Norbert Hoerster. "El deber moral de obediencia al Derecho", *op. cit.*, pp. 148-150.

69. El profesor de la Universidad de Maguncia, anota: *"Hasta el día de hoy, este argumento sigue jugando el papel principal en las posiciones habituales con respecto a nuestro problema. Sin embargo —en todo caso tal como es formulado— no es convincente. Pues una violación aislada del derecho —y de su justificación moral es de lo que se trata— es, por lo general, totalmente inadecuada para provocar el derrumbe del orden jurídico"* Parece claro, recurriendo a los casos ejemplificativos usados por Hoerster, **que el hecho de que alguien viaje sin pagar el boleto, ocupe ilícitamente una casa y hasta lleve a cabo un homicidio, carece de toda importancia como razón causal suficiente para la conservación del Estado y de su orden jurídico** En consecuencia, *"[...] Para el caso normal de la violación del derecho, sigue siendo verdad que una referencia a sus consecuencias para el orden jurídico en modo alguno es adecuada para demostrar su reprochabilidad moral".*
70. De acuerdo con el primer argumento, un acto aislado de desobediencia al Derecho, por sus *consecuencias reales*, **no está moralmente descalificado**. Mas, *¿qué hay del segundo argumento respecto de las consecuencias hipotéticas de una violación a la ley?* Hoerster señala que aquí lo que se pondera son las **malas consecuencias que se producirían si cada ciudadano o muchos violasen regularmente el Derecho**. *"A diferencia del argumento de las consecuencias hipotéticas, este argumento no apunta a las consecuencias reales de la acción individual que hay que juzgar (es decir, las consecuencias de la violación individual del derecho). Apunta, más bien, a una meramente hipotética realización general (o muy difundida) de la acción respectiva, en el sentido de que, si fuera realidad, tendría las respectivas malas consecuencias"*
71. Así las cosas, para Hoerster el *primer argumento (consecuencias reales)* posee una **premisa normativa convincente** ("una acción que tiene malas consecuencias es mala"), pero una **premisa descriptiva normalmente falsa** ("en la realidad una violación aislada al derecho no tiene consecuencias caóticas"). En cambio, en el *segundo argumento (consecuencias hipotéticas)* sucede precisamente lo inverso. Éste posee una **premisa descriptiva correcta** ("la violación generalizada de la ley tendría consecuencias caóticas"), pero una *dudosa premisa normativa* ("una acción cuya realización generalizada tuviese consecuencias caóticas es moralmente mala").⁷⁶ Es decir, del hecho de que una acción al generalizarse resulte caótica no significa necesariamente que sea mala. Piénsese en el caso de un objetor de conciencia a una ley que prohíbe el aborto a las mujeres que así lo decidan libremente. *¿Descalifica moralmente la posición de esa persona que considera prioritaria la autonomía de la mujer, el que dicha acción se generalice? ¿En sí misma considerada esa posición, sin hacer extensivas sus consecuencias a una violación masiva, es necesariamente inmoral?*
72. Ejemplifiquemos lo anterior siguiendo a Hoerster. Supóngase el caso de un ciudadano A que por abulia o comodidad no participa en las elecciones. Ello no tiene mayores consecuencias para la vida política del país. Pero si todos los ciudadanos hicieran lo mismo, se generaría un grave daño para el sistema democrático de ese país. *"Bajo estas circunstancias —dice Hoerster— ¿no tiene A el deber moral (como es sabido, en la mayoría de los países no existe la obligación jurídica de*

⁷⁶ Norbert Hoerster, "El deber moral de obediencia al derecho", *op. cit.*, p. 150.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 151.

⁷⁸ *Idem.*

Cfr. Norbert Hoerster, "El deber moral de obediencia al derecho", *op. cit.*, pp. 151-152.

volar) de participar en las elecciones?¹¹ Supóngase ahora un club juvenil que para su recreo ha construido una cabaña en la montaña. Uno de sus más de cien miembros, *tú*, usa la cabaña pero no realiza ninguna actividad para su mantenimiento aunque, gracias al número de miembros, su desidia no se nota. *¿Acaso tú no actúas moralmente de modo incorrecto con independencia de las consecuencias prácticamente nulas de su actuar?*ⁿ

73. Estos ejemplos dan pie a que nuestro autor señale que *en aquellas organizaciones sociales en las que cada uno de sus miembros se beneficie individualmente, cada uno de ellos espera de los otros la adopción de una conducta de cooperación que sea necesaria para la conservación de la susodicha organización*. Dado que todos se benefician, parece justo aplicar el **principio de tratamiento de igualdad** que exige, entonces, *que todos participen no sólo de los beneficios sino de las cargas que el mantenimiento de la organización conlleva*. Ninguno de sus miembros, salvo circunstancias excepcionales, *se encuentra justificado de no cumplir con los deberes comunes*. Amén de lo anterior y dado que todos y cada uno, incluso los más desfavorecidos, reciben más de lo que otorgan al grupo, *parece obvia la necesidad de rechazar formas de comportamiento que conduzcan al derrumbe de la organización en cuestión*. Por lo tanto, para Hoerster, **los miembros de ese grupo y organización** (un Estado, por ejemplo) **tienen un deber general de obediencia al Derecho (las reglas de cooperación, distribución de beneficios y cargas comunes) y no poseen un derecho moral de resistencia**.
74. Por supuesto que para hacer tal afirmación, Norbert Hoerster no excluye la consideración de ciertos rasgos que conforman una organización o un ordenamiento jurídico como, por ejemplo, hasta qué punto respeta la libertad del individuo, cómo sirve al bienestar de los ciudadanos y a la justicia social, cómo hace uso de los medios coactivos, etcétera. *"Por lo general —apostilla el filósofo alemán— un Estado que proporciona a la gran mayoría de sus ciudadanos más desventajas que ventajas no dura mucho. Pero, cuando más, sólo para los miembros de una minoría sojuzgada, sin derechos, será verdad que para ellos la anarquía es el mal menor. En todo caso, por lo regular, el ciudadano normal —no obstante toda la crítica quizá justificada a las deficiencias graves del Estado y todos los correspondientes deseos de reforma— no estará interesado en un derrumbe del orden estatal. Pero esto significa que tiene que rechazar formas de comportamiento que conduzcan a tal derrumbe. Tiene, por lo tanto, que rechazar también que sus conciudadanos pierdan el respeto por el derecho vigente".*¹⁹
75. El mandato de igualdad de Hoerster es muy similar al principio de *fair play* rawlsiano al que también alude González Vicén. Ambos principios se asientan en la idea de **"cooperación"** y **"reciprocidad"**. Sin embargo, uno y otro nos conducen al mismo necesario cuestionamiento: *¿el mandato de igualdad o el principio de fair play implican que los ciudadanos obedezcan al Derecho aunque lo consideren injusto?*²⁰ Hoerster piensa que sería una burda equivocación entender su posición *"...en el sentido de que el individuo estaría definitivamente obligado a obedecer el derecho bajo todas las circunstancias concebibles, sin que importaran los aspectos morales del respectivo caso"*. Dicho de otra manera, **el deber de obediencia**

ⁿ *ibid.*, pp. 152.

¹⁹ Cfr. *ibid.*, pp. 152-153.

²⁰ Norbert Hoerster. "El deber moral de obediencia al derecho". *op. cit.*, pp. 154-155.

¹⁹ *Ibid.*, p. 157.

al Derecho estará vigente hasta en tanto que esa obediencia no conduzca a la violación de otro principio moral igualmente válido.

76. Es de tal guisa que para Hoerster **el deber de obediencia al Derecho no es un deber absoluto sino *prima facie***. Dicho en sus propias palabras: *"El deber de obediencia al derecho, pues, como la mayoría de —aunque no todos— nuestros deberes morales, no es un deber absoluto, sino simplemente **prima facie**. La medida de la obligatoriedad que en el caso particular tiene el deber moral de obediencia al derecho es, por lo tanto limitada. Depende de cuáles sean los otros deberes o derechos morales que estén en juego".*⁸¹
77. Es así que, para Hoerster, **no resultaría automáticamente justificada en términos sociales o, traducido en su propia terminología, en función del mandamiento de igualdad, la desobediencia al Derecho por razones éticas**. Si la acción del desobediente *no puede subsumirse bajo otro principio moral*, tal acción es, entonces, falsa y, de tal modo, debe ser tratada como una violación al Derecho sin más, no distinta de otras violaciones. De ahí que Hoerster reduzca el problema, según nuestro modo de ver, inadecuadamente, a *"...saber hasta qué punto se le puede otorgar al individuo un **derecho** moral a la libre realización de la correspondiente acción"*.⁸²
78. Es obvio que ese derecho moral —según Hoerster— *no puede ser otorgado por nadie*, pues muy a pesar de que un ordenamiento regule las formas legales de objeción de conciencia (como de hecho sucede, porque no puede ser jurídicamente de otro modo), ésta, como todo acto de conciencia (la fe religiosa, la ideología política, etcétera) dada su naturaleza interna y personalísima, **su prohibición resulta inútil**. Un individuo siempre tiene la posibilidad de decidir, aun por razones morales que para otros parecieran estrambóticas, no obedecer la ley, asumiendo las consecuencias jurídicas y de moral positiva que ello acarree.

CUADRO 96 NORBERT HOERSTER! UN DEBER PRIMA FACIE DE OBEDIENCIA AL DERECHO

Norbert Hoerster plantea que existe un deber *prima facie* de obediencia al Derecho. Al efecto plantea dos PREGUNTAS y dos ARGUMENTOS.

Preguntas:

1. ¿Existe para el ciudadano un deber moral de obediencia al derecho?
2. ¿Tiene bajo ciertas circunstancias, un derecho de desobediencia civil o a la resistencia?

Argumentos:

- 1.- El de las consecuencias reales, y el de
- 2.- Las consecuencias hipotéticas (que traería consigo una desobediencia o violación al Derecho)

Primer argumento (consecuencias reales)

Toda teoría moral más o menos aceptable mantiene el principio de que resulta falso realizar una acción que vaya acompañada de consecuencias malas o negativas, en el sentido que lesiona intereses humanos fundamentales. Éste es el argumento usado por Sócrates para no desobedecer la sentencia que lo condenó a muerte de forma injusta.

⁸¹ *Idem.*

⁸² *Idem.*

1 o TERCERA PARTE. TEORÍA DE LA JUSTICIA

Este argumento es para Hoerster *falso* porque una violación aislada al Derecho resulta insuficiente para provocar el derrumbe del orden jurídico. Un acto individual de desobediencia al Derecho, por sus consecuencias morales, no está moralmente descalificado.

Este argumento posee dos premisas:

- Premisa normativa convincente: *una acción que tiene malas consecuencias es mala*.
- Premisa descriptiva normalmente falsa: *en la realidad una violación aislada al Derecho no tiene consecuencias caóticas*.

Segundo argumento (consecuencias hipotéticas)

En éste sucede precisamente lo inverso, a saber:

Posee una premisa descriptiva correcta: la violación generalizada a la ley tendría consecuencias caóticas; y.

Una dudosa premisa normativa: una acción cuya realización generalizada tuviese consecuencias caóticas es moralmente mala.

- *Hoerster piensa que en aquellas organizaciones sociales en las que cada uno de sus miembros se beneficia individualmente, éstos esperan de los otros la adopción de una conducta de cooperación que sea necesaria para la conservación de tal organización.*
- *En este caso procede aplicar el principio de tratamiento de igualdad que todos participen no sólo de los beneficios sino también las cargas que el mantenimiento de la organización implica. Así las cosas, si todos se benefician, incluso los mas desfavorecidos, parece obvio rechazar los comportamientos que conduzcan al derrumbe de la organización en cuestión. Por lo tanto:*

Los miembros de ese grupo (un Estado) tienen el deber general de obediencia al Derecho y no poseen un derecho moral de resistencia.

- *El límite de la obediencia al Derecho es: que no conduzca a la violación de otro principio igualmente válido. POR ESO LA OBLIGACIÓN DE OBEDIENCIA AL DERECHO POSEE UN CARÁCTER PRIMA FACIE.*

9.2.4 La obligación moral de obediencia al Derecho justo: Eusebio Fernández

79. En su libro. *La obediencia al Derecho*.⁷⁹ Eusebio Fernández busca responder a las siguientes preguntas: *¿existe algo parecido a una obligación moral de obedecer al Derecho?* Y, si tal obligación existiese: *¿en qué circunstancias se daría?* Fernández responde **afirmativamente**: *"...hay una obligación moral de obedecer al Derecho justo y a las disposiciones jurídicas justas, derivada de la obligación moral más general que tienen los hombres de ser justos. Se entenderá que un sistema jurídico es suficientemente justo cuando ha sido elaborado contractualmente y, además, reconoce, respeta y garantiza el ejercicio de los derechos humanos fundamentales".***

80. Cabe precisar que Eusebio Fernández hace referencia a una **obligación moral derivada o indirecta** y, por lo tanto, distinta de una obligación moral en sentido "fuerte", que sería la que tiene como origen la autonomía de los individuos (moral crítica).⁸⁵ Este autor, al igual que Hoerster, *no acepta que esta obligación moral tenga un carácter absoluto sino prima facie*. Ahora bien, esta obligación moral de obedecer al Derecho justo está *"...originada en la obligación moral general*

⁷⁹Cfr. Eusebio Fernández, *La obediencia al derecho*, op. cit.

⁸⁵Ibid. p. 21 Para una crítica a la tesis de E. Fernández puede consultarse a Juan Ramón de Páramo, en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 5, op. cit., pp. 497-500.

⁸⁶Cfr. *idem*.

*que tenemos (le ser justos y en el mismo plano que otras obligaciones morales derivadas".** Ya que —continúa diciendo Eusebio Fernández— *"...la obligación moral es uno de los motivos para obedecer al Derecho (hay obligación moral porque hay razones morales para obedecerlo) y que el reconocimiento de esta obligación es una prueba del reconocimiento social de que un sistema jurídico existe"*¹

81. Para comprender cabalmente la tesis central del autor, misma que se resumiría en lo anteriormente expresado, conviene aunar otros elementos. Eusebio Fernández distingue tres tipos distintos de obligaciones, a saber, la legal, la moral y la política. La primera es la que se deriva de una norma jurídica vigente; la segunda tiene su fuente en la conciencia moral, autónoma y voluntaria de cada individuo; la tercera, la obligación política, *"...tiene algo de las dos anteriores. De la primera porque la obligación política se centra en la obligación de obedecer a las leyes; de la segunda, y en ello se distingue de la obligación legal de obedecer las leyes, por su motivación moral"*²* Sin embargo, Fernández García hace hincapié en que *la obligación política no debe confundirse con una "...forma o tipo peculiar de obligación moral"*³
82. El carácter moral de la obligación de obediencia al Derecho a la que alude Eusebio Fernández se sustenta en dos elementos. El **primero** es que *la obligación proviene de un sistema jurídico justo y un sistema jurídico justo es aquel que fue elaborado contractualmente*. Esta condición es, como vemos, *procedimental*. El **segundo** elemento es de naturaleza teleológica, ya que no basta que el sistema jurídico en cuestión sea elaborado contractualmente; es menester que **reconozca, respete y garantice los derechos humanos fundamentales**. Analicemos estos dos elementos.
83. A Eusebio Fernández le interesa una *legitimidad política de naturaleza contractual*, es decir, la construcción teórica que fundamenta una determinada concepción de la sociedad y del poder político con base en la *idea de un contrato o pacto entre los hombres*.⁴ Las razones que llevan a este autor a defender el contrato social como condición de legitimidad política y jurídica, son en resumen las siguientes: no puede existir una sociedad mínimamente justa sin que la legitimidad sea producto del *consentimiento de los individuos* que forman parte de ella; existe una *conexión entre ciertos valores como la autonomía, la libertad, la igualdad y el principio de legitimidad contractualista*, ya que esos valores son parte del contenido y de la mecánica que permiten el pacto social, el cual es imposible sin el previo y continuado reconocimiento a la autonomía, la dignidad, la igualdad y la libertad a todos sus actores; el *fundamento de la obligación política*, como un conjunto específico de obligaciones —patriotismo, lealtad, obediencia a la ley, etcétera—, *es resultado de un pacto entre los ciudadanos y no tiene como origen una mera imposición*, lo cual no sólo estimula la participación auténtica sino que justifica, en algunos casos, la desobediencia civil; *existe una especial vinculación entre la legitimidad contractual y el sistema de democracia liberal*, el cual se presenta como la mejor alternativa para hacer posible *el respeto, el reconocimiento y la garantía de*

¹Eusebio Fernández, *¿la obediencia ... op. cit.*, p. 26.

²*Idem*.

³Eusebio Fernández, *¿la obediencia ... op. cit.*, p. 60.

⁴*Ibid.* p. 61.

⁵Cfr *ibid.* p. 134.

los derechos humanos, como límites y control del poder político; finalmente, una legitimidad contractualista consagra la superioridad del individuo y la sociedad sobre el Estado

84. La legitimidad contractualista permite, según Eusebio Fernández, "...la identificación entre los fines y los objetivos del sistema político, los creadores de las normas y sus destinatarios, al mismo tiempo que se perfecciona la labor del gobierno y se refuerza la autoridad moral del Estado".⁹¹ Estas circunstancias son particularmente relevantes para la obediencia al Derecho, ya que "...el consentimiento al ordenamiento jurídico y la participación en la creación de las normas jurídicas han de injlutr en su aceptación, respeto y obediencia"⁹²
85. Por lo que toca al segundo elemento en que se sustenta la tesis de una obligación moral de obediencia al Derecho, Fernández señala: "En definitiva, mi idea es que el contrato social como principio de legitimidad del poder político y como argumento a favor de la obligación moral de obedecer al derecho justo, solamente tiene sentido si se conecta con los derechos humanos fundamentales previos a toda decisión contractual".⁹³ Con esta afirmación se hace hincapié en la naturaleza finalística de esta segunda condición: los derechos humanos no pueden ser objeto del contrato social, pues se trata de derechos morales previos a éste, pues dicho contrato social es sólo un medio para ejercerlos. *Los derechos humanos* —acota Fernández— *en tanto derechos morales tienen prioridad axiológica sobre la democracia*.⁹⁴
86. Esta idea es de suma importancia, porque *en el supuesto caso de que una ley, disposición o política gubernamental, no obstante haberse adoptado por las vías democráticas y legales para ello establecidas contractualmente, llegara a violar derechos fundamentales se tornaría injusta, haciendo imposible la conformación de la obligación moral de obedecer al Derecho justo* de la que habla Eusebio Fernández. En tal caso, quedará obviamente abierta la puerta de la desobediencia civil, si no existiese otro recurso para atacar tal decisión.
87. Finalmente, en relación con lo anterior, este autor acota: "Aunque un sistema democrático se caracteriza generalmente, y entre otros rasgos, por el respeto de los derechos morales de los individuos, lo anterior quiere decir, como última conclusión, que pierde justificación, por injusta, cualquier decisión o disposición tomada democráticamente que atente contra los derechos morales de las personas. Los derechos morales funcionan, así, como límites **a priori** del contrato y como control **a posteriori** de la democracia. Ixi última conclusión no expresa desconfianza en la democracia, sino más bien tomarla en serio, como una forma de organización política de la convivencia de los ciudadanos, que materializa los contenidos morales de autonomía, libertad e igualdad."⁹⁵
88. Una vez expuestas las posturas de Felipe González Vicén y sus críticos, así como las de Norbert Hoerster y Eusebio Fernández es evidente que se cuenta con una visión más amplia de las diversas posiciones que pueden adoptarse en materia de obediencia al Derecho. Luego entonces, se está en condiciones de estudiar este tema a la luz de la tesis del doble estándar valorativo del Derecho.

⁹¹ *Ibid.*, pp. 137-149.

⁹² Eusebio Fernández, *La obediencia ... o(>. cit., p. 140.*

⁹³ *Idem*

⁹⁴ Eusebio Fernández, *La obediencia...*, *op. cit.*, p. 173.

⁹⁵ *Cfr. ibid.*, pp. 176-177.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 177.

CUADRO 9.7 OBLIGACIÓN MORAL DE OBEDECER AL DERECHO SEGÚN FERNÁNDEZ

Eusebio Fernández afirma que existe una obligación moral de obedecer al Derecho justo:
efectivamente existe obligación moral de obediencia al Derecho tratándose de un sistema justo.

Es justo un sistema si es elaborado contractualmente (requisito procedimental) y si dicho sistema reconoce, respeta y garantiza el ejercicio de los derechos humanos fundamentales (requisito teleológico).

La obligación política es la que tiene una motivación moral.

Por lo tanto, LA OBEDIENCIA AL DERECHO ES UN TIPO DE OBLIGACIÓN MORAL DERIVADA O INDIRECTA, es decir, *PRIMA FACIE*.

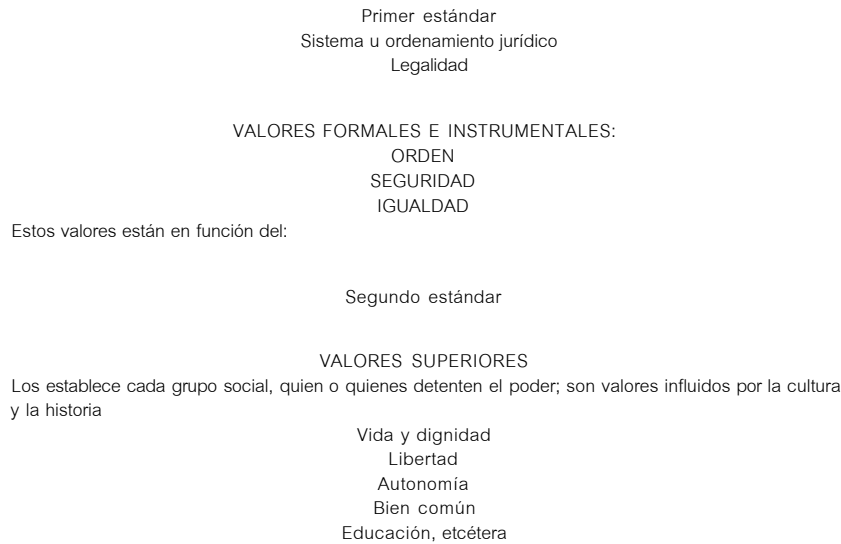
9.2.5 La obediencia al Derecho a la luz de su doble estándar valorativo

89. La *tesis del doble estándar valorativo del Derecho* parte de la idea de que éste, en tanto un *sistema jerarquizado y coherente de normas, en cuanto técnica de regulación de la conducta social, aporta un determinado orden, seguridad e igualdad jurídicas*. Éstos son **valores formales e instrumentales**, como el Derecho mismo, que todo sistema jurídico hace posibles con su sola presencia en sociedad. *Orden, seguridad e igualdad jurídicas* conforman el **primer estándar valorativo del Derecho** (P.F.V) o, simplemente, *el valor de lo jurídico*.
90. Sin embargo, ni el Derecho ni los valores instrumentales que su función produce tienen sentido en sí mismos, *porque el orden, la seguridad e igualdad jurídicas siempre están en función de algo*. Ese **algo** está constituido por los **valores superiores** que cada sociedad o grupo dominante **incorpora al Derecho** en un espacio cultural e histórico dados⁹¹. Estos **valores** constituyen el **paradigma** u **horizonte de certidumbre** que *guía al propio Derecho*, es decir, conforman el **parámetro** con respecto del cual éste *ordena e iguala*. Obviamente, el Derecho protege a tales valores otorgándoles *seguridad jurídica*, es decir, *la garantía de la coacción*. A los **valores superiores** que el Derecho, cada Derecho, presta servicio conforman su **segundo estándar valorativo** (SEV). Procedamos a plantear la cuestión de la obediencia al Derecho en términos de este *doble estándar*, corroborando si con los elementos que nos presta esta tesis podemos identificarla y comprenderla mejor.
91. Por principio, *la obediencia al Derecho en sentido estrictamente jurídico*, es decir, **la obligatoriedad de la ley y de las normas conforme a un sistema de Derecho se explica en el nivel del primer estándar valorativo**. Una norma *obliga jurídi-*

*1 Respecto a los valores que el Derecho incorpora Gregorio Peces-Barba ha escrito: *"La obligación jurídica, en cuanto al sistema jurídico interioriza valores, incluye una dosis de moralidad, la moralidad legalizada, de contenidos de la llamada obligación política y puede suministrar razones morales, puede incluir dimensiones éticas, para que junio a la fuerza se encuentre el consenso, la aceptación individual de la norma"* Nosotros llamamos a esa moralidad incorporada al ordenamiento segundo estándar valorativo Véase *Desobediencia civil y objeción de conciencia*, op. cit., p. 161.

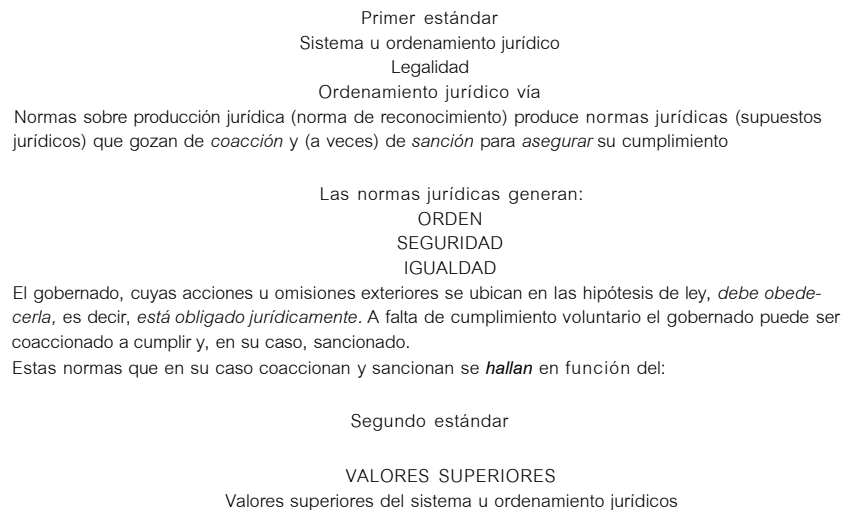
1 o TERCERA PARTE. TEORÍA DE LA JUSTICIA

CUADRO 9.8 DOBLE ESTANDAR VALORATIVO DEL DERECHO



cántente porque fue dotada de validez, de juridicidad, dado que ha sido elaborada con base en el proceso de producción (norma de reconocimiento, según Hart), estatuido al efecto por el ordenamiento en cuestión. Siguiendo el esquema anterior dicha obligatoriedad jurídica se explicaría así:

CUADRO 9.9 OBLIGATORIEDAD JURÍDICA



92. Como hemos explicado reiteradamente, *la pregunta respecto de la obediencia al Derecho no se resuelve con una respuesta jurídica*, es decir, *en el nivel del primer estándar valorativo*, ya que lo que se cuestiona es **la actitud del ciudadano frente al Derecho, planteada desde un punto de vista moral**. Por lo tanto, la pregunta no es si el Derecho obliga jurídicamente, pues si sus normas están dotadas de validez jurídica obviamente obliga en esa virtud. Ello significa que *la pregunta sobre la obediencia al Derecho involucra tanto a la conciencia individual del ciudadano como al segundo estándar valorativo del Derecho*.
93. En consecuencia, el problema central que aquí se plantea es el siguiente: *¿qué debe hacer el ciudadano cuando el segundo estándar valorativo del Derecho choca, colisiona o, simplemente si se quiere, no coincide, con su conciencia individual?* En forma resumida este problema se podría resumir así: **moral crítica** versus **segundo estándar valorativo del Derecho** (*SEV*). Debe matizarse que este enfrentamiento no supone un conflicto total, sino sólo el de algunos valores del sistema u ordenamiento jurídicos con los cuales el individuo no coincide, ya que si el enfrentamiento fuese tan radical que el individuo no sólo rechazara la mayoría de los valores superiores protegidos por ese régimen sino hasta el primer estándar valorativo, o sea, el orden establecido, sólo cabría en los extremos ya analizados *la actitud revolucionaria o la sumisión total*.
94. La *otra colisión importante* puede darse cuando *el sistema o el gobierno en cuestión emite una ley o realiza actos que cumplen con las exigencias del primer estándar valorativo*, es decir, se trata de una acción gubernamental que goza de plena eficacia jurídica (**legalidad**), pero que sin embargo *viola el segundo estándar valorativo del propio Derecho*. Segundo estándar que **suele estar plasmado en la Constitución o Ley Fundamental del sistema en cuestión** y que, normalmente, *coincide con la moral social o las creencias y aspiraciones de una sociedad en un momento y lugar determinados*. En este caso, se da por sentado que el o los ciudadanos que se oponen a la norma considerada injusta, coinciden en lo esencial con *SEV* y, para protestar contra la norma o acto de gobierno injustos, lo hacen manifestando su aquiescencia al sistema jurídico en su conjunto y aceptando de buen grado la sanción en cuestión. Tal es el caso de la **desobediencia civil**. Veamos de qué manera puede esquematizarse ambos casos.

CUADRO 9.10 OBJECCIÓN DE CONCIENCIA Y DESOBEDIENCIA CIVIL A LA LUZ DEL DOBLE ESTANDAR

Primer estándar Sistema u ordenamiento jurídico Legalidad
Objeción de conciencia Ciudadano (conciencia individual) Versus

Segundo estándar

VALORES SUPERIORES

Por tanto, el ciudadano incumple por razones de conciencia y vía actos pacíficos individuales la NORMA JURÍDICA, ACTO O POLÍTICA GUBERNATIVA LEGALES. Se reconoce legitimidad al sistema jurídico y político en su conjunto consecuentemente, se acepta la sanción.

VALORES SUPERIORES

Segundo estándar

VALORES SUPERIORES

En tal virtud, se *desobedece directamente a la ley que se CONSIDERA INJUSTA* (por vulnerar algún valor o valores del segundo estándar) o *indirectamente*, desobedeciendo otras leyes en sí mismas no objetables y lo realizando actos políticos y pacíficos de resistencia.

Se reconoce la legitimidad al sistema legal y político en su conjunto y por lo tanto, se acepta la sanción.

95. Sin embargo, estas no son todas las formas posibles de colisión. En el **cuadro** que se muestra enseguida están desarrollados los supuestos de *otras posibles colisiones básicas* que consideran, a su vez, *varias posibles respuestas, a saber:*

1 jurídica: utilizando los recursos legales que el sistema prevé (RL) o recurriendo a la objeción de conciencia legalizada (OC):

2 ético-política: adoptando una actitud de desobediencia civil (DC);

.1 personal por parte del ciudadano: como la objeción de conciencia (OC) o proponiendo mejores formas de regulación o de técnica jurídica (4V) o recurriendo a la acción revolucionaria (R) o a la sumisión total (5).

Dicho *ciudadano*, en cada caso, puede manifestar dos tipos de **coincidencias:**

Con el *régimen jurídico* en cuestión, ya con su *primero y segundo estándares valorativos* o con *uno sólo de ellos (PEV y/o SEV)*,

Las *normas del régimen jurídico*, o los *actos o políticas gubernamentales*, pueden, igualmente, *cumplir con ambos estándares o con uno solo.*

El cuadro de combinaciones básicas quedaría así:

CUADRO 9.11 COLISIONES BASICAS EN LA OBEDIENCIA AL DERECHO							
	CIUDADANO —conciencia individual— <i>coincidencia con</i>		SISTEMA POLÍTICO-JURÍDICO <i>cumple con</i>		RESPUESTAS DEL CIUDADANO		
	PEV y/o SEV		PEV y/o SEV		<i>jurídica</i>	<i>ético-política</i>	<i>personal</i>
1.	sí	sí	sí	sí	obedece	reconoce	coincide
2.	sí	sí	no	sí/no	RL	DC	
3.	sí	sí	sí	no	RL	DC	
4.	sí	sí	sí	sí	obedece	reconoce	coincide
5.	no	sí	sí	sí			NF
6.	sí	no	sí	sí	OC		OC
7.	no	no	sí/no	sí/no		R	S

- %. Analicemos brevemente cada una de estas **combinaciones básicas**. Los casos **1** y **4** representan **situaciones ideales**. Serían aquellos supuestos en los que *un ciudadano considera que el sistema jurídico y el gobierno de su país se asientan en instituciones y valores dignos de respeto, con los cuales coincide plenamente (caso 1)*. A su vez, *el sistema jurídico-político produce normas jurídicas y lleva a cabo sus actos y políticas de gobierno siguiendo las formalidades establecidas por el ordenamiento, es decir, satisfaciendo la legalidad y, además, respetando los principios y valores contenidos en su segundo estándar valorativo (caso 4)*. En tal virtud, la respuesta del ciudadano es de **obediencia al Derecho, reconocimiento político y coincidencia personal con los valores superiores del sistema**.
97. Con respecto a **un supuesto deber u obligación moral de obediencia al Derecho**, los autores cuyas posiciones estudiamos considerarían que en tales casos (**1** y **4**) sí existiría una **obligación moral indirecta de obedecer al Derecho en cuestión por ser justo (E. Fernández)**, o un **deber moral general —prima facie— de obediencia al derecho y a las instituciones de ese país porque con base en el mandato de igualdad los ciudadanos han aceptado conscientemente los beneficios y, por lo tanto, las cargas que les reporta la conservación del régimen en cuestión. (N. Hoerster)**. El modelo de E. Fernández exigirá además que la legitimidad del régimen político en cuestión tenga un origen contractual y respete los derechos fundamentales. **González Vicén** sólo aceptaría la necesidad de obediencia al Derecho y al régimen político supuesto, pero no un deber u obligación moral de obediencia en ningún caso.
98. En el **caso 2** debemos centrar nuestra atención en el **sistema jurídico-político**, pues el ciudadano considera que éste en ambos estándares es razonable y digno de respeto. **El que no cumple con las exigencias de la legalidad es el propio sistema**. Tal sería el caso de *leyes, actos o políticas de gobierno que no se adoptan cumpliendo con las formalidades exigidas por el ordenamiento*

jurídico, es decir, padecen el vicio de la ilegalidad, con lo cual afectan el orden, la igualdad y la seguridad jurídicas de los ciudadanos. Piénsese en una ley que no se publica o en tribunales que no imparten justicia adecuadamente, por ejemplo. Ahora bien, la violación de la legalidad puede conculcar el segundo estándar valorativo o puede no hacerlo, dependerá de cada caso concreto, formalmente, si se transgrede este segundo estándar es porque la violación de la legalidad fue de tal magnitud que se vulneró el orden constitucional, por ejemplo, afectando las garantías de seguridad o de libertad o igualdad que procuran los valores superiores protegidos por el Derecho y el sistema en cuestión.

99. *¿Cuál lia de ser la respuesta ciudadana para el caso 2?* Hay dos posibilidades. La primera es *intentar los recursos jurisdiccionales que al efecto prevé cada sistema de Derecho*, es decir, el ciudadano puede acudir a los tribunales o a cualquier otra instancia legal. Empero, paralelamente para ejercer presión política o si los tribunales se mostraran incapaces de resolver el problema, por corrupción de los mismos, intereses políticos, incompetencia, etcétera, *cabría acudir a la desobediencia civil*. Es decir, una acción ilegal, en las modalidades ya estudiadas, pero pacífica y política dentro del respeto general a la Constitución del país.
100. El caso 3 planteado en nuestro cuadro representa menos dificultades que el caso 2, pues se trata del *problema típico provocado por la ley, acto o política gubernamental legales pero injustos*, es decir, que *violan el segundo estándar valorativo del sistema en cuestión*. Las soluciones son las mismas que en 2 pero con una singularidad especial: *podría intentarse directamente la desobediencia civil si la gravedad del caso lo amerita*.
101. El caso 5 considera la posibilidad de que *el ciudadano critique la legalidad del sistema, no obstante aceptar su segundo estándar valorativo*. El sistema mismo, empero, es irrepachable en su comportamiento, ya que cumple con los dos estándares, por lo que los recursos legales no caben. ¿Qué tipo de conducta es ésta? Pues *podría ser la que adoptara un doctrinario o un jurista, o cualquier ciudadano crítico respecto de la forma en que el ordenamiento jurídico ordena, iguala o asegura*. Este ciudadano respondería vía la elaboración de una alternativa a la manera en que formalmente opera el sistema, buscando se tome más eficiente para que el ordenamiento satisfaga y cumpla mejor con su función y objetivos. Esta conducta no implica ni justifica ningún tipo de desobediencia o resistencia al Derecho, salvo su crítica desde distintos ángulos (jurídica, política, etcétera).
102. El caso 6 es el *supuesto clásico de la objeción de conciencia*. Esto es: el sistema en cuestión cumple con la legalidad y satisface con ella el segundo estándar valorativo de su Derecho. Sin embargo, *hay ciudadanos que por razones de conciencia rechazan ciertas acciones o políticas públicas, no obstante su legalidad y la justicia que para el sistema o los otros miembros del cuerpo social poseen*.
103. Un ejemplo típico se presenta en los casos de sistemas jurídicos que reconocen como legal el aborto. *Este se encuentra previsto en la ley y tal supuesto jurídico, se considera, no vulnera la Constitución, a más de que tal medida es vista como correcta por la mayoría políticamente dominante en esa sociedad. Empero, la conciencia individual de ciertos ciudadanos choca o colisiona con el contenido de esa ley que es conteste con una moral pública dominante o el segundo estándar valorativo de ese Derecho*. Ese ciudadano (por ejemplo, un médico de un hospital público que debe por razones de trabajo y profesión practicar un aborto legal) podrá optar, si considerara que de obedecer la ley traiciona gravemente su conciencia

o sus creencias religiosas, por la **objeción de conciencia**. En algunos regímenes tal objeción no se considera ilegal y, para no romper lo que Hoerster llama el mandamiento de igualdad, suele imponerse al objetor un deber que sustituya su deber original, en la inteligencia de no quedar en condición de ventaja, en este caso, respecto del resto de los médicos que no se oponen a la práctica del aborto.

104. El caso 7 representa la negación de todo el sistema, principalmente de su segundo estándar valorativo y, por extensión, de la legalidad que lo representa y hace efectivo. La respuesta obvia del ciudadano, en un extremo, será la vía revolucionaria, acción que es evidentemente ético-política y clama el apoyo de la ciudadanía para imponer un nuevo concepto de justicia y la legalidad que lo haga eficaz. Quien rechaza ese régimen por iguales o diversas razones que el revolucionario, y que no adopta la vía violenta, deberá contentarse sumisamente con el régimen en cuestión.
105. La obediencia al Derecho suele plantearse en situaciones extremas. lo cual no exenta al individuo congruente y al buen ciudadano de preguntarse constantemente, a la manera de Thoreau, respecto de la moralidad del régimen en el cual vive. Se actúe críticamente o no respecto del Derecho y las acciones de un gobierno, resulta un imperativo de moralidad ciudadana plantearse al menos alguna vez esta problemática. Lo anterior, no precisamente para buscar las razones que justifiquen desobedecer al Derecho sino para obedecerlo ciudadana y democráticamente; es decir, ubicándonos en la posición de aquel observador que revisa críticamente la justicia de su Derecho y la legitimidad de las acciones de su gobierno, en la inteligencia de que uno y otro mejoren en beneficio tanto del propio ciudadano como de la comunidad de la que forma parte.

•mi

RESUMEN

La obediencia al Derecho

El tema de la obediencia al Derecho plantea un problema de carácter ético antes que jurídico. Es decir, enfrenta la cuestión de si los ciudadanos están obligados también moralmente a obedecer las disposiciones jurídicas. Por ello, es necesario distinguir entre la obligación jurídica propiamente dicha y la obligación ética. La primera proviene del hecho de que una disposición haya sido emitida conforme con las normas de producción de un ordenamiento jurídico, las cuales dotan a esa norma de eficacia, ello significa que puede imponerse y sancionarse coactivamente. La segunda, en cambio, es aquella que proviene de la conciencia individual o moral crítica de cada hombre. Tiene un carácter necesario y no puede imponerse por vía de la coacción. De tal suerte, el tema de la obediencia al Derecho se refiere a la obligatoriedad o deber moral de obediencia a las disposiciones jurídicas y no a la cuestión de su eficacia.

La obediencia al Derecho es un asunto que, además de su talante ético, posee un carácter político y una enorme vigencia práctica. La injusticia del Derecho no repercute sólo en el ámbito individual sino también en el social, por lo que esta cuestión se ubica en el tema más general de la obligación política; es decir, lida con el asunto de la justificación de nuestro comportamiento frente a las disposiciones y acciones estatales. Sintéticamente puede afirmarse que el problema a la desobediencia al Derecho tiene un carácter ético-político.

Las conductas que un gobernado puede asumir ante una ley, política o acción gubernamental injustas pueden ser varias y sustentarse en razones ético-políticas diferentes. Una actitud extrema es la acción revolucionaria, que implica una franca oposición a todo un sistema político-jurídico por vía de la violencia de las armas. En el otro extremo se hallaría la actitud de sumisión

il por parte de los gobernados a cualquier ley cto de gobierno, a pesar de su injusticia. En regímenes democráticos de Derecho pueden mirse conductas que se encuentran en el me- de la revolución y la sumisión, a saber, la obediencia civil y la objeción de conciencia.

La desobediencia civil es un acto ilegal ilico, no violento, de conciencia pero de car- ter político, realizado con el fin de provo- un cambio en la legislación o en la política »ernativa. Se trata de un acto de resistencia no niega validez al sistema político-jurídico > a ciertas leyes o actos gubernamentales. Se jifica en directa, si implica la violación de la ma ley calificada de injusta, e indirecta si se i por actos de resistencia que no comportan iolación de la ley impugnada.

Por objeción de conciencia se entiende el nnplimiento de un precepto legal o adminis- v arguyendo razones de conciencia. A di- •ncia de la desobediencia civil no invoca las vicciones de la comunidad ni la violación del undio estándar valorativo del Derecho, sino > los valores morales personales. No preten- ser un acto político aunque indirectamente da tener tal efecto, pues su objetivo es satis- ir la conciencia del hombre virtuoso. Ciertos jmas constitucionales aceptan la objeción de ciencia como un acto lícito.

Un ejemplo paradigmático es la desobediencia civil llevada a cabo por el creador mismo de tesis, nos referimos al intelectual norteamer- no del siglo xx, Henry David Thoreau. Tesis ha sido utilizada por muchos líderes sociales largo del siglo pasado como Gandhi y Lu- King. Thoreau se opuso, vía la desobediencia civil, al gobierno norteamericano, negándose tgar "el impuesto de los votantes", toda vez consideraba inmoral no sólo el esclavismo rado por sus autoridades, sino que su gobier- le dicara lo recaudado para hacer la guerra a tico. Los argumentos centrales en que Tho- i fundó su desobediencia son los siguientes: iéramos ser hombres primero y ciudadanos jués; lo deseable no es cultivar el respeto por y sino por la justicia; la única obligación que i hombre tiene derecho a asumir es la de ha- en cada momento lo que crea justo.

La tesis de Thoreau critica la obediencia ciega a las leyes y por lo tanto aconseja una obediencia razonada, que repare en razones morales. La actitud que pretende este autor es la de la congruencia: que cada ciudadano obedezca la ley sin traicionarse a sí mismo, pues en el supuesto de que un ciudadano se convierta en agente de la injusticia por virtud de la obediencia que ofrenda a la ley, éste no tendrá otro recurso que quebrantarla, desobedecerla. En suma, lo que Thoreau persigue es encontrar razones suficientes para otorgar su conformidad crítica y congruente a las leyes y no una obediencia ciega, acrítica y, en consecuencia, inmoral o irracional.

Resulta útil distinguir los conceptos deber y obligación pues su uso indiscriminado en el lenguaje moral puede ser fuente de no pocas confusiones. El concepto "obligación" posee las siguientes características: nace de actos voluntarios; se da entre sujetos bien determinados; su contenido está perfectamente individualizado y tiene un carácter correlativo. Las promesas es el ejemplo típico de obligaciones morales.

El concepto "deber", en cambio, posee estas otras características: es independiente de cualquier acto voluntario que lo pudiera originar; se asume haciendo abstracción de su contenido ya que suele nacer de la posición, función u oficio en que una persona se encuentre. Tal es el caso de los deberes surgidos entre padres e hijos. Según las características asignadas al deber y a la obligación, resulta más propio utilizar este segundo concepto para aquellos deberes asumidos voluntariamente y que tienen un contenido moral más fuerte. El concepto "deber" posee una carga moral menos fuerte y su origen es situacional, ajeno a la voluntad del agente.

En torno al problema de la obediencia al Derecho se han planteado diferentes respuestas que oscilan en posiciones extremas. Hay autores que sólo aceptan un fundamento ético absoluto para desobedecer al Derecho, mientras que otros sí conceden la existencia de una obligación moral de obediencia al Derecho si éste es justo.

Para Felipe González Vicén, por ejemplo, la obligatoriedad ética no se encuentra en las órdenes sociales sino únicamente en la autonomía de la individualidad moral, es decir, en los

imperativos de la conciencia de cada uno. De tal suerte, si el Derecho entrara en colisión con la exigencia absoluta de la obligación moral, ese Derecho carecería de vinculatoriedad y deberá ser desobedecido.

González Vicén considera que el Derecho es un orden coactivo histórico en el que se refleja el enfrentamiento de intereses y el predominio de unos sobre otros. El Derecho, al ser un orden heterónomo, no puede crear verdaderas obligaciones, las cuales sólo surgen de los imperativos de la conciencia individual, así el Derecho no puede generar de ningún modo obligaciones morales.

El objetivo central de la tesis de González Vicén es establecer con claridad el límite de la obediencia al Derecho, el cual no puede ser otro que la conciencia ética individual. Sin embargo, ello no implica que el Derecho no deba obedecerse por otras razones como son la convivencia que propicia el disfrute de derechos y deberes recíprocos, la seguridad jurídica, etcétera. De esta circunstancia no se sigue que haya un fundamento ético para tal obediencia.

Norbert Hoerster concibe una postura menos extrema respecto de la obediencia al Derecho. Para Hoerster sólo existe un deber moral general de obediencia, deber que a su vez tiene un carácter *prima facie*. Este deber general deriva del beneficio que una organización social otorga individualmente a cada uno de sus miembros. Beneficio que impone moralmente a los individuos cooperar en la conservación de dicha organización, y participar no exclusivamente de los beneficios sino también de las cargas que se derivarían de la aplicación del principio de igualdad a que están sometidos todos los miembros de la organización. Así, por ejemplo, los ciudadanos que se benefician de la existencia del Estado tienen un deber general de obediencia al Derecho (que establece las reglas de cooperación, distribución de las prerrogativas y cargas comunes) y no poseen un derecho moral de resistencia.

Sin embargo, para Hoerster este deber de obediencia al Derecho no tiene un carácter absoluto sino *prima facie*. Es decir, se trata de un deber limitado, pues la desobediencia se justifi-

caría sólo en el caso de que dicho deber de obediencia al Derecho colisionara con otros deberes morales, como sucedería en la desobediencia civil o la objeción de conciencia.

Eusebio Fernández sí acepta la existencia de una obligación moral de obediencia al Derecho justo y a las disposiciones jurídicas justas, la cual deriva de la obligación moral más general que tienen los hombres de ser justos. Para este autor, un sistema jurídico es suficientemente justo cuando ha sido elaborado contractualmente y además reconoce, respeta y garantiza el ejercicio de los derechos humanos fundamentales. Para Eusebio Fernández la obligación de obediencia al Derecho tampoco posee un carácter absoluto, sino que se trata de una obligación moral derivada o indirecta, es decir, *prima facie*.

El problema de la obediencia al Derecho visto a la luz de la tesis de su doble estándar nos permite comprender con mayor claridad este tema. Así, a saber, la obediencia al Derecho en su sentido estrictamente jurídico se explica en el nivel del primer estándar valorativo. Esto es, una norma obliga jurídicamente porque fue elaborada con base en un proceso de producción estatuido legítimamente por el ordenamiento en cuestión. Al obligar jurídicamente su cumplimiento está garantizado por la coacción y la sanción, es decir, tratase de una norma dotada de plena validez, y eficacia.

Desde luego, el problema original de la obediencia al Derecho, es decir, la actitud moral que debe asumir el ciudadano, no se desarrolla en el nivel del primer estándar valorativo, sino sólo en el nivel del segundo. Se trata de una colisión entre la moral crítica de cada hombre y el segundo estándar valorativo del Derecho, lo que puede dar lugar a actitudes tipo objeción de conciencia. La colisión se presenta sólo en relación con alguno o algunos de los valores contenidos en el segundo estándar, pues si la colisión fuese total ello llevaría a la asunción de una actitud revolucionaria o de mera sumisión.

La otra colisión importante puede darse cuando un sistema político jurídico emite una ley o realiza actos que cumplen con las exigencias del primer estándar valorativo, es decir, gozan de plena eficacia jurídica (legalidad), no obstante

r considerados injustos por atentar contra el segundo estándar valorativo del propio Derecho, a este caso se da por sentado que los ciudadanos se oponen a la norma injusta, pero coinciden

en lo esencial con el concepto de justicia reflejado en el segundo estándar, y si se oponen a dicho acto es precisamente por violar éste. Tal sería el caso de la desobediencia civil.

Bibliografía

- Aftalión R., Enrique y Villanova, José**, *Introducción al Derecho*, segunda edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992.
- Alexy, Robert**,
Concetto e validità del diritto (trad. Fabio Fiore), Biblioteca Einaudi, 21, Turin, 1997.
Derecho y razón práctica (trad. Wistano Orozco). Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, Distribuciones Fontamara. México. 1993.
Teoría de la Argumentación Jurídica. La Teoría del Discurso Racional como Teoría de la Fundamentación Jurídica (trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.
- Almansa Pastor, José M.**, *Derecho de la seguridad social*, Tecnos, Madrid, 1989.
- Alonso, Martín**, *Enciclopedia del idioma, Diccionario histórico y moderno de la lengua española* (siglos XII al xx) *etimológico, tecnológico, regional e hispanoamericano*, primera edición. Editorial Aguilar, Madrid, 1982.
- Assumma, Giorgio y Riffero, Gaia Mari Giovanni**, *Nozioni di Diritto dell'Unione Europea*, Editoriale Artemide, Roina, 2006.
- Alvarez Ledesma, Mario I.**,
"Acceso a la justicia", en *Derecho y Justicia*. Cuadernos de Trabajo. No. 17, Tecnológico de Monterrey, Departamento de Derecho, División de Humanidades y Ciencias Sociales, Campus Ciudad de México, México, 2007.
Acerca del concepto 'derechos humanos' McGraw-Hill, Colección Jurídica, México, 1998.
"Estado de Derecho o Derecho de Estado", en *Elector*, año I, No. 3, mayo-junio, México, 1994.
"Sobre el artículo 10. de las Constituciones de 1857 y 1917", en *Jurípolis*. Revista de Derecho y Política. Departamento de Derecho, División de Humanidades y Ciencias Sociales, No. 7, Tecnológico de Monterrey, Campus Ciudad de México, México, 2007.
- Ara Pinilla, Ignacio**, *Ixis transformaciones de los derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1990.
- Arellano García, Carlos**, *Derecho internacional privado*, Porrúa, México, 1981.
- Aristóteles, Obras (trad. Francisco de P. Samaranch), segunda edición, colección Grandes Culturas, Editorial Aguilar, Madrid, 1973.**
- Atienza, Manuel**, "La filosofía del Derecho de Felipe González Vicén", en *El lenguaje del Derecho (Homenaje a Genaro R. Corrió)*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983.
- Atienza, Manuel y Mañero, Juan Ruiz**, *Marxismo y filosofía del Derecho*, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, No. 23, Distribuciones Fontamara, México, 1993.
- Atkinson, R.F.**, *"La conducta". Introducción a la filosofía moral* (trad. Ma. Elena Madrid y Graciela Hierro), Instituto de Investigaciones Filosóficas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1981.
- Bachofen, J.J.**, *El Derecho natural y el Derecho histórico* (trad. Felipe González Vicén), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1978.

- Balaguer Callejón, Francisco**, *Principios del ordenamiento constitucional. Fuentes del Derecho* /., Editorial Tecnos, Madrid, 1991.
- Balmes, Jaime**, *Filosofía fundamental*, tercera edición. Biblioteca de Autores Católicos, Madrid, 1980.
- Ballesteros, Jesús**, *Sobre el sentido del Derecho, Introducción a la filosofía jurídica*, segunda edición. Editorial Tecnos, Madrid, 1990.
- Barón, Ilans**, *Ensayos sobre el cambio del pensamiento medieval al moderno. En busca del humanismo cívico florentino* (trad. Miguel Abelardo Camacho Ocampo), FCE, México, 1993.
- Barker, Stephen F.**, *Elementos de la lógica* (trad. Rosa María Rosas Sánchez), McGraw-Hill Interamericana, México, 1990.
- Barrow, R.H.**, *Los romanos* (trad. Margarita Villegas de Robles), FCE. México, 1978.
- Battaglia, Felice**,
Curso de filosofía del Derecho. Volúmenes I al III, Instituto Editorial Reus, Centro de Enseñanza y Publicaciones, Madrid, 1951 y 1952.
Estudios de teoría del Estado (trad. Elías Díaz y Pedro de Vega), Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Madrid, 1966.
- Beer, Stafford**, *Diseñando la libertad* (trad. Amparo Rodríguez), FCE, México, 1977.
- Berlin, Isaiah**, *John Stuart Mill y los fines de la vida* (trad. Natalia Rodríguez Almones), Alianza Editorial, Madrid, 1986.
- Bielsa, Rafael**, *Los conceptos jurídicos y su terminología*. Editorial de Palma. Buenos Aires, 1987.
- Bobbio, Norberto**,
Derecho y lógica (trad. Alejandro Rossi), Centro de Estudios Filosóficos, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1965.
Teoría Dell'Ordinamento Giuridico, G. Giappichelli-Editore, Turín, 1960.
Teoría general del Derecho (trad. Eduardo Roza Acuña), Madrid, 1995.
El problema del positivismo jurídico (trad. Ernesto Garzón Valdés), Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, No. 12, Distribuciones Fontamara, México, 1992.
- Bobbio, Norberto y Bovero, Michelangelo**, *Origen y fundamentos del poder político* (trad. José Fernández Santillán), Enlace-Grijalbo, México, 1985.
- Bobbio, Norberto y Matteucci, Nicola**, *Dizionario di Política*, (Red. Gianfranco Pasquino), Unione Tipografico-Editrice, Turín, 1976.
- Bodenheimer, Edgar**, *Teoría del Derecho* (trad. Vicente Herrero), FCE, México, 1971.
- Bodin, Jean**, *Los seis libros de la República* (trad. Pedro Bravo Gala), segunda edición, colección Clásicos del Pensamiento, Editorial Tecnos, Madrid, 1992.
- Bonnecase, Julien**,
Introducción al Derecho (trad. Jorge Guerrero), segunda edición. Editorial Temis, Bogotá, 1991.
La escuela de la exégesis en Derecho civil (trad. José M. Cajica Jr.) Cajica, Puebla, 1956.
- Borja Soriano, Manuel**, *Teoría general de las obligaciones*, octava edición, Porrúa, México, 1982.
- Brieskorn, Norbert**, *Filosofía del Derecho* (trad. Claudio Gancho), Editorial Herder, Barcelona, 1993.
- Brisño Ruiz, Alberto**, *Derecho individual del trabajo*. Haría, México, 1985.
- Brotóns Remiro, Antonio**, *Derecho internacional público* (tomos I y II), Editorial Tecnos, Madrid, 1987.
- Brufrau Prats, Jaime**, *Teoría fundamental del Derecho*, cuarta edición. Editorial Tecnos, Madrid, 1990.

- Burguoa Orihuela, Ignacio,**
Derecho constitucional mexicano, tercera edición. Porrúa, México, 1979.
El juicio de amparo, Porrúa, México, 1992.
Garantías individuales, 25a. edición, Porrúa, México, 1993.
- Calsamiglia, Albert,**
Introducción a la ciencia jurídica, tercera edición. Editorial Ariel, Barcelona, 1990.
Racionalidad y eficiencia del Derecho, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, No. 24, Distribuciones Fontamara, México, 1993.
- Cámara Villar, Gregorio,** *Ex objeción de conciencia al servicio militar (Las dimensiones constitucionales del problema)*. Editorial Civitas. Madrid, 1991.
- Canetti, Elias,** *Masa y Poder* (trad. Horst Vogel). tercera edición, Muchnik Editores, Barcelona. 1981.
- Cardoza, Benjamín,** "The Nature of the Judicial Process", en *Law, Justice and the Common Good. The Great Debate and Search of Meaning*, Volumen III, University Press of America, Education for Reflexive Leadership, Hubert H. Humphrey Institute of Public Affairs, University of Minnesota, USA, 1988.
- Carnelutti, Francesco,** *Cómo nace el Derecho* (trad. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín), Editorial Temis, Bogotá, 1989.
- Carpizo, Jorge,** *La constitución mexicana de 1917*, Editorial Porrúa, México, 1986.
- Garrió, Genaro R.,** *Notas sobre Derecho y lenguaje*, cuarta edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990.
- Castán Tobeñas, José,** *Los Derechos del hombre*, segunda edición. Editorial Reus, Madrid, 1976.
- Castro, Juventino V.,** *lecciones de garantías y amparo*, Porrúa, México, 1981.
- Cicerón, Marco Tulio,** *Obras completas* (trad. Martínez Herranz, Gayo Arias. Aldo Berti), Colección los Clásicos, Edaf, Madrid, 1973.
- Cippitani, Roberto,** "El tribunal de justicia y la construcción del Derecho Privado de la Unión Europea" (trad. Mario I. Alvarez Ledesma), en *Juripolis*. Revista de Derecho y Política. Departamento de Derecho, División de Humanidades y Ciencias Sociales, No. 7, Tecnológico de Monterrey, Campus Ciudad de México, México, 2007.
- Coing, Helmut,** *El sentido del Derecho. Historia y significado de la idea del Sistema de jurisprudencia* (trad. Robert S. Hartman y José Luis González), Cuaderno 1, Centro de Estudios Filosóficos, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1959.
- Corsale, Massimo,** *Certeza del Diritto e Crisi de Legittimità*, segunda edición. Dott. A. Giuffrè Editore. Milano, 1979.
- Corts Grau, José,** *Historia de la filosofía del Derecho*. Tomo I. segunda edición. Serie Jurídica, Editora Nacional, Mundo Científico, Madrid, 1968.
- Cosentini, Francesco,** *Filosofía del Derecho. Prolegómenos a la ciencia comparada del Derecho*, segunda edición. Editorial Cultura, México, 1930.
- Currie P., David,** *Introducción a la constitución de los Estados Unidos* (trad. Verónica Gómez), Zavalia Editor, Buenos Aires, 1993.
- De Garay, Luis,** *¿Qué es el Derecho?*, cuarta edición. Editorial Jus, México, 1976.
- De la Garza, Sergio Francisco,** *Derecho financiero*, Porrúa, México, 1981.
- De Páramo, Juan Ramón,** *H.L.A. Hart y la teoría analítica del Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.
- Del Vecchio, Giorgio,**
Filosofía del Derecho (trad. Luis Recaséns Siches), novena edición, Bosch, Barcelona, 1981.

- l/s principios generales del Derecho* (trad. Juan Ossorio Morales), Bosch, Barcelona, 1970.
- Supuestos, concepto y principio del Derecho*. Trilogía (trad. Cristóbal Masso Escofet), Bosch, Barcelona, 1962.
- Del Palacio Díaz, Alejandro**, *Lecciones de teoría constitucional*, segunda edición. Claves Latinoamericanas, México, 1989.
- De Pina, Rafael**,
Derecho civil mexicano. Vol. 1o., novena edición, Porrúa, México, 1978.
Diccionario de Derecho, octava edición, Porrúa, México, 1979.
- De Savigny, Federico Carlos**,
 "De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho" (trad. José Díaz García), en *La codificación*, Aguilar, Madrid, 1970.
Sistema de Derecho privado romano, tomo II (trad. J. Mesía y Manuel Poley), Madrid, 1879.
- Díaz, Elias**,
De la maldad estatal y la soberanía popular, colección Universitaria, Editorial Debate, Madrid, 1984.
Ética contra política. Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, No. 32, Distribuciones Fontamara, México, 1993.
 "Legitimidad democrática versus legitimidad positiva y legitimidad lusnaturalista", en *Anuario de Derechos Humanos*, No. 1, Instituto de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Editorial de la Universidad Complutense, Madrid, 1981-1982.
 "La justificación de la democracia", en *Sistema*, Revista de Ciencias Sociales, No. 66, mayo, Madrid, 1985.
Sociología y filosofía del Derecho, Taurus, Ediciones, Madrid, 1971.
- Dilthey, VVilhem**, *Historia de la filosofía* (trad. Eugenio ímaz). Breviarios 50, FCE, México, 1975.
- Dreier, Raíl**, "Derecho y moral" (trad. Carlos de Santiago), en *Derecho y filosofía* (Ernesto Garzón Valdés, compilador). Distribuciones Fontamara, México, 1988.
- Dworkin, Ronald ;VL**,
 "¿Es el Derecho un sistema de normas?" (trad. Javier Sáinz de los Terreros), en *Filosofía del Derecho* (compilación). Breviarios, 288, FCE, México, 1980.
El imperio de la justicia (trad. Claudia Ferrari), Editorial Gedisa, Barcelona, 1992.
Taking Rights Seriously (New Impression With a Reply of Critics), Duckworth, London, 1978.
- Escobar Valenzuela, Gustavo**, *Ética, introducción a sus problemáticas y su historia*. segunda edición, McGraw-Hill/Interamericana de México, México, 1990.
- Escudero Alday, Rafael**, *¿Es calificativos del positivismo jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral*. Cuadernos Civitas, Thomson-Civitas, Madrid, 2(X)4.
- Esquilo**, "Prometeo Encadenado" en *Antología de Autores Griegos y Ixitinos*, segunda edición. Lecturas Universitarias, 6, Universidad Nacional Autónoma de México, 1974.
- Fagothey, Austin**, *Ética. Teoría y aplicación* (trad. Carlos G. Ottenwaelder), quinta edición, McGraw-Hill/Interamericana, México, 1991.
- Farnsworth, Alian E.**, *Introducción al Sistema Ilegal de los Estados Unidos* (trad. Horacio Albedo), Zavalia, Buenos Aires, 1990.
- Fassó, Guido**, *Historia de la filosofía del Derecho. I. Antigüedad y edad media* (trad. José F. Lorca Navarrete), segunda edición. Ediciones Pirámide, Madrid, 1980.
- Feinberg, Joel** (compilador). *Conceptos morales* (trad. José Andrés Pérez Carballo), Breviarios, 396, FCE, México, 1985.

- Fernández, Alberto Vicente**, *Función creadora del juez*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1980.
- Fernández García, Eusebio**,
Estudios de ética jurídica, Editorial Debate, Madrid, 1990.
Teoría de la justicia y derechos humanos, colección Universitaria, Editorial Debate, Madrid, 1987.
La obediencia al Derecho, Editorial Civitas, Madrid, 1987.
- Ferrero, Guglielmo**, *Potere -I Geni Invisibili Della Città-*, Collana Argomenti, Sugarco Edizioni, Milán, 1986.
- Finch, John**, *Introducción a la teoría del Derecho* (trad. Francisco Laporta), Editorial Labor, Barcelona, 1977.
- Flores Gómez González, Fernando**, *Introducción al estudio del Derecho y Derecho civil*, sexta edición, Porrúa, México, 1990.
- Flores Trejo, Fernando**, *Bioderecho*, Editorial Porrúa, México, 2004.
- Fraile, Guillermo**,
Historia de la filosofía I. Grecia v Roma, cuarta edición, corregida y actualizada por Teófilo Urdanoz, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1976.
Historia de la filosofía II. Filosofía judía y musulmana. Alta escolástica, desarrollo y decadencia, tercera edición, actualizada por Teófilo Urdanoz, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1975.
Historia de la filosofía III. Del humanismo a la ilustración, segunda edición. Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1976.
- Francoz Rigalt, Antonio**, *Derecho aeroespacial*. Editorial Porrúa, México, 1981.
- Frank, Jeronie**, *Law and The Modern Mind*, Bretano's, Nueva York, 1931.
- Friederich, Cari Joachim**, *La filosofía del Derecho* (trad. Margarita Alvarez Franco), Breviarios, 179, FCE, 1969.
- Fronzi/i, Kisieri**,
Introducción a los problemas fundamentales del hombre. Breviarios, 260, Fondo de Cultura Económica, México, 1977.
¿Qué son los valores? Introducción a la axiología, cuarta edición. Breviarios, 135, FCE, México, 1974.
- Gallino, Luciano**, *Diccionario de sociología* (trad. Stella Mastrangelo y Lorenzo Alegría), segunda edición, Siglo XXI, México, 2001.
- García Máñez, Eduardo**,
La definición del Derecho, Ensayo de perspectivismo jurídico, Stylo, México, 1948.
Introducción al estudio del Derecho, 44a. edición, Porrúa, México, 1992.
Positivismo jurídico, realismo sociológico, y iusnaturalismo. Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, No. 31, Distribuciones Fontamara, México, 1993.
- García, Trinidad**, *Apuntes de introducción al estudio del Derecho*, 28a. Ed. Porrúa, México, 1986.
- Garzón Valdés, Ernesto**, "Acerca del Concepto de Legitimidad", en *Anuario de Derechos Humanos*, No. 5, Instituto de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Editorial de la Universidad Complutense, Madrid, 1988-1989.
- Geiger, Theodor**, *Polémica con Uppsala, moral y Derecho* (trad. Ernesto Garzón Valdés), Distribuciones Fontamara, México, 1992.
- Giner, Salvador**, "La estructura lógica de la democracia", en *Sistema*, No. 70, Revista de Ciencias Sociales, enero, Madrid, 1986.
- Gómez Lara, Cipriano**, *Teoría general del proceso*. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1980.

- Gómez Robledo, Antonio**, *El Ius Cogens internacional* (Estudio Histórico-Crítico), Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1982.
- González A. Carrancá, Juan**, "La justicia y el derecho en Domingo de Soto", en *Revista Jurídica de la Escuela de Derecho de la Universidad Anáhuac*, Año II, No. II, Universidad Anáhuac, México, 1983.
- González Aniuchastegui, Jesús**,
 "Acerca del origen de la declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789", en *Anuario de Derechos Humanos*, No. 2, Instituto de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Editorial de la Universidad Complutense, Madrid, 1983.
Autonomía, dignidad y ciudadanía. Una teoría de los derechos humanos, Tirant lo blanch alternativa, Valencia, 2004.
Louis Blanc y los orígenes del socialismo democrático. Centro de Investigaciones Sociológicas/Siglo XXI de España Editores, Colección 'Monografías'. No. 104, Madrid, 1989.
- González Oropeza, Manuel**, "La interpretación jurídica en México" en *Interpretación jurídica y decisión judicial*. Rodolfo Vázquez, (compilador). Contribuciones Fontamara, colección Doctrina Jurídica Contemporánea, México, 1998.
- González, María del Refugio** (compiladora). *Historia del Derecho. Historiografía y metodología*. Universidad Autónoma Metropolitana, Antologías Universitarias, México, 1992.
- González Vicén, Felipe**,
 "La obediencia al Derecho" en *Estudios de filosofía del Derecho*, Facultad de Derecho de la Universidad de la Laguna, 1979.
 "La obediencia al Derecho. Una anticrítica", en *Sistema*, No. 65, Revista de Ciencias Sociales, marzo, Madrid, 1985.
- Gorski, D.P. y TavanLs, P.V.**, *Lógica* (trad. Augusto Vidal Roget), Editorial Grijalbo, México, 1960.
- Guastrini, Ricardo**, "La interpretación, objetos, conceptos y teorías" en *Interpretación jurídica y decisión judicial*. Rodolfo Vázquez, (compilador), Contribuciones Fontamara, Colección Doctrina Jurídica Contemporánea, México, 1998.
- Guitard, Odette**, *Apartheid* (trad. Marcos Lara), colección Popular, No. 346, FCE, México, 1986.
- Habermas, Jürgen**, *Problema de la legitimación en el capitalismo tardío* (trad. José Luis Etcheverry), Amorrortu Editores, Buenos Aires, 1973.
- Ilallivis Pelayo, Manuel**, *Teoría general de la interpretación*. Editorial Porrúa. México. 2007.
- Hampshire, Stuart**, *Dos teorías de la moralidad* (trad. Juan José Utrilla), FCE, México, 1984.
- Hart, H.L.A.**,
El concepto de Derecho (trad. Genaro Carrió), Editora Nacional, México, 1980.
El concepto de Derecho (trad. Genaro Carrió), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004.
 "El positivismo y la independencia entre el Derecho y la Moral" (trad. Javier Sáinz de los Terreros), en *Filosofía del Derecho* (R.M. Dworkin, compilador). Breviarios, 288, FCE, México, 1980.
- Hauriou, André**, *Derecho constitucional e instituciones políticas* (trad. J. González Casanova), Ediciones Ariel, Barcelona, 1971.
- Heller, Hermán**,
Soberanía. Contribución a la teoría del Derecho estatal (trad. Mario de la Cueva), Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1965.

- Teoría del Estado* (Trad. Luis Tobio), novena edición, sección de obras de Ciencia Política, FCE, México, 1983.
- Hernández Vega, Raúl**, *Problemas de la legalidad y la legitimación del poder*, Universidad Veracruzana, Xalapa, 1986.
- Hervada, Javier**, *Introducción crítica al Derecho Natural*, segunda edición. Editora de Revistas. México, 1988.
- Hesiodo**, *Teogonia* (trad. Paola Vianello de Córdoba), Bibliotheca Scriptorum Graecorum et Romanorum Mexicana, Universidad Nacional Autónoma de México, México. 1978.
- Hierro S. Pescador, José**, *Principios de filosofía del lenguaje*. Alianza Universidad Textos. Madrid, 1989.
- Hillmann, Karl-Heinz**, *Diccionario enciclopédico de sociología* (Antoni Martínez Riu, Director de la Edición Española), Editorial Herder, Barcelona, 2001.
- Hobbes, Thomas**, *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil* (trad. Manuel Sánchez Sarto), Fondo de Cultura Económica, México, 1982.
- Hoerster, Norbert**,
En defensa del positivismo jurídico (trad. Jorge M. Seña). Editorial Gedisa, Barcelona, 1992.
Problemas de ética normativa (trad. Ernesto Garzón Valdés), Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, No. 16, Distribuciones Fontamara. México, 1992.
- Höffe, O.**, *Estudios sobre teoría del Derecho y otros ensayos* (trad. Jorge M. Seña). Distribuciones Fontamara, México, 1992.
- Ilohfeld, W.N.**, *Conceptos jurídicos fundamentales* (trad. Genaro R. Carrió), Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, No. 2, Distribuciones Fontamara. México. 1991.
- Holmes, Oliver Wendell**, "The Path of The Law" en *Oliver Wendell Holmes Collected Legal Papers*, Harcourt Brace and Company, Estados Unidos, 1992.
- Homero**, *Iliada. Antología de autores griegos y latinos*, segunda edición. Lecturas Universitarias 6. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1974.
- Hyman, Sidney** (editor). *Law, Justice and the Common Good. The Great Debate and Search for Meaning*. Vol. III, University Press of America, Education for Reflective Leadership. Hubert H. Humphrey Institute of Public Affairs, University of Minnesota, Estados Unidos, 1988.
- Ihering, V.R.**, *Ixi lucha por el Derecho* (versión española de Adolfo Posada y Biesca), segunda edición facsimilar, Porrúa, México, 1989.
- Jaeger, Werner**, *Paideia. Los ideales de la cultura griega* (trad. Joaquín Xirau y Wenceslao Roces), segunda edición, FCE, México, 1980.
- Jolivet, Jean**, *La filosofía medieval en occidente* (trad. Lourdes Ortiz), *Historia de la filosofía* (Brice Parain, director), Vol. 4, Siglo XXI, México, 1974.
- kalinowski, Georges**, *Lógica de la normas y lógica deóntica*. Distribuciones Fontamara. México, 1993.
- kant, Immanuel**,
Crítica del juicio (trad. Francisco Larroyo), segunda edición, Porrúa, México, 1978.
Crítica de la razón práctica (trad. Francisco Larroyo), Ed. Porrúa, México, 1983.
- kelsen, Hans**,
"Contribuciones a la teoría pura del Derecho" (trad. Eduardo Vásquez, R. Inés W. de Ortiz, Jorge A. Bacqué, Ma. Isabel Azaretto y Eugenio Bulygin), Biblioteca de Ética. Filosofía del Derecho y Política, Distribuciones Fontamara, México, 1992.

- Teoría general del Derecho y del Estado* (trad. Eduardo García Maynes), Textos Universitarios, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1979.
- Teoría pura del Derecho* (trad. Roberto J. Verengo), quinta edición. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G, Estudios Doctrinales 20, México, 1986.
- ¿Qué es la justicia?* (trad. Ernesto Garzón Valdés), Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, No. 10, Distribuciones Fontamara, México, 1992.
- ¿Qué es la teoría pura del derecho?* (trad. Ernesto Garzón Valdés), Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, No. 11, Distribuciones Fontamara, México, 1993.
- Kempin Jr., Frederick** (i., *Historical Introduction to Anglo-American Law* (In A Nutshell). West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1990.
- Kluckhohn, Clyde**, "Value and Value Orientations Theory of Action" en *Toward a General Theory of Action*, Talcott Parsons and Edward A. Shils, Harvard University Press, Cambridge, 1971.
- Klug, Ulrich**, *Problemas de la filosofía y de la pragmática del Derecho* (trad. Jorge M. Peña), Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, No. I, Distribuciones Fontamara, México, 1992.
- Krawietz, Werner**, *El concepto sociológico del Derecho y otros ensayos* (trad. Ernesto Garzón Valdés y Roberto J. Verengo), Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, No. 20, Distribuciones Fontamara, México, 1992.
- Kriele, Martín**, *Introducción a la teoría del Estado, fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático* (trad. Eugenio Bulygin), Ediciones de Palma, Buenos Aires, 1980.
- Kuhlen, Eothar**, "Violaciones de normas en el Derecho y en la moral" (trad. Carlos de Santiago) en *Derecho y filosofía* (Ernesto Garzón Valdés, compilador), segunda edición. Distribuciones Fontamara, México, 1988.
- Kukathas, Chandran y Petit, Philip**, *Rawls. A Theory of Justice and Its Critics*, Stanford University Press, Stanford, California, 1990.
- Laporta, Francisco**,
Entre el Derecho y la moral, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, Distribuciones Fontamara, México, 1993.
 "El Principio de Igualdad, Introducción a su Análisis", en *Sistema*, No. 52, Revista de Ciencias Sociales, Madrid, enero, 1983, Madrid.
 "Sobre el Uso del Término 'Libertad' en el Lenguaje Político", en *Sistema*, No. 52, Revista de Ciencias Sociales, Madrid, enero. 1983. Madrid.
- Larenz, Karl**, *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica* (trad. Luis Díez-Picazo), Editorial Civitas, Madrid, 1993.
- Latorre, Angel**, *Introducción al Derecho*, 8a. Ed., Editorial Ariel, Barcelona, 1991.
- Levi H., Edward**, *An Introduction to Legal Reasoning*. The University of Chicago Press, Chicago y Londres, 1949.
- Levi, Lucio**, "Legittimità" (voz) en *Dizionario di Politico* (Diretto da Norberto Bobbio e Nicola Matteucci), Redatores Gianfranco Pasquino, Unione Tipografico-Editrice, Turin, 1976.
- Legazy Lecamhira, Luis**,
Filosofía del Derecho, Bosch, Barcelona, 1978.
Libertad, Librería Jurídica Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1952.
- Lewellyn, Karl N.**, "Karl K. Lewellyn on the Function of Precedent", en *Law, Justice and the Common Law* (Edited by Sidney Hyman), Hubert H. Humphrey Institute of Public Affairs, University of Minnesota, University Press of America, Estados Unidos. 1988.

- Lillich, Richard B.**, *International Human Rights. Problems of Law, Policy and Practice*, Editorial Advisory Board, Little, Brown and Company, Boston-Toronto-Londres, 1991.
- Lisser, Karl**, *El concepto de Derecho en Kant* (trad. Alejandro Rossi), Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1959.
- Loera, Servando**, "¿Existe el Derecho Natural?", en *Revista Jurídica de la Escuela de Derecho de la Universidad Anáhuac*, Año II, No. II, Universidad Anáhuac, México, 1983.
- Luizzi, Vincent**, *A Naturalistic Theory of Justice*, University Press of America, Estados Unidos, 1981.
- Lumia, Giuseppe**, *Principios de teoría e ideología del Derecho* (trad. Alfonso Ruiz Miguel), colección Universitaria, Editorial Debate, Madrid, 1973.
- Luna Arroyo, Antonio y Alcérrea, Luis G.**, *Diccionario de Derecho agrario mexicano*, Porrúa, México, 1982.
- Machotka, Otakar**, *The Unconscious in Social Relations*, Philosophical Library, Nueva York, 1964.
- Malem Seña, Jorge F.**, *Concepto y justificación de la desobediencia civil*, Ariel, Barcelona, 1988.
- Mans Puigarnau, Jaime M.**, *Los principios generales del Derecho*, Bosch, Barcelona, 1979.
- Mantilla Molina, Roberto L.**, *Derecho mercantil*, Porrúa, México, 1982.
- Maritain, Jacques**, *Los derechos del hombre y la ley natural* (trad. Héctor F. Miri). Editorial Leviatán, Buenos Aires, 1970.
- Margadant S., Floris Guillermo**, *Introducción a la historia del Derecho mexicano*, tercera edición. Editorial Estinge. México, 1978.
- Márquez González, José Antonio**, *Los enfoques actuales del Derecho natural*, Porrúa, México, 1985.
- Martínez Echeverri, Leonor y Martínez Echeverri, Hugo**, *Diccionario de filosofía*, tercera edición. Panamericana Editorial, Santa Fe de Bogotá, 1997.
- Martínez Vera, Rogelio**, *Fundamentos de Derecho público*. Serie Jurídica, McGraw-Hill, México, 1994.
- Mathieu, Vittorio**, "Prolegómenos a un estudio de los derechos humanos desde el punto de vista de la comunidad internacional" en *Los Fundamentos Filosóficos de los derechos humanos* (trad. Graziella Baravalle), Serbal/UNESCO, Barcelona, 1985.
- May, Eduardo**, *Filosofía Natural*, Breviarios, 83, FCE, México, 1975.
- Merryman, John Henry**, *La traducción jurídica romano-canónica* (trad. Carlos Sierra), Breviarios, 218, FCE, México, 1971.
- Mili, John Stuart**, *Sobre la libertad* (trad. Pablo de Azcárate), Alianza Editorial, Madrid, 1986.
- Monroy Cabra, Marco Gerardo**, *Los derechos humanos*, Temis, Bogotá, 1980.
- Moore, Edward George**, *Principia Ethica* (trad. Adolfo García Díaz), Instituto de Investigaciones Filosóficas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1983.
- Morineau, Oscar**, *El estudio del Derecho*, Porrúa, México, 1953.
- Moto Salazar, Efraín**, *Elementos de Derecho*, 36a. edición, Porrúa, México, 1990.
- Moulakis, Athanasios** (editor), *Legitimacy/Legitimite*, (Proceedings of the Conference Held in Florence June 3 and 4, 1982), Series C, Political and Social Sciences, European University Institute, Walter de Gruyter, Berlín-Nueva York, 1986.
- Mugerza, Javier**,
"La Obediencia al Derecho y el Imperio de la Disidencia (Una Intrusión en un Debate)", en *Sistema*, No. 70, Revista de Ciencias Sociales, enero, Madrid. 1986.

- La razón sin esperanza. Siete trabajos y un problema de ética*, Taurus Ediciones, Madrid, 1977.
- Nagel, Ernest**, *La estructura de la ciencia. Problemas de la lógica de la investigación Científica* (trad. Néstor Miguéz), 3a. reimpresión. Ediciones Paidós Ibérica, Barcelona, 1991.
- Nakhnikian, George**, *El Derecho y las teorías éticas contemporáneas* (trad. Eugenio Bulygin y Genaro Carrió), segunda edición. Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política. Distribuciones Fontamara, México, 1993.
- Narváez Mora, Maribel**, *Wittgenstein y la teoría del derecho. Una senda para el convencionalismo jurídico*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid-Barcelona, 2004.
- Niño, Carlos Santiago**,
Algunos modelos metodológicos de 'ciencia' jurídica. Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, No. 25, Distribuciones Fontamara, México, 1993.
Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación. Editorial Paidós, Buenos Aires, 1984.
Introducción al análisis del Derecho, tercera edición. Editorial Ariel, Barcelona, 1987.
- Nobl, Hermán**, *Introducción a la ética. Las experiencias éticas fundamentales* (trad. Mariana Frenk), FCE, México, 1986.
- Olivé, León**, *Estado, legitimación y crisis. Crítica de tres teorías del Estado capitalista y de sus presupuestos epistemológicos*. Siglo XXI, México, 1985.
- Olivecrona, Karl**, *Lenguaje jurídico y realidad* (trad. Ernesto Garzón Valdés), Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, No. 3, Distribuciones Fontamara, México, 1991.
- Ollero Tassara, Andrés**, *Derechos humanos y metodología jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.
- Olvera de Luna, Ornar**, *Manual de Derecho marítimo*, Porrúa, México, 1981.
- Oppenheim, Félix E.**, *Conceptos políticos. Una reconstrucción* (trad. Ma. Dolores González Soler), Tecnos, Madrid, 1987.
- Otfried, Hóffe**, *Estudios sobre teoría del Derecho y otros ensayos* (trad. Jorge M. Seña), Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, No. 19, Distribuciones Fontamara, México, 1992.
- Ovilla Mandujano, Manuel**, *Teoría del Derecho*, séptima edición. Editorial Duero, México, 1990.
- Palacios Treviño, Jorge**, *Tratados, legislación y práctica en México*, Secretaría de Relaciones Exteriores, México, 1986.
- Passerin D'Entrévcs, Alessandro**, *La Dottrina Dello Stato*, Giappichelli Editore, Turín, 1967.
- Pastor Ridruejo, José A.**, *Curso de Derecho internacional público*, Tecnos, Madrid, 1986.
- Pattaro, Enrico**, *Elementos para una teoría del Derecho* (trad. Ignacio Ara Pimlla), Editorial Debate, Madrid, 1991.
- Paulet, Jean-Pierre y Santandreu, Elíseo**, *Diccionario de economía y empresa*, segunda edición
- Peces-Barba, Gregorio**,
Derechos fundamentales, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1986.
 "Desobediencia civil y objeción de conciencia" en *Anuario de Derechos Humanos*, No. 5, Instituto de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Editorial de la Universidad Complutense, Madrid, 1988-1989.

BIBLIOGRAFÍA

- Ética, poder y Derecho*, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, No. 85, Fontamara, México, 2000.
- Introducción a la filosofía del Derecho*, Colección Universitaria, Editorial Debate, Madrid, 1988.
- Los valores superiores*. Editorial Tecnos, Madrid, 1982.
- Peces-Barba, Gregorio, Hierro, Liborio, Iñiguez de Ozono, Santiago y Llamas, Angel**, *Derecho positivo de los derechos humanos*, colección Universitaria, Editorial Debate, Madrid, 1987.
- Pellicani, Luciano**, "Revolución y legitimidad" (trad. Juan Carlos Bayón) en *Sistema*, 74, Revista de Ciencias Sociales, septiembre. Madrid, 1986.
- Peniche Bolio, Francisco J.**, *Introducción al estudio del Derecho*, novena edición, Porrúa, México, 1988.
- Perelman, Ch. y Olbrechts-Tyteca, L.**, *Tratado de la argumentación. La nueva retórica* (trad. Julia Sevilla Muñoz), Editorial Gredos, Biblioteca Románica Hispánica, Manuales, 69, Madrid, 1989.
- Pérez-Luño, Antonio-Enrique**,
 "Concepto y Concepción de los Derechos Humanos" en *Doxa* 4, Alicante, 1987.
 "El Concepto de Igualdad como Fundamento en los Derechos Económicos, Sociales y Culturales" en *Anuario de Derechos Humanos*, No. 1, Instituto de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Editorial de la Universidad Complutense, Madrid, 1981-1982.
- Pereznieto Castro, Leonel y Ledesma Mondragón, Abel**, *Introducción al Estudio del Derecho*, segunda edición, colección de Textos Jurídicos Universitarios, Haría, México, 1992.
- Planiol, Marcel**, *Tratado elemental de derecho civil. Tomos I y II* (trad. José M. Cajica Camacho), Editorial Cajica, Puebla, 1980.
- Platón**, *Diálogos*, 17a. edición. Colección "Sepan Cuantos...", No. 13, Porrúa, México, 1978.
- Popitz, Heiirich**, *Fenomenología del Potere* (trad. Paolo Volonté), II Mulino, Bolonia, 1990.
- Porrúa Pérez, Francisco**, *Teoría del Estiuio*, 12a. edición, Porrúa, México, 1982.
- Prieto Sanchis, Luis**,
 "Aproximación al concepto de Derecho. Nociones fundamentales" en *Lecciones de teoría del Derecho*, McGraw-Hill, Ciencias Jurídicas, Madrid, 1997.
Estudios sobre Derechos fundamentales. Editorial Debate, Madrid, 1990.
- Preciado Hernández, Rafael**, *Lecciones de fdosofía del Derecho*, Textos Universitarios, Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1982.
- Puigpelat Martí, Francesca**, "Principios y Normas" en *Anuario de Derechos Humanos*, No. 6, Instituto de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1990.
- Pugliese, Mario**, *Instituciones de Derecho financiero*, Porrúa, México, 1976.
- Rahasa Gamboa y Ramírez Marín, Juan**, *Problemas actuales del Derecho social mexicano*, Volumen II, Porrúa-Tecnológico de Monteney, México, 2007.
- Rabasa, Oscar**, *El Derecho angloamericano*, Porrúa, México, 1982.
- Rahossi, Eduardo**,
 "Relativismo, diversidad de sistemas sociales y conducta Moral", en *Cuadernos de Filosofía*, No. 14, julio-diciembre, 1970.
 "Relativismo y ciencias sociales", en *Dianoia*, No. 22, 1976.
- Radhruch, Gustav**,
 "*Filosofía del Derecho*" (trad. J. Medina Echavarría), en *Revista de Derecho Pri-*

- vado, primera edición, Madrid, 1933.
- Introducción a la filosofía del Derecho* (trad. Wenceslao Roces), Breviarios, 42, FCE, México, 1985.
- Rangel Couto, Hugo**, *El Derecho económico*, Porrúa, México, 1980.
- Raphael, D.D.**, *Filosofía moral* (trad. Juan José Utrilla), FCE, México, 1986.
- Ratti, Giovanni Battista**, *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*, G. Giappichelli Editore, Turín, 2008.
- Rawls, John**,
Teoría de la justicia (trad. Ma. Dolores González Soler), FCE, México, 1978.
A Theory of Justice, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 1980.
Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia (trad. Miguel Ángel Rodilla). Editorial Tecnos. Madrid, 1986.
 "Legal Obligation and the Duty of Fair Play", en *Law and Philosophy*, Sidney Hook, Nueva York, 1964.
- Reale, Miguel**,
Filosofia do Direito, Edicao Saraiva, Sao Paulo, 1953.
Teoria Tridimensional do Direito, Edicao Saraiva. Sao Paulo. 1968.
- Recaséns Siches, Luis**,
Introducción al estudio del Derecho, novena edición, Porrúa, México, 1991.
Iusnaturalismos actuales comparados. Selección de Publicaciones e Intercambio, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1980.
Tratado general de filosofía del Derecho, séptima edición, Porrúa, México, 1981.
- Rezek, José Francisco**, *Direito Dos Tratados*, Forense, Rio de Janeiro, 1984.
- Richardson, Jr., Robert I.**, *Henrx David Thoreau. A Life of the Mind*, University of California Press, Estados Unidos, 1986.
- Rivera Rodríguez, Isaias**, *El nuevo Derecho agrario mexicano*. Serie Jurídica, McGraw-Hill, México, 1994.
- Robles, Gregorio**, *Introducción a la teoría del Derecho*, Editorial Debate, Madrid, 1990.
- Rodríguez Campos, Ismael**, *Manual de redacción jurídica*, Lazcano Garza Editores, México, 2008.
- Rodríguez Cepeda, Bartolo Pablo**, *Metodología Jurídica*, Oxford University Press, México, 1999.
- Rodríguez Paniagua, José Ma.**,
La ética de los valores como ética jurídica. Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1972.
Historia del pensamiento jurídico. Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1980.
- Rojina Villegas, Rafael**,
Compendio de Derecho civil. Tomo I, Porrúa, México, 1979.
Introducción y personas, Derecho civil mexicano, segunda edición. Tomo I. Porrúa, México. 1975.
Introducción al estudio del Derecho, segunda edición, Porrúa, México, 1967.
- Roldán Xopa, José**, *Derecho administrativo*, Oxford University Press, Colección Textos Jurídicos Universitarios, México, 2008.
- Ross, Alf**, *El Concepto de validez y otros ensayos* (trad. Genaro R. Carrió y Osvaldo Paschero), Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, No. 7, Distribuciones Fontamara, México, 1991.
- Rousseau, Juan Jacobo**, *El contrato social*, Porrúa, México, 1982.
- Ruiz Miguel, Alfonso**, "Los derechos humanos como derechos morales" en *Anuario de*

- Derechos Humanos*, No. 6, Instituto de Derechos Humanos. Facultad de Derecho. Editorial de la Universidad Complutense, Madrid, 1990.
- Sánchez de la Torre, Ángel**,
Los principios clásicos del Derecho, Unión Editorial, Madrid, 1975.
Teoría y experiencia de los derechos humanos, Gregorio del Toro Editor, Madrid, 1985.
- Sánchez Meda, Ramón**, *De los contratos civiles*, Porrúa, México, 1980.
- Sánchez Vázquez, Adolfo**, *Ética*, 21a. edición, Grijalbo, México, 1979.
- Sandler, Héctor Raúl**, *Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*. Biblioteca del Estudiante Universitario, No. 110, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1980.
- Scarpelli, liberto**, *¿Qué es el positivismo jurídico?* (trad. Jean Hennequin), Editorial Cajica, Puebla, 2001.
- Schiavone, Aldo**, *"Il Giurista"*, en *L'uomo Romano* (Andrea Giardina, Editora), Editori Laterza, Bari, 1993.
- Seppúlveda, César**, *Derecho internacional*, Porrúa, México, 1980.
- Serra Rojas, Andrés**, *Derecho administrativo*. Tomos I y II, Porrúa, México, 1981.
- Shreiber, Rupert**, *Lógica del Derecho* (trad. Ernesto Garzón Valdés), Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, No. 15, Distribuciones Fontamara, México, 1992.
- Soriano, Ramón**, *Sociología del Derecho*, Editorial Ariel Derecho, Barcelona, 1997.
- Sorensen, Max**, *Manual de Derecho internacional público* (trad. Dotación Carnegie para la Paz Internacional), FCE, México, 1985.
- Sosa Morato, Beatriz y Rabasa, Emilio** (coords.). *Problemas actuales del derecho privado Mexicano*, Vol. I. Editorial Porrúa-Tecnológico de Monterrey, México, 2005.
- Stammler, Rudolf**, *Filosofía del Derecho* (trad. W. Roces), Reus, Madrid, 1930.
- Starobinski, Jean**, "Jean-Jacques Rousseau" (trad. Isidro Gómez Romero, Joaquín Sanz Guijarro, Pablo Velasco Martínez), en *Racionalismo, empirismo, ilustración. Historia de la Filosofía*, Tomo 6, Siglo XXI Editores, México, 1973.
- Stone, Julius**, *The Providence and Function of Law*, Harvard, 1950.
- Szabo, Imre**, "Fundamentos históricos de los derechos humanos y desarrollos posteriores", en *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos* (trad. Hernán Sabaté y María José Rodellar), Serbal/UNESCO. Barcelona, 1984.
- Tena Ramírez, Felipe**,
Derecho constitucional mexicano, 10a. edición, Porrúa, México, 1980.
Leyes fundamentales de México 1808-1982, 1a. edición, Porrúa, México, 1982.
- Thihau, A.F.J.**, "Sobre la Necesidad de un Derecho Civil General para Alemania" (trad. José Díaz García), en *LA Codificación*, Aguilar, Madrid, 1970.
- Thierry, Iluhert**, *L'évolution du Droit International*. Cours Général de Droit International Public, Académie de Droit International, Recueil des Cours (cursos de la Academia de Derecho Internacional), Tomo 222, Martinus Nijhoff Publishers. Dordrecht/Boston/Londres, 1991.
- Thoreau, Henry David**,
Desobediencia civil y otros escritos (trad. Ma. Eugenia Díaz), Tecnos, Madrid, 1987.
- Tomasini Bassols, Alejandro**,
Enigmas filosóficos y filosofía Wittgensteiniana, Grupo Editorial Interlinea, México, 1995.
El pensamiento del último Wittgenstein. Problemas de filosofía contemporánea. Trillas, México, 1988.

BIBLIOGRAFÍA

- Tomuschat, Christian**, "El Derecho a la resistencia y los derechos humanos" (trad. Jaime Riera Rehren), en *Sobre la resistencia a las violaciones de los derechos humanos*, Serbal, UNESCO, Barcelona, 1984.
- Travieso, Juan Antonio**, *Garantías fundamentales de los derechos humanos. Conflictos. Paradigmas. Aplicación de sistemas jurídicos internacionales*. Hammulabi. José Luis de Palma, editor, Argentina, 1999.
- Treves, Renato**, *La sociología del Derecho. Orígenes, investigaciones, problemas* (trad. Manuel Atienza), Ariel, Barcelona, 1988.
- Trujillo, Isabel**, *Giustizia globale. Le nuove frontiere dell'eguaglianza*, II Mulino, Saggi, Bolonia, 2007.
- Trujol y Serra, Antonio**,
Historia de la filosofía del Derecho y del Estado, Tomos I y II, octava edición, Alianza Universidad Textos, Madrid, 1987.
Los derechos humanos, Alianza Editorial, Madrid, 1987.
- Tulian, Domingo Carlos**, *Movimiento social. Conciencia histórica. Realidad jurídica. Los derechos humanos*. Editorial Humanitas/Editorial la Colmena, Buenos Aires, 1991.
- Urdanoz, Teófilo**,
Historia de la Filosofía IV. Siglo XIX, Kant, idealismo y espiritualismo, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1975.
Historia de la Filosofía V. Siglo XIX, socialismo, materialismo y positivismo, Kierkegaard y Nietzsche, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1975.
- Ursúa-Cocke, Eugenio**, *Elementos del sistema jurídico anglosajón*, Porrúa, México, 1984.
- Vallado Berrán, Fausto E.**, *Introducción al estudio del Derecho*, Editorial Herrero, México, 1961.
- Vázquez, Rodolfo** (comp.), *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, Gedisa Editorial, Barcelona 1998.
- Vinogradoff, Paul**, *Introducción al Derecho* (trad. Vicente Herrero), cuarta edición. Breviarios, 57, FCE, México, 1980.
- Villoro Toranzo, Miguel**,
Lecciones de filosofía del Derecho, Porrúa, México, 1973.
Teoría general del Derecho, Porrúa, México, 1989.
Introducción al estudio del Derecho, tercera edición, Porrúa, México, 1978.
- VValzer, Michael**, *Obediencia y desobediencia civil en una democracia* (trad. Carlos Raúl Yujnovsky), Edisar, Buenos Aires, 1976.
- Weber, Max**, *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva* (trad. José Medina Echavarría, Juan Roura Parellam, Eugenio Imaz, Eduardo García Máynez y José Ferrater Mora), segunda edición, FCE, México, 1984.
- Wittgenstein, Ludwig**, *Philosophical Investigations* (trad. G.E.M. Anscombe), Prentice-Hall, Nueva Jersey, 1958.
- VVitker, Jorge**, *Derecho económico*, colección Textos Jurídicos Universitarios Haría, México, 1985.
- VVitker Velázquez, Jorge y Larios Velasco, Rogelio**, *Metodología jurídica*, segunda edición, McGraw-Hill, México, 2002.
- Yavich, L.S.**, *Teoría general del Derecho. Problemas sociales y filosóficos* (trad. Alejandra Arroyo M. Sotomayor), Editorial Nuestro Tiempo, México, 1985.
- Zagrebsky, Gustavo**, *Manuale di Diritto Costituzionale. Il Sistema Delle Fonti del Diritto*, Vol. I, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Turín, 1994.

Indice analítico

Los números de página seguidos de una "n" indican que la entrada se encuentra en las notas.

- Abrogación de un texto constitucional,
 - " 171
 - Acceso a la justicia
 - concepto de, 372
 - definición de, 373
 - derecho de, 374
 - estudios de, 372
 - problema del, 373
 - Acción revolucionaria, 404
 - Acciones de inconstitucionalidad, 181
 - Acepciones de
 - jurisprudencia, 158
 - la palabra derecho, 75-80
 - Actitud de
 - resistencia, 405
 - sumisión total, 404
 - Actitudes ético-políticas, 405
 - Acto(s)
 - antijurídico, 239
 - de autoridad inconstitucional, 250
 - de pensamiento, 119
 - de voluntad, 119
 - externos relacionales, 4n
 - ilícitos, antijurídicos o delitos, 246
 - lícitos, 246
 - Acto(s) jurídico(s), 156,217
 - elementos de existencia del, 248
 - elementos de validez de los, 249, 261
 - elementos esenciales del, 261
 - en sentido estricto, 246, 248, 261
 - objeto directo del, 248
 - objeto indirecto del, 248
 - Acuerdo intennstitucional, 198
 - Aforismos, concepto de, 304
 - Agustín de Ilipona, san, 352
 - Ambito de validez en el tiempo, 313
 - Análisis
 - económico del derecho, 21
 - valorativo del derecho, 322
 - Analogía *iuris*, 303
 - Anaximandro de Mileto, 346
 - Antinomia(s)
 - concepto de, 272-273
 - de principio, 274
 - de valoración, 274
 - impropias, 274, 313
 - parcial-parcial, 273
 - propias, 273, 313
 - total-parcial, 273
 - total-total, 273
 - Antropología en el Derecho, 60
 - Aplicación
 - de las leyes en el espacio, 284-287
 - del derecho, 291, 311
 - extraterritorial de la ley, 281
 - retroactiva de la ley, 281
 - Aplicar el derecho, 264
 - Aportaciones del positivismo jurídico,
 - 109
 - Aprecio social, 6
 - Aprobación de ley, 190
 - Arbitrariedad, 34
 - Argumento central de la tesis de Thoreau, 412
 - Aristas del derecho, 55
 - Aristóteles, 7n, 349
 - Artículo
 - 14 constitucional, 283
 - 29 constitucional, 179n
 - Autointegración, 210, 277, 302-305
 - Autonomía, 9
 - de la moral, 94
 - Autoridad, 24
 - de la costumbre, 152n
 - Axiología jurídica, 66
- ## B
- Benthain, Jeremías, 358
 - Bien, concepto del, 102
 - Bioderecho, 150
 - Bodin, Jean, 26

- Cámara
 - de origen, 189
 - revisora, 189
- Capacidad
 - de ejercicio, 224, 229
 - de goce, 224, 229
 - de proponernos fines propios e individuales, 8
 - jurídica, 217, 224-225, 258
 - de personas morales, 228
 - real, 258
- Carácter
 - complejo de la norma jurídica, 15
 - moral de la obligación de obediencia al derecho, 429
 - relacional del derecho, 14
- Caracteres específicos del lenguaje normativo o prescriptivo, 13
- Características de
 - la desobediencia civil, 406
 - la ley, 145
 - la moral, 94
 - la objeción de conciencia, 406
 - la palabra derecho, 52, 57
 - de las normas, 164
 - las normas jurídicas, 15
 - las obligaciones, 417, 419
 - lenguaje jurídico, 13
 - los deberes, 417, 419
 - los principios, 54, 164
- Características del
 - iusnaturalismo, 87
 - positivismo jurídico, 87
- Características del derecho, 10, 94
 - como hecho social, 62
 - natural, 89
 - positivo, 89
- Categorías conceptuales, 141
- Cicerón, 351
- Ciencia(s)
 - auxiliares del Derecho, 58, 59, 61, 81
 - del derecho, 62, 76
 - como jurisprudencia, 58n
 - jurídica, 83, 113, 120
 - concepto de, 58
 - jurídicas auxiliares, 67
 - política, 81
 - sociales, 60, 81
- Ciencia Política en el Derecho, 60
- Ciudadano(s)
 - de la República, 290
 - obligaciones del, 226n
 - prerrogativas del, 226n
- Clases de justicia, 350
- Clasificación de
 - fuentes formales del Derecho, 155
 - la costumbre jurídica, 152
 - las garantías, 180
 - individuales, 186
 - las leyes, 144, 145
 - los derechos subjetivos, 260
 - los principios generales del derecho, 165, 166
 - los tratados internacionales, 154
- Clasificación del derecho, 150
 - privado, 147, 148
 - público, 147-149
- Coacción, 53, 133
 - de la norma jurídica, 15
 - del derecho *vs.* coacción de otras fuerzas
 - institucionalizada, 18, 19, 20, 132
 - jurídica, 20-21
- Código Civil para el Distrito Federal, 15
- Coercibilidad, 21
 - de la ley, 143
- Colisiones en la obediencia al derecho, 435-437
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 181, 186
- Common law*, 138, 159, 160, 171, 302
- Competencia, 250
 - jurídica, 261
 - objetiva, 251
 - por cuantía, 251
 - por grado, 251
 - por materia, 251
 - por territorio, 251
 - subjetiva, 251
- Compraventa, 142n
- Concepción
 - sociológica o psicológica de lo jurídico, 48
 - tridimensional del, 67
- Concepto(s)
 - jurídicos fundamentales, 216-219
 - provisional del derecho, 48
 - usados en el
 - derecho civil, 218
 - derecho fiscal, 218

- derecho procesal, 218
- Concepto de
 - acceso a la justicia, 372
 - acción, 247
 - acreedor, 251
 - acuerdo, 194
 - aforismos, 304
 - antinomias, 272-273
 - buenas costumbres, 238
 - capacidad, 224
 - ciencia jurídica, 58
 - circular, 194
 - coacción, 235
 - coacción jurídica, 239
 - coactividad, 327
 - competencia, 250
 - competencia jurídica, 250
 - condición, 260
 - constitución escrita, 168, 169
 - costumbre, 150, 201
 - deber, 233
 - decreto, 187, 194
 - definir, 48, 49
 - delito, 239
 - derechos humanos, 338, 339
 - desobediencia civil, 405
 - deudor, 251
 - doctrina, 166
 - emancipación, 227
 - equidad, 3354
 - estatutos, 228n
 - ética, 151
 - fuerza del derecho, 141
 - fuentes, 136
 - fuerza, 22
 - garantía, 179n
 - garantías individuales, 180n
 - guerra justa, 353
 - hábito, 151
 - hombre, 220
 - incapacidad, 227
 - individuo, 290
 - integración, 277, 305
 - interpretación jurídica, 291
 - intérprete, 291
 - interrumpir, 206n
 - juicio de amparo, 180-181
 - jurisprudencia, 58, 157, 158, 205, 206
 - justicia, 328, 331
 - la teoría general del derecho, 63
 - lenguaje, 49
 - ley, 142, 145, 194, 353
 - mora, 257
 - moral ideal, 96, 97
 - moral social, 95, 97
 - moralidad, 359
 - norma, 75
 - nulo, 249
 - objeción de conciencia, 406
 - obligación jurídica, 251
 - omisión, 247
 - poder, 22, 114
 - principio general, 163
 - principios, 53
 - providencias judiciales, 194
 - regla de derecho, 163
 - reglamento, 194
 - relativismo, 106
 - responsabilidad jurídica, 253
 - sanción, 235, 239, 260
 - silogismo, 265
 - sistema, 69
 - sociedades de convivencia, 96
 - soberanía, 26
 - término, 260
 - tratado, 153
 - internacional, 153, 155
 - tutela, 227n
 - uso, 202
 - validez, 19
- Concepto de derecho, 9
 - en su dimensión
 - fáctica, 68
 - natural, 88
 - normativa, 68
 - valorativa, 68
- Concepto del
 - bien, 102
 - fenómeno jurídico, 49
 - lenguaje, 57
- Conciencia ética individual, 420
- Conducta
 - humana, 94
 - ético-política, 404
 - religiosa, reglas de, 10
 - social
 - regulación de la, 10
 - técnicas de regulación de, 9
- Conexión derecho-fuerza, 25
- Conflicto de derechos entre las partes, 310

- Conflictos de leyes en el
 - espacio, 270, 279, 285
 - tiempo, 270, 281-283
 - Congreso constituyente, 178n
 - Consecuencia normativa, 243
 - Constitución(es), 17, 175
 - no escritas o consuetudinarias, 171
 - política, 170
 - positiva, 170n
 - real y efectiva, 169
 - rígida, 185
 - Constitución de los Estados Unidos de 1787, 168n
 - Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, 178
 - Constituyente originario, 170
 - Consultoría jurídica, 199
 - Contenido de las normas jurídicas, 6
 - Contra legem, 153
 - Contrato social, 359-360
 - Control de la constitucionalidad, 181
 - Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 154, 200
 - Convencionalismo verbal, 51, 57
 - Convenios ejecutivos, 198n
 - Corriente iusnaturalismo
 - deontológico, 90
 - ontológico, 89
 - Costumbre(s), 6, 150-153, 174, 241
 - autoridad de la, 152n
 - contra legem, 153n
 - en el derecho civil, 202
 - en el derecho penal, 202
 - judicial, 159
 - Creación
 - de normas individualizadas, proceso de, 155n
 - del derecho, 134
 - Crédito, derecho de, 252
 - Criterio
 - de la norma general inclusiva, 307
 - dinámico, 19
 - estático, 19
 - Críticas a las tesis iuspositivistas, 117
 - Cualidades morales, 8n
- D**
- Daño moral, 254
 - de Savigny, Federico Carlos, 362
 - de Soto, Domingo, 357
 - Deber
 - de obediencia al derecho, 427
 - jurídico, 217, 229-235, 251
 - lato sensu*, 417
 - prima facie* de obediencia al derecho, 424-427
 - ser, el, 58, 59
 - y obligación, diferencia entre, 418
 - Deberes
 - características de los, 417, 419
 - jurídicos, 94
 - Decisiones de las cortes de apelaciones, 159
 - Declaración Universal de Derechos Humanos, 341
 - Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, 340
 - Declaraciones de derechos humanos, 339
 - Defecto(s) de
 - la norma en su validez formal, 18
 - los sistemas prejurídicos, 24n
 - Déficit en la validez material de la norma, 18
 - Definición
 - convencional de derecho, 49, 50
 - del derecho, 50. 69. 74
 - real de derecho, 49
 - Definición de
 - acceso a la justicia, 373
 - acto jurídico, 246
 - conceptos jurídicos fundamentales, **218**
 - delito, 247
 - interpretación jurídica, 298
 - ley, 187
 - norma, 13
 - principios generales del derecho, 164
 - soberanía, 27
 - validez material, 17
 - Definiciones
 - tridimensionales del derecho, 74
 - unidimensionales del Derecho, 74
 - del Vecchio, Giorgio, 363
 - Delito, 217
 - Deóntica, la, 120
 - Derecho(s), 94, 121, 220
 - administrativo, 148
 - aéreo, 149
 - agrario, 149
 - análisis valorativo del, 322
 - aplicar el, 264

- aristas del, 55
- bancario, 148
- bursátil, 148
- carácter moral de la obligación de
 - obediencia al, 429
- características de la palabra, 52, 57
- características del, 10
- ciencias auxiliares del, 58
- científico, 139
- civil, 147
- colisiones en la obediencia al, 435-437
- comparado, 64, 333
- concepto de, 9
- concepto provisional del derecho, 48
- conceptos de la teoría general del, 63
- constitucional, 147
 - principio de, 169n
- consuetudinario, 135n
- cultural, 182
- de acceso a la justicia, 374
- de acción, 233, 259
- de crédito, 252
- de la Seguridad Social, 149
- de propiedad, 234
- de veto, 191, 196
- deber de obediencia al, 427
- deber *prima facie* de obediencia al derecho, 424-427
- definición de, 50, 69
- del trabajo, 149
- desobediencia ética al, 420-421
- dificultades para conceptuar al, 80
- dimensión axiológica del, 65-66
- dimensión fáctica del, 59, 61, 73, 322
- dimensión normativa del, 62, 73, 322
- doble estándar valorativo del, 326
- ecológico, 150
- económico, 149, 182
- en la relación social, 4
- en la vida social, función del, 5
- enfoque científico del, 57
- enfoque metodológico del, 58
- enfoque teórico del derecho, 57
- estáticamente justo, 332
- filosofía del, 58, 64
- financiero, 148
- fuentes del, 136n, 137n
- función específica del, 6
- función original del, 7, 30
- funcionamiento del, 108n
- ideas que implican la palabra, 52
- in personam*, 146n
- in rem*, 146n
- indagación del, 49
- internacional, fuentes del, 197n
- internacional privado, 148, 284
- justo, el, 362-363
- libre, 267
- marco normativo del, 324
- marítimo, 148
- mercantil, 147
- mexicano, 211
- misiones de la teoría del, 65
- moralización del, 124
- multiplicidad expresiva del, 66
- natural, 78, 83, 111, 124, 354
 - principios del, 161n
- niveles de conocimiento del, 59
- no vigente, 77
- obediencia al, 437
- objetivo, 75-77, 79, 83
- obligatoriedad del, 29, 114, 122, 322
- omnipresencia del, 4
- penal, 147
- perspectivas científicas del, 58, 59
- positivo, 7n, 77, 79, 83, 86-93, 104, 124
 - observancia del, 133n
- primer estándar valorativo del, 323
- privado, 146-149
- problema de la obediencia al, 402
- procesal, 148
- público, 146-149
- realidad del, 4
- régimen democrático de, 404
- regulación del, 324
- segundo estándar valorativo del, 326
- sistemas de, 133n
- social, 149, 182
 - clasificación del, 149-150
- teoría general del, 58
- teoría imperativa del, 118
- teoría tridimensional de, 58
- tesis del doble estándar valorativo del, 376-380, 431
- turístico, 150
- validez del, 30
- ventajas de la teoría tridimensional del, 58
- vigente, 77, 83
- Derecho como
 - ciencia, 79

- control social, el, 132
- fenómeno socio-político, el, 71
- hecho, 80
 - social, 55
- lenguaje del Estado, 25
- norma, 80
 - jurídica, 55
- una norma, el, 76
- sinónimo de justicia, 79
 - o libertad, la palabra, 52
- sistema normativo, el, 69-70
- valor, el, 55, 65
- Derecho en su dimensión
 - fáctica, concepto de, 68
 - normativa, concepto de, 68
 - valorativa, concepto de, 68
- Derecho subjetivo, 76-77, 79, 83, 217, 229-235
 - como sinónimo de inmunidad, 231
 - como sinónimo de potestad, 231
 - como sinónimo de privilegio, 231
 - privado, 234
 - público, 234
- Derechos
 - cívico-políticos, 234
 - de los pueblos, 342
 - del hombre, 179n
 - del obligado, 233
 - del pretensor, 233
 - económicos-sociales, 234
 - fundamentales, 234
 - individuales, 341
 - morales, 342-343
 - personales y de seguridad jurídica, 234
 - políticos, 342
 - sociales, 342
 - subjetivos absolutos, 234
 - subjetivos dependientes, 233
 - subjetivos independientes, 233
 - subjetivos relativos, 234
- Derechos humanos, 182n. *Véase también*
 - Garantías individuales
 - concepto de, 338, 339
 - declaraciones de, 339
 - evolución de los, 341
 - generaciones de, 341
 - justificación de los, 339-340
 - principios de los, 339
- Desobediencia civil, 411
 - características de la, 406
 - concepto de, 405
 - directa, 405
 - ejemplos de, 405
 - indirecta, 405
 - tesis de la, 411
 - y objeción de conciencia, distinciones entre, 410
- Desobediencia ética al derecho, 420-421
- Diario Oficial de la Federación, 191
- Diferencias entre
 - deber y obligación, 418
 - equidad y justicia, 335-337
 - moral y derecho, 95
- Dificultades
 - de la interpretación, 316
 - extrínsecas del acceso a la justicia, 382-387
 - intrínsecas del acceso a la justicia, 387-390
 - lingüísticas de la interpretación, 289-291
 - para conceptuar al derecho, 80
 - para definir al derecho, 50-58
- Dilema de la tesis de Thoreau, 414
- Dimensión
 - axiológica del derecho, 65-66, 73
 - fáctica del derecho, 59, 61, 73, 322
 - normativa, 62, 65
 - del derecho, 62, 73, 322
 - social del hombre, 8
- Dimensiones del
 - estudio del Derecho, 81
 - Derecho, 73
- Discusión de ley, 189
- Distinción entre fuerza y poder, 22, 22n
- División de la Constitución. 171
- Doble
 - estándar valorativo del derecho, 326
 - punto de vista de la justicia, 334
 - punto de vista moral, 330
- Doctrina, 141, 174
 - concepto de, 166
 - de la soberanía, 27
 - de Bodin, 26, 27
 - del precedente, 159
 - etimología de, 159
- Doctrina tradicional, 143n
 - de las fuentes, 1, 35

- Doctrinas sobre la justicia, 369-371
 - Dogmática jurídica, 63
 - Economía'
 - en el derecho, 61
 - funcional, 61n
 - Eficacia
 - constitutiva, 245
 - de la norma, 18
 - del derecho, 29, 123
 - diferida, 245
 - inmediata, 245
 - social de la norma, 21
 - Ejemplo de colisión, 54
 - Elaboración de las normas jurídicas, 139
 - Elementos de
 - existencia del acto jurídico, 248
 - la conducta, 247-248
 - la costumbre jurídica, 152
 - la definición de derecho, 69-72
 - validez de los actos jurídicos, 249, 261
 - Elementos esenciales del acto jurídico, 261
 - Enfoque
 - científico
 - de la definición de derecho, 54
 - del derecho, 57
 - metodológico del derecho, 58
 - teórico
 - de la definición de derecho, 54
 - del derecho, 57
 - Enunciado
 - interpretativo, 288
 - normativo, 288
 - Equidad, concepto de, 335
 - Error del legislador en la función de la norma, 143
 - Escepticismo ético, 92, 1(X)n, 1(4)
 - Escuela clásica del derecho natural, 354
 - Escuela de la Exégesis, 265, 311
 - Escuela del Derecho Libre, 267
 - Escuela Neoscolástica española, 356
 - Espacio jurídico
 - pleno, 275
 - vacío, 275
 - Especulaciones presocráticas sobre justicia, 344-348
 - Esquema kelseniano, 232
 - Esquilo, 347
 - Estado de
 - interdicción, 227
 - naturaleza, 359
 - Estado mexicano, 212
 - Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de la Haya, 167
 - Estructura del Estado Mexicano, 186
 - Estructura lógica de las normas jurídicas, 243
 - Estudios de acceso a la justicia. 372
 - Ética
 - de la política. 27
 - orígenes de la, 151n
 - Ético
 - normativo, 106
 - sociológico, 106
 - Etimología de
 - aplicar, 264
 - costumbre, 151
 - ética, 151
 - fuelle, 137
 - la palabra derecho, 75, 83
 - Evolución
 - de los derechos humanos, 341
 - jurídica, 9
 - Excepción(es)
 - al principio de aplicación territorial, 285
 - al principio de no retroactividad de la ley, 283
 - del principio de no retroactividad, 144
 - Existencia de la norma jurídica, 16
 - Expresión política del derecho, 25
 - Externalismo ético, 111
 - Exterioridad del derecho, 94
- ## F
- Factores
 - extrínsecos, 40
 - intrínsecos, 40
 - reales de poder, 169
 - Facultades
 - de leyes, 76n
 - extraordinarias para legislar, 188n
 - Facultamiento de la norma, 230
 - Facultas agendi*, 76, 233
 - Facultas omitendi*. 233

Filosofía
 del derecho, 58, 62, 63, 64, 81
 jurídica, 60n
 moral, 15 In
 política, 60n
 Formalidades establecidas por el derecho, 16
 Formalismo jurídico, 108
 Formalización del derecho, 135
 Forma(s) de
 gobierno, 183
 producción del Derecho, 137
 regulación de la conducta humana, 7
 de vida, 217
 Fuente indirecta, 158
 Fuentes
 concepto de, 136
 de la ley, 137n
 de las normas, 137n
 jurídicas individualizadas, 157
 del derecho, 136n, 137n
 internacional, 197n
 formales, 137, 139, 140
 del derecho, 134, 173
 directas, 140, 187-204
 indirectas, 140, 205-211
 históricas, 138, 139, 178
 materiales, 138n, 139
 del derecho, 134
 reales, 137-138
 Fuerza
 concepto de, 22
 y poder, distinción entre, 22, 22n
 Función
 de la norma, error del legislador en la, 143
 del derecho, 11
 en la vida social, 5
 descriptiva del lenguaje natural, 12
 directiva del lenguaje natural, 12
 específica del derecho, 6
 expresiva del lenguaje natural, 12
 original del derecho, 7, 30
 persuasiva del lenguaje natural, 12
 prescriptiva del lenguaje natural, 12
 social del derecho, 13
 Funcionamiento del derecho, 108n
 Funciones
 operativas del lenguaje, 12n
 sociales, 24

Fundamento
 de la obligación política, 429
 racional del derecho, 73

G

Garantía
 concepto de, 179n
 de la coacción, 431
 Garantías
 clasificación de las, 180
 de igualdad, 180
 de libertad, 180
 de propiedad, 180
 de protección. *Véase* Garantías individuales
 de seguridad jurídica, 180
 individuales, 179
 clasificación de las, 186
 concepto de, 180n
 sociales, 182
 Generaciones de derechos humanos, 341
 Generalidad, 142n
 de la ley, 142-143
 Gestión de negocios, 247
 Grocio, Hugo, 354
 Grupo de políticos, 26
 Guerra justa, concepto de, 353

H

Hecho(s)
 ilícito(s), 238, 408
 jurídico, 217, 242
 jurídicos, 261
 humanos o voluntarios, 246
 naturales o causales, 246
 social, 48
 voluntario
 ilícito, 247
 lícito, 247
 Heráclito de Éfeso, 346, 347
 Hesiodo, 346
 Heterointegración, 277, 301-302
 Heteronomía del derecho, 94
 Historia en el derecho, 60
 Historicismo jurídico, 361-362
 Hobbes, Tomás, 355
 Hume, David, 358

Idea

de igualdad, 35n

- platónica de la relación entre lenguaje y realidad, 51
- Identificación de la(s) norma(s)
 - del derecho, 133
 - jurídicas, 123
- Igualdad
 - idea de, 35n
 - jurídica, 35
- Imperativo de la disidencia, 423
- Imperium*, 147
- Incapacidad, 229
 - legal, 227, 229
 - natural, 227, 229
- Inconstitucionalidad
 - extrínseca o formal, 199n
 - intrínseca o material, 199n
- Incorporación del derecho, 135
- Indagación del derecho, 49
- Indefinición, tesis de la, 50
- Individualismo ético, 423
- Individuo, concepto de, 290
- Iniciación de la vigencia de ley, 191
- Iniciativa de ley, 189
- Inimputabilidad, 258
- Institucionalización de la función coactiva, 24
- Integración, 317
 - analógica, 310
 - concepto de, 305
 - tipos de, 305
- Intereses primigenios, 9
- Interioridad de la moral, 94
- Internalismo ético, 111
- Interpretación
 - auténtica, 301
 - científica o doctrinal, 301
 - de jurisprudencia, 205
 - de los actos jurídicos, 299-300
 - del sentido de la ley, 158
 - dificultades de la, 316
 - en sentido amplio, 292, 298, 315
 - en sentido estricto, 292, 298, 315
 - extensiva, 303
 - filológico-histórica, 296, 297
 - judicial, 300
 - jurídica, 288, 315
 - definición de, 298
 - teorías de la, 293-295, 298
 - lógico-sistemática, 296-297
- Interpretar, concepto de, 288
- Intérprete
 - concepto de, 291
 - oficial, 299
- Intérpretes, los, 300-301
- Invalidez de las normas jurídicas individualizadas, 156
- Iusnaturalismo. *Véase también* Derecho natural
 - deontológico, 91, 110
 - ontológico, 91, 110
- Iusnaturalistas, 87
 - deontológicos, 112
 - kelsenianos, 112
 - ontológicos, 112
- Iuspositivismo
 - ético utilitarista, 110
 - kelseniano, 92, 111
 - metodológico, 91
 - Véase* Derecho positivo
- Iuspositivistas, 87
 - ético-utilitaristas, 112
- Ius tractati*, 154
- Jerarquía de
 - leyes en el sistema jurídico, 192-193
 - los valores, 31
- Juego de lenguaje, 217, 289
 - del derecho, 217, 258
- Juicio de desvalor, 247
- Juicios normativos dotados de coacción, 22
- Jurisprudencia, 140, 174
 - analítica, 56
 - concepto de, 58
 - de Julius Stone, 56
 - ética, 56
 - sociológica, 56
- Jus privatum*, 147
- Jus publicum*, 147
- Jusnaturalismo, 87
- Jusnaturalista, 93
- Justicia, 104, 391
 - análisis de la, 392
 - clases de, 350
 - como equidad, 366-399
 - como exigencia ético-jurídica, 390
 - concepto de, 328, 331
 - conmutativa, 350
 - correctiva o sinalagmática, 350
 - del derecho, 19

- dificultades extrínsecas del acceso a la. 382-387
 - dificultades intrínsecas del acceso a la. 387-390
 - distributiva, 350
 - doble punto de vista de la, 334
 - doctrinas sobre la, 369-371
 - en la escuela clásica, 354-356
 - en los clásicos españoles, 356-357
 - en Roma, 350-352
 - especulaciones presocráticas sobre, 344-348
 - judicial, 350
 - material, 122
 - o injusticia de un sistema jurídico, 99
 - problemas del acceso a la, 373, 381-390, 397
 - y obediencia al derecho, 17
 - Justicia-Derecho, 104
 - Justificación de los derechos humanos, 339-340
- K**
- Kant, Immanuel, 360
 - Kelsen, Hans, 97, 220, 364
- L**
- Lagunas
 - en los ordenamientos jurídicos, 313
 - ideológicas del derecho, 276
 - impropias del derecho, 276
 - propias del derecho, 276
 - Laporta, Francisco, 93
 - Legado de Thoreau, 415
 - Legalidad, 87, 326-327, 391
 - concepto de, 114
 - Legislación, 140, 142, 173
 - Legitimidad, 28
 - de las acciones, 5
 - política de naturaleza contractual, 429-430
 - Lenguaje(s)
 - ambiguo, 13
 - de las normas, 12
 - del derecho, el, 62
 - del Estado, 25
 - directivo, 12
 - funciones operativas del, 12n
 - juego del, 217, 289
 - jurídico, 12, 216
 - características del, 13
 - naturales, 12
 - uso específico de los, 12
 - normativo, 12, 240
 - prescriptivo o directivo, 12, 240
 - problemas de ambigüedad del, 289
 - textura abierta del, 13
 - vago, 13
 - zona de penumbra del, 13
 - Ley
 - abstracción de la, 142
 - antigua, 282
 - características de la, 142, 145
 - concepto de, 142, 145, 194, 353
 - eterna, 353
 - generalidad de la, 142-143
 - humana, 353
 - natural, 353, 355
 - nueva, 282
 - principios de la, 145
 - Ley de Amparo, 205
 - Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, 197, 198
 - Ley sobre la Celebración de Tratados, 197
 - Ley suprema, 170, 197
 - Leyes
 - clasificación de las, 145-146
 - constitucionales, 144
 - de coordinación, 147
 - de orden público, 238
 - de supra a subordinación, 147
 - de vigencia determinada, 144
 - de vigencia indeterminada, 144
 - dispositivas, 144
 - extranjeras, 144
 - generales, 144
 - imperfectas, 144
 - interpretativas, 144
 - jurídicas, 94
 - locales, 144
 - morales, 94
 - nacionales, 144
 - ordinarias, 144
 - perfectas, 144
 - positivas, 144
 - reglamentarias, 144
 - supletorias, 144
 - taxativas, 144
 - Libertad humana, 94
 - Libre albedrío humano, 8

Locke. John, 355

Lógica

deóntica, 63, 64, 120

jurídica, 63, 64

M

Mandato de igualdad, 426

Manifestación de voluntad, 248

Marco normativo del derecho, 324

Mayoría de razón, 303

Metaético, 106

Método silogístico, 264

Mili, John Stuart, 358

Misiones de la

costumbre, 202-203

teoría del derecho, 65

Moral, 6, 94, 121

crítica o ideal, 95-97, 121, 433

daño, 254

en el derecho natural, la, 97

individual, 404

y social, 10

positiva, 70

responsabilidad, 253

social, 95-97

concepto de, 95, 97

vigente o relativa, 102, 121

Moralidad, concepto de, 359

Moralización del derecho, 124

Motor inicial de la sociedad, 8n

Multiplicidad expresiva del derecho, 66

N

Nacimiento del Estado, 24

Naturaleza de la interpretación jurídica,
291

Necesidad de supervivencia, 7

Necesidades

primigenias, 71

sociales, 134n

Neutralidad, tesis de la, 109

Niveles de conocimiento del derecho, 59

Norma(s)

agendi, la, 76

coactivas, sistema de, 30

con eficacia reforzada, 21

condicionales, 244

consuetudinaria

de rogatoria, 153

delegada, 152

delegante, 152

contradictorias, 324

de comportamiento, 24

de conducta. *Véase* Normas jurídicas

de orden público, 147

de urbanidad, 6

definición de, 13

definitorias o determinativas, 240, 241

directivas o reglas técnicas, 240-241

en sentido amplio (*lato sensu*), 14

en sentido restringido (*strieto sensu*),
14

fundamental, teoría de la, 115

general, 156n

excluyente, 275, 276, 290, 305

inclusiva, criterio de la, 307

ideales, 241

imprecisas, 324

incondicionales o categóricas, 244

inconstitucional, 18

individual, 156n

jurídica, 98, 230

erogada, 17

rogada, 17

jurídicamente exigida, 18

jurídicamente obligatoria, 18

jurídicamente vinculante, 18

jurídicas, 53, 62

contenido de las, 6

identificación de las, 123

individualizadas, 141, 156, 204

morales, 241

particular inclusiva, 275, 305

prescriptivas, 240, 241

primarias. *Véase* Normas jurídicas

principales, 240

secundarias, 53, 157n, 241

sobre producción jurídica, 141, 189

tipos de, 53

Nueva Retórica, 268

Nulidad

absoluta, 156, 249

relativa, 156, 249

Nulo, concepto de, 249

O

Obediencia

al derecho, 437

ciega y acrítica a las leyes, 412

Objeción de conciencia, 411

- características de la, 406
- concepto de, 406
- distinciones entre desobediencia civil y, 410
- Objeto
 - directo de un acto jurídico, 248
 - indirecto de un acto jurídico, 248
- Obligación, 251-253
 - diferencia entre deber y, 418
 - ética, 402
 - jurídica, 6, 230, 261, 402
 - legal, 429
 - moral, 429
 - derivada o indirecta, 428
 - imputable, 95
 - y religiosa, 6
 - política, 404, 429
 - fundamento de la, 429
- Obligaciones
 - características de las, 417, 419
 - del ciudadano, 226n
 - tipos de, 429
- Obligatoriedad, 173
 - de la ley, 143
 - del derecho, 29, 114, 122, 322
 - ética, 419, 420
 - jurídica, 17, 19, 432
- Observancia del derecho positivo, 133n
- Omnipresencia del derecho, 4
- Ontología jurídica, 64
- Orden
 - jerárquico de las leyes mexicanas, 213
 - jurídico, 33, 324
 - principio de plenitud hermética del, 269
 - público, 238
- Ordenamiento de la conducta humana, 172
- Ordenamiento(s) jurídico(s), 33, 312
 - como sistema, 271 -272
 - como sistema abierto, 278-280
 - en el tiempo, 280
 - lagunas en los, 313
 - principio de plenitud hermética del, 277
- Origen del derecho. 137
- Orígenes de la ética, 151 n
- P**
 - Pago de impuestos, 415
 - Palabra derecho, como sinónimo de
 - justicia o libertad, la, 52
- Parménides, 346, 347
- Parte
 - dogmática de la constitución, 171, 172, 179, 182, 211-212
 - orgánica de la constitución, 171, 172, **212**
 - social de la constitución, 171
- Partes integrantes de la Federación, 184n
- Paso de un sistema prejurídico a uno jurídico, 24, 24n
- Patria potestad, 227n
- Percepción del bien y del mal, 8n
- Periodo cosmológico helénico, 345
- Persona
 - física, 220
 - humana, 220
 - jurídica, 217, 220-223, 224, 229, 230, 258
 - colectiva. Véase Persona colectiva
 - individual. Véase Persona física
 - moral o colectiva, 221, 223
- Personas jurídicas colectivas o morales, 228, 259
- Perspectiva del
 - observador, 330-334
 - participante, 330-334
- Perspectivas científicas del derecho, 58, 59
- Physis*, 87-88
- Pirámide kelseniana, 99
- Pitágoras, 346
- Platón, 349
- Plenos poderes, 198n
- Poder
 - concepto de, 22, 114
 - constituyente, 170n
 - del estado, 86
 - distinción entre fuerza y, 22, 22n
 - ejecutivo, 184
 - judicial, 185
 - legislativo, 184
 - político, 21
 - soberano, 71
 - soberano, 26, 27n, 28, 170
- Poderes
 - constituidos, 17 ln
 - de la Unión, 184
- Polis, la, 88, 345, 404
- Política del derecho o jurídica, 66
- Políticos, grupo de, 26

- Posición pasiva del juez, 296
- Positivismo
- ideológico, 108, 112
 - jurídico, 87, 106
 - aportaciones del, 109
- Positivista metodológico, 93
- Precedente(s), 59, 169n
- judiciales, 159, 302
 - principios de la doctrina del, 160-161
- Premisa
- descriptiva correcta, 425
 - descriptiva normalmente falsa, 425
 - normativa convincente, 425
 - normativa dudosa, 425
- Premisas del razonamiento judicial, 266
- Prerrogativas del ciudadano, 226n
- Pretensión de justicia, 327
- Primer estándar valorativo, 37, 38, 39, 40
- del derecho, 323
- Principio(s)
- concepto de, 53, 163
 - de justicia de la teoría rawlsiana, 367-368
 - de la doctrina del precedente, 160-161
 - de los derechos humanos, 339
 - del derecho natural, 161n
 - pacta sum servando*, 162
 - supremos del obrar, 356
- Principio de
- aplicación territorial, 285-286
 - excepción al, 285
 - clausura, 313
 - compatibilidad, 272
 - derecho constitucional, 169n
 - economía, 161
 - equidad, 210
 - fair play*, 426
 - fairness*, 32n
 - igualdad, 143n, 160
 - irretroactividad de la ley, 281
 - la división de poderes, 184, 212
 - la doctrina del precedente, 160-161
 - la ley, 145
 - no aplicación extraterritorial, 314
 - no retroactividad, 144
 - de la ley, 210
 - plenitud hermética del orden jurídico, 269, 277, 309, 312
 - previsibilidad, 160
 - respeto, 161
 - respeto literal de la ley, 295n
 - seguridad jurídica, 143n, 239
 - supremacía constitucional, 171, 199
 - territorialidad, 284
 - tratamiento de igualdad, 426
- Principios generales del Derecho, 140, 161, 174, 209, 210, 304
- axiológicos, 165
 - expresos, 166
 - lógico-jurídicos, 165
 - tácitos, 166
 - tipos de, 211
- Probabilidad de
- imposición, 114n
 - obediencia, 114n
- Problema
- de la obediencia al derecho, 402
 - del acceso a la justicia, 373, 397
- Problemas de
- acceso a la justicia, 381-390
 - ambigüedad del lenguaje, 289
- Procedimiento(s)
- de "duda de ley", 295n
 - para adicionar o reformar la Constitución, 185-186
 - para formalizar el derecho, 137
- Proceso
- evolutivo de la sanción de la norma, 23
 - formal, 133
 - interpretativo, 308
 - legislativo, 142, 212
 - para elaborar jurisprudencias, 158
- Proceso de
- aplicación del derecho, 280
 - creación de normas individualizadas, 155n
 - elaboración de las leyes federales, 189-197
 - incorporación de valores, 134
 - los tratados internacionales, 154
- Producción jurídica, normas sobre, 141
- Promulgación de ley, 191
- Psicología en el derecho, 60
- Publicación de ley, 191
- Puffendorf, Samuel, 355
- Purismo metodológico de Kelsen, 125
- R
- Radbruch, Gustav, 364
- Raíz etimológica de jurídico, 4

- Rawls, John, 366
 - Razón, mayoría de, 303
 - Razonamiento judicial, premisas del, 266
 - Razones para vivir en sociedad, 6-9
 - Realidad del derecho, 4
 - Realismo
 - jurídico, 267
 - verbal, 51, 57
 - Reconocimiento, regla de, 24, 53, 70n, **133o**
 - Régimen
 - democrático de derecho, 404
 - jurídico, 141
 - embrionario, 9n
 - Reglamento Interior de la Secretaría de Relaciones Exteriores, 197
 - Regla(s)
 - efectivas, 268
 - generales de
 - aplicación del derecho en México, 315
 - aplicación del derecho extranjero en México, 315
 - la interpretación jurídica, 299
 - para determinar la voluntad, 309
 - para dudas y ambigüedades, 310
 - para la interpretación jurídica, 295-297
 - práctica, 14
 - primarias, 24, 24n
 - secundarias, 24, 24n
 - Regla de
 - adjudicación, 24, 53
 - aplicación del derecho extranjero en México, 286
 - cambio, 24, 53
 - comportamiento, 9
 - compartimiento de cumplimiento obligatorio, 14
 - conducta, 12
 - religiosa, 10
 - interpretación de los contratos, 309
 - papel, 268
 - reconocimiento, 24, 53, 70n, 133n
 - validez de los ordenamientos estatales, 287, 315
 - Regulación
 - de la conducta social, 10
 - del derecho, 324
 - Relación
 - bilateral, 94
 - derecho-moral, la, 99
 - derecho-poder-soberanía-legitimidad, 28, 29
 - derecho-poder soberano, 25
 - entre derecho y poder político, 21
 - entre derecho y sociología, 60n
 - entre el derecho y la moral, 100-103
 - moral-derecho, 112
 - unilateral, 94
 - Relaciones entre derecho y moral, 124
 - Relatividad de los valores, 116
 - Relativismo
 - axiológico *kelseniano*, 104
 - concepto de, 106
 - histórico y cultural, 328
 - moral, 96
 - Representación legal, 227n
 - Requisitos formales de la norma jurídica, 16
 - Res publica, 147
 - Resolución definitiva, 156
 - Resoluciones
 - administrativas, 203
 - judiciales, 155, 203
 - Responsabilidad
 - civil, 256
 - contractual, 256
 - directa, 255
 - indirecta, 255
 - jurídica, 253
 - moral, 253
 - objetiva, 256
 - penal, 257
 - por hecho ilícito, 256
 - Retroactividad de la ley, 167, 281-284
 - Rousseau, Juan Jacobo, 359
- ## S
- Salas de la Corte, ejecutorias de las, 206
 - Sanción, 217
 - de ley, 190
 - jurídica, 20-21
 - penal, 257
 - Secretaría de Relaciones Exteriores, 198
 - Segundo estándar valorativo del derecho, 326
 - Seguridad jurídica, 34, 377
 - Semanario Judicial de la Federación, 207
 - Semántica deóntica, 120
 - Sentencias judiciales, 204
 - Sentido de la ley, 296

- Ser, el, 58, 59
- Significado de validez, 115
- Silogismo, 265
- Sincretismo metódico, 103
- Sinónimo(s) de
 - justicia, 77, 78
 - validez, 133
- Sistema(s)
 - abiertos en el tiempo y el espacio, 278
 - deductivo, 271
 - judicial, 382
 - jurídico(s), 271
 - justicia o injusticia de un, 99
 - legislativo
 - flexible, 171
 - rígido, 171
 - normativos, 132
 - político, 385
 - sincrónico, 191
 - sucesivo, 191
- Sistema(s) de
 - conducta social, 70
 - derecho, 133n
 - escrito, 178
 - disposiciones, 70
 - normas coactivas, 30
- Situaciones jurídicas de tracto sucesivo, 282
- Soberanía, 170
 - como poder dinámico, 28
 - como poder pleno, 28
 - extema, 28
 - interna, 27
 - nacional, 183, 212
- Sociedad
 - cooperativa, 228n
 - motor inicial de la, 8n
 - mutualista, 228n
- Sociedades de convivencia, concepto de, 96
- Sociología
 - en el derecho, 60, 61
 - relación entre derecho y, 60n
- Sócrates, 348
- Sófocles, 347
- Spinoza, Benito, 355
- Stammler, Rudolff, 362
- Suárez, Francisco, 357
- Subjetivismo, tesis del, 109
- Sujetos de los tratados, 153
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, 205, 206
 - ejecutorias de la, 206
- Supremacía constitucional, 17In, 181
- Supuesto(s), 217
 - jurídicos complejos, 245
 - jurídicos simples, 245
 - normativo o jurídico, 242, 243
- Técnica(s)
 - de aplicación del derecho, 270
 - de regulación de conducta social, 9
 - especial de regulación de la conducta social, 9
 - jurídica o técnica del derecho positivo, 63. 270, 312
 - legislativa, 270
- Teoría(s)
 - cognitiva o formalista, 293, 294, 316
 - de la democracia, 376
 - de la ficción, 221
 - de la integración jurídica, 293-295, 298
 - de la justicia, 66
 - de la libertad individual en sociedad, 359
 - de la naturaleza de la relación, 147
 - de la norma fundamental, 115
 - del estado en el derecho, 61
 - del interés en juego, 147
 - del ordenamiento jurídico, 40, 314
 - democrática, 183n
 - escéptica, 293, 316
 - general del derecho, 58, 62, 63, 81, 218
 - imperativa del derecho, 118
 - intermedia o mixta, 294, 316
 - iusnaturalistas, 87
 - kelseniana, 126
 - moral, 424
 - pura del derecho, 97-104
 - tridimensional de derecho, 58
- Término
 - extintivo, 245
 - significación, 119
 - suspensivo, 245
- Tesis
 - del doble estándar valorativo del derecho, 376-380, 431
 - del legalismo, 107, 108, 112
 - del mandato, 118
 - del relativismo. Véase Tesis del subjetivismo
 - del subjetivismo, 105-107, 117

- filosóficas
 - de Carlos S. Niño, 124
 - del derecho natural, 89-90
- jurisprudenciales, 206
- positivista, 93
- Tesis de
 - Carlos S. Niño, 109-110
 - Eusebio Fernández, 418
 - González Vicén, 418-420
 - la coincidencia, 163
 - la congruencia, 413
 - la desobediencia civil, 411
 - la indefinición, 50
 - la ley, 107, 108, 112
 - la neutralidad, 105-107, 109, 113, 117
 - la separación, 114, 117
 - débil, 163
 - estricta, 163
 - la subsunción, 107, 108, 112, 118
 - Norbert Hoerster, 418
 - Thoreau
 - argumento central de la, 412
 - dilema de la, 414
- Textura abierta, 216
 - del lenguaje, 13
- Thoreau, legado de, 415
- Tipos de
 - definiciones, 49
 - derechos subjetivos, 233
 - fuentes del derecho, 137
 - integración, 305
 - normas, 53
- Tomás de Aquino, santo, 353
- Tomasio, Cristian, 356
- Tratado internacional, 141, 174
- Tres principios supremos del obrar, 356
- Tribunales Colegiados de Circuito, 205, 206
- U**
 - Ulpiano, 351
 - Universalidad, 142n, 143n
 - Uso
 - eficaz de la técnica del derecho, 13
 - específico de los lenguajes naturales, 12
- Utilitarismo, 357
- V**
 - Vacatio legis*, 191, 213
 - Validación del derecho, 135
 - Validez, 71
 - de las normas jurídicas individualizadas, 156
 - de orden formal, 36
 - del derecho, 30, 99'
 - espacial de las leyes, 193
 - formal, 29
 - de la norma, 19
 - de la norma jurídica, 16, 17, 19
 - del derecho, 71
 - jurídica, 139
 - de la norma, 16
 - material, 29
 - de la norma, 19
 - del derecho, 72
 - definición de, 17
 - moral, 19
 - significado de, 115
 - sinónimos de, 71
 - Valor
 - de lo jurídico, 36, 37, 122
 - del derecho, 122
 - jurídico del derecho, 72
 - Valores
 - formales e instrumentales, 329
 - intrínsecos, 37n
 - instrumentales, 37, 37n, 324-325
 - jerarquía de los, 31
 - jurídicos, 122, 323
 - superiores, 72, 162, 329
 - Ventajas
 - de la postura positivista, 93
 - de la teoría tridimensional del derecho, 58
 - Verdadero legislador, 159
 - Visión tridimensional del derecho, 67
 - Vida
 - comunitaria del hombre, 7
 - del hombre en sociedad, 7
 - Voluntad
 - expresa, 248
 - manifestación de, 248
 - popular, 183
 - tácita, 248
 - Voto jurisdiccional, 207n
 - Votos particulares de los ministros, 207
 - Zona de penumbra del lenguaje, 13