

Introducción al Derecho

Tercera edición

Mario I. Alvarez Ledesma

014711

? acuitar*
Da ree ho

INTRODUCCIÓN AL DERECHO

Tercera edición

Mario Ignacio Álvarez Ledesma^{y»}



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

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BAJA CALIFORNIA

Director general: Miguel Ángel Toledo Castellanos
Coordinador sponsor: Jesús Mares Chacón
Coordinadora editorial: Marcela I. Rocha Martínez
Editora de desarrollo: Ana Laura Delgado Rodríguez
Supervisor de producción: Zeferino García García

Introducción al Derecho
Tercera edición

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



DERECHOS RESERVADOS © 2015, 2010, 1995 resnectn * i», edición
McGRAW-HILL/INTER AMERICANA EDITORES, S.A. DE C.V.™** ***

Edificio Punta Santa Fe
Prolongación Paseo de la Reforma 1015, Torre A
Piso 16, Colonia Desarrollo Santa Fe,
Delegación Alvaro Obregón
C.P. 01376, México, D. F.

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

ISBN: 978-607-15-1272-7

ISBN (segunda edición): 978-607-15-0280-3

DGM 03/15

1234567890

2346789015

Impreso en México
Impreso por Diversidad Gráfica S.A. de C.V.

Printed in Mexico
Printed by Diversidad Gráfica S.A. de C.V.

F
A&X⁴⁰ OEOERCHO

compra
Fecha de compra: _____
Reg: 014711 **omu**
Clasif: K 230
Noiación: A 31 2015
No. *lijamp*: _____
EJEMPLAR: 3
PROGRAMA: _____

CODIFICADO

Para Giulia y Ana Maria.

Para Alejandro, Horacio y Magda.

Para los que supieron estar:
Rodolfo Gómez, Alejandro Tomasini,
Emilio A. >> 'oldoR, Emilio Pefia
Marcelo Ha/livis, Carlos Onega
Karina Zamora ^^^, may D'omsio Kave,
> a Gustavo y Meche Santana,
Abwham Alum, Isa Herrera
L'hana Montes, Lourdes Epstein
Jorge Robledo y Nati Gonzd/ez Weirds,

“Uno puede decir con toda tranquilidad que el universo no tiene ningún sentido. Si alguien se enfadará. Pero si se afirma lo mismo de un sujeto cualquiera, éste protestará e incluso hará todo lo posible para que quien hizo esa afirmación no quede impune.

Así somos todos: nos exoneramos de toda culpa cuando se trata de un principio general y no nos avergonzamos de quedarnos reducidos a una excepción. Si el universo no tiene ningún sentido, ¿habremos librado a alguien de la maldición de ese castigo?

Todo el secreto de la vida se reduce a esto: no tiene sentido; pero todos y cada uno de nosotros le encontramos uno.”

E.M. Cioran

El ocaso del pensamiento

“La ingratitud no es una pasión [...] es solamente un vicio directamente opuesto al agradecimiento en tanto que éste es siempre virtuoso y uno de los principales vínculos de la sociedad humana. Por eso este vicio sólo se da en los hombres brutales y neciamente arrogantes, que se consideran el ombligo del mundo, o en los estúpidos, que no reflexionan sobre los beneficios que reciben, o en los débiles y abyectos que, sintiendo su flaqueza y su miseria, buscan con bajeza el apoyo de los demás y, una vez conseguido, los odian porque, al no tener voluntad para pagarles con la misma moneda o no pudiendo hacerlo y figurándose que todo el mundo es mercenario como ellos y que sólo se hace un bien con la esperanza de ser recompensado, piensan que los han engañado.”

René Descartes

Les passions de l'Âme, III, art. 194.

Contenido

Acerca del autor.....	xiji
Introducción.....	xy.....
Prólogo.....	xvii

PRIMERA PARTE APROXIMACIÓN AL DERECHO

Ca pít u l o 1

Función, caracteres, justicia y circunstancias del Derecho.....	2
1.1 La función social del Derecho	4
1.1.1 La presencia cotidiana del Derecho.....	4
1.1.2 La función del Derecho.....	6
1.2 Caracteres.....	13
1.2.1 Las normas jurídicas o del lenguaje del Derecho.....	13
1.2.2 Validez jurídica, formal y material.....	17
1.2.3 Eficacia jurídica, la coacción.....	22
1.2.4 Estructura lógica de las normas jurídicas.....	32
1.3 Justicia.....	35
1.3.1 Los principios o del lenguaje de la justicia.....	35
1.3.2 Valores y principios lógico-jurídicos.....	40
1.3.3 Justicia y doble estándar valorativo del Derecho.....	43
1.4 Las circunstancias del Derecho.....	49
1.4.1 El Derecho como fenómeno social, cultural, histórico y político.....	50
Resumen	«13

Ca pít u l o 2

La definición del Derecho.....	57
2.1 Planteamiento de! problema.....	5g
2.1.1 ¿Por qué buscamos una definición del Derecho?.....	58
2.1.2 Las dificultades para definir al Derecho.....	60
2.2 Replanteamiento de la teoría tridimensional del Derecho.....	67
2.2.1 Dimensión fáctica.....	68
2.2.2 Dimensión normativa.....	7i
2.2.3 Dimensión axiológica.....	74
2.3 Nuestra definición de Derecho.....	77
2.3.1 Análisis de nuestra definición.....	78

2.4	Principales acepciones de la palabra 'derecho'	84
2.4.1	Derecho objetivo, Derecho subjetivo, Derecho como ciencia.....	85
2.4.2	Derecho positivo, Derecho vigente, Derecho natural.....	87
	Resumen	90

Capítulo 3

	El Derecho y la mora!	95
3.1	El Derecho y la moral.....	96
3.1.1	Iusnaturalismo y iuspositivismo.....	96
3.1.2	El iusnaturalismo a partir de las tesis de Carlos S. Niño	100
3.1.3	Diferencias entre moral y Derecho.....	*05
3.2	Hans Kelsen y la Teoría pura del Derecho.....	'09
3.2.1	De la aportación kelseniana y las imputaciones al positivismo jurídico.....	'5
3.2.2	Crítica a la teoría kelseniana y a algunas tesis iuspositivistas.....	124
3.2.3	Consideraciones finales.....	'32
	Resumen	135

SEGUNDA PARTE

TEORÍA GENERAL DEL DERECHO Y NOTAS
DE DERECHO POSITIVO MEXICANO

Capítulo 4

	La creación del Derecho	143
4.	¿Cómo se crea el Derecho.....	'44
4.1.1	La creación del Derecho como un fenómeno complejo.....	144
4.2	La doctrina tradicional de las fuentes del Derecho.....	147
4.2.1	Fuentes formales.....	'5'
4.2.2	Fuentes formales directas.....	'54
4.2.3	Fuentes formales indirectas.....	'20
4.3	Elementos básicos de Teoría de la Constitución.....	181
	Resumen	*36

Capítulo 5

	Las fuentes formales en el Derecho mexicano	191
5.1	Generalidades de la <i>Ley fundamental mexicana</i>	192
5.1.1	La <i>Constitución</i> de 1917.....	'92
5.2	Fuentes formales directas del Derecho mexicano.....	223
5.2.1	Legislación.....	223
5.2.2	Tratados internacionales.....	234

5.2.3	Costumbre jurídica.....	238
5.2.4	Normas jurídicas individualizadas.....	240
5.3	Fuentes formales indirectas en el Derecho mexicano.....	241
5.3.1	Jurisprudencia.....	241
5.3.2	Principios generales del Derecho.....	246
	Resumen	249

Capítulo 6

	Conceptos jurídicos fundamentales	253
6.1	¿Qué son los conceptos jurídicos fundamentales?.....	254
6.1.1	Carácter y utilidad de los conceptos jurídicos fundamentales	254
6.2	Análisis de algunos conceptos jurídicos fundamentales	258
6.2.1	Persona jurídica.....	258
6.2.2	Capacidad jurídica.....	262
6.2.3	Personalidad y capacidad jurídicas en el Derecho mexicano.....	264
6.2.4	Derecho subjetivo y deber jurídico.....	268
6.2.5	Sanción e ilícito	274
6.2.6	Norma jurídica y sus tipos.....	279
6.2.7	Acto jurídico.....	283
6.2.8	Conceptos jurídicos complementarios	286
	Resumen	295

Capítulo 7

	La aplicación del Derecho	301
7.1	Significado, trascendencia y problemática de la aplicación del Derecho	302
7.1.1	Introducción al problema	302
7.1.2	El ordenamiento jurídico y su aplicación.....	308
7.2	Conflictos de leyes en el tiempo y el espacio.....	318
7.2.1	Aplicación de las leyes en el tiempo.....	319
7.2.2	Aplicación de las leyes en el espacio.....	322
7.3	Interpretación e integración jurídicas.....	325
7.3.1	Interpretación.....	326
7.3.2	Integración.....	340
7.3.3	Interpretación e integración en el Derecho mexicano.....	344
	Resumen	355

TERCERA PARTE TEORÍA DE LA JUSTICIA

Capítulo 8

	La justicia	365
8.1	El Derecho y la justicia	366
8.1.1	¿El Derecho debe ser justo?	366

8.1.2	La justicia en términos de] doble estándar valorativo del Derecho	367
8.1.3	La equidad	378
8.1.4	Justicia y derechos humanos.....	382
8.2	Repaso histórico de algunas doctrinas sobre la justicia.....	389
8.2.1	Especulaciones presocráticas sobre la justicia	389
8.2.2	Sócrates: justicia y obediencia al Derecho.....	393
8.2.3	Platón: la justicia como equilibrio.....	393
8.2.4	Aristóteles: la justicia como término medio.....	394
8.2.5	La justicia en Roma: Ulpiano y Cicerón.....	395
8.2.6	San Agustín: el Estado y la guerra justos	397
8.2.7	Santo Tomás: justicia y bien común.....	398
8.2.8	La justicia en la Escuela clásica del Derecho natural.....	399
8.2.9	La justicia en los clásicos españoles del Derecho natural.....	401
8.2.10	Hume. Bentham, Mili: la utilidad como justicia.....	402
8.2.11	Rousseau: el contrato social.....	404
8.2.12	Kant: libertad, moral y justicia.....	405
8.2.13	Savigny: el historicismo jurídico.....	406
8.2.14	Stammler: el Derecho justo.....	407
8.2.15	Del Vecchio: el sentimiento de justicia	408
8.2.16	Radbruch: un mismo filósofo, dos ideas de justicia.....	409
8.2.17	Kelsen: la justicia posible pero no necesaria.....	409
8.2.18	Hart: la justicia como la más pública y jurídica de las virtudes.....	410
8.2.19	Rawls: la justicia como equidad.....	411
8.2.20	Dworkin: los derechos en serio	414
8.3	Acceso a la justicia.....	419
8.3.1	Consideraciones previas.....	421
8.3.2	Justicia y doble estándar valorativo del Derecho.....	425
8.3.3	El acceso a la justicia y las dificultades extrínsecas, fácticas o sistémicas para su realización	429
8.3.4	El acceso a la justicia y las dificultades intrínsecas o sistémicas de su realización	435
Resumen	438

Capítulo 9

La obediencia al Derecho.....	449	
9.1	Planteamiento del problema.....	450
9.1.1	¿Debemos obedecer al Derecho?.....	450
9.1.2	Obediencia al Derecho y obligación política.....	451
9.1.3	Desobediencia civil y objeción de conciencia.....	452
9.2	Algunas respuestas al problema de la obediencia al Derecho.....	464
9.2.1	¿Deber u obligación de obediencia al Derecho?.....	464
9.2.2	El fundamento ético absoluto para desobedecer al Derecho: González Vicén.....	467
9.2.3	El deber <i>prima facie</i> de obediencia al Derecho: Hoerster.....	472

9.2.4 La obligación moral de obediencia al Derecho justo:	
Eusebio Fernández.....	476
9.2.5 La obediencia al Derecho a la luz de su doble estándar valorativo.....	478
Resumen	484
Bibliografía	489
Índice analítico.....	507

Acerca del autode

Formado en universidades de México y Europa, Mario I. Álvarez Ledesma realizó sus estudios de Derecho en la Universidad Anáhuac y los de diplomado, maestría y doctorado en los institutos de Derecho Comparado y Derechos Humanos de la Universidad Complutense de Madrid, España. Es doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México.

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

En el ámbito profesional destacan del doctor Álvarez sus funciones como Primer Visitador General de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH); director ejecutivo del Centro Nacional de Derechos Humanos de la misma CNDH; director general de Protección a los Derechos Humanos en la Procuraduría General de la República y subprocurador de Derechos Humanos, Atención a Víctimas y Servicios a la Comunidad, también de dicha institución.

Por lo que corresponde al ámbito académico han de señalarse del autor las siguientes actividades: fue fundador y primer director del Departamento de Derecho de la Universidad de las Américas, A.C.; director general de su División de Ciencias Sociales y Humanidades; así como director del Departamento de Estudios Jurídicos y Sociales del Tecnológico de Monterrey, Campus Ciudad de México.

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 doctor Rogelio Martínez Vera) y *Conceptos jurídicos fundamentales*, todos bajo el sello de McGraw-Hill. En 2013, coordinó junto con el doctor Roberto Cippitani la publicación del *Diccionario Analítico de Derechos Humanos e Integración Jurídica*, el cual fue resultado de las actividades del Proyecto "1R&R1--Individual Rights an Regional Integration", financiado por la Unión Europea en el ámbito del Jean Monnet-Lifelong Learning Programme.

Entre otros centros de enseñanza en los que el doctor 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 Università degli Studi di Perugia, Italia.

En el año 2007 ingresó al Tecnológico de Monterrey, Campus Ciudad de México, como profesor-investigador y es también profesor titular del Seminario de Ética Jurídica de la Maestría en Derecho de la Escuela Libre de Derecho desde 2009.

Actualmente dirige el Doctorado en Derecho de la Sociedad del Conocimiento que crearan, conjuntamente, el Tecnológico de Monterrey y la antedicha Universidad de Perugia. Funge, asimismo, como *co-editor in chief* de la revista *Diritto e processo*, publicación anual que editan ambas casas de estudios junto con la Escuela Libre de Derecho.

Introducción

Escribirlo reescribir, si se quiere) esta tercera edición no ha sido una empresa fácil. Las razones, como en toda nueva edición, son varias.

Para empezar, decidir qué es lo que debe renovarse no es asunto sencillo, salvo, claro, las múltiples modificaciones legales de las que hay que dar cuenta en un país como México, donde se pone en práctica la peregrina idea de que legislando se transforma para bien y automáticamente la realidad. Evidentemente dicha decisión pasa por determinar qué puede ser mejor para quienes emplean este libro, ya para aprender Derecho, ya para enseñarlo.

Gracias a la feliz acogida que esta *Introducción al Derecho* ha tenido a lo largo de los años, he sido muy afortunado al trabar contacto con muchos de los profesores que la emplean como base de sus cursos, por así decirlo, iniciáticos, a la ciencia jurídica y que se han acostumbrado —y acomodado, si cabe—, a la estructura que he pretendido dar, desde su primera edición, a esta obra. Por lo tanto, nada fácil resulta determinar la manera en que una nueva edición puede refrescar un libro sin traicionar su concepto, propósito y objetivos, a saber, en este caso: aprender los rudimentos del Derecho y auxiliar a que ello suceda exitosamente, tratando de ofrecer a los estudiantes una versión integral, holística e inspiradora no sólo de la ciencia jurídica sino, y sobre todo, de la justicia.

Lo que precede explica el porqué, en esencia, esta tercera edición mantiene su arquitectura y se haya remozado, fundamentalmente, aquello que, pienso, facilita la comprensión de los temas. ¿Cómo? Pues, principalmente, trayendo a colación alguna tesis jurídica que en materia de teoría del Derecho pueda resultar útil a nuestros propósitos didácticos; atendiendo las sugerencias de mis colegas, sobre todo de aquellos que emplean este libro como guía/base de sus cursos de teoría del Derecho o introducción a éste; mejorando la redacción de diferentes párrafos, agregando cuadros sinópticos para facilitar la comprensión de los temas, corrigiendo erratas y gazapos, insertando ejemplos y citas aclaratorios o que explicitan las ideas y remiten a literatura jurídica especializada que auxiliará a tal propósito. Todo ello, empero, procurando que el libro no crezca en demasía, convirtiéndose en un mamotreto, ni pierda su contacto con la realidad, a lo que tan afectos son muchos teóricos del Derecho.

Quienes hacemos teoría jurídica no debemos olvidar (y ésta ha sido la regla de oro que quizás explica la buena suerte de este libro) que el Derecho constituye un instrumento práctico. Si éste no sirve para regular los problemas de la realidad social y, por supuesto, prevenirlos cuando sea posible, no es útil y pierde su valor. La huida a lo que llamo ironizando el "Nirvana jurídico" se presenta porque, creo, muchos teóricos de la Ciencia Jurídica no poseen práctica profesional o simplemente no les interesa, refugiándose en la elucubración o, lo que es aún peor, apostillando la elucubración de la elucubración. Esta situación, a final de cuentas, termina por convertirse en un diálogo entre expertos de clanes académicos que se leen entre sí y entre sí se citan (diálogo generalmente ininteligible para el resto del mundo jurídico), y cuyas investigaciones dada su lejanía de los problemas efectivos, en nada sirven a los propósitos del Derecho. Ello explicaría, también, la influencia de la producción de los teóricos del Derecho sajones y alemanes, dirigida a hacer una crítica propositiva de los problemas reales y prácticos

que enfrentan quienes aplican el Derecho, principalmente, jueces, tribunales y abogados postulantes.

En suma, que esta tercera edición motivada y prevenida de lo anterior ofrece a mis lectores nuevos y a aquellos que me son fieles desde antiguo, una versión más fresca, sucinta y conceptual, producto del trabajo de algo así como tres décadas en el aula y en la práctica profesional.

Lo anterior me ha permitido acuñar de mejor manera conceptos y concepciones, situación que se refleja principalmente en los capítulos que componen la primera parte del libro (Aproximación al Derecho), y que se hace patente en una definición más acabada de éste, la que subyacía en las anteriores ediciones, pero que hoy se hace explícita concibiéndolo expresamente como un sistema de reglas (normas) y principios. Concepto este que es piedra de toque para comprender de mejor manera la segunda y tercera partes del libro.

Esta edición se halla puesta al día respecto de la multitud de cambios legales fundamentales que ha sufrido (la palabra experimentado se queda corta) el sistema jurídico mexicano y que afectan, sobre todo en materia de interpretación y aplicación del Derecho, los modos y maneras en que originalmente procedía el sistema jurídico mexicano. Estos cambios se reflejan esencialmente en los capítulos 5, 6 y 7, que constituyen el centro de gravedad de la segunda parte del libro (Teoría general del Derecho y Notas de Derecho positivo mexicano).

La tercera parte de este texto es la que menos cambios experimentó pero que fue, también, como se diría en italiano, *aggiornata* (puesta al día) en su forma y mejora de conceptos, cuando ello resultó necesario.

He de decir, para concluir, que he tenido la enorme suerte de que las dos anteriores ediciones fueran prologadas por juristas de prosapia, maestros míos ambos, don Pedro Zorrilla Martínez y don Juan González Alcántara-Carrancá.

Esta tercera edición cuenta con el prólogo de otro jurista de época, don Ignacio Morales Lechuga, cuyos méritos jurídicos y políticos resulta imposible describir en este espacio, y que lo distinguen como *rara avis* de excelencia en sabiduría, visión, trabajo y, sobre todo, calidad humana. Que haya aceptado prologar mi *Introducción al Derecho*, obedece más a la amistad con que me honra antes que a los méritos que pudieran adornar a este modesto libro de texto, escrito, lo confieso, para procurarle enamorados a *The mis* y, en el peor de los casos, definir vocaciones.

Mario I. Álvarez Ledesma,
Cuemavaca, Morelos
San Rafael, Ciudad de México
28 y 29 de diciembre, 2014

Prólogo

El reto de escribir sobre temas ya muy conocidos por los estudiosos implica dos dificultades: la primera es que el trabajo intelectual y académico cumpla con la verdad y con los conocimientos útiles para interiorizarse en las distintas materias jurídicas. La segunda, el rigor intelectual de la obra debe ser total para que el trabajo tenga congruencia, coherencia y profundidad. El libro que ahora se presenta a los estudiosos, maestros y alumnos de derecho, obra del doctor Mario I. Álvarez Ledesma, no sólo cubre ambos requisitos, sino que, además, lleva de la mano al lector, sobre temas difíciles de encapsular y de analizar, poniendo a disposición de los lectores, una metodología bien estructurada, acompañada de síntesis al final de cada uno de los capítulos que la componen.

Por otra parte, el doctor expresa en todo lo que escribe los valores universales, tanto individuales como sociales, de los que no puede ni debe separarse ningún jurista, y de manera contundente afirma que, el derecho debe estar siempre basado en la moral, y que el Estado debe perseguir como fin el bien común, para lo cual es necesario asegurar la eficacia del derecho, su obediencia y la indispensable coercitividad para el caso de su incumplimiento ante la resistencia. Emulando a San Agustín, cuestiona la obligación del ciudadano de cumplir con una ley injusta y trata, de manera impecable, la objeción de conciencia y la resistencia civil.

Lo anterior viene a colación puesto que, en los tiempos actuales, es claro que asistimos a crisis recurrentes sobre la aplicación del derecho, en la que se cuestiona la impunidad y la informalidad, o la elevada concentración del ingreso en el uno por ciento de la población mundial y el crecimiento de la pobreza en muchos países, aun en aquellos altamente desarrollados. Pero si el lector analiza las palabras del doctor Álvarez Ledesma se dará cuenta que la única manera de transformar la sociedad, sin que por el camino se ruine el orden social, es el derecho. De tal manera que es el propio derecho la única forma de vida social, y no puede haber mejor forma de cambio que la norma jurídica; cualquier otra, desembocaría en violencia, ya de grupos sociales, ya de cotos de poder e inclusive, de dictadores que ahogan la libertad, la democracia y los derechos humanos.

En plena época de la globalización, no puede uno dejar de cuestionarse la existencia de Estados desde los que se promueve y se exporta terrorismo a otros lugares del mundo, como si esto fuera una especie de revolución liberadora e inclusive, Estados en poder del narcotráfico y el crimen organizado, en los que se instalan paraísos para la producción, procesamiento y exportación de drogas.

El doctor ha sido un destacado maestro así como promotor y defensor de los derechos humanos, circunstancia que se refleja en todas las ideas que expresa, ya que conforme se avanza en la lectura del libro, se aprecian su axiología jurídica, la moral y el derecho, los principios de justicia, sumando conceptos como equidad y el papel del testamento al ciudadano, sin apartarse del faro orientador de los derechos humanos. Es la vida y la dignidad, la libertad, el bien común, la educación y los derechos humanos son, de alguna manera, fundamento y fin de un buen ejercicio jurídico.

Considero que lo expuesto vuelve a su trabajo, no sólo un estudio analítico excelente, sino que además nos demuestra una idea equitativa y compensatoria del papel del Estado así como de la sociedad; una situación que no ha sido de todo resuelta

por los estudiosos de las ciencias jurídicas ya que, de alguna manera, distintos pensadores se han dejado arrastrar ideológicamente por el estatismo, el colectivismo, el populismo, el liberalismo y ello provoca que sus obras se inclinen ideológicamente, hasta la confusión, de lo que debiera entenderse por justicia y protección de los valores.

Paradójicamente, existen obras como el Código Napoleón que, no obstante teniendo su fundamentación en un imperio, posee ideas de libertad, igualdad y garantismo para el pueblo francés. El fin de! medievo en Francia no logró la revolución, pues ella sembró terror, a fin de cuentas, su mérito mayor fue terminar con la monarquía en Francia, y permitir el nacimiento de una clase de gobierno, basada en las ideas de igualdad, fraternidad y legalidad; la codificación napoleónica es la que termina con la desigualdad, el capricho, al establecer reglas de convivencia más avanzadas que las existentes en la mayoría de Europa sobre los derechos ciudadanos, por no pensar también en Estados Unidos de América y México, donde la esclavitud era una realidad que aplastaba la vida de millones de seres humanos, circunstancia que, de manera sustantiva, dio lugar en nuestro país al movimiento independentista y en Estados Unidos de América, de Abraham Lincoln a John F. Kennedy, se volvió lucha constante entre grupos sociales, cuya única diferencia estribaba en el color de la piel.

La única manera de vencer estas diferencias, tanto en Francia, Estados Unidos como en México, ha sido el derecho. Quien lee a! doctor Áh rez Ledesma, descubrirá que muchas de estas ideas, se infieren fácilmente de su trabajo. No es coincidencia que la tercera parte de su libro tenga un amplísimo capítulo dedicado a la filosofía que ha permeado fuertemente al derecho, donde trata con profundidad y precisión las ideas de diversos filósofos, por nombrar algunos, como Aristóteles, San Agustín, Santo Tomás, Kant, Slammmler, Hart y Rawls, en cuyas ideas y bajo la pluma de! doctor, encontramos siempre el concepto de justicia unido a la equidad, al bien común y a la virtud.

Queda de manifiesto que el derecho es, sin lugar a dudas, la herramienta de cambio más adecuada y precisa para la sociedad. El lector encontrará con agrado que esta obra facilita el adecuado acercamiento al derecho, mostrándole que más que un sinnúmero de disposiciones áridas es un camino dinámico y vivo que deberá fungir como la novela de la sociedad.

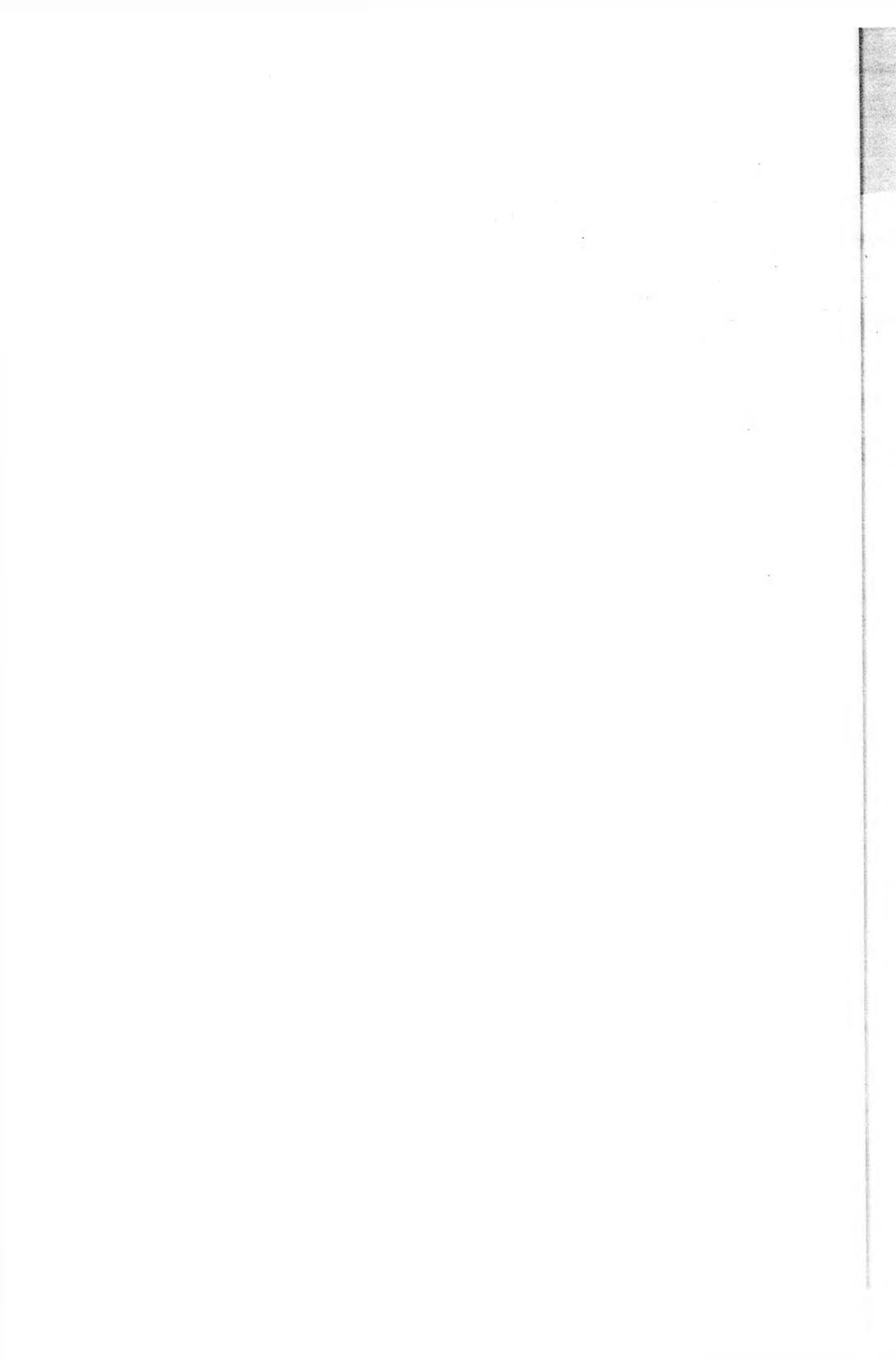
Ignacio Morales Lechuga.

Ciudad de México.

22 de enero de 2015

Primera parte

APROXIMACIÓN
AL DERECHO



Función, caracteres, justicia

Y CIRCUNSTANCIAS DEL DERECHO

SUMARIO

- 1.1 La función social del Derecho
- 1.1.1 La presencia cotidiana del Derecho
- 1.1.2 La función del Derecho
- 7.72.7 *La función original y el nacimiento del Derecho*
- 1.2 Caracteres
- 72.1 Las normas jurídicas o del lenguaje del Derecho
- 1.2.2 Validez jurídica, formal y material
- 1.2.3 Eficacia jurídica, la coacción
- 72.3.1 *Derecho y poder político*
- 12-3.2 *Estado y soberanía*
- 72.3.3 *Derecho y legitimidad*
- 1.2.4 Estructura lógica de las normas jurídicas
- 72.4.7 *Supuesto, hecho jurídico y consecuencias normativas*
- 1.3 Justicia
- 1.3.1 Los principios o del lenguaje de la justicia
- 1.3.2 Valores y principios lógico-jurídicos
- t.3.2.1 *Orden jurídico*
- 13.2.2 *Seguridad jurídica*
- 13.2.3 *Igualdad jurídica*
- 3) (u): ;³ lu y "of;.i- e<.,.a) vaiorativo del Derecho
- 1.4 Las circunstancias del Derecho
- 1.4.1 El Derecho como fenómeno social, cultural, histórico y político

SINOPSIS INTRODUCTORIA

Este capítulo identifica nuestro objeto de estudio, a saber, el Derecho, singularizándolo por la función original que persigue, los aspectos que le son propios y caracterizan como un sistema particular de regulación de conducta social que pretende ser justo, y por las circunstancias en que se desenvuelve.

Para cumplir con tal objetivo procederemos de la siguiente manera: en primer lugar conoceremos la forma en que el Derecho, a través del lenguaje y el uso de la expresión misma '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 y, consecuentemente, cuáles las características que lo distinguen de otros fenómenos normativos similares, como la moral, la religión o los convencionalismos sociales. Analizaremos el lenguaje normativo que el Derecho emplea y, también, comprenderemos conceptos como validez, coacción, eficacia, soberanía, legitimidad y obligatoriedad. Asimismo, entenderemos el papel que el Estado juega en la creación y aplicación del Derecho. Se estudiará, de igual manera, la estructura lógica que las normas jurídicas adoptan, para lo cual se analizarán los conceptos de supuesto o hipótesis normativa, hecho y consecuencias jurídicas.

En segundo lugar, una vez ubicado e identificado inicialmente el Derecho como un conjunto de normas primarias y secundarias, así como de principios —en tanto estándares que sirven para establecer su corrección y orientar en la solución de problemas jurídicos—, será factible determinar cómo es que éste resulta ser un instrumento valioso para la sociedad. Derecho que, a su vez, produce ciertos valores —como el orden, la igualdad y la seguridad—, los cuales hacen posible la justicia cuando sirven como un medio para realizar los valores superiores que aquél protege.

Finalmente, habremos de entender que el Derecho es un fenómeno normativo que se ve afectado por circunstancias sociales, culturales, históricas, económicas y políticas, mismas que afectan • incluso condicionan su funcionamiento. Tal es, entonces, el fin perseguido en este capítulo, el cual precisamente, en virtud de sus propósitos, se intitula: *Función, caracteres, justicia y circunstancias del Derecho*.

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 este 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 mismo cuño: “*Tengo derecho*...”, “*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 (de latín *iuridicus*, lo que atañe o se ajuste 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, *(/iteremos 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 aduar o dejar de aduar 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 correcta o posible*.
4. - Conviene entonces percatarse de que todas estas situaciones poseen un *carácter relacional*. Afirmar, 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, reafirmando así la presencia cotidiana e ineludible del Derecho*.
6. Carlos S. Niño, entre otros autores, denomina a esta constante manifestación de lo jurídico en nuestras vidas, como la *omnipresencia del Derecho*.¹ *omnipresencia: h me se manifiesta en los ámbitos más simples y que va creciendo en importancia*

¹ (“IV. Carlos Santiago Niño: *Introducción al análisis del derecho*: Ariel. Barcelona. 1987. p. 7.

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 próximos relacionados* 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 alienados o sean ilícitos permanecen vedados para el Derecho, por lo que este los proteja e interdicte. verhinigntia. la vida última de las personas.

rio a medida que éstos pueden afectar o involucramos de una forma determinado con los demás. Por ejemplo, el solo hecho de salir todos los días de nuestras casas y dirigirnos hacia el trabajo; emplear el transporte público o el propio y recibir un salario por la labor que desempeñamos, son todas acciones afectadas 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, emplearlo 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".

K. 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 otros 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 aquél 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 otros tipos de relaciones, actividades y comportamientos sociales. Sin embargo, esas otras formas de lenguaje social (los *convencionalismos sociales*, la *religión*, la *costumbre*, la *litoral pública* y van a distinguirse del Derecho por aspectos específicos de su función y sus fines; por los sujetos e instituciones que lo emiten y aplican: v., 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.

El criterio que se aplica a lo largo de todo el libro para el uso de mayúsculas o minúsculas aplicado a la palabra 'Derecho' o 'derecho' y que (achilará al lector la comprensión de las distintas acepciones de esas expresiones en español, es el siguiente: se emplearán mayúsculas cuando se hace referencia al Derecho como ciencia o disciplina social, como Derecho objetivo o como Derecho positivo. Por ejemplo: "Facultad de Derecho"; "Derecho civil"; "Derecho mexicano". Asimismo, se emplearán minúsculas cuando el uso de la palabra 'derecho' sirve para aludir al derecho subjetivo. Verificará: "Tengo derecho a la libertad de expresión"; "derecho humano"; "derecho a la salud"; "derecho de la personalidad". Evidentemente se respetará el uso de mayúsculas o minúsculas empleado en las citas textuales tomadas de las obras de otros autores.

I, 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* a! cual aludimos, estemos o no conscientes de su existencia, que éste es *éé'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 cíe 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 tundra-mentales: *¿por qué y para qué vivimos en sociedad? ¿ Qué vinculación existe entre tute sita vida en sociedad y el Derecho?*
- II. Antes de dar respuesta a estas dos preguntas insoslayables para la comprensión del Derecho, es conveniente señalar que *si bien ¡u sola observac ión dei < uinbto soc un y el análisis hecho por la teoría jurídica contemporánea demuestran que el contenido de las normas jurídicas puede ser cualquiera o que, en muchos casos, este coincide con el de otras normas, como las de la mora!, la costumbre 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 dei resto de los ordenamientos coa los que convive. Esta distinción radica en varios aspectos: 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 mora! y la religión, así como las normas de urbanidad u oíros 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 ¡odas esas normas prescriben para que los padres asuman responsablemente la educación y manutención de sus hijos, obligación mora! y religiosa que coincide con la obligación jurídica contenida en la mayoría de los códiçes 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 escrito: *"Ouc 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"*.³ 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*

1.1.2.1 La función original y el nacimiento del Derecho

19. En primera instancia, *e! hombre requiere de lo. sociedad por la mera necesidad de supervivencia*. A esta inicial e insoslayable dependencia se han referido múltiples autores. Tal circunstancia constriñe al hombre a *una vida comunitaria que no solo 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 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*.⁵ 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 *sitie 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* ¹⁰
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.¹¹
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.*

Aristóteles ah*-tilaba ia dimensión necesariamente social de i hombre en esos términos: "...*el hombre e. v por iuinralca* *in anima politico-sociali: q un hombre que por naturaleza y no meramente por el uso apolítico o inocial, o bien es* *ajá i i'a . o jo <i d a ib jo humanidad o bien esui por encima de ello... y' lo m:ón por lo que el hombre es un animo! po* *Une- . n moxor grado que cualquier abeja o cualquier animai gregario es algo evidente. La Naurale:.a. en efecto, según* *decim<-s. no hoce nodo sin un jin determinado: y el hombre es el único entre los animóles que posee el don del lenguaje.* *La ; impl< tac. es verdad, puede indicar peno v placer y. por ionio, lo poseen también los demás animóles —ya que su* *naíiii'oU ;f '(/z desarrollado hasta el punto de tener sensaciones de jo que es penoso o gradadle y de podo significar* *c'i>i> ii/s uníis a los oh(>s— : pero el lenguaje non. el jni di indicar lo provechos») y lo nocivo y. por i'oastguu-me. jmanen* *l.. jn.-Oii v iniusio. va que es particular propiedad del hombre, que lo distingue de los demás animóles, el ser el tuncio* *ene lian la percepción del bien v ,el jnal. de lo justo v lo injusto v de las demos cualidades morales, y es ia comunidad* *y pin tii o .n iou en estas cosas ia que hace una jainilia y una ciudad-estado . Véase: Aristóteles: Politice . Libro primero.* ⁵, apunto : Erad. Francisco de P Samaraneh). Aeuilar. Madrid. 1973. pp. 1412-1413.

(4iielem*. Forren» se cuenta, también, entre los estudiosos que se han referido a esta necesaria dependencia del hombre para - p i ; ; sociedad, de cuyo planteamiento destaca el miedo a la muerte y la consecuente necesidad de supervivencia como mo!« r inici de 'la sociedad. Puede consultarse de este autor su obra clásica: Potet e t Geni nmsibili delta Citó-. Odian:' ; comen.i. SusarCo Edizioni. Milano. 198b.

Noli . ; iierster. por su parte, ha dicho que: "*Un principie., como enfoque de fundamciacion. bastan los intereses de supervlvem-io. de las personas reales v la intelección en los medios empíricamente adecuados para la realización de esos intcn ses*". Véase de! citado autor: *En defensa del positivismo jurídico* tirad. Jorge M. Señal, (dedica Editores. Barcelona. |002. p. 27.

Véase: I. Recaséns Si ches: <>/>. </>. pp. 35 y 36.

Ibiil. p. ! :.

• iVtiL i onMiliar.MF >oh;v ote jorna el capítulo titulado "Libre albedrío y deierminismo" de la obra de P. P. Raphael: *r'U,n;f;j moral iTrau. Juan José Utrillal. Fondo de Cultura Económica. Me vico. 1086. op. 100-22.*.*

Porque el tercer elemento que nos impulsa a lo social es otra característica inherente al hombre: *ja 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.*" En consecuencia, si bien el hacer inmediato tiene que ver con nuestra sola supervivencia como condición de la que dependen el resto de las actividades humanas, *todo otro hacer es de forma obligada la real j.-ación de fijos —masares 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 jo construyen a ser si se quiere) un ser social y que se producen, reproducen y presentan en toda sociedad. sea ésta primitiva o compleja.*¹²
24. Estas necesidades se han caracterizado como *intereses* en la medida en que son *situaciones objetivadas por el hombre*, es decir. *Itan 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 la manera espontánea casi como un producto orgánico, sin ser precedido por una deliberación consciente"*¹⁵
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, ei permanente decidir para hacer su vida y la realización define: 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*^N

¹² taime Balines. refiriéndose en este sentido a las aspiraciones del alma humana, más allá de la mera sopen i vene: a. escribe *"Pura suiitueer sus neccsilaites y atender u /æonserviuétn tlel individuo v tic tu especie lime æ/hombre si nstietones . sentimientos que se dirigen u objetos dclcrmuwjos: pero iil ludo de esas elecciones, liviüüds o lo esfera enque ve halló eirauisei jlo. expn rimt'ina sentimientos mos devintos que le arrojan fuera qe su órbita y que. pon dee j no un ohsi upen su individuiüühu! en el piélag del infinito". Filosofía fundamental: Biblioteca de Amores Católicos. Madrid. I Mae j. - II :*

¹³ Al respecto. Reaseñs Siches opina: *Lo sociedad nos do resuellos lino sene de piblenms. un n . un! nos permite des preemupamas de elios. y de tul iminern nos jaellüta la posibilidad ile anas táreos a emprender por propia encino v jo posibilidad de inventar nuevas cosas I humildes i' <-g regias). esto es. nos oproporeñnu < mas i ores v tic i>rho aura . un po: nuestra propio cuento v riesgo liso no - l e hoedeis! -. i tm-iesemos ore resolvir i oíd, n por i mi: ne . indos h: pwhleniüs deia existencia". Véase: op. eir. p. M*

¹⁴ ¹¹, riel Vecchio: *op. eir. p. 477. Este mismo amor ahmida: "Todo esto induce j'i exciüit la p. isibüüüw Je que haeti habido una época en la cual los hombres estuvieron privados de toda e.sirucüitra jurídica, til Derecho es esencialmente uno afir mai ién: Je jo persona en relñión coa otros personas ; hot'linis fid lunnüü'üli proptirtia Segun io dcnñieie'it del Doma lui codo jase de lo vida encontramos, consiguientemente, pitr lo menos los rudimentos del Derecho, esto es. hiillomo- alguna t. tordinaeüdu entre hombre y hombre, por lo menos dentro de un cierto grupa. en ra:én tic posibilidades e jtupe stibüüüdt'it's reciprocas I n phservneüém histórica nos muestra solo hombres que corviven, v lo cuucyicwio que no e.s ni puede ser un 'imple caos, implico va un límite v uno revio en lo pnn ileo rcciproct a ve, un i'ceñwu laeüdeü ' - i menos embrionario". Véase ihil.*

¹⁵ Clr. ! aciano Pellicam: "Revolución y leelilunidad" iTrad. Juan C arios Barón), en *Sistema*, mim. 7-1. Madrid, v.cpiicmbn

Para evitarlo las sociedades insiluyen reglas de componunu, nn que faciliten una convivencia social que asegure .sus intereses primigenios

26. Histórica x paulatinamente jas organizaciones humaría . t t s i i s <lt formas ypro- cesos distintos han ido ¡('guiando con una técnica especial aquellas conductas ociales que pudieran ajeriare interferir la reidiz.acion d, ia nares w:. En elec- to. dicha técnica especial de regulación de la conducta social es el Derecho, cuya función original nos permite concebirlo como un instrumento (mentado a faci- litar una convivencia que asegure los intereses primigenios. -Ve las cosas, proco de preguntarse: ¿cuándo es que nace esa técnica especia! de regulación?; ¿en que momento de la vida de las sociedades humanas nos encontramos ya frente a un sistema de normas al que podemos llamar con certeza Derecho , ocupado de ga- rantizar dichos intereses primigenios? Es decir, ¿en que moiv,etilo jn. torilo-social es dable distinguir las formas y procesos que caracterizan la creación, aplicación y garantía de las normas jurídicas y que jas uiieieianciao jas o'uas noniuis .soliales, inclusive de come nido idéntico, con las que convive? F.n suma, ¿en qué instante opera e! transito de lo pre-iurídico a lo jurídico? Una de las explicaciones más cianas —\ que adoptaremos—, para dar respuesta a las -interiores interrogantes, es i;i brindada por un jurista inglés: hierben L.A. Harte '

11. Hart piensa que nos encontramos ya ante un sistema jurídico en el momento en que puede ideniüücar.sc la existencia e interacción oc , que : on reglas primarias \ reglas secundarias Las reglas primarias serian aquellas norme,-, ocupadas de re- gular comportamientos, reglas pues de conducta, la- tales para ser eficientes deben ser dinámicas, cambiarse y adecuarse a ias necesidad! sociales. A jales electos o necesario que existan otras reglas o normas que reguien tai dinamismo, c - las serial!, precisamente las reglas secundarias, esm es. tas que hacen posible ese recambio . adecuado, asi a las circunstancias típícnmonie , o ene, ames en jas que se da la vida social (reglas de cambio). Ahora bien. Han j; lema también que junto con ja u ujMcicia tic las reglas de cambio es indispensable que c asta un eagano es- pecial con laeuhattes para determinaren forma definitiva, y ion- autoridad, cuándo es que se da la violación a una norma y cuál sería el castigo correspondiente a esa violación. El tix> de reglas secundarias qui deti n un; i a . me io: son las llama- das reglas de adjudicación.

2A Finalmente. una tercera a gli; yccundaria que ofrece cerír.:a v permite a los miem- bros del •irupo sox. j;i! identificar, de modo incontrovertible ce.des son las reglas primarias de obligación, es la llamada - -insto por ia tic .ver. uno en liza . regla de reconocimiento 'rule of recognitinn). 1 Esta meo . . un r2 uno Arción vital.

• , nUnüo ik'Inlindo tic i modelo iumiano es! a en: Juan Ramón vie Páranlo: HA..A. Han y... V em u> minee ay L'c'rccho. IUIIII':s i'.-.H.tjjii.,i,jr,i,l. •.Ar:t<jrili np. AJO- fj, j sn iu uiahiu nu. .,p, <l », (< i jfisi' da la i ej' y l..... f.; jip . jji n llo. . /im /u it ' atlas di : las St:A U las v #t>< < me bien r-uede st r nsim mijo ci lipa hasiaf prima! un se pírserim que v rs sen s humanas ¡huyan a mimar a^ -a. i <Hl...> > lllil(j m i a rias de tria : lipa dependi n. en elerm sentido, de Lis delprimero, o son se., m u r a n, e, j r , m con ellas. Porque • rerm del serondo tipo esniñ-teen que ,jm unes humanos pueden, haciendo o dialeima elerm 'Has. Innvdueir mie- ilas ilcl ju A tís. e.Mín •• iiiiüücu reglas antenores. < delenuinar Je Jiw 'stj, < mel eUria de rllas. i >:ro st.; nitu7 Lus n m .>s del prinr: 'jno imponen debe res: las del sepiá jip. • cnum rin elias deljmina upo se reia • » ne, unies ana ímplican mavinüen» a enmi'-. v: i i dt l sepumir u u -vin and d'> físico. Jllth 7u il li di deber • , *>7 ' ' ; \ " Han CE ; Hí.AKV M : í r ; UC los BIMOniUS jllvllirüüicib OH LU:IC I I I I ; . iv ; uiar e\ eompor

12 PRIMERA PARTE. APROXIMACIÓN AL DERECHO

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 se relaciona, como la religión y la moral, entre otros. *1

Los seres humanos requieren de la interacción con los demás porque poseen, en esencia, 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 insituyen 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 inicial de todo lo demás.
		Libre albedrío →	Capacidad para decidir qué hacer con su vida (porque 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)

CUADRO 1.3 El nacimiento de un Sistema de Normas Jurídicas (Derecho), según H.J.A. Hart **

El conjunto de normas entre sí relacionadas al que se denomina Derecho, surge en el momento en que operan en un grupo social dos tipos de reglas, a saber,

Reglas primarias y Reglas secundarias.

1. Son Reglas primarias:

Aquellas normas básicas que imponen deberes (prescriben que los seres humanos hagan u omitan ciertas acciones, lo quieran o no) y cuyo contenido mínimo estaría dado por los intereses primigenios.

Dan razón y justifican la existencia del Derecho,

2. Son Reglas secundarias:

- Las que hacen posible el nacimiento y mantenimiento de un ordenamiento jurídico.

Existen reglas secundarias de 3 tipos:

- a) De cambio: introducen nuevas reglas del tipo primario, extinguen o modifican las reglas anteriores, determinar de diversas maneras el efecto de aquellas o controlan su actuación;
- b) De adjudicación: confieren potestades, públicas o privadas. Determinan cuándo se da una violación a las reglas primarias, a más de cómo es que debe ser castigada esa violación y por supuesto quién (la autoridad) lo decide;
- c) De reconocimiento: identifica cuáles son efectivamente las normas jurídicas. Determinan el criterio o criterios de validez de éstas, es decir, su pertenencia al sistema jurídico (Derecho).

30. Todo lo anterior nos permite entender para qué y cómo es que nace el Derecho, en tanto instrumento peculiar de regulación de la conducta social que está sujeto —por su objetivo y propósitos singulares—, a ciertas reglas de creación, cambio, adjudicación y reconocimiento. Corresponderá al siguiente inciso explicar *qué tipo de lenguaje normativo es el que caracteriza a las reglas jurídicas*, dado que, en principio, todos los sistemas que regulan algún tipo de conducta echan mano del mismo lenguaje, precisamente, el normativo, también llamado *lenguaje de las órdenes o prescripciones*. Veamos.

1.2 Caracteres

1.2.1 Las normas jurídicas o del lenguaje del Derecho

31. 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* (suevencia) y *psicológica* (libre albedrío y autonomía) imponen. Estos intereses para concretarse *lían de menester de lo social, de la presencia, la colaboración y la participación de los otros*. No debemos olvidar que *conforme es mayor nuestra relación con los demás la presencia del Derecho se acrecienta*.
32. 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 (según vimos, a través de las llamadas *reglas secundame*). Pero, *¿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 necesario y, luego, garantizar la no interferencia entre los fines e intereses individuales colectivos?*
33. Pues bien, para empezar *el Derecho utiliza el lenguaje de las normas, de las reglas de conducta que es, por cierto, un uso específico de los lenguajes naturales*, el mismo que emplean los otros sistemas de regulación de conducta con los que convive (la religión, la moral, los convencionalismos sociales, etc.). Este *lenguaje natural*, el de las normas o reglas de conducta, se denominamos a repetir, *lenguaje normativo, prescriptivo o directivo*, lo que explica, precisamente, la dificultad inicial de distinguir entre el lenguaje normativo del Derecho y los otros lenguajes normativos con los que alterna dado que son, en principio, iguales.
34. Ahora bien, el *lenguaje jurídico*, es decir, *el de las normas, prescriptivo y directivo*, para ser comprendido a cabalidad debe concebirse como no *lingüístico* según ha escrito Genaro R. Carrió. "...tiene las mismas características que los lenguajes naturales"¹. 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.

¹ Véase CUNAR, K. / 'ana. *Notas sobre derecho y lenguaje*. O. J. VOI., IX n. Buenos Aires, 1990. C. L. de la rina a la *lenguaje*. *Alta*
 con jumo ...viva del ion su alc se sugiere eonsullar .le. Jose Hierro S, Pescador: *Filología y filosofía*
 i á. Universidad Tomos. Madrid. 1 VOZ

•ó. La primera es que, cienarneme. 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 Je los lenguajes naturales se le conoce como **expresiva o persuasiva**.

L. De igual modo, el lenguaje cumple funciones **directivas** o prescriptivas. es decir, cuando con las palabras se busca dirigir la conducta de otros se suele expresarlas en forma de **regia** o norma: "*Debes obedecer la ley*", "*ios ciudadanos deben pagar impuestos*", etc. 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, presa iptivo o directivo* ¹⁰

•? La segunda implicación que conlleva afirmar que el *lenguaje jurídico es una forma truc adquiere el lenguaje cultural*, 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 expresen:

i>) 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):

i) 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 Garrido, piénsese en este supuesto: ¿Estaríamos dispuestos a denominar "seres humanos" a extraterrestres 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?"¹¹

S. 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 ios

¹⁰ Cf. 2.2.4. Cándido anoia. en la obra antes citada, una forma más cíe uso básico del lenguaje, cuando indica que éste es un uso de las palabras que se refiere a funciones operativas (*perfonitiive*). Tal uso de las palabras se produce cuando el lenguaje se concreta en oraciones que sacien ser recogidas por el Derecho y la moral y que tienen funciones específicas como generar deberes o invenciones, tal es el caso de oraciones que utilizan estructuras como las siguiente: "Tuviste que hacer..." o "Instituyo...".
¹¹ Véase, en el mismo libro, el capítulo 2.2.4. "de i lenguaje que constituyen saludos, promesas o exteriorizan estados de animo con intenciones de beneficiar a alguien. En el caso de la segunda frase se presupone, obviamente, un sistema de normas vigentes y, en el primero, los okems morales vinculatenos que ciertas frases producen, como prometer amar a alguien o ofrecer fi-

juristas, que el lenguaje jurídico alcance la mayor precisión y rigor expositivo posibles. *lo cierto es que el lenguaje jurídico suele ser ambiguo, vago y con zonas de penumbra*, lo que, como bien ha afirmado Garrió, 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) redama 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 esnivieran 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 venen del lenguaje natural sino que, en cierto sentido, tienen que hacerlo"*³ⁿ

Dicho lo anterior, concentrémonos ahora en los **caracteres específicos de** lenguaje **normativo o prescriptivo**.

39. 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 seguirá a que se deben ajustar las conductas, tareas o actividades"*.¹ 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 está ordenando, prescribiendo, qué pautas o conductas sociales deben seguirse*. El Derecho no describe sino que prescribe cuáles serán aquellas conductas que deben adoptarse (u omitirse) en relación con ciertos ámbitos de convivencia social. Las normas jurídicas son, entonces, un caso del *uso prescriptivo del lenguaje*.¹
40. Eduardo García Máynez apunta que la palabra **'norma'** suele utilizarse en dos sentidos, uno **amplio** (*lato sensu*) y otro **restringido** (*stricto sensu*),² El uso de! 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, *"...que para ir de un punto a otro por el camino más corto es necesario seguir la línea recta, formularé una regla técnica"*.¹¹ Contrariamente, cuando en sentido **restringido** utilizamos la palabra '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 padresexpresaré una norma.'*^{11'}
- i I. 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*.^{11'} Aquí nos topamos con otro dato que nos subraya el ca-

¹ "Ibid.. p. 49,

¹ Uem.

² Cfr. C. S. Nino: *op. rii.*, p. 63 y ss. Aunque al estudio particular de las normas jurídicas dedicaremos más adelante en el capítulo 6 un inciso *ad hoc* conviene remitirse, para una visión general sobre este punto, al capítulo segundo de la obra del autor en cuestión.

¹ Cfr. Eduardo García Máynez: *Introducción ni estudio del derecho*: Perñia. Mexico. 1992. p. 4.

¹¹ E. García Máynez: *op. cir.* p. -1.

^{11'} *ihni*.

^{11'} *cir. ihij.* p. 8.

rácter relacional y, por lo tanto, **social** del Derecho: *la nona* « tiene sentido en la medida que prescribe una conducta debida por alguien.

42. 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 liare uso de las normas, dfel lenguaje normativo*. Las normas morales, al igual que las jurídicas, según vimos antes, ordenan, prescriben, determinan un comportamiento debido. *¿En qué, por lo tanto, se distinguen unas ele otras?*
43. Sabemos ya que las normas de Derecho *prescriben las acciones que deben adoptarse o que están prohibidas en función de facilitar la convivencia social y, con ello, asegurar los intereses primigenios que facilita la cooperación entre los hombres*. En cambio, otras normas de conducta, las morales, por ejemplo, garantizan Unes individuales que pueden o no generalizarse, y cuando se adoptan en la forma prescrita por el propio sistema de Derecho (el proceso legislativo, entre otros), 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 qay— 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?*
44. 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 basa **esencialmente** diferentes de las demás normas con las que conviven.
45. En la inteligencia de facilitar la comprensión de esta cuestión resultan necesarias *las siguientes aclaraciones*.
- *Primera*: cómo es que debe entenderse la preocupación por encontrar una característica esencia! o exclusiva que permita identificar, indubitamente, a las normas jurídicas;
 - *Segunda*: que, contrariamente a lo que suele pensarse, no **son una sino varias 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 de identificación;
 - *Tercera*: que la característica **más** acusada de las normas jurídicas: *la coacción* (misma que adelante abordaremos **con** especial detalle!), no debe serle asignada a la norma jurídica tomada aisladamente sino a! 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 individuales, circunstancia esta 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 de! Derecho**. Profundicemos, pues, en cada uno de estos pímios.
46. Respecto de la *primera adoración* 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 na va a ser por sí misma jurídica, p moral, o social; una norma tendrá el carácter de jurídica, mora! o social siesta posee el con junto de propiedades o caracteres que los usuarios de la expresión le lian 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 varian-do. Recurramos a un ejemplo que nos permita explicitar lo anterior.

47. 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 ese tipo de parientes 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?*
48. En cuanto a la primera pregunta *no debe extrañarnos o preocupamos 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 citado artículo 41 i *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, muál 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?*

49. 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 identificados y, para cierto tipo de normas jurídicas como la ley, 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 con formidad con ios 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, forma! y material

50. El concepto de validez de una norma jurídica comporta varios significados, según lo dicho en párrafos anteriores. En una primera instancia, *cuando predicamos la*

¹Pura una referencia específica y con un mayor grado de profundidad véase mi estudio de la noción 'validez'. en: Diccionario Histórico Judicial de México, ideas e Instituciones: Tomo Jli. P-Z. Suprema Corte de Justicia de la Nación. México. 2010. pp. 1703-1708.

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 (u lo que el juez tinte, siguiendo a H. Hart, se ha denominado regla de reconocimiento) Esta clase de validez la llamaremos validez formal de la norma jurídica.

51. En efecto, una norma es jurídica por el hecho de pertenecer al ordenamiento jurídico. ello quiere decir que fue producida o al mismo incorporada a través de los diferentes procedimientos establecidos por el Derecho. Estas formalidades tienen que ver fundamentalmente con dos cuestiones: que el órgano, autoridad o sujeto que la produzca sea competente o capaz.: es decir, que posea la atribución, competencia, 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).
52. Predicar la **validez jurídica** de una norma es, como ha subrayado Luis Prieto Sánchez. "...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 de) primer criterio de identificación de las normas jurídicas, hacemos caso omiso de su contenido porque, en palabras del antecitado autor, 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?
53. **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 necesariamen-

tió que pudiera en primera instancia pensarse, el tema de la existencia y la validez de las normas jurídicas es uno de los más complejos de la Teoría del Derecho, por ello y con el objeto de facilitar su comprensión, hemos elaborado aquí un artículo «médico de esta problemática que permita al estudiante contar con las herramientas más básicas para iniciarse en su estudio».

Lo cual no es óbice para dejar de advertir sobre tal dificultad. Al respecto apuntan Alchourrón y Bulgoin:

"...*hablamos de la existencia de las normas jurídicas, o, como lo formula Von Wright, el problema ontológico de las normas, o de la existencia de las normas jurídicas, es un asunto relativamente poco explorado: lo mismo que los amantes de las leonas (los leoneros) parecen creer que la noción de existencia de una norma es poco problemática y no merece mayor atención, a los alíes que suelen dedicar a esta cuestión unos pocos párrafos. Sin embargo, la cuestión de saber que a raíz de la existencia de una norma de tal o cual contenido dista mucho de ser clara. Primero, porque, es evidente que un solo ejemplo de existencia en el campo de los diversos tipos de normas, incluso si se sabe, el campo de lo normativo no es homogéneo y cabe distinguir entre muchos tipos de normas, incluso si es importante delimitar la noción de existencia de las normas de las propiedades que se les atribuyen con frecuencia en las normas jurídicas (la particularidad de las normas jurídicas: validez, vigencia o eficacia, etc.). Existe una tendencia en la jurisprudencia de atribuir la noción de existencia a los tipos de normas, ya sea de vigencia o de eficacia.*"

CTV. de los autores: Sobre la existencia de las Normas Jurídicas. Fonlamara. México. 1997. p. 11.

Luis Prieto: "Aproximación al concepto de Derecho. Nociones fundamentales" en *Lecciones de Teoría del Derecho*. Ciencias Jurídicas. McGraw-Hill. Madrid. 1997. p. 13.

ie aparejada ia pretensión jurídica de que *su observancia pueda ser legítimamente exigida por parte de quien tenga a su cargo la aplicación de la misma: inclusive Icti norma, de no ser observada voluntariamente por su destinatario, puede serle impuesta coactivamente*.

54. Obviamente, *las normas que no gozan de validez jurídica, o sea, que no pertenecen ai-ordenamiento jurídico, no comportan esta garantía singular de eficacia para su aplicación, es decir, la coacción*. Lo anterior explica que durante mucho tiempo se haya pensado que *ja característica y condición de juridicidad fundamental o esencial de las normas pertenecientes al Derecho era, precisamente, su carácter coactivo, lo cual es sólo en parte cierto, según veremos adelante,*
55. Ahora bien, el concepto de *validez formal es insuficiente para entender cómo son y cómo funcionan tanto *jas 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 ai sistema jurídico* y, por lo tanto, el que haya sido creada por quien tiene la atribución, 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*, a saber *v en términos de su función rriaina*). los intereses primigenios. Así. una norma jurídica, por ejemplo, aun en. el sistema de Derecho más primitivo, no debería autorizar acciones que pusieran en riesgo la supervivencia y convivencia básica del grupo social. Las probabilidades de desobediencia a las normas de un sistema así serían muy altas, como altas serían también las probabilidades de su abrogación incluso por vías no institucionales.
56. De acuerdo con lo anterior, estamos en condición de ensayar una definición de *validez material* y por tal entenderemos *ia 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 *jos 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*.
57. 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 ia Constitución*. Entonces, para calificar la existencia y calidad de una norma jurídica es menester, amén del concepto de *validez formal*, el de *validez material*: es decir. *que el contenido de toda norma jurídica deba ser conteste 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?*
58. 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, siendo sustituida por una miera*. Si leemos con detalle lo anterior, podemos deducir que ia primera causa por la que una norma deja de pertenecer ai 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 os siempre cambiante, por lo que si llegaran a transformarse las razones que dieron origen a

una norma jurídica ésa queda desfasada y, para ser útil otra vez. debe ser reformulada o. en su caso, por no servir más. simplemente eliminada del sistema jurídico. Situación que operaría a través de las *reglas secundarias de cambio*.

59. Es necesario, como puede deducirse, que haya otra manera de eliminar o excluir a 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 (a través de las correspondientes reglas secundarias de adjudicación)*. En consecuencia y cumpliéndose ciertos procedimientos y condiciones, dicha norma será retirada del sistema privándola de su validez.
60. *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 *¿ que significa que la norma ya no pueda seguir siendo jurídicamente exigida! ¿ Qué significa que deje de ser vinculante ?*
61. Significa. sobre todo, que su cumplimiento ya no puede ser exigido a sus destinatarios. 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 forjarse su cumplimiento, lo que afecta, fundamentalmente, como es fácil deducir, la eficacia de la norma, esto es, asegurar su realización en la realidad social*.
62. Pensemos en el siguiente ejemplo, hipotético ciertamente, 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 lo prescribían 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 consideren que tal obligación continúa vinculándolos moralmente*. 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 garantizada por el Derecho.
63. 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 el Derecho 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 1.4 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* (regla de reconocimiento). A esta clase de *validez* la llamaremos: VALIDEZ FORMAL DE LA NORMA JURIDICA.

Así, 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 jurídicamente capaz;*
- b) *Que se hayan observado los procedimientos o formalidades establecidos por 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 recomendación moral alguna 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 (reglas de cambio). Es decir, por haber incumplido con alguna de las formalidades o procedimientos requeridos para ser válida (validez formal), o por que 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, ja coacción

64. *Las normas jurídicas*—ciada la función original que realizan, a saber, hacer posibles los intereses primigenios que la convivencia social permite llevar a cabo,—intentando solucionar los conflictos que ahí, curiosa y contradictoriamente, también surgen—*han de menester de una forma, lo más eficaz posible, para garantizar su cumplimiento*. Esto se consigue a través de la que se considera la característica más acusada y singular del Derecho: *la coacción*¹, 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 411 del Código Civil del Distrito Federal.
65. Supongamos que un profesor, preceptor o líder espiritual dirige un sermón a sus discípulos o seguidores. El orador en cuestión les espeta: “*Alumnos, discípulos míos, existe una norma fundamental que debe ser observada por todos nosotros si es que 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 ja 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 nonnatividad civil, precisamente como una norma jurídica?*
66. 1. ja respuesta a esta última pregunta parece bastante obvia después de todas las explicaciones precedentes: el Derecho, en cuanto técnica específica de regulación de conducta soda!, 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*.
67. 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, por cierto, si se quiere y sin mayores consecuencias prácticas, ser desatendida o ignorada), *la violación a una norma jurídica implico, de ser necesario, su aplicación forzoso, pasando sobre la voluntad del agente y echando mano de la fuerza que se encuentra en manos de quienes tienen la obligación de aplicar el Derecho*. Norberto Bobbio ha definido con toda razón a las normas jurídicas como “*...aquellas cuya ejecución está garantizada por una sanción externa e institucionalizada*”²Y continúa diciendo: “*No pretendemos hacer de este criterio un criterio exclusivo. Nos limitamos a*

¹ Norberto Bobbio u orín Oca viril de! Derecho (Trad. Eduardo Rozo Acuña). Debató. Madrid. 1005. p Idó.

CUADRO 1.5 Coacción y eficacia del Derecho

- La coacción del Derecho está directamente relacionada con la búsqueda de su eficacia.
- *Una norma se considera eficaz si es efectivamente cumplida por sus destinatarios* y el Derecho recurre a la coacción, para asegurar tal cumplimiento. En efecto, *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 coadyuva en la solución del problema o el conflicto de intereses para el que fue creada, generando una cierta forma de justicia social, evitando costos de diferente tipo.*

decir que sirve para circunscribir una esfera de normas que usualmente se denominan jurídicas, quizá en mejor forma que otros criterios".¹²

68. Queda 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 es la que más distingue a las normas jurídicas de otras con las 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".¹³*
69. 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 y a las sanciones jurídicas 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 delincuentes comunes, los cuales *hacen uso de la 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.*

1.2.3.1 Derecho y poder político

70. *La norma jurídica garantiza la efectividad de sus prescripciones, a través de la amenaza de 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 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.*

- i l. 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 me-

¹² lili III.

¹³ ibid., p. 12(i).

CUADRO 1.6 Cuadro explicativo de los distintos ordenes normativos: DERECHO, MORAL, RELIGIÓN, CONVENCIONALISMO SOCIAL

Sistema normativo	Tipo de lenguaje	Ámbito de aplicación	Forma de creación. —fuente—	Finalidad-objetivo	Forma de adoptarse y garantizarse	Vigencia espacial-temporal
DERECHO	<i>Normativo</i>	<i>Social</i>	<i>Procesos formales establecidos por la ley (Regla de reconocimiento)</i>	<i>Garantizar intereses primigenios. Convivencia y colaboración social.</i>	<i>Voluntaria e incluso contra la voluntad del destinatario. Procede y se justifica la coacción</i>	<i>En un territorio y tiempo determinados pero de forma dinámica. Existen reglas para derogarla (Reglas de cambio)</i>
COSTUMBRE	<i>Normativo</i>	<i>Social</i>	<i>Repetición de conductas consideradas como debidas por la sociedad.</i>	<i>Mantener conductas o valores considerados relevantes por un grupo social.</i>	<i>Voluntaria. No procede la coacción</i>	<i>En un territorio. Por tiempo indeterminado. Cambiar con relativa lentitud.</i>
CONVENCIONALISMOS SOCIALES	<i>Normativo</i>	<i>Social</i>	<i>Por consenso informal de ciertos grupos o mayorías sociales.</i>	<i>Aceptación social. Estar a la moda.</i>	<i>Voluntaria o por imitación. No procede la coacción</i>	<i>En un territorio y tiempo determinados. Cambian de modo imprevisible.</i>
MORAL	<i>Normativo</i>	<i>Conciencia individual</i>	<i>Por una doctrina o ética determinada</i>	<i>Perfeccionamiento individual</i>	<i>Voluntaria, por convicción individual. Es antitética a la coacción</i>	<i>Para un individuo y por el tiempo que éste determine.</i>
RELIGIÓN	<i>Normativo</i>	<i>Vida individual</i>	<i>Voluntad divina plasmada en textos religiosos como la Biblia o el Corán.</i>	<i>Llevar una vida de acuerdo a principios religiosos. Establecer relación con un ser divino, salvar el alma, garantizar la vida eterna, etcétera.</i>	<i>Voluntaria, por fe o creencia. No procede la coacción.</i>	<i>En todo lugar. Vigencia indeterminada. No es derogable.</i>

iiante la explicación que Elias Canetti hace de tales conceptos, para luego resolver la segunda interrogante.

72. Dice Canetti: "*Confuerza se asocia la idea de algo que está próxima x presente. Es más coercitiva e inmediata que el poder. Se habla, con maxor énfasis, de fuerza física. A niveles inferiores y más animales, es mejor hablar de fuerza que de poder. Una prese/ es agarrada por la fuerza y llevada a la boca confuerzo. Cuando la fuerza dura más tiempo se conviene en poder. Pero en el ilisíame crítico, que liega de pronlo, en el ínstame de la decisión y de lo irrevocable, es oirá 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 derla medida de paciencia. La 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'.*"⁷²
73. 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 solo a la voluntad de las personas. En este sentido, puede afirmarse que las normas jurídicas son juicios normativos dotados de coacción.
74. 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 inflingirse contra la voluntad de i que i a 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 mal normalmente es percibido por el paciente como un mal.^{3*} [...] Puede aceptarse que el acto de coacción que funciona como sanción, normalmente será sentido por el que lo sufre como un mal. En este sentido, los sistemas sociales designados como 'derecho' son órdenes coactivos de la conducta humana " f*

⁷² Elias Canetti: *Maso y poder* (Trad. Horst Vogel). Menehm Editores. Barcelona. 1961. p. 211. Más adelante este autor establece con una interesante metáfora la distinción entre fuerza y poder: "*Lo diferencia ame fuer: a y poder se puede ejemplificar <h> número evidente por la relación entre gata y ratón. El ratón, una vez campado, esó bajo ci régimen de fuerza: a del falo: crie lo azorró. h> mantiene aprésento, su intención es malario. Pero apenas comieron a jugar con él. agrega algo nuevo. Lo sucha v le pennile correr un trecho. No Irien el ratón se vuelve y corre, escapa de sn régimen de fuerza. Per., está en el poder del goto el hacerle regresar. Si le deja irse definitivamente, lo ha despedido de se fuerza de pade: Dentro del rodo en una puede analizaría con certeza permanece en su poder. !: espacio tjlle el guio eo nado, los vi-a una hñ s : Ji esi'n lanzo. t:jih- coneette al ratón, vigilándolo meó, alos en nn. sin pe jder su interés por el y jor si deán iodo el jo jcañido —espacio, esperanza, vigilancia e interés destrirlo— podría designarse atino ei cuerpo propiamente dicho del poder o seiteHlamaie romo c; poder mismo". Véase también, en tanto a ia idea de poder la obra clásica de Max Weber: *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva* (Trad. José Medina Echavarría. Juan Ronra Parella. Eugenio lina?. Eduardo García Máynez y José Ferrater Mora). Fondo de Cultura Económica. México. 1984. Puede consultarse, en especial, la parte primera de dicha obra, capítulo 1. en sus apartados 6. ó y 7: así como todo el capítulo lli de esa misma primera parte dedicada a los tipos de dominación. Igualmente se sugiere el texto de Heineh Popitz *l ento menología del potare* (Trad. i Piolo Volonlé). li Molino. Bolonia, i 990.*

⁷³ Hans Kelsen: *Teoría Pura del Derecho* (Trad. Roberto J. Vernengo). Universidad Nacional Autónoma de México. México. 19Kb. pp. 40-47.

ihitl. p. 47,

75. 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 fuerza. Entonces, cabría cuestionarnos: *¿Toda fuerza social es poder?* De no ser así, como preguntábamos antes: *¿A quién en particular se encomienda su aplicación?*
- 1b. Por principio, podemos sostener que, desde el punto de vista de los fenómenos jurídicos, *el poder es la fuerza social c/te puede aplicarse para garantizar el cumplimiento del Derecho, ciertas normas facilitan la convivencia social*. El poder, además, se distingue de otras clases de fuerza 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*.
77. 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.¹⁷ *¿En qué consiste tal distinción?*
78. 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, ya amenaza física del asaltante podrá 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. Es 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.
79. Lumia explica en qué consiste 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 comportamientos que amenazan intereses considerados como merecedores de una especial tutela por quienes detentan el poder"*¹⁸
80. *La aparición del Estado aporta nuevos elementos ni análisis del Derecho y de su función primigenia*, porque en la medida en que las sociedades se van haciendo

¹⁷ Véase: H. Kelsen, op. cit., p. 57 y ss. G. Lumia: op. cit., p. 17 y f.v. Kriele: Introducción a la Teoría del Estado (Trad. Eugenio Bulvein). Depalma. Buenos Aires, 1950, p. 17 y ss. De H. L. A. Han, ensilifese: el concepto de derecho (Trad. Genaro R. Arriola). Aheledo-Ferrol. Buenos Aires, 2004, en particular el capítulo V, pp. 00-17

G. I. amia, en., p. 10.

más complejas, las normas jurídicas pasan de ser un lenguaje puramente social —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 que 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*".³⁹
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 forma en que la sociedad, a partir de un momento histórico determinado, institucionaliza el ejercicio del poder*.⁴⁰
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 lo anterior Ensebio 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)*".⁴¹ Analicemos, entonces, tal relación.

1.2.3.2 Estado y soberanía

84. Antes se calificó el poder del Estado como *soberano*. ¿Que' 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.⁴² La generalidad de los autores la explica como

L. S. Vividi: *Teorie. Cenerei elei Derecho. Problemas societes y filosóficos* (Trad. Alejandra Arroyo M. Soiomavor). Nuestro Tiempo. Mexico. 1983. ja. 242.

³⁹ Ir. Alessandro Passerin D'F. nirèves: La Dottrina dello Stato: G. Giappichelli Editore, Turin, 1967.

⁴⁰ Eusebio Fernández García: Teoría de la Justicia y Derechos Humanos: Debaie. Madrid. 1987, pp. 23-24.

Sobre el lema de la soberanía la literatura es abundante, aquí se sugiere para efectos de consulta sobre variadas posturas teóricas, las siguientes obras: Felice Battaglia: Estudios de Teoría del Estado (Trad. Elias Díaz y Pedro de Vega). P. Pubis, acciones del Real Colear rie España en Bolonia. Madrid. 1900: Hermann Heller: La soberanía (Trad. Mario ile ia (ueva), Universidad Nacional Aulónoma de México. México. 1905: Teoría del Estado (Trad. Luis Torihioi. Sección rie t Unas de Ciencia Política. Fondo de Cultura Económica. México. 1982: Francisco Porrón Pérez: *Teoria dei Estado: Comía*. México. 1982 . André I-aურიou; Derecho constitucional e instituciones políticas (Trad. .I. González Casanova). Ediciones Ariel. Barcelona. 1971.

- La nota distintiva del mismo en relación con otras tuerzas sociales con las que convive. El *poda' soberano* es *el poder por excelencia, el poder supremo dentro de un ámbito geográfico, cultural y temporal determinado*.
86. El concepto '*soberanía* alude, entonces, a la *fuerzo de imposición del poda estatal*, *A. 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 *souveraineté* (soberanía) tiene orígenes históricos remotos,⁴⁴ aunque su desarrollo sistemático se debe a Jean Bodin,⁴⁵ quien con esta teoía trata de ofrecer una solución a la grave descomposición que sufría el poder monárquico francés del sialo xvi. 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 auto)idad*".⁴⁶
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 *politicjues* (*políticos*). pensaban que "...*la superación de ja 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 concoi cliá y la paz*".⁴⁷
89. Los *politicjues*, 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, poi supuesto, la profesión y el ejercicio de una determinada fe religiosa. De esta íorma, la doctrina de la soberanía perseguía *fortalecer la autoridad de los reyes, a un giciclo tal que jtermitiera hacer efectivas sus decisiones*. Dicha auto)idad 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 pcu.. Pena este objetivo era necesario crear una base de lealtad suficientemente fuerte que todas las ataduras feudales y mercenarias. A este objetivo senda la doctrina de la soberanía*".⁴⁸
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 de abajo arriba*. Por lo tanto, *lo primero es conservar la vida*, lo cual no es posible sin la paz, como convivencia civilizada que garantiza la supervivencia. Una vez satisfechas

⁴⁴ Cir. M. Kriele: *op. cu.*, p. 13.

⁴⁵ Escribe Pedro Bravo Gala en su estudio preliminar a los *Seis libros de lo República* de Bodino, que: "...*a fin de no exagerar /U' novedad' ile la aportación bodiniann. es preciso llamar la atención sobre un par de hechos. Con anterioridad al sedo vi. puede señalarse va. lanio el uso del vocablo 'soberanía' —aunque en un semillo diferente— como la existencia misma del concepto, si bien expresado a novés de oirás palabras. En efecto a partir del siglo sil. bailamos, especialmente en los icomos i/ue orquestaron la polémica enere la Iglesia y el Imperio, conceptos tales como auetoritas y patentas, que encierran algunas de jas nociones que habían de ser expresadas mas tarde por el termino sonveraineté*". Cii. Jean Bodin: *Los seis libros de la República* Gi rad. Pedro Bravo Gala). Tecnos. Madrid. 1992. p. LVII.

⁴⁶ Cir. Jean Bodin: *op. eii*.

⁴⁷ P. Bravo Galán: *op. eii.*, pp. Xii-XHI.

⁴⁸ *Ibid.*, p. Xli 1.

⁴⁹ M. Kriele: *op. en.*, p. 38.

estas primeras condiciones, se hacen relevantes las *conveniencias p̄cim ja vicia* (construcción de herramientas, medicinas, etc.). Una vez logrado esto el hombre puede dedicarse al cultivo de las ciencias y, claro, de la religión.⁴⁴

91. La doctrina de la soberanía afirmaba *cjue lo única incinera en cjue e ¡poder ero. copal de concitar y crear una base de lealtad suficiente, cjue lo pusiera por encima de los otros poderes, era situando en lo social la satisfacción de los intereses fundamentales c orno pi ¡jingenia (la ética de la política), jones lo jerarcjuici cie 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.
92. Con base en esa argumentación Bodin definió la soberanía como “...el poder absoluto y perpetuo de una república (*Majestas est summa in aves ac subditos legibusque soluta potestas*)”.^x Es evidente que este concepto origina! de soberanía “...no ¡imitada, ni en poder, ni en responsabilidad, ni en tiempo”^{*1} 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— *ja 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.⁵² Así las cosas, vistos los orígenes y finalidades de *soberanía*, procedamos a esbozarla en términos de su vinculación con el Derecho y el Estado:
94. *Soberanía es poder cjue se manifiesta en dos direcciones distintas, según se exprese 'hacia afuera' o 'hacia adentro' del Estado*. En tal virtud, cabe hablar de:

A) Soberanía interna. La *capacidad* de que goza el Estado para actuar legítimamente. Esta capacidad, a su vez, entendida como *poder*, adquiere dos sentidos: *⁵¹

⁴⁴ Ídem.

⁴⁵ J. Bodin: *op. cit.*, p. 47.

⁵¹ Íbid., p. 49.

⁵² Decía Bodin respecto de las características del concepto soberanía: “*Es necesario definir iu soberanía, porque pese a que constituye el tema principal y que requiere ser mejor comprendido ai tratar de Ja república, ningún juriconsulto ni fdósofo político la lia definido todavía. Habiendo dicho que la república es un recto gobierno de varias familias, v de lo que les es común, con poder soberam), es preciso ahora aclarar lo que significa poder soberano. Digo que este poder es perpetuo, puesto que puede ocurrir que se concedo poder absoluto a uno o varios por tiempo detenni'uido, los cuales, una ve~ transcurrido este, no son mas que súditos. Por tanto, no puede llamárseles príncipes soberanos cuantío ostentan tai 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, osi quienes conceden ei poder y la autoridad de juzgar a mandar, sea por tiempo determinado y ¡imitado, sea por tanto tiempo ctuuu ¡es ¡>az.cii. continuan. no obstante, en posesión del poda v ¡ti jurisdicción, que los otros ejercen a lindo de préstamo o en precaria Por esta razan, 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 mi depositario o custodio, tu esio no hay diferencia entre el gran oficial y el pequeño. De otro modo, si se llamara soberanía al poder absoluto otorgado al lugarteniente de! príncipe, éste lo podría utilizar contra su príncipe, t'üien sin él natía sería, wslutando que el súbdito mandaría sobre el señor y el criado sobre el amo. Consecuencia absurda, si se tiene en cuenta ¡üic la persona del soberano está siempre exenta en términos tic derecho, por mucho poder o autoridad que dé a otro, rímica da tanto que no retenga unís para sí, y jamás es excluido de mandar <> de conocer por prevención, concurrencia a evocación. t> de! modo que quisiere, tic las causas que lia encargado ti su súbdito, seo. comisario u ofcüd. a t'üienes puede quitar el poder atribuido cu virtud de su comisión ii oficio. <> tolerarlo todo el tiempo que quisiera.” Ibn! op cit pp. -17-48.*

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

B.t 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 nmt pane, ; soberanía, legitimidad y Derecho por la otra? "Legitimar—expresa con claridad Elias Díaz—es justificar, tratar de justificar y —hablando ¡le cuestiones políticas— tratar de dar razón de la fuerza Ien este caso de la que está detrás del Derecho y del Estado) por medio de la razón o de su valor—presunto o reíd— alegando y probando, pues, las posibles razones de la razón."*⁵⁴
96. El *poder soberano* requiere, necesariamente, de una *justificación*. Por qué? *Por- que 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 Les i. es "...*aquel atributo del Estado consistente en la existencia en una parte relevante de la población de un grado de consenso ¡al que asegure la obediencia sin que sea necesario, salvo en casos marginales, recurrir a la fuerza. Por lo ionio, lodo poder trata de ganarse el consenso para que se le reconozca como legítimo, transformando la obediencia en adhesión*".⁵⁴
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 Derecito, *sin ser cuestionado.*"

⁵⁴Elias Díaz: *De ia maldad estatal v la soberanía popular.* Debate. Madrid. 1984. p. 21.

" Lucio Levi, voz Legittimità, en Dizionario di Política., diretto da Norberto Bobbio e Nicola Matteucci: Redatore Gianfranco Pasquino: Unione Tipografico-Editrice. Turin. 1976. pp. 670-623. Hay versión en español de la obra en Editorial Siglo XXI. Madrid. 1983.

"Tan fundamental es, pues, ia relación entre estos conceptos que, dice Kriele: "*Cuando se conmueve el fundamento de in legitimidad del poda dei listado, surge la resistencia pasiva y udiva, la negación de obedecer las normas jurídicas, el sabotaje, yfiüiulueinc la pidaruación laüid v la guerra civil, que desemboca en el sometimiento de un bando por el otro, es decir el terror, en iti guerra civil con tncit'dos pola tales. La soberanía del listada depende de su legitimidad, y la legitimidad fundamenta su soberanía* Véase M. Kriele: *op eje.* p. 13. Sobre el lema de la legitimidad y la estabilidad del poder político puede consultarse el irabaio de Ernesto Garzón Valdes: "*Acerca del concepto de legitimidad*": en *Attuano de Derechos Humanos*, mini. 6: Instituto de Derechos Hitmanos. l-acullad de Derecho. Editorial de la Universidad Complutense de Madrid. Mastri*.!. 1988-1989. pp. 343-366. En general sobre e! lema de la legitimidad, donde ja bibliografía es ahóndame, se sugiere ta consulta, en el tenor de la legitimidad por nosotros manejado, de: Elias Díaz: "*Legitimidad democrática versus legitiimidad positivista y legi i i niieelai! tnsnairualisla*": en *Anuario de Derechos Humanas*, niim.l: Instituto d* Derecho.: Huma nos. Pac a Ita.; de De., eli... .. l., 1981. Je la f6n¡ crsidad Complutense. Madrid. ¡981-1982: "La

e) De la] guisa, la coacción que acompaña a las normas jurídicas Jola al Derecho de *eficacia*, mientras que la *validez* (forma! y material, por supuesto) dota al Derecho de *obligatoriedad*.

f) La *validez del Derecho*, es decir, su *obligatoriedad*, radica en la *consideración de que su presencia y su observancia garantizan algo bueno y valioso, es decir, justo*. En una primera aproximación tal *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* v, *por ende, ante la razón de ser del Derecho, la justicia*.

99. Para estar en aptitud de poder explicar qué es la justicia en tanto el *valor jurídico por excelencia y cómo es que un sistema jurídico puede llegar a ser calificado de justo o injusto*, es menester *complementar* la idea inicial que tenemos acerca del Derecho como un sistema de normas que, en los casos ele inobservada, puede echar mano de la coacción. En efecto, a más de las normas como reglas de conducta y de las reglas secundarias que ya hemos estudiando, es necesario comprender que el Derecho está compuesto también por los llamados *principios*. Los *principios* son los *criterios o estándares de corrección de los sistemas jurídicos, cuyo contenido (que es, a diferencia de las normas, lo que determina su naturaleza), está dado por los valores ya instrumentales, ya materiales que orientan y dan sentido al Derecho*.
100. A efecto de entender cabalmente la diferencia entre *normas jurídicas y principios*, es necesario explicar antes y brevemente, cuál es la forma lógica en que las normas jurídicas están estructuradas como enunciados hipotéticos. Es decir, de qué modo es que las normas jurídicas pertenecientes a] Derecho se *expresan formalmente* en tanto enunciados que suponen una conducta debida y que, de concretarse, producirá determinandas consecuencias jurídicas; situación ésta, según se verá adelante, que no sucede con los referidos *principios*.

1.2.4 Estructura lógics de las normas jundicass

- i 01. La tradición jurídica clásica emplea para explicar la *estructura lógica particular de las normas jurídicas* tres conceptos, a saber, el de *supuesto normativo, hecho jurídico y consecuencias normativas*. Analicemos brevemente cada uno de ellos.

1.2.4.1 Supuesto, hecho jurídico y consecuencias normativas

- j 02. Entiéndese por *supuesto normativo o jurídico t'l 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 dalos 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, etc. 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*.

103. 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.⁵¹
104. 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.^{3*} Tales consecuencias pueden ser el nacimiento, la modificación o la extinción de un derecho subjetivo o de un deber jurídico en sus distintas modalidades. 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 facta*, ciertos efectos jurídicos.
105. 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*. Ésta 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.
106. 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 36⁵¹⁵ (supuesto normativo). Esta suspensión durará un año y se impondrá además de las otras penas que por el mismo hecho señale la ley (consecuencia normativa); // . 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).*

⁵¹ L. ir. Ral riel Rejilla Villegas. *Introducción al estudio del Derecho*: Ponaía. México.] 967. p. i : Ç
⁵¹⁵ *Ibid.*, p. 171.

* Reza el artículo 36 constitucional en sus partes conducentes: '*Son obligaciones del ciudadano de la República: I. Inscribirse en el catastro de la municipalidad, manifestando lo propiedad que el mismo ciudadano tenga, lo indistinto, no lesión o trabajo de parte subsista: así como también inscribirse en el Registro Nacional de Ciudadanos, en las condiciones que determinen las leyes [...]; II. Alisarse en la Guardia Nacional: III. Votar en las elecciones populares en el distrito que le corresponda: IV. Desempeñar las funciones de elección popular de los fedatarios o de los miembros, que en ningún caso serán gratuitos, y I. Desempeñar las funciones concejiles del Municipio donde resida, las elecciones, es y las del jurada*'.

<p>CUADRO 1.7 La estructura lógica de las normas jurídicas: supuesto normativo, HECHO JURÍDICO Y CONSECUENCIAS NORMATIVAS</p>	
<p>Supuesto normativo</p>	<p>El supuesto normativo o jurídico es el <i>enunciado</i> establecido en toda norma jurídica, es decir, su <i>contenido normativo</i>.</p> <p>El <i>contenido normativo</i> son los datos predeterminados que la norma informa, indica, prescribe o modela.</p> <p>Se trata, en suma, de las <i>suposiciones jurídicas que pueden o no darse en la realidad</i> (comprar, vender, privar de la vida a alguien, etcétera).</p> <p>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.</p>
<p>Hecho jurídico</p>	<p>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.</p> <p>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.</p>
<p>Consecuencias normativas</p>	<p>Las consecuencias normativas son los <i>efectos jurídicos</i> 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.</p> <p>Las consecuencias jurídicas pueden consistir:</p> <p>en el nacimiento, la modificación o la extinción de un derecho subjetivo o de un deber jurídico (efectos jurídicos).</p> <p>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.</p>
<p>Ejemplos</p>	
<p>Artículo 419 del <i>Código Civil Federal</i></p> <p>"La patria potestad sobre el hijo adoptivo,</p> <p>SUPUESTO NORMATIVO</p> <p>la ejercerán únicamente las personas que los adopten'.</p> <p>CONSECUENCIA NORMATIVA</p>	
<p>Artículo 38 constitucional</p> <p>"Los derechos y prerrogativas de los ciudadanos se suspenden</p> <p>CONSECUENCIA NORMATIVA</p> <p>i.- <i>Por falta de cumplimiento sin causa justificada, de las obligaciones que imponen el artículo 36.</i></p> <p>SUPUESTO NORMATIVO</p> <p>Esta suspensión durará un año y se impondrá además de las otras penas que por el mismo hecho señalare la ley.</p> <p>CONSECUENCIA NORMATIVA</p> <p>ii.- Por estar sujeto a proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a contar desde la fecha del auto de formal prisión [...]"</p> <p>SUPUESTO NORMATIVO</p>	

1.3 Justicia

1.3.1 Los principios o def lenguaje de la justicia

! 07. Si bien ia referencia a los *principios*, en su sentido original como *Principios generales del Derecho* (los que por cierto se analizan en el inciso 3.2 del capítulo 5), es utilizada desde antiguo,⁶¹ el mérito de su empleo contemporáneo como componente clave de los sistemas jurídicos, se debe a Ronald Dworkin. Este jurista norteamericano pensaba que los principios jugaban una función determinante, toda vez que *su utilidad radicaba en auxiliar a los jueces para resolver los casos difíciles que a éstos suelen presentárseles.*" Es necesario analizar y estudiar, tai y como lo hicimos con las normas jurídicas, *cuáles son las características de los principios; qué es aquello que los distingue de las normas o reglas jurídicas: cómo es que interactúan con éstas y cuán determinantes devienen para hacer posible la justicia.*

108. Los principios poseen las siguientes características:⁶²

- a) Se les identifica —justo ai contrario de lo que sucede con las normas jurídicas—, *en función de su contenido*, no por ia manera en que fueron producidos.
- b) En efecto, ios principios son *fórmulas, estándares* —no hipótesis o supuestos normativos como las normas— que *sirven para orientar la solución de problemas jurídicos o para determinar la corrección de las normas*. Son *acuñados por el legislador o por los jueces*, respectivamente, ya en la Constitución o ei Código Civil, ya en la jurisprudencia. Esas *fórmulas o estándares establecen un criterio de aplicación o de corrección para usar una norma o calificarla*. Así por ejemplo, el conocido como principio 'pro persona' el cual se halla establecido en el párrafo segundo del artículo 1 de ia Constitución Política de ios Estados Unidos Mexicanos, fija el criterio de aplicación de las normas en materia de derechos humanos, a! señalar un estándar, a saber, que las normas relativas a esa materia, llegado el caso, deberán interpretarse favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. En cambio, i as normas jurídicas aparecen plasmadas en las leyes o reglamentos e implican una *instrucción vidriante*, es decir, deben ser aplicadas a todos aquellos hechos jurídicos que se ubican en las hipótesis por esas normas establecidas. Por lo tanto, una norma señala un supuesto y quien aplica ia norma decide si ei hecho o conducta sucedido en ia realidad social encuadra o no en ese supuesto. Piénsese en el ya citado artículo 302 del Código Penal Federa!

⁶¹"Olia re lerenda clásica al respecto es ia obra riel profesor italiano Giorgio riel Yecchino *Los principios generales riel Derecho* (Trac! Juan Ossorio Morales). Boseli. Barcelona. 1970.

⁶² Al respecto el propio Dworkin señala: "*...ciñanlo los juristas razonan o disputan acerca etc cunchos y ahlnaciones leyóles, particularmente en esas luisas ilícitibosos donde los problemas que se les plomeen a pivpsí o de eslos conceptos parecen más ayudas, hacen uso de patitas que no funcionan anuo normas jurídicas, sino en calidad de principios, directrices o nanitas de oír clase*". Véase: Ronalri M. Dworkin. "*¿Es ei Derecho un sistema de normas.* (Tratí. Javier ⁶³!a: - cle los Terreros), e'n *Filosofía riel Derecho*. FCC. Breviarios. México. 1981). p. 75 y ss.

⁶³Gira el riesarrollo de este apartado se ha emplearlo, básicamente, lo escrito por nosotros respecto ríe ia os. 77'*m* *icios peñerales del Derecho*'. en *Diccionario Histórico Judicial de México, ideas e Instituciones*. Tomo III. I. Suprema L'oric de Justicie, de la Nación. Méaxico. 2010. pp. ¡427-1455.

el cual prescribe cuándo una acción u omisión debe ser calificada como un homicidio al ordenar: "*Cómele el delito de homicidio: el que priva de la vida a otro*". Por lo tanto, si en la realidad social "alguien privara de la vida a otro u otros" su conducta se encuadraría en el supuesto establecido por el artículo 302 referido, haciéndose acreedor necesariamente a la sanción correspondiente.

- b) Los principios poseen una 'dimensión de peso' o importancia, es decir, son criterios cuya función principal es *determinar la corrección ya formal* (valores mediatos, jurídicos), *ya material* (valores fundamentales) *de las normas jurídicas*. Es decir, brindan los argumentos necesarios para, en cada caso, calificar a las normas como justas o injustas, esto es, si satisfacen la consecución de objetivos o valores que el Derecho produce, resguarda y garantiza.
- c) Es en tal virtud que podemos distinguir, *por su naturaleza jurídica, dos tipos de principios*. A los primeros se les identificará como *principios lógico-jurídicos*, cuyo objetivo es procurar se satisfagan los fines o valores (de carácter mediato) que el Derecho, en cuanto sistema de normas, según veremos ahora, busca generar; tal sería el caso del *orden, la seguridad e igualdad jurídicas*, mismos que al concretarse en la convivencia social hacen posible el *deber ser real del Derecho*. A un segundo tipo de principios los llamaremos *axiológicos o valorativos* y su función consiste en determinar el *deber ser ideal del Derecho*, es decir, sus valores o fines últimos, como serían los contenidos en los denominados derechos humanos. Estos principios ofrecen las razones finales para ponderar y luego, adoptar o no, una decisión jurídica, como la emisión de una sentencia, por ejemplo.
- d) *Por su forma de aparición*, los principios pueden ser *expresos* y *tácitos*. Esto quiere decir que en determinados casos *éstos están expresamente prescritos (de ahí su nombre) y ubicados en el ordenamiento jurídico*. Éste sería el caso, por ejemplo, del ya citado principio 'pro persona' en el Derecho mexicano. *Otros principios*, a diferencia de los primeros, *aparecen implícitamente (tácitamente) sugeridos en ciertas leyes o en la jurisprudencia misma*. De tal *ánisis deberán ser objeto de un ejercicio de interpretación ya judicial, ya doctrinario, respectivamente, realizado por jueces y científicos del Derecho*. Tal sería el caso de! *principio de legalidad* en materia penal, el cual se deduce del tercer párrafo del artículo 14 de la Constitución federal mexicana antecitada. Dicho párrafo reza, en su parte conducente: "*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*". De esa redacción se ha deducido el principio que formula: "No hay delito ni pena, sin ley que previamente los prevea (*ntillum crimen, milla poena. sitie lege*)".
- e) Finalmente, *todos los principios poseen la misma jerarquía y la aplicación de uno o varios de ellos no anula a los demás*. La forma de empleo de las normas jurídicas es totalmente distinta, puesto que *éstas se aplican o no se aplican* —en tanto reglas de todo o nada—. Así, por ejemplo, quien deba elegir entre dos normas que se contradicen o que parece son aplicables al mismo caso, deberá optar, siguiendo un obligado ejercicio de técnica jurídica, primero, por la norma jerárquicamente superior, luego por la norma o el ordenamiento especial y, finalmente, por la norma de promulgación más reciente (la norma jurídica más nueva deroga a la anterior). En el caso de los principios estos criterios no íes son aplicables porque todos poseen la misma importan-

cía y su prevalencia o articulación depende del análisis o argumentos que se empleen para cada caso concreto. Verbigracia, la colisión de derechos humanos que se presenta en situaciones o casos difíciles como el aborto, la pena de muerte o la eutanasia, en donde la decisión depende del tipo de principio que en cada caso se razone como ahí prevaleciente, lo cual se da sin anular o invalidar a los otros principios en pugna.

109. Llegados a este punto, contamos con todos los elementos que nos permitirán explicar cómo interactúan las normas o reglas jurídicas con los principios y, por consecuencia, como es que en su forma más básica funciona un sistema jurídico y cuándo se producen las condiciones normativo-valorativas que hacen posible el surgimiento del valor jurídico por excelencia, a saber, la justicia.
110. A tales efectos, es importante recordar que al hablar de la *función original del Derecho*, nuestro propósito ha consistido en mostrar *el 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 *es facilitar una convivencia que garantice la satisfacción de ciertas necesidades (intereses primigenios), lo cual sólo es posible en medio de una relación social ordenada y pacífica, regulada y asegurada por ciertas reglas que la hagan viable*. Estas reglas especiales de conducta social que conforman el Derecho que son diferentes —hemos insistido reiteradamente, de las normas morales o religiosas, así como de los convencionalismos sociales—, se estructuran con base en un *sistema de normas primarias y secundarias dotadas de eficacia reforzada (coacción)*.
111. Ahora bien, también hemos hablado tanto de los *intereses primigenios* como de los valores que genera el Derecho. En particular hemos afirmado que el valor jurídico por excelencia es la justicia. Es necesario entonces hacer una breve explicación, con la consecuente distinción, entre los conceptos de *interés* y *valor*, para luego volver a ocuparnos de la relación entre normas y principios, de los valores que genera el Derecho cuando regula la vida social y cómo es que para alcanzar la justicia deben satisfacerse, precisamente, principios axiológico-valorativos que constituyen el objetivo último del Derecho.
112. 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 te 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, esto es, una opinión con carácter intelectual que considera razones o motivos.¹¹¹
113. En cambio, el concepto '*valor*' corresponde al mundo de la ética y, concretamente, al de la axiología.⁶⁴ *Cuando se habla de un valor se alude a un bien moral*, es decir, *a ideas o criterios (ideales o paradigmáticos) que nos permiten discriminar*

¹¹¹ Clr. Risieri Frondizi: *Introducción a los principios jurídicos* Uiles tiri bombir: Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1977, p. 507.

⁶⁴ Para obtener una visión introducción y general sobre el problema de los valores véase: Gustavo Escobar Valenzuela: *Ética. Introducción a su problemática y su instinto*: McGraw-Hill/Iberoamericana de México, México, 1988, pp. 84 y ss.; Risieri Frondizi: *¿Qué son los valores? Introducción, no a tu axiología*: Fondo de Cultura Económica, México, 1977.

en la realidad entre lo que es bueno y malo, correcto o incorrecto. Por ejemplo, nos ayudan a distinguir entre la fealdad y la belleza, entre lo útil y lo nocivo, entre lo agradable y lo desagradable. Los valores están relacionados con los distintos ámbitos de la vida humana, en esta 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."⁶⁵

- i 14. 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 estructural empírica (Gestaltqualität),⁶⁶ cualidad⁶⁷ 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, como 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.⁶⁸ 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.
115. ¿En qué se distingue entonces un interés de un valor? 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".⁶⁹ 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 costos 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, al interés de hacerlo. Un ayuno prolongado puede provocar daños a su salud, de hecho, puede ocasionar la muerte. Sin embargo, por encima e inclusive en contra del interés primigenio de sobrevivir o alimentarse, se imponen valores como la purificación del cuerpo o del espíritu a través del ayuno. Por otra parte, los valores pueden o no realizarse, lo cual no afecta su fuerza moral.

⁶⁵ Jaime Brufau Pulis: *Temas Fundamentales del Derecho*; Tecnos, Madrid, 1990, p. 66.

⁶⁶ Valor —explica Frondizi— mide una estructura, sino una cualidad estructural. Una catedral gótica, una orquesta sinfónica o una estatua, son estructuras. Pero ícono, bello, útil, agradable, no tiene estructura: son cualidades. "Hijos de la naturaleza o, noción de 'cualidad pura', nos permite comprender (...) que el valor depende de las entidades: éstas, limitadas y no se puede reducir a la suma de ellas. Esto se debe a que la relación del conjunto es lo que llamamos estructura. Se lo adviene en un paisaje, un arreglo floral, un imite!, un gobierno, una persona. En otras palabras, el valor emerge de una determinada variedad de cualidades descriptivas, el error consiste en intentar reducirlo a una cualidad descriptiva o la suma de ellas: el otro, transferirlo a un mundo empírico, como si lo bello o lo bueno dependieran de esencias celestiales". Véase: *Introducción a los problemas...*: ap. eit. pp. 543-544.

⁶⁷ También Gregorio Peces Barba concibe a los valores como 'cualidades de los objetos'. Véase del autor: *Los valores superiores*; Tecnos, Madrid, 1982, p. 53. Sobre el lema puede consultarse asimismo: José María Rodríguez Paniaque: *La ética de los valores como ética jurídica*; Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1972.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 537.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 508.

jj 6. Otro ejemplo es claro: *la honrأةle*, 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 Sicbes 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 ahí, no implica que por eso sea algo encarnación de un valor; puede representar precisamente la negación de un valor, esto es. un desvalor o antivalue".⁷⁰

117. Finalmente, respecto de la distinción entre *interés* y *valor*, cabe apuntar que a este último se asignan ciertas *características*⁷¹ 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 aquella:
 - *Polaridad*: encierra dos opuestos o binomios, por ejemplo, bien-mal, belleza-fealdad, justicia-injusticia.
- Jerarquía*: poseen una gradación; hay valores superiores e inferiores, pero ésta depende de cada caso concreto.

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".⁷²

118. El Derecho, con su sola aparición y presencia en sociedad, al cumplir una función, adquiere un *valor*.⁷³ El *valor de lo jurídico*, el cual *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 afir-

⁷⁰ *Idem*.

⁷¹ Cfr. G. Escobar: *op. cit.*, p. 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, etc., tienen como portadores a los seres vivientes: hay también *una conexión esencial entre lo valioso y determinadas situaciones rítmicas*, por ejemplo, la honradez o la valentía. —A un hombre solo puede manifestarse en una situación determinada, y esta condiciona no únicamente la aparición de '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 de Eduardo García Máynez: *Filosofía del Derecho*: Ponda. México. 1980. pp. 432-43-1.

⁷² Clyde Kluckhohn: "Valued and Valued Orientations in the Theory of Action": *Toivard a Genera! Theory of Action*: Talcott Parsons and Edward A. Shils. Harvard University Press. Cambridge. Mass. 1971. p. 39b. *Para 0. Machotka. el valor es un instrumento interiorizado de principios sustentados en función de su moralidad. Los principios permiten al individuo adoptar una conducta previsible y melódica, con plena conciencia de sus actos y una sensum un miniar de corrección*. Cfr. Olakar Machotka: *The Unconscious in Sorial Relations*: Philosophical Inquiry. Nueva York. 1964. p. 108.

⁷³ Aristóteles 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 principio de cualidad moral". Véase: *Gran ética* (1.ª ed. Francisco de P. Samaranch). Aguilar. Madrid. 1973. p. 1314.

mudo a este respecto: "*El Derecho como urclenwnienio de conducía crea ya de por sí joda una serie de valores —lo que Fuller llama the moraUty vf law— que son otras lanías razones para su cumplimiento*"⁷³

-] 19. 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 condene 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*. Estos valores se incorporan a los sistemas jurídicos, precisamente, como principios lógico-jurídicos, cumpliendo roles de la mayor importancia. Analicemos cada uno de ellos.

1.3.2 Valores y principios lógico-jurídicos

1.3.2.1 Orden jurídico

120. El Derecho, como conjunto de normas jurídicas primarias y secundarias, instaura o procura un *orden* determinado. Con ello quiere decirse que la presencia de lo jurídico implica la **sistematización de conductas sociales** y la **determinación de roles o funciones** (para lo cual sirven las normas o reglas secundarias de Adjudicación). El Derecho a través de las normas de conducta prescribe lo que está permitido y lo que está prohibido, qué debe hacerse y qué omitirse. Por supuesto, establece los supuestos de violación a las normas del sistema y la pena correspondiente, la cual se puede aplicar incluso en contra de la voluntad del sujeto. 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*⁷⁵ 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*"?⁷⁶

⁷³ Felipe González Vjccn: "La obediencia al Derecho. Una anicrítica": en Sistema, n.º 65. Madrid, marzo de 1985. p. 103. El mismo amor, refiriéndose a las razones que el propio Derecho aporta para su observancia, agrega que: "Una Je estas razones es (lie el Derecho jun e posible lo eene:a Je jas relaciones jiluminas en la convivencia, como lo es también que por el Derecho posee un ámbito Je 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 Rau ls: si go:amos de la ventaja de una sociedad organizada, debemos también cumplir sus exigencias, si el cumplimiento de las normas jurídicas por pane de los demás me hace posible el disfrute de cienos derechos, es un imperativo del fairplay que yo también cumpla los normas (fue hacen posible el disfrute de sus derechos o los demás. Al Derecho liny que obedecerlo por estas y otras rozones, per,' j. que ninguna de ellas nos idee, es que haya un fundamento ético para la obediencia al Derecho".

⁷⁴ AHalión y Vilanova señalan: "DI ordenamiento jurídico tiene cierta estructura. Las normas se inlrcrelacioum en jorna tal que algunas nimparten un mismo plano jerárquico, mientras que otras están en relación de subordinación respecto de Hermas "superiores". DI conjunto de normas integran nn 'sistema 'normativo en el cual unas normas se fundan o derivan de otras". Cfr. Enrique R. Aflalión y José Vilanova: Introducción al Derecho. Abeledo-Perro!. Buenos Aires. 1992. p. 507.

D.D. Raphael ha escrito sobre el orden jurídico que: "La ley existe para mantener el orden en la sociedad. Citando se juzga a los delinquentes de acuerdo con el derecho penal, lo intención es conservar lo sociedad v la Jórma en i/uc es regida. La sociedad es una estructura de trabajo que depende de seguir regios". Véase : op. cil.. p. 152.

⁷⁵ Norheno Bobbio: "Formalismo jurídico" (Trad. Ernesto Garzón Valdés). en El problema del positivismo jurídico: Distribuciones Foniamara. México. 1992. n. 33.

121. El *orden jurídico* implica la existencia de un *corpus sistemático 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 interrelacionadas*, 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).⁷¹
122. 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 demás *el ordenamiento jurídico habrá de 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*.

1.3.2.2 Seguridad jurídica

123. 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 cuáles conductas son jurídicamente debidas y cuáles no, lo que es tácticamente posible gracias a la ya explicada regla (secundaria) de reconocimiento*, es decir, el criterio, acto o procedimiento que le permite al destinatario de la norma saber con absoluta certeza cuándo una regla es jurídica. Decir que una norma es jurídica significa afirmar que es vinculante (aún en contra de la voluntad del referido destinatario) y que su eficacia, en caso de incumplimiento, está reforzada por la coacción. Por lo tanto, es también gracias al Derecho, que en las sociedades se establece claramente *el margen que existe 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 en el sistema jurídico se inserten normas (y sus respectivos objetivos) que provienen de otros sistemas normativos, pero antes tales normas deberán sujetarse al proceso y forma que el ordenamiento jurídico en cuestión señale, dándoles entonces, según sabemos, *de validez formal*. De esta suerte, *ninguna norma ajena al sistema jurídico tiene acceso a la fuerza legitimada del poder soberano, es decir, o, la coacción*.
124. El valor *seguridad jurídica* encuentra su polo contrario en la *arbitrariedad*, ya que la autoridad tiene proscrito hacer o 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"*.⁷ 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 este en el que se sustenta la idea del *Estado de Derecho*.

125. 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).¹¹ *estableciendo reglas talaras que eviten la interferencia entre unos seres humanos y otros. La seguridad jurídica prescribe y garantiza un número cierto de procedimientos sociales dirigidos a conseguir lícitamente valores o intereses individuales, grupales o colectivos; o sea. sinergia social* 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"*.⁸⁰

1.3.2.3 Igualdad jurídica

126. El Derecho genera, asimismo, el valor *igualdad*.⁸¹ 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 plano 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: *"las semper quaerendum est aequabile. ñeque enim aliterius esset"* C'En derecho se ha de buscar siempre la igualdad, pues de otro modo no habría derecho").
127. En este adagio latino subyace la *igualdad como el valor jurídico que suele, en principio, identificarse con una cierta idea de justicia*. Quizá por ello es que Hari haya

⁷ Ralf Dreier: "Derecho y Moral" (Trac!. Carlos de Santiago), en *Derecho y filosofía* (Ernesto Garzón Váeles, compilador): Distribuciones Foniamarca. México. 1988. p. 81.

⁸ Cfr. Francisco Laporta: "Sobre el uso del término 'libertad' en el lenguaje político": en *Sistema*. Madrid, pp. 23-43.

¹⁰ Angel Sánchez de la Torre: *Los principios clásicos del Derecho*. Unión Editorial. Madrid. 1473. p. 82.

⁸¹ Lapona piensa que la idea de *igualdad* implica, al menos, tres sentidos correlativos: *...la idea de igualdad o la desigualdad m > están determinadas principalmente, a pesar de las apariencias, par hechas, sino que s<m simplemente tm producir: de la estructura normativa de la sociedad. Ello quiere decir que no es un conjunto tic hechos lo que define la relación Je i y na Ida <i o desigualdad entre unos seres humanos y otros, sino lo valoración, la mediación' nonnativa de esos ñeche-s que lleva a cabo el conjunto de las normas operativas en mía sociedad al atribuir un significado y unas consecuencias >i cicritis hecho: l. ... l la idea de ipnoldud es nn principio'y no ana descripción genérica de la realidad. Es decir, que la idea de igualdad no pretende describir lo que sucede, y está interesada sólo parcialmente cu si los hombres comparten o no ciertos rasgos: /... l La última dimensión normativa del enfoque consiste, consecuentemente, en adoptar un pumo de vista que pueda engarzar estas dos afirmaciones. Y este pinito de vista global se incorpora al considerar la idea de ipuaid anuo una pran 'metanorma' respecto de las normas de la sociedad. Ello supone concebirla como un mensaje prescriptiviv> diripido a ellas, anuo una xipicencia pené ricafrente a la estructura, contenido y efectos de esas normas sociales. | sí. la ipuahid aparece como una xipicencia a demanda frente a normas, como una constricción pncerica respecto a sus elementos iteptrantes o a sus cim.scciciencia.s pasibles ". Cfr. Francisco Lapona. "El principio de igualdad: Introducción a •a análisis": en *Sistema*. Madrid, pp. 3-31.*

escrito en el mismo sentido que: “El principio general Uneme en (...) diversas aplicaciones de la idea de justicia es que los individuos tienen deret ho, entre sí. a una cierta posición relativa de igualdad o desigualdad. Esto es algo que debe ser respetado en las vicisitudes de la vida social, cuando has 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 lomuda 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’”⁴

128. Debe hacerse hincapié en que la igualdad que en términos jurídicos aquí se predica es, inicialmente, 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 v dependa del criterio que ha inspirado la regla, de la cantidad de ventajas o de desventajas por distribuir}-de la cantidad de personas a las que la regla se tifien. 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 ”.⁵
- i 29. En efecto, lo mismo que el orden y la seguridad, la igualdad es un valor instrumental. porque “.. mientras no se establezca —afirma de nuevo Han— qué semejanzas y qué diferencias son relevantes, ‘tratar los casos semejantes de la misma manera’ será una forma vacía ”.⁶ Corresponde, como veremos enseguida, al que llamaremos Segundo estándar valorativo que comporta y protege el Derecho, otorgar sentido y contenido a dicha fórmula, pensando nules son los valores superiores (principios axiológicos) a los que los instrumentales, como el orden, la seguridad y la igualdad jurídica (que conforman el Primer estándar valorativo de dicho Derecho y que se expresan en un sistema jurídico a troves de los principios lógico-jurídicos i. han de alineáis.,

1' • Justicia y dobfe estándar v n t o - j y ; nyeycho

láO. En atención a todo lo dicho, cabe concluir que la sosa presencia de! Derecho en cualquier sociedad aporta una serie de valores jurídicos, valores que realiza, con más menos éxito, por virtud ríe su junción original, bales valores —orden, seguridad. igualdad— le otorgan al Derecho una primera e inmediata validez, una validez de orden formal a la que llamaremos Primer estándar valorativo. De tu! suerte y en principa ' el Derecho vianda por vu i na de sus r, a a es pinamente jurídicos. Lo anterior e ; plica la idea social mente asomada le que. con independencia de otras consideraciones éticas o políticas, os correcto obedecer ai Derecho, es correcto obedecer lo prescrito por las normas jurídicas.*

Cfe Huri : *El concepto...*: afi. ms. a 198.

N. Bobbio: "Formalismo...": en o; > < //.. p 17,

Hari: *Ít concepto...*: op. cir. pp. 198-199.

taí ejemplo riel cumplimicno Jai Derecho poi su propio valor v la imporiancia Uc obedecer sus mándalos, incluso si tnesen injustos. es la aclimd adopiada por .Sociales en el juicio al una lue somelido v pile, no obsianc su inocencia, le Cosío h vida. Fn su tito lugos. Pinino pone en boca Je So, raf a- c- .saín, ¡Libra- ' m sin he di: ai lo < -, - ,s a;

- i 31. El conjunto de normas jurídicas al que se le denomina *sistema u ordenamiento jurídico* (el conjunto jerarquizado y coherente no sólo de leyes, sino de otras normas jurídicas como tratados, convenios, sentencias, jurisprudencias, etc., en efecto, de reglas primarias y secundarias) busca asegurar intereses socialmente valiosos a través del *orden, seguridad e igualdad que su sola existencia y aplicación propician*. De hecho, estos tres valores —orden, seguridad e igualdad jurídicos— son el producto típico de la normatividad jurídica que opera con un mínimo de eficiencia en el ámbito de la vida social.
132. Dicho de una manera más 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*.
133. Huelga decir que la *legalidad (la sola norma jurídica, dolada de validez formal, para decirlo de manera más puntual) es insuficiente para justificar cabalmente 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, ¿para qué? Cualquier orden, ámbito de libertad y tipo de igualdad ¿justifican la obediencia al Derecho?*
134. El valor de *lo jurídico* es un marco de visualización 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,⁵⁶ 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 r. por consiguiente, hay que considerarlos como relativos y no ver en ellos valores absolutos"*⁵⁷ El Derecho es un medio cuyo propósito es coadyuvar a la consolidación de valores superiores que en el ordenamiento jurídico se traducen en los llamados principios axiológicos o valorativos.

iitniensens. no na parece justo suplicar aljii: ni hacerse absolver a fu cria tic súplicas. l.: s preciso persuadirlo y conveni crió, ih rtjue el juc: no está sentado en su silhi. sino para hacer justieii obelieicndola. Asi es como lo ha ofrecido por jurainciuh' v no está en su poder hacer graeiti ti quien le agriale. port/ue esiti en la ohlyiay de hacer justicia Más ;i Jcliiino. al escuchar su condena Sócrates habló así; ')<> voy ti sufrir la nnienc. ti lo que me habéis condenado: pero ellos sufrirán | sus acusadores| la iniquidad v la infamia a que la verdad h>s condena. (on respecto a mí. me iitengo a mi castiga y ellos se atenderán al suyo ". Véase: Platón: "Apología de Sócrates": en Diálogos. Porrúa. "Sepan Cuantos...", nimi. i o. México. 1978. pp. 14. 17.

⁵⁶ "En tixioh'gía se distingue habilímente entre valores intrínsecos e instrumentales. Los primeros son un fin en sí mismos —como la belleza. la justicia. el amor: Iti caridad, etc.— : en cambio, los segundos son medios para lograr fines que bis trascienden, como la utilidad. Un objeto es 'nil para algo. Si la creación se refiere ti un valor instrumental queda liminula por la tillara dei valor que debe servir y. en segundo termina. por el modo como desempeña esa función." Véase: R. Frondizi: *Introducción a los problemas...* op. t il., p. 452.

⁵⁷ Norberto Bobbio: "Positivism Jurídico": en op. t il., p. bo.

135. 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 *ordenamiento jurídicos o legalidad* (una especie de *justicia forma!*, producida por el cumplimiento de los valores instrumentales que el Derecho genera); como *por un sistema de valores superiores* (la autonomía moral 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 lo llamaremos *justicia*. Los valores del PEV constituyen el contenido paradigmático de los principios lógico-jurídicos; los valores del SEV constituyen, a su vez, el contenido paradigmático de los principios axiológicos o colorativos.
136. Así las cosas, 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,*"⁸⁵ En otras palabras, 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 producidas según las exigencias del sistema jurídico en cuestión (el deber ser real), pero sustantiva o moralmente incorrectas, al ordenar conductas que contradicen el sistema de valores contenido en el segundo estándar valorativo (el deber ser ideal).
137. 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 vacíos de no hallarse en función de 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 requiere, 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.
- ! 38. Por ello, la *legalidad* (la *nonnatividad, el sistema u ordenamiento jurídico*) como *PEV 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 *PEV* y constituyen la razón de ser de este, lo explican y justifican.
- ! 39. El *PEV* propicia la *validez formal* de las normas jurídicas, el *SEV*, a su vez, procura la *validez material* de las mismas. De allí que *para que una norma pinula aspirar a ser justa, ha de menester lamo 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

⁸⁵ Francisco Laporta: "Ética y Derecho: un panorama cendal": en *Entre el Derecho y la moral*. Disirihuciones Fomamara. México. 1993. p. 38.

CUADRO 1.8 El derecho como un sistema de normas y principios, su relación
Y LA CONCRECIÓN DE LA JUSTICIA

1. El Derecho es un *conjunto de normas* (reglas primarias y secundarias) y de *principios*.
2. Estas *reglas y principios* tienen como *función original*: regiar los *intereses primigenios*, que son la razón de ser más básica de la convivencia en sociedad.
3. Esta *función original* es lo que *distingue al Derecho de los otros sistemas normativos con los que convive* (moral, religión, costumbre, convencionalismo sociales) por ser el único sistema normativo dotado de eficacia reforzada (coacción, entendida como fuerza legitimada del poder soberano).
4. El Derecho, además de caracterizarse por la coacción, requiere de una serie de *procesos formales* que permiten la identificación de las normas como jurídicas (regla secundaria de reconocimiento), dotándolas de *validez formal*, gracias a la cual es que las normas nacen y existen en un sistema jurídico, cuya utilidad es que pueden echar mano de su garantía especial, de ser el caso.
5. La *validez formal* es un *criterio de calificación de la existencia y pertenencia de las normas jurídicas* y que, además, permite entender que el Derecho es un instrumento y, por lo tanto, debe estar dirigido u orientado hacia algo.
6. Por ello, el Derecho exige, además de la *validez formal*, la *validez material*, entendida como la *coincidencia de los contenidos u objetivos de la norma con lo prescrito por la norma fundamental de un sistema jurídico o Constitución*.
7. El Derecho es una realidad de sentido. Aquello que orienta al Derecho y le da, precisamente, sentido, está dado por los valores superiores que suelen encontrarse, principalmente, en las Constituciones de los Estados.
8. Por lo tanto, el Derecho comporta dos tipos de valores: los jurídicos o mediatos que son el orden, la seguridad y la igualdad y los valores superiores del sistema (por ejemplo, los derechos fundamentales o derechos humanos contenidos en las Constituciones y los tratados Internacionales).
9. Estos valores constituyen el *contenido u objetivo de los principios*, pues es en esta forma como se presentan o manifiestan en los ordenamientos jurídicos.
10. Las *normas jurídicas* y los *principios* son componentes distintos pero interdependientes y complementarios en el funcionamiento del Derecho.
11. Las normas jurídicas son prescripciones estipuladas en forma de hipótesis o supuestos que regulan conductas y procesos que determinan su cambio, su reconocimiento y la institucionalización de su aplicación y castigo.
12. Los *principios* son *estándares o paradigmas de naturaleza formal o material* cuya función es *orientar la solución de problemas jurídicos o determinar la corrección de las normas*.
13. Los primeros, sirven para calificar la validez formal de una norma y reciben el nombre de *principios lógico-jurídicos*. Son aplicables y funcionan a nivel del Primer estándar valorativo (PEV), es decir, a nivel de la legalidad, y persiguen la concreción de los valores jurídicos e instrumentales que el Derecho produce con su aplicación: orden, seguridad e igualdad.
14. Los segundos, llamados *principios axiológicos o valorativos*, sirven para determinar la validez material y para orientar la aplicación de normas o establecer criterios que permiten resolver casos o problemas jurídicos. Funcionan a nivel del Segundo estándar valorativo (SEV).
15. La conjunción del PEV con el SEV es lo que hace posible que un sistema jurídico o una norma aislada puedan ser calificados de justos o injustos.
16. La *realización del PEV sin el SEV* produce mera legalidad (*legalidad sin justicia*).
17. La *realización del SEV sin el PEV*, produce ética, moralidad (*moralidad sin legalidad*).
18. La gran aportación del Derecho es que para que la justicia se concrete deben darse, satisfaciéndose, no uno sino dos estándares valorativos. Es decir, la realización de orden, la seguridad y la igualdad debe darse en función de los valores superiores del sistema. Por ende, la concreción tanto de los principios lógico-jurídicos como de los axiológico-valorativos.

CUADRO 1.8 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 como sistema jurídico se conforma así:

Primer Estándar Valorativo (PEV)

ORDENAMIENTO JURÍDICO (LEGALIDAD)

—Disciplinas jurídicas que lo estudian: **TEORÍA DE LA NORMA Y DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO**—

Conjunto de normas (reglas primarias y secundarias) y principios que al aplicarse producen automáticamente...

ORDEN, SEGURIDAD e IGUALDAD
(Valores Jurídicos, formales e instrumentales)

Principios lógico-jurídicos

Validez formal

Estos valores están en función del...

Segundo Estándar Valorativo (SEV)

(VALORES SUPERIORES)

—Disciplina jurídica que lo estudia: **TEORÍA DE LA JUSTICIA**—

Principios axiológicos o valorativos

Validez material

Dichos valores superiores (principios axiológicos o valorativos) los establece cada grupo social democráticamente o son impuestos por quien o quienes detentan el poder. En otros casos son creados y/o aceptados o determinados por un entorno cultural dado. Pueden ser concebido como principios relativos a épocas y lugares o como principios universales de justicia válidos per se (como el Derecho natural).

Son ejemplo de estos valores superiores...

**LA VIDA Y DIGNIDAD HUMANAS,
LA LIBERTAD.
LA AUTONOMÍA DE LAS PERSONAS,
EL BIEN COMÚN,
LA EDUCACIÓN, ETCÉTERA**

—Valores o principios que están implícitos en el concepto de DERECHOS Humanos—

2. La Justicia bajo la tesis de!

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

CUADRO 1.10 Esquema de un Derecho justo

Un Derecho es justo (teóricamente) cuando el PEV (ordenamiento jurídico) hace posible, *cumple o* realiza el SEV (Valores Superiores del 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 e IGUALDAD

Estos valores realizan al aplicar el Derecho (las normas jurídicas) ei...

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

Es decir, cuando ei...

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, ETCÉTERA

—Valores o principios que están implícitos en el concepto de DERECHOS HUMANOS—

1.4 Las circunstancias del Derecho

j40. 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 sobre todo 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.

141. Más adelante, en el capítulo 9 de este libro, dedicado a la *obediencia al Derecho*, abordaremos el tema del acceso a la justicia,⁸⁹ 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 por dos tipos de factores, a saber, *intrínsecos o sistémicos y extrínsecos, fácticos o extrasistémicos*.

J 42. 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 y principios ordenadas (unidos) respecto de una norma fundamental y relacionados coherentemente entre sí*, que tiene que cumplir con *varias condiciones* u ofrecer, como ha dicho Norberto Bobbio,⁹⁰ 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.

143. 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 y principios, 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 (principios)* 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 o principio que pueda solucionar un problema jurídico.

Por supuesto, deberán cuidarse los constantes *reenvíos* de un ordenamiento a otro, es decir, se evitará 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*

⁸⁹ Para un estudio introductorio de este tema véase: Mario S. Álvarez Ledesma: *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.

⁹⁰ Véase de Norberto Bobbio: *Teoría General del Derecho* (Trad. Eduardo Roza Acuña). Debate. Madrid. 1995. p.Kvii.

retroactiva de la ley) y en el espacio, es, las colisiones con otro: *sis te mus* 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).

- 1-14. Los factores *extrínsecos, fácticos o extrasistémicos* son aquellos que nada llenan que ver con el Derecho mismo, es decir, son externos e independientes a él. pero que operan en él. influyendo determinadamente su funcionamiento. Ha; en «»,.. ilustrados históricamente, en que el Derecho ha tenido que ceder), conche ». mundo su funcionamiento y sus objetivos y valores, a tales factores, mismos que hemos llamado las circunstancias del Derecho. Tal nombre obedece, siguiendo una vez más a Norberto Bobbio, en el sentido en que *no hay sistema jurídico tice se encuentra ni sólo ni aislado*. En efecto, *el Derecho está rodeado de circunstancias sociales, culturales, históricas, económicas y políticas*, mismas que *intervienen en un fenómeno complejo* de la misma naturaleza de aquello que influye, es decir, *el Derecho concebido como un fenómeno sociocultural, histórico y político, sujeto también a las condiciones económicas en que se desenvuelve*

" :j; ; i- Derecho como fenómeno social, cultura* .
histórico y político

145. El Derecho se presenta antes que nada como un *producto* o *fenómeno*: *cid* 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. *ve ., ve . n as* *eluciones con los demás, en la vida comunitaria*. De ahí *que su n ión original se dirija a facilitar la convivencia social que asegure lo: mu rere.-- primigenios del hombre*.
 - c) El Derecho es un *instrumento creado por los seres humanos* (*iti.- T. eme posee un 'valor, el cual se genera citando aquél cumple una litación . • icia que realiza al instaurar un determinado orden, seguridad e igualdad* t.r.ba-
ti i El Derecho, también, en tanto que *instrumento*, se constituye en un *n, dio p<>t el que la sociedad o el grupo en el poder y su organización estoico . -y mesan un sistema de valores que las normas jurídicas realizan a través de; udí n. lo seguridad y la igualdad*. Los valores jurídicos son *insmmtios* par; V e, pi esión de otros valores. El Derecho, en consecuencia, no es ni *buen- >mtk* n sí mismo, es sólo un *medio creado por y para el servicio de los hombres*.
 - d) *Li /i; meo.* en consecuencia, *es orden, paz social, ándate, du . situación determinada por el sistema de normas jurídicas que cada s< -U ctui otate ni novicio ,le ciertos fines o valores. Depende de los ItonWoo / . . Derecho contribuya al cambio y mejor, sociales*.

146. El Derecho es. por todo lo anterior, un *producto cultural*. Ello signifi, a que:
- a) Es *resultado del hacer colectivo de los seres humanos en jmena cica social*. De tal guisa, *adopta y expresa los caracteres culturales: de h. s; cica, id la que forma parte.*"¹

¹ *Clasificación de la Filosofía del Derecho* de V. Barba ha V. W que: "7. *limvhc n. culturay nu inscrit> en mia j'linuti peut mi ,i< catite.* 1990/11
... h tapo itistórn y laminen propia ,te las Uncis de cvohicitili y tic las injhu'itias pnnlicillas ctt cititi s; > it d. Várase
... en áUathrición a la fie sofia ,le/10 recita?. Debáis. Marina. I"ja. p. 1>6.

CUADRO 1.11 Las circunstancias del Derecho				
t: <i>Derecho como producto o fenómeno...</i>				
Social	Cultural	Histórico	Político	Económico
Derecho es creación humana.	El Derecho es el resultado del hacer colectivo de los hombres en interacción social.	El Derecho acaece en un tiempo social, se realiza en la historia.	El Derecho expresa las relaciones de poder en una sociedad, los fenómenos de mando y obediencia.	El Derecho es un instrumento indispensable para las transacciones económicas de una sociedad, da seguridad a la realización de los negocios, el intercambio de bienes y servicios.
Adopta las imperfecciones de los hombres.	Adopta y expresa los caracteres culturales de la sociedad de la que forma parte.	Muestra las preocupaciones, intereses, valores e ideales de la sociedad en cada momento y lugar históricos.	Es normatividad coactiva que puede imponerse por la fuerza.	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.	Es producto de un hacer que en un principio garantiza la supervivencia y después refleja los valores superiores de la sociedad.	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 orden determinado— el Derecho garantiza la seguridad jurídica.		Es reflejo del grado de civilización de cada comunidad en los diferentes momentos de su historia.	Se ve afectado por las circunstancias edíficas en que se desenvuelve.	Tanto el Derecho mismo como la justicia conllevan un impacto económico; éste es, que su realización implica un costo.
Más allá de la función social, el Derecho es un fenómeno que se vale de las normas jurídicas para realizar...			Requiere, entre otros, de un cierto grado de eficacia de quienes están sujetos a él.	
Permanece la...				

Función, caracteres, justicia y circunstancias dei Derecho

Im realidad da io jurídico se hada siempre pre-
 „rir nuestra* vidas, por ello, conscientemente o
 no de dicha realidad,, la aludimos constan-
 temente en el lenguaje coloquial al utilizar ex-
 presiones como: "Tengo derecho a..."; "Por
 derecho propio": "Es conforme a derecho". En
 esas expresiones podemos identificar cómo el
 Derecho actúa en cuanto demento legitimador
 di ni da, tas o situaciones sociales.

Lo vi/a humana posee uno dimensión so-
 j nú n, cesaría. Hay elementos determinantes que
 imiH it <; a! h,irrórc. dada su propia condición, a
 desoí rollar su vida en sociedad. Estos elemen-
 tas, di orden biológico el primera y psicológico
 los dos últimos, son: la necesidad de supervi-
 ve: ve. la capacidad de decidir !libre albedrío)
 y tu de proponerse fines propios (autonomía).
 Uno vez que éstos son objeto de reflexión y va-
 lono jón adquieren el carácter de intereses pri-
 migenios, es decir, situaciones provechosas que
 no pue den satisfacerse plenamente si no es en
 ven jedad, con la ayuda y colaboración de los
 oh. .

Paradójicamente es el propio hombre, en su
 actuación individual o colectiva, quien amena-
 za sus propios intereses. A efecto de salvarlo de
 jal amenaza, las sociedades instituyen regias
 je j vmpormmient que facilitan y aseguran la
 convivencia - cooperación social. Entre estas
 regias están las jurídicas, por eso. en una pri-
 meva aproximación, la función original del De-
 recho es ja de ser un instrumento regulador de
 tupi dias conducías sociales que pudieran idée-
 te., dh tíos intereses primigenios.

ti toe re cha convive en sociedad con otras
 ionni! ele regir io. conducta humane!, como la re-
 ligión, los regle., etc cempormti, nj social, lo
 1 tsuuvhr y ht moral Unas y ovas se expresan
 en m/na, s. es. ;i, cu en. juicios normativos, tóela
 vez que "-O", r n , a; jai u v. /s/m/ /a/ u n , v) //
 galai asm ; endite tas que elebt n usa mirra a pesen

de la voluntad en contra de sus destinatarios.
 Es posible identificar requerimientos del mo-
 ralismo en el comportamiento humano de la parte de
 élite moralizadora, y esta puede ser una función
 de moralización: cada individuo debe de

dios y deberes —reglas primarias—, surgen tres
 tipos de regias secundarias, a saben tas normas
 jurídicas que regulan el carácter dinámico dei
 Derecho determinado qué normas entran y sa-
 len del mismo para adecuarse permanentemen-
 te al cambio histórico-social (reglas de cambio i:
 las normas que determinan la autoridad a la que
 corresponde decidir cuándo hay una violación a
 las normas primarias y qué castigo procede (re-
 glas de adjudicación); y, las normas que permi-
 ten determinar con certeza qué normas, de todas
 jas que conviven en ja vida social, tendrán, in-
 dubitablemente. el carácter de jurídicas (re fias
 de reconocimiento).

Las regias jurídicas emplean el lenguaje nor-
 mativo o presescriptivo, que constituye una de las
 formas que adquieren los lenguajes na!mates
 como el español, el francés, el italiano o el in-
 glés, entre otros. Los lenguajes naturales jposeen
 múltiples funciones, sirven, por ejemplo, pon,
 describir, para manifestar emociones y también
 para dictar órdenes o reglas de conducta. Fun-
 ción esta última que lo vincula con el Derecho ai
 constituirse en su centra! herramienta. Es por
 ello que debe tenerse consciencia de que el len-
 guaje normativo padece los mismos defectos que
 los lenguajes nana a!es, a saber, su ambigüedad,
 vaguedad y 'textura abierta'. Estos defectos, si
 bien es cierto, han intentado atenuarse por los
 juristas haciendo dei lenguaje jurídico un lengua-
 je técnico y en ciertos casos mu\ especializado,
 es cierto también que la pertenencia dei lengua-
 je jurídico a los lenguajes naturales it permite ser
 comprendido por los destinatarios de sus norma:
 que. en su mayoría, no son jurista:..

Dado que el lenguaje jurídico es e! mis-
 mo que tí de todos ios •astenias normativo.'. un
 ios que coi jvi ve ei út na. ho. es fio i., que m ., vis
 ten normas jw :fidira. per se. Por jo tanto. s-z-
 ano 'en, de cornil, jmu . v requirió-' io- qu, na-

ce:: que una norma sea jitridrñ a. tole requiri'i
 su procedimiento de creación, los sujetos a
 quien queda encomendada su aplicación y el
 forma de garantizar su cumplimiento. En Pri-
 ota y en suma se puede decir que el lenguaje
 de una cultura una particularidad que se

regias ae conducía 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 *ijice* que noza 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. Citando una V. uni 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, cien:cuta 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 ja poseen ni la requieren y no por ello dejan i/c ser jurídicas.

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

La institucioiutilización 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 otitis palabras, si las normas jurídicas se ocupen irían originalmente de regular las conductas que midieran afectar intereses primigenios, con la insiitiionalización del poder, el Derecho expresará y protegerá los intereses fundamentales que i k terminen por la autoridad a quien se lm ; > cargado su aplicación. La coincidencia de estos intereses con los ¿le la sociedad, dependerá del y o de desarrollo de la comunidad en cuestión.

a forma en < ; ne se estructura v ejerce el po-normas jurídicas a través de la coacción. La sohe como externa es la cccpociuad qu , , sce ¿i Estado para conducirse con independan tu y ser tratado como igual en el condecis internacional de las tuiciones.

La validez formal y material del Dere-

Di, > está áuda por lo ; om en in El Den cha
 'fa'irí til JU':i ; OH
 Ujlllbi > . iH II ' i i

regular otros intereses individuales o colectivos que son. considerados relevantes en función del momento y el lugar histórico en que se desenvuelve.

jm 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) v la-obligatoriedad (validez formal v 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 convi ve, apoyado en un núcleo de lealtad en torno al cual tal poder estructura los intereses sometf- de ahajo hacia arriba, que es la jerarquía de la ética de lo político. Es decir, primero asegurar la paz y la supervivencia 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, concibiéndola como una propiedad del poder político que se expresa 'hacia adentro'(soberanía interna) y 'hacia afuera' (soberanía externa) del propio Estado.

Soberanía interna es ja capacidad de actuar queon que goza el Estado entendido como depositario de! poder más pleno dentro de un ámbito geográfico, cultural y temporal determinado. Esta capacidad implica la posesión de tuto fuerza reconocida y suficiente paro imponerse a los otros poderes con los que interadún. Lo soberanía interna se expresa dinámicamente como fuente formal del Derecho, lo que hace eficaces c las

La legitimidad, por su parte, es la justificación ilel poder del Estado con ut cual se crea la be se mínimo de aceptación y ¿pie permite ¿notas normas jurídicas va, ; dadas por cupu sean vistas j-'mui dotadas de obliganmiedad, es dtciv. ia suma de vaijeiez tanto boma! < orno jna " ai

La estructura lógica particular de la norma de Derecho se describe a través de tres conceptos jurídicos: el supuesto normativo, el hecho jurídico y las consecuencias normativas. Los datos jurídicos predeterminados que la norma informa, indica, prescribe o modela se llaman supuestos 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 objetivo o de un deber jurídico.

El Derecho además del conjunto de normas primarias y secundarias está compuesto por principios. Estos son complementarios e interactúan con las normas pero son instrumentos distintos a éstas por varias razones. Entre las principales, debe destacarse: su naturaleza, es decir se fundamentan por su contenido, no por su forma de creación; su función, ya que sirven como criterios paradigmáticos de corrección de las normas y para orientar y argumentar los casos difíciles; por su estructura lógica, es decir, no se formulan como hipótesis o supuesto; normativos de aplicación inmediatamente vinculante (de todo o nada) sino como estándares o criterios: cuando entran en contradicción o colisión con otros principios, no les son aplicables; los criterios de jerarquía, especialidad y tiempo son los que se resuelven este tipo de problemas; los principios jurídicos. Existen dos tipos de principios: los principios jurídicos que se expresan en normas y valores jurídicos del Derecho y sirven para determinar la validez material de las normas y superiores del sistema. Los primeros: el deber ser de la norma, el deber ser de la norma, el deber ser de la norma.

Los principios jurídicos son conceptos jurídicos que sirven para determinar la validez material de las normas y superiores del sistema. Los primeros: el deber ser de la norma, el deber ser de la norma, el deber ser de la norma.

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 lícitamente, pierde su importancia y se diluye, deja de ser.

La sola aparición y presencia del Derecho en la sociedad asigna o le confiere 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 y ésta es, la de velar por los intereses primarios del hombre.

Los valores que el Derecho posee son el orden, la seguridad y la igualdad jurídicas. El Derecho jurídico aporta la sistematización de conocimientos 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 como casos o no según el Derecho, diferenciando lo jurídico de lo moral o de cualquier otro tipo de sistemas normativos que no son acreedores a la misma posición jurídica, o sea, confiere a la seguridad jurídica la arbitrariedad. La igualdad jurídica es la igualdad de los sujetos que confiere el Derecho a los que se hallan en la misma posición jurídica, o sea, el diferente tratamiento que dispensa a los sujetos que se hallan en situación distinta.

El Derecho posee un conjunto de valores jurídicos: el orden, la seguridad y la igualdad jurídicas. El Derecho jurídico aporta la sistematización de conocimientos 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 como casos o no según el Derecho, diferenciando lo jurídico de lo moral o de cualquier otro tipo de sistemas normativos que no son acreedores a la misma posición jurídica, o sea, confiere a la seguridad jurídica la arbitrariedad. La igualdad jurídica es la igualdad de los sujetos que confiere el Derecho a los que se hallan en la misma posición jurídica, o sea, el diferente tratamiento que dispensa a los sujetos que se hallan en situación distinta.

El Derecho posee un conjunto de valores jurídicos: el orden, la seguridad y la igualdad jurídicas. El Derecho jurídico aporta la sistematización de conocimientos 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 como casos o no según el Derecho, diferenciando lo jurídico de lo moral o de cualquier otro tipo de sistemas normativos que no son acreedores a la misma posición jurídica, o sea, confiere a la seguridad jurídica la arbitrariedad. La igualdad jurídica es la igualdad de los sujetos que confiere el Derecho a los que se hallan en la misma posición jurídica, o sea, el diferente tratamiento que dispensa a los sujetos que se hallan en situación distinta.

tan por y hacia otros fines superiores, porque el Derecho es un medio, un instrumento. El conjunto de valores superiores de un sistema jurídico constituyen lo que se denomina Segundo estándar valorativo del Derecho.

Jét nicamente y teóricamente, la justicia es posible o se produce cuando el Primer estándar valorativo —el orden, ja seguridad e igualdad jurídicos— realiza los valores superiores del sistema. O, dicho de otro modo, cuando la legalidad, la normatividad y los principios lógico-jurídicos (tarden jurídico) hacen posible ios valores superiores del sistema (expresado en principios axioiógicos o valoramos). Ello explica el fenómeno recurrente de leyes formalmente válidas, el de. tí que cumptcn con el Pñmei estándar valorativo pero que son injustas, por no concretar ico vahires superiores del segundo.

id Derecho es un fenómeno que nunca se en, neutra ni sólo ni aislado. En efecto el Dere-

cho se verifica en un ambiente social, cultural, histórico y económico. Estos factores externos al Derecho, llamados también exiraslstémicos, 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 v colisiones, o con las menos posible*, respecto de otros sistemas jurídicos y no jurídicos.

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

Capítulo 2

LA DEFINICIÓN DEL DERECHO

SUMARIO

- 2.1 Planteamiento del problema
- 2.1.1 ¿ Por qué buscamos una definición de Derecho?
- 2.1.2 Las dificultades para definir a Derecho
- 2.2 Replanteamiento de la Teoría Tridimensional de 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 integral y holística 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 de 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 respecto de otros fenómenos que cumplen una función normativa similar en la sociedad: las reglas morales, las religiosas y los convencionalismos sociales. Dado su talante multidisciplinario, se explicarán las diversas acepciones que implica el uso de la palabra "derecho".

A la antedicha definición arribaremos partiendo de la metodología y utilidad didáctica que nos brinda 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, de sus diversas implicaciones ocultas en la captación empírica de lo jurídico como un todo, y de la forma y los 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

¿Puede el lenguaje jurídico ser 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 —apunta Peces-Barba— puede ser la del lenguaje. ¿a de la etimología y la de la consideración actual del concepto”. Por más que —como subraya el mismo autor— tales datos etimológicos v del lenguaje vulgar no nos sirven para este concepto *pióvtiumitt iltl Derecho*.
2. Efectivamente, la *aproximación empírica* que hemos realizado ele lo jurídico nos ha aportado un *concepto provisional del Derecho*, el descubrimiento de su *función original* 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 *concepto empírico del Derecho* no es *fin teme*. 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 táctica de los fenómenos jurídicos no pueda darnos?
5. Definir significa *precisar o claridad y eliminar las coartadas genéricas y diferenciales de un concepto*. No obstante lo anterior, avade un punto de vista no solo léxico, *definir es más que lograr la precisión de los caracteres*, sobre todo tratándose de un concepto como el de Derecho donde *que se persigue es el descubrimiento de su fundamento y las conexiones con otros análogos: su esencia, su naturaleza*.

hilorfucciti: tñ icitiltot, jia riel Uerecín!. [C E M, li. : C, r., :

* i'iu Suplioslos, atiteeplo v principios Coi Derecho ;Tari. Cristóbal M; ssi 4., IV; r B.-sch Bar

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. Éstas persiguen, respectivamente, explicarnos ciertos rasgos distintivos del concepto en cuestión, tales como su nombre, su forma de existencia o su contenido. En ese caso, lo que se busca con la definición del Derecho no es sólo precisar uno o varios de sus rasgos distintivos, sino orientarnos 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".⁵ Y esto, buscando un objetivo muy concreto; contar con una definición para introducirnos en el estudio del Derecho.

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 en que queremos 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.

X 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 pretende es establecer *definiciones reales*, es decir, *de objetos*. Así, cuando preguntamos, *sin hacer ninguno, aclaración o precisión como las que hemos hecho hasta ahora, ¿qué es el Derecho?*, la sola pregunta nos lleva a pensar en este, precisamente, como un objeto, y por ende, intentamos responder haciendo alusión a su *Miliraleza > su significado intrínseco*, siendo que las palabras y los conceptos sólo poseen el contenido, el predicado o la naturaleza que los usuarios del lenguaje les asignan. El lenguaje es un instrumento de naturaleza convencional y depende del acuerdo de quienes lo emplean, lo cual afecta necesariamente la definición del Derecho."

1. queda entendido que la definición convencional y práctica que queremos construir del concepto "derecho", es la que expresa la esencia o el núcleo del fenómeno jurídico o lo que llamamos 'jaceito', que nos permita saberlo y discriminar:

i En que ámbitos del conocimiento se presenta:

Si el derecho es producto de la razón humana o se halla, por decirlo así, en la naturaleza de las cosas; y

ii cuáles son sus conexiones y diferencias en relación con otros fenómenos sociales de la misma o similar naturaleza.

⁵ Soberón, Saiz de Arana, *La filosofía del Derecho*, Buenos Aires, 1981, p. 108.

⁶ Véase, Saiz de Arana, *La filosofía del Derecho*, Buenos Aires, 1981, p. 108.

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 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:

1a. Qué lugar corresponde al Derecho en el orden del conocimiento.

2a. Cuál su fundamento racional, y

3e. 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. Éstos piensan que al derecho no puede asignársele, al modo aristotélico, un género próximo y una diferencia específica. En tal virtud, el Derecho no puede ser definido. Esta posición es ciertamente difícil de sostener, puesto que bien podría tentativamente definirse al Derecho empleando dicho criterio aristotélico como un sistema normativo (*género próximo*) dotado de coacción (*diferencia específica*)\ entendiendo por coacción, según sabemos, *la fuerza legitimada del poder soberano.*

En realidad, lo que *la tesis de la indefinición* quiere subrayar, es que sólo existe un único método para definir al Derecho, afirmación que resulta inaceptable si entendemos el carácter convencional del lenguaje.

¿1,2 Las dificultades para definir al Derecho

10. La mayoría de los autores que han abordado este tema piensa que *definir al Derecho conlleva singulares dificultades.* García Máynez, aludiendo al ya referido método aristotélico, 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 específico del concepto, lo que explica el número increíble de definiciones y la anarquía reinante en esta materia*".⁷

i). Otros juristas concluyen, según apuntamos, que es imposible definir 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 de! presupuesto de que sólo existe un único sistema para encontrar la definición de algo, ignorando —como*

aliona Vallado Verrón— *que no todos los objetos del conocimiento, y entre ellos el Derecho- pueden definirse por-igual procedimiento*. Definir es tarea de las ciencias y, al existir distintas disciplinas, es lógico que haya también formas diversas de alcanzar una definición.⁵

- ! 2. Las dificultades específicas con que se topan los juristas para definir a! 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 éste caso, la palabra 'derecho'.⁵
13. Según Niño, *sigue rigente en nuestros días ja 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, *ai 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 verba!*, afirma que *hay sólo una definición válida para cada palabra, la que se obtiene por intuición intelectual de la naturaleza intrínseca de los fenómenos denotados en la expresión*.
- id. Evidentemente, el *realismo verba!* hace del trabajo definitorio una tarea de *simple revincimiento* de ciertos aspectos esenciales de la realidad.¹¹¹ Pero, ¿cuáles? ¿Cómo no hacer de esta labor definitoria un ejercicio intelectual sumamente subjetivo? ¿Quién posee el monopolio de la verdad para decirnos 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 huidiza esencia que nos indicará indubitablemente cuál es la definición única de lo jurídico.
15. Según lo dicho al inicio de este capítulo ai rechazar las *definiciones reales*, una metodología más adecuada para construir una definición parte de! 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 ai respecto un acuerdo consuetudinario para el uso de tal lenguaje que evite confusiones.
16. En efecto, el *convencionalismo verba!* sostiene que *las cosas sólo tienen propiedades esenciales en la medida en que los hablantes, las personas, 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 de! término, debe investigarse el significado del mismo en el lenguaje.

⁵ Ir. Lauslo E. Vallado Berrón. *Introducción al estudio del Derecho*. Herrero. México. 1961. p. 21.

¹¹¹ Ir. Carlos Santiago Niño. *Introducción al análisis del Derecho*. Ariel. Barcelona, pp. 1 i-46.

¹¹² *Ibidem*.

común, lo cual nos ayudará a descubrir distinciones conceptuales importantes que ve presuponen sin tener conciencia de ellas, y cuyo desprecio puede llevar a discusiones pseudofilosóficas."

17. Cabe sumar a las anteriores dificultades, dos más. La primera tiene que ver con la palabra misma 'derecho'. la segunda, con el enfoque científico y la posición teórica adoptados por los distintos juristas o estudiosos del fenómeno jurídico en general!

i s. Respecto de la primera dificultad, Ja terminológica, hay que tener en cuenta que la expresión "derecho" no posee una acepción única, al contrario, implica varios significados entre sí relacionados. Esta ambigüedad o analogía.¹³ se denota en la particularidad de la palabra 'derecho' "...que, designando el conjunto de fenómenos jurídicos, es también nombre de la disciplina científica que los estudia". El concepto 'den eh.é por lo tanto, no tiene un carácter unívoco, ya que su aplicación en el lenguaje cotidiano'. El propiamente jurídico no se refiere a una misma situación. Verbiar at i. i c o s a es el Derecho como disciplina otra ei Derecho como fenómeno social que estudiado por la disciplina que. para aumentar la confusión, utiliza el mismo nombre.

19. Conviene agregar, a xlvía en torno a la primera dificultad, que la palabra 'derecho' posee una carga emocional¹⁴ y se presenta de forma imprecisa en la realidad, hl Derecin»se relaciona con ideas como las de libertad, justicia, igualdad, bien común, que r. t. citan la exaltación sobre todo porque a éstas se otorgan significados 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 contrarios.

y. ! ; ni i n m i t a , derecho no se llama t descri r r propiedades o hechos, sino <pu huilla n s i r r > . rara designar emociones. Es evidente que en ciertas expresiones como "¡vsi ¡un derecho!" , estamos dando a entender más que la inexistencia de una norma jurídica que la ilegalidad, la encuna o sentimiento que desprecia / injurdeia d; un acto¹⁵ En algunos casos incluso, sentimos o

ermu a : que algo es injusto aunque no sepamos explicar racionalmente el porqué. Le viene e> que expresión 'derecho' inspire o evoca emociones relacionadas con valores que nos resultan trascendentes. Como ya se mencionó, el uso cotidiano de la expresión implica ideas como justicia, libertad, seguridad.

¹¹ "Derecho" —llit • ic' M i : m i K'in-. — la caracterización del concepto <U derecht> m desplazará de la obscura v r u s i ' u • v l a ; j t i : h i n c e l o ' t i l a i m ' t ' s i y . t i r i d n s o b r e l o s t r i c r i o s v i y c i n e s e n e l u s o c o m ú n p o n ! i p a l a i ' i l t ' r e c h t n d i n a d e e s t e > i l i s i s . o a t r a v é s d t é l . l l e g a m o s a l a c o n c l u s i ó n d e q u e n u e s t r o t i u e l o r d e n a m e n t o e s i n j u s t o . h ... i . > t i u e l o r d e n a m e n t o n o p a r e d e r e c h o . l a e u i p u l a c i ó n t u o e s t a r u y a i , u . : i f i i , v , u | j d a d s • • n d u - i d a < i - i t i p ú n i - m : < « c s t j c i t . s u i s i t a s . d a n c , i r i r i u r í o s d e i n d i c i a t e ó r i c a y d e

¹² John Rawls. poi ejemplo, habla de un 'dcoer maurai de justicia . que a d t l e r e n c i a e l e l a s o b l i g a c i o n e s c u y o f u n d a m e n t o P o n i f i i . M é x i c o . 1 9 7 5 . p . 5 .

¹³ Trinidad García. Apantes tic introducción al estudio del Derecho. Poñña. México, i ' 9 1 . p . 1 3 .

¹⁴ C. V. Caries S. Niño, introducción al análisis.... <> s c i t .

¹⁵ John Rawls. poi ejemplo, habla de un 'dcoer maurai de justicia . que a d t l e r e n c i a e l e l a s o b l i g a c i o n e s c u y o f u n d a m e n t o . . . l i v p a n s . • a • i • • e s n a t u n i o n o c a n s i . . . ! < a s ' i m i e n t o i n n e c e s a r i t t c i a u x i l i a r a a l e a a i ; i v s i e n e r e n ; r e • u p e ñ e r o . E s t o s d e b e r e s n a t u r a l e s s a r j e n e n t r o j a s ; s * ñ a s p o r s ó l o v í n c u l o h u m a n o \ n o d . r . • • • ; c i i ; , w i t a m b i é n a d i f e r e n c i a d e l a s o b l i g a c i o n e s , n i c o n l a s l e y e s l a a u t o r i d a d o l a s i n s t i t u c i o n e s . E n e s t e s i m i d o r x j - i v s h . j e s c o m e h a y j u s i i n ' u i . e n c i e r t o s c o n t e x t o s , p a r e c e r í a n a l u d i r a e s t a c i a s e d e " d e b e r e s ñ a u a h . . . Kav . a . j u s i e i t : t T r a d . M a . D o l o r e s C n g á h l e r . : " C l i e x i c o . 1 9 7 8 . p . 1 3 5 > s s

orden, que también están doladas de una fuerte carga emotiva y tienen que ver, según ya se dijo, con el *valor de lo jurídico*.¹¹

21. Por otro lado, la palabra '*derecho*' es ciertamente *vaga*." *dado que no en todos los rosos, según estudiaremos más adelante, se presenta con aquello o aquellos propiedades que se le asignan como necesarias*. Por ejemplo, ya antes mostramos que la *coacción* era una *nota singularísima* de las normas jurídicas, sin embarco, *hay normas jurídicas que en los distintos sistemas de Derecho no requieren de coacción*. En efecto, el Derecho comprende *no sólo normas dotadas de coacción*, sino normas programáticas, enunciativas y, por supuesto, principios. Es decir, elementos normativos que forman parte del Derecho que, dada la función que realizan, carecen de coacción específica, no obstante se hallen insertos en un ordenamiento jurídico coactivo concebido como un todo, así como de criterios de corrección diferentes a las normas, según hemos explicado, a los que se llama principios.
22. Respecto a la segunda dificultad reconocida para definir al Derecho (e! *enfoque científico y la posición teórica*) es preciso hacer algunas reflexiones.
23. 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 una perspectiva ya sociológica, ya antropológica o ya histórica del Derecho. ¿Dichas definiciones variarán? Sí, evidentemente. Ello nos invita a concluir que *el enfoque teórico también condiciona la definición del Derecho que se pretende formular*.
24. 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*.
- 27 Al igual que como sucede on la Ciencia Jurídica, la Sociología, la Antropología y la Psicología *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 *variación 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*. Es la definición delata la posición teórica que, obviamente, ha condicionado el contenido o predicado del concepto en cuestión.
- 28 No podemos dejar de mencionar que el origen de la gran diversidad de definiciones de Derecho dentro del propio Derecho, está estrechamente relacionado, según se puede entender ahora, *con la postura teórica adoptado, 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 más importantes o esenciales que otros. "La

¹¹ Sobre el *valor de lo jurídico*, véase el inciso correspondiente dentro de *el capítulo i*.

raíz de este disentimiento —expresa Villoro Toranzo— se debe a que se han propuesto nociones de! Derecho que resallan un aspecto del mismo y niegan —o, pol- lo menos, disminuyen— la importancia de los demás. El porqué de esta unilateralidad de los puntos de vista hay que buscarlo en las filosofías defendidas por los juristas. ⁷¹⁸

27. 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: lo cual es 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 e^{le} otras en la escala infinita del conocimiento humano.
28. Para poder construir nuestra propia definición del Derecho, *partiremos del ya esbozado concepto provisional* sugerido en el capítulo anterior, mismo que nos ha mostrada el 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 dicho fenómeno, sino por Ja 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.*
29. Uno de los errores más comunes 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, deforma multidimensional.* Entonces, negare! contenido complejo del Derecho porque en la realidad se manifiesta no como un todo sino parcialmente, es, en buena medida, causa de tal confusión.
30. Si *el Derecho es un lodo 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, ia 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 de este libro, *podremos concluir que el Derecho se manifiesta como un todo multidimensional \ complejo del que se advierten tres aspectos distintos y complementarios, a saber, sus dimensiones como hecho social, norma jurídica y valor.*
- 3 í. Quien planteó ya esta tercia de elementos, analítica y sistemáticamente articulados en tanto *Teoría de la tridimensionalidad del Derecho*, fue el filósofo brasileño

Miguel Reale.¹⁹ su concepción de lo jurídico ha sido desarrollada y enriquecida por autores como Recaséns Siches y García Máynez.²⁰ 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 contemporáneas, 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.

32. Autores como Elias Díaz, Eusebio Fernández, Gregorio Peces-Barba, Julius Stone y George Nakhnikian, entre otros, aluden a este criterio de la *tridimensionalidad del Derecho*.²¹ 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*"²² *

CUADRO 2.2 Las dificultades para definir al Derecho

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

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

(continúa)

¹⁹ Cfr. de Miguel Reale. *Filosofía do direito*. Edicao Saraiva, Sao Paulo. 1953. y *Teoría tridimensional do direito*: tdaico Saraiva. 1968.

²⁰ Cfr. Luis Recaséns Siches. *Introducción al estudio del Derecho*. Porrúa. México: *Tratado general de filosofía del Derecho*. Porrúa. México. 1981; E. García Máynez. *Introducción al estudio del Derecho*: y, sobre todo. *La definición del Derecho: ensayo de perspectivismo jurídico*. Silyo. México. 1948. De cuño más reciente véase Bartolo Pablo Rodríguez Cepeda. *Metodología jurídica*. Oxford University Press. México. 1999. Dicho autor señala: "*lisa corriente del pensamiento jurídico propugna por una visión integral del derecho, en la cual se consideren los tres (espéculos 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, la ininseca, que serían las tres dimensiones del derecho* *ibid.*. p. 187.

²¹ 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*, izábale. Madrid. 1986; J. Stone: *The Provident e and Function of Law*. Harvard. 1950; George Nakhnikian: *El derecho y las teorías éticas contemporáneas* (Trad. E. Bulggin y G. Garrió). Distribuciones Pont amara. México. 1993. Este última 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 premunias principales que pueden formularse acerca del derecho:*

1) *Cuales son las definiciones y premisas desde las que es posible enfocar el comen ido de un orden jurídico (esto es, las proposiciones o preceptos jurídicos, o pune de los mismos) como un sistema lógicamente enhacine (en el sentido iogístico)? (Jurisprudencia analítica).*

2) *C mil es el uiceil o cuáles son los ideales a los que debemos tratar de adecuar nuestro orden jurídico? ¿Qué debe ofrecer este orden o los hombres cuya conduela regula? (Jurisprudencia ética).*

3) *¿ (lióles son los efectos reoles del derecho sobre los actitudes y conduelas de los hombres cuyo comportamiento regula.) cuáles son los ejejeos de esos aciiudes y conduelas sobre el orden jurídico? (Jurisprudencia sociológica) ". Véase *Ibid.*. pp. 7-8.*

²² E. Hernández. *Teoría de la justicia...* op. ai... p. 24.

CUADRO 2.2 Las dificultades para definir al Derecho {continuación}

<p>a) La concepción del lenguaje</p> <p>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.</p>	<p>Realismo verbal:</p> <ul style="list-style-type: none"> • 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. • Una definición válida es la que detecta esa-esencia, por lo tanto, sólo habría una definición válida para cada caso. <p>Convencionalismo verbal:</p> <p>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.</p>
<p>b) La palabra misma "derecho"</p>	<ul style="list-style-type: none"> • 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. • Carga emocional: se relaciona con ideas tales como 'libertad', 'justicia', 'igualdad', 'bien común', términos todos que constituyen lenguaje persuasivo y buscan mover la voluntad del oyente. • La palabra 'derecho', entonces, sirve también para designar emociones. • La palabra 'derecho' es vaga: no en todos sus usos se presenta con aquellas propiedades que se le asignan como necesarias, amén de que los sistemas jurídicos están conformados no sólo por reglas de conducta (normas) sino por principios (estándares de corrección). Es decir, ni todas las normas jurídicas requieren, por la función que realizan, de la coacción (hay normas definitivas y normas que determinan medios para alcanzar fines, por ejemplo), ni todos los elementos que componen al Derecho son normas.
<p>c) El enfoque científico y la posición teórica que se asumen para definirlo</p>	<p>« Enfoque científico: el Derecho, en tanto fenómeno complejo, puede ser definido desde distintas ciencias sociales, dado que su presencia abarca diferentes ámbitos de la vida social. El Derecho, así, puede ser definido desde la Sociología, la Antropología y la Historia propiciando múltiples tipos de definiciones.</p> <p>* El enfoque científico condiciona la definición del Derecho que se pretende formular.</p> <p>Posición teórica: cada ciencia social comprende diversas corrientes de pensamiento, distintas posiciones teóricas desde las cuales puede definirse el fenómeno jurídico.</p> <p>Por lo tanto, dentro de cada enfoque científico podrá haber distintas definiciones del Derecho en función de la posición teórica que en cada caso se asuma.</p>

CUADRO 2.2 Las dificultades para definir al Derecho (*continuación*)

Uno de los errores más comunes en el análisis y la aprehensión 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 denominada, *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.

CARELIBRO

2.2 Replanteamiento de la Teoría Tridimensional del Derecho

32. 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 ayuda a transmitir una visión cabal del Derecho y no sólo una visión unilateral o unidimensional del mismo.
34. La concepción tridimensional del Derecho concibe al fenómeno jurídico desde una terna de manifestaciones: como *hecho social, norma jurídica* y como *valor*. Ya nuestro inicio al 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*.
35. Un *primera perspectiva científica* es «la que nos ofrece la disciplina que de forma primordial se ocupa del Derecho, en otros términos, la que hace de lo jurídico su principal objeto de estudio, a saber, la *Ciencia Jurídica*.¹⁷ Sus distintas ramas o ciencias: es por talle: *Teoría General del Derecho y Filosofía del Derecho*) se abocan, en primer lugar, al estudio de los diversos aspectos y problemáticas propios, respectivamente, del *ser* y del *deber ser* del fenómeno jurídico.
36. En una *segunda perspectiva científica*, el Derecho es estudiado *desde otras ciencias súdadas* (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). Cuando *estas ciencias auxiliares hacen del fenómeno jurídico su principal objeto de estudio*, el estudio de los diversos aspectos y problemáticas propios, respectivamente, del *ser* y del *deber ser* del fenómeno jurídico. Así las cosas y por ejemplo, la Sociología se ocupa del estudio del fenómeno jurídico en el plano del ser y del deber ser; la Historia en el plano del ser y del deber ser; la Filosofía en el plano del ser y del deber ser; la Ética en el plano del deber ser; la Psicología en el plano del ser y del deber ser; la Antropología en el plano del ser y del deber ser; la Economía en el plano del ser y del deber ser; la Ciencia Política en el plano del ser y del deber ser.

¹⁷ Cabe leer en, simo, uniere se i... ; referencia s la Ciencia de! Derecho como Jurisprudencia, acepción e;ut sobreviu cu lie países .meios.me.nes. iónre nos, uros, por Jai ispruiliencia se entiende "...ol' cale muir juierpreiaelan meé, re! c. Luis jruúieas :h mi chulo, ijic prevaléis éntas o solueú rus ce un Irihlímil sur jemea de varias (nlsuhih s suju rten. Véase: Rafael dt Pira. *Diccionario tic Derecha*: Porrúa. México. 1979. pp. 309-313. Onos aurores emieieicu por Jurídica lo .e! r 'ds un, cu cela jncreea ptufjæe parle aei eon-einienie espeehuivc une se Cu ra r iurtitü . . . ella rav (!jripie ei obrar humano, es decir, para encillizúe la eainlliehi jle //Smicpranles jhela... Vi.-m *Vainic.Ccc.ee. i-janoM Cabio Rodriguel: Cepeda Mrioto/loplu iuniUci, en.*

37. 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 mundo del deber ser), y que corresponden tanto a las ciencias jurídicas como a otras ciencias sociales y a las auxiliares del Derecho, respectivamente. 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 debería presentarse*. 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 (*Véanse cuadros 2.3 y 2.7*).

CUADRO 2.3 Concepción Tridimensional del Derecho		
Concibe al fenómeno jurídico como <i>hecho social, norma jurídica y valor</i> ' Analiza la <i>tridimensionalidad del Derecho</i> :		
a) PERSPECTIVAS científicas:	1a. Desde la <i>ciencia jurídica</i> :	Teoría general del Derecho
		Filosofía del Derecho
	2a. Desde <i>otras ciencias sociales</i> :	Sociología, Historia, Antropología, Psicología, Ciencia Política, Economía, Filosofía (Ética y Lógica) El Derecho constituye uno de los distintos fenómenos que dichas disciplinas deben analizar.
		Disciplinas o ciencias auxiliares del Derecho Aquellas que hacen del Derecho su objeto central de estudio y lo analizan a través de su propia metodología: Sociología Jurídica, Historia del Derecho, etcétera.
b) niveles de conocimiento:	Fáctico o positivo: <i>cómo es el Derecho en la realidad.</i>	
	Filosófico: <i>cómo debe o debería ser el Derecho.</i>	

2.2.1 Dimensión fáctica

38. La *dimensión fáctica del Derecho* denota el fenómeno jurídico como un *hecho, 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 de toda comunidad humana, como los económicos y políticos*. Recaséns Siches sostiene que esta dimensión comprende los hechos sociales en los que se gesta y produce el Derecho, así como las formas de comportamiento en los que realmente se cumple y lleva a cabo.⁷⁴
39. Esta dimensión fáctica o de hecho en que inicialmente se manifiesta el Derecho es estudiada tangencialmente y por vía de su propia metodología en otras ciencias sociales como la *Sociología, Antropología, Psicología, Historia, Ciencia Política, Teoría del Estado y Economía*. Cada una de éstas se ocupará de las distintas ná-

⁷⁴ Cfr. Luis Recaséns Siches. *Introducción al estudio del Derecho*. o.j]. cil., p.

nifestaciones reales o fácticas del fenómeno jurídico que afectan su disciplina y que deben ser científicamente tomadas en cuenta dada su relevancia.

40. Veamos qué sucede con cada una de ellas:

* La *Sociología* analiza al Derecho como un *modo de comportamiento social, c/ne responde a ciertas circunstancias y que influye en la adopción de determinadas conductas, dando origen a fenómenos sociales específicos*;¹¹

* la *Antropología* conoce al Derecho como *manifestación cultural, como hacer social que responde a ciertos modos 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*;²⁶

la *Psicología* ve al Derecho como *una forma de influencia particular en la conducta de los individuos*'.

- la *Historia* comprende a! fenómeno jurídico como uno de *¡o hechos Je la voluntad humana que sobresalen de entre las realizaciones de los pueblos en los distintos momentos de su existencia*;¹¹

' 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*;^{1*}

* la *Teoría del Estado* concibe ai Derecho como *una típica forma de manifestación del hacer estatal*;¹¹ y

²⁶ Cfr. Renato Treves: *Im Sociología del Derecho. Orígenes, investigaciones, problemas* (Truel. Manuel Alienza). 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 Gallillo alude a la relación entre Derecho y Sociología del siguiente modo: "El derecho es un componente de la cultura de una sociedad, que interactúa con las estructuras sociales en muchos campos. En diversos niveles de la escala que enlaza, sin solución de continuidad, la fenomenología". Véase Voz "derecho, sociología de" en *Diccionario de sociología* (Truel. Stella Mastrangelo y Lorenzo Alegría). 2a. ed. Siglo XXI Editores. México, 2001, p. 281. Karl-Heinz Hillmann ha escrito en este mismo tenor: "En la doctrina jurídica, que, instancia x creadora y mantenedora del orden que, dentro de unos campos de aplicación esencialmente 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 edición española), Herder. Barcelona. 2001. p. 214.

²⁶ Evidentemente, la Antropología que auxilia a! 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 insentido del derecho en la vida, pregunta que con razón ha sido calificada como la *mas* decisiva que puede plantear la filosofía jurídica". Cfr. J. Ballesteros. *Sobre el sentido del Derecho*, introducción a la *Filosofía Jurídica*, léenos. Madrid. 1954. p. 123.

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 *¡o* que estudiamos cuando estudiamos *derecho es i a* narración de un acontecimiento histórico, y toda la historia consiste en reinos o testimonios de esto mismo". Véase: C. J. Friedrich, *La Filosofía del Derecho* (Trad. Margarita Álvarez Franco). FCE. México. 1969. p. 33 i.

²⁶ 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: para los primeros frente es el poder y el reverso el derecho, para 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 Sanllillán). Enlace-Gijalbo. México. 1985. p. 21.

²⁶ Hermano Heller ha señalado que: "Todo poder estatal, por necesidad existencial, tiene que aspirar a ser un poder jurídico: pero eso significa no solamente actuar como poder en sentido técnico jurídica, sino v, dcr como autoridad legítima (¡ iic obligo moralmente a la voluntad". Véase H. Heller. *Teoría del Estado* (Trad. Luis Toño FCE. México. 1983. p. 235.

- ia *Economía*, que sobre lodo 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.*¹¹

41. 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*¹ y la *Historia del Derecho*². Cabe decir, que son también ciencias o disciplinas jurídicas auxiliares, aunque se ocupan del Derecho desde un punto de vista especulativo, la *Filosofía* y, dentro de ella misma, la *Ética* y la *Lógica Jurídica*³.

CUADRO 2.4 Dimensión fáctica

Concibe al Derecho como un hecho o fenómeno social.
El Derecho como fenómeno social es estudiado.

Desde otras ciencias sedales:	Sociología, Antropología, Psicología, Historia, Ciencia Política, Teoría del Estado, Economía.
Desde el Derecho con metodología de otras ciencias sociales:	Sociología jurídica, Historia del Derecho (<i>Disciplinas jurídicas auxiliares</i>).
	Filosofía (Ética y Lógica).

¹¹ En torno a la relación entre asuntos económicos y el Derecho. Orlieu Hollé ha escrito: "¿Existen para el orden económico principios normativos de justicia? Nadie discute (¿no la economía debe producir y distribuir bienes y, por ende, no bienes cualesquiera y por cualesquiera receptores, ella debe la) producir los bienes adecuados, ib) a precios bajos, 'cien cantidad suficiente y él debe hacer ilegal las bienes u quienes realmente los necesitan. Con una política: la economía debe ser funcional en un sentido respecta. 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 y aceptar el costo de la fabricación y la distribución. Retener un equilibrio de ventajas e inconvenientes, que se llama 'equilibrio de costos' y para los. En un equilibrio puede hablarse también de igualdad: pero igualdad es un concepto de justicia. De esta manera, en economía, va por raras iluminaciones, está silicio a la idea normativa 'Ultimo de justicia'. Cf. O. Hollé. 'Orden económica y justicia', en Estudios sobre Teoría del Derecho y otros ensayos (Tratado. Jorre M. Peña). Distribuciones Fontamara. México. 1992, pp. 41-62. A su vez Jean-Pierre Paulet y Eliseo Santanero. 'Conceptos al Derecho desde la economía, en estos términos: "Potestad de luiré o exigir cuanto la ley tiene autoridat establece a nuestra favor, o lo permitiendo por el dcho de un derecho o cosa". Voz "derecho" en Diccionario de economía y empresa'. 2a. ed. Ediciones Gestión 2000. Barcelona. 1907. p. 45.

Ramón Suriano apunta que la *Sociología jurídica* "(...) me ocupo de la influencia de las acciones sociales en el Derecho. No se trata de la disciplina que estudia la influencia de la actividad humana en la actividad jurídica, sino de la interdependencia de lo social y lo jurídico." Véase *Sociología del Derecho*. Editorial Ariel Derecho. Barcelona. 1997. p. 17.

¹ Sobre este punto puede consultarse el Ma. del Refugio González. *Historia del Derecho*. UAM. Antologías de Filosofía. México. 1992.

² Desde la perspectiva del 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 Echeverri y Hugo Martínez Echeverri. *Diccionario de Filosofía*. 3a ed. Panamericana Editorial. Sania Fe de Bogotá. 1997. p. i 27.

³ El relevancia para los estudios y trabajos jurídicos puede consultarse, entre otros, a Eliseo Santanero. *Lógica y Decisión*. Distribuciones Fontamara. México. 1993. y Georges Kalinowski. *Lógica de las normas y lógica del Derecho*. Distribuciones Fontamara. México. 1995.

46. La *Teoría General del Derecho* se concentra en *el análisis de los distintos aspectos v problemas surgidos del ser mismo de la normatividad jurídica?*¹ Se trata de *la docii inti 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."
47. 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. Éstas 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. > de instituciones romanas, patria potestad, el negocio jurídico, el matrimonio, planteando teorías que pennitai • la selección, sistematización, comprensión v mejor aplicación en la realidad."*
48. La *Teoría General* es distinta, por su función y sus objetivos, de la rama de la *Teoría General del Derecho* que se ocupa de los *conceptos jurídicos en cuanto tales, llamada Dogmática Jurídica*. Aquí, como afirma Elias Díaz, para el jurista el dato de estudio fundamental son las normas, el sistema normativo delimita y enmarca la zona de su trabajo. El nombre *"dogmática"* proviene del hecho de que el estudio sistemático de los contenidos de las diversas ramas del Derecho de que se ocupa, *pone de concebir tales cosas como algo de lo. 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 el ordenamientos jurídicos de cada país —*el Derecho Civil, el Derecho Penal, el Derecho Fiscal, etc.*—, como los que son de aplicación a *la rama del Derecho internacional Público. Privado, Derecho internacional de los Derechos Humanos*, entre otros.
49. Por otro lado, aquí forma parte de la *Ciencia Jurídica* que *estudia y analiza los medios de transformación v aplicación de las normas jurídicas en rigor, o: denomina Técnica Jurídica o Técnica del Derecho Positivo*. In-

...cena-ules i "it'v<: < > -tule zhe- y imt mi ei material jiridien (latió previamente. Su tema consisto. na; jerial empina ><nado nm putar- Je vis n: te; j ricamente fundados ". Esta reflexión de García utilidad porque a. Era que si bien la Teoría General del Derecho se ocupa de lo lático no se agota < i > .li.To- inspiradores pretendieron, desterrando cualquier alusión al método normativista, ya que dicha Teoría < i > !" p • óio doctrina de las formas sino de los contenidos jurídicos, aunque es claro— y con esto se distingue de la rama fin del Derecho— en que "sólo debe tomar en enema los fines inmanentes al ordenamiento que estudia, y no. • ;/• /> eMvrios que ei tratadista o ei aplicado!- desearian ver real i patios ". Véase, respectivamente: L. Recaséns Siches, *Teoría general de filosofía...* ci: p 160. E. García Máynez, *Filosofía del Derecho, op. cit.*, pp. 12 y 13. < i > , i 'v' i o: < i > di-i lia yin - de h: Söcut-ioy; Jurídica y de ia Filosofía del Derecho en que no ve en los hechos y en las ideas i > j/cito. independientes, y sólo jos. estudia. i -orno (podrina de los contenidos jurídicos, en la medida que entran af-y.narparte j;ic ja substanciade las na- ñas." j;hiti. p. 13.

¹ *Ihiti.*, p. i 5.

² Para un análisis detallado sobre la Teoría General del Derecho y su método véase de Miguel Viloro Toranzo, *Teoría General del Derecho*. Porrúa, México, 1989.

³ Cfr. el doctor Raúl Sandler, *Introducción a los problemas de la Ciencia Jurídica*. Biblioteca del Estudiante Universitario, México, 1980, pp. 55 y ss.

⁴ Cfr. E. Díaz, *Legalidad-legitimidad* ____. op. a., p. 18.

⁵ Cfr. T. Cuñiva, *Apuntes de introducción al estudio del Derecho, op. cit.*, p. 14: "La escuela científica del derecho cu I't'i'Uti 'ii' lia pa-tpucsia deslindar /> > n c, > n, p > o. \ de la «7«acia y di la técnica jurídicas ¡...! La idea de técnica jurídica viene

- diurnos también, por considerarlo determinante en la concepción de la dimensión normativa a la *Lógica jurídica* o *Lógica Deóntica*, cuyo objeto de estudio está constituido por la estructura, sentido y significado de las proposiciones normativas que conforman el ordenamiento jurídicos³ 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.⁴
50. 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.¹⁵ El análisis comparativo permite apreciar la manera en que cada ordenamiento jurídico ha resuelto, por vía de su propio Derecho, la regulación de los distintos problemas a que da lugar la convivencia humana.⁴⁶
- 5 j. 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*.
52. Para cierto sector del Derecho es posible encontrar una definición realista del mismo dado que entre lenguaje y realidad existe una relación necesaria. Por ende, hay una sola definición del Derecho, precisamente aquella que establece cuál es la esencia de lo jurídico. Este sector continúa cultivando una rama de la Filosofía del Derecho denominada *Ontología Jurídica*. Anotan al respecto Aftalión y Vilanova: "La indagación por el ser del derecho 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 *antología jurídica*"⁴⁷
53. También ocupada del estudio de esta dimensión normativa a nivel de lo que debe ser y como parte integrante de la *Filosofía del Derecho* se encuentra la *Teoría del Dere-*

en línea recta. Je idean previas c/ne apianan desde el siglo sis v que afirman la diferencia entre los conocimientos adquiridos por la ciencia del derecho y la aplicación de ellos con fines prácticos".

⁴¹ Jorge Witker Velázquez y Rogelio Larios Velasco definen a la *Lógica jurídica* en estos términos: "i. 1. % un ir, >jj. ;j de interés propio para los abogados y juristas en general, que rotasi.'te cu el estudio de Ja aplicación de u ni< i < > • disponibles y utilizables de la lógica, en sentido amplio, al campo del derecho. Estos recursos comprender . I ; niplc. de la lógica indicativa formal i tanto tradicional como simbólica) así temo el de la lógica deán tica y la iógica icitojca - de la argumentación. Sin embargo, etio no significa, de ninguna numero, opte todos los elementos de lo lógica, en todas las partes, se puedan aplicar al campo del derecho en cualquier circunstancia". Respecto de la *Lógica Deóntica* los mi'ni. >s autores, apuntan: " (...) es la rama de la ciencia lógico-formal que empleo y simboliza fundarnentaicmn .; .r al lingüístico relacionado con ia función normativo, para el análisis del razpnniictno y de las estructuras jonnj.U : jh /., comunicación y. por unno, no utiliza exclusivamente lenguaje ifordonorr /cor. ia función informativa, ron: y (i) (i) lógica i....)". Véase *Metodología jurídica: 2a. ed.*, Mc-GrawHill, México, 2002, p. 41.

⁴² Cfr. Norberto Bobbio, *Derecho y Lógico* (Trad. Alejandro Rossi), Centro de Estudios Filosóficos, LINAM. (>, > t u Cuadernos, mini. 18, México, 1965, pp. 42 y sig. Igualmente véase Ruprci Sdirci ber, *Lógica del Derecha* (Tiad i'jo-2) Guadón Val des f Distribuciones Fontamara, México, 1992.

⁴³ Cfr. E. Díaz, *Legalidad-legitimidad*, op. cu., p. 18.

⁴⁴ Cfr. Héctor Raúl Sandler, *Introducción a los problemas*, op. t il., pp. 54-55.

⁴⁵ Enrique R. Aftalión y José Vilanova, *Introducción al Derecho*, Abeldó-Pon of, Buenos Aires, n. I / Estos autores a;vj tan en el mismo lugar que ontología significa estudio del objeto y su denominación fue rehabilitada por Husserl. " .ocho la jMise de su desconexión de toda resonancia metafísica y tic su definición fenomenológica segua ia cuoi objcti > el término de ja intencionalidad de lo t vncicnio". Véase *idem*.

cho, cuyos esfuerzos se encaminan, según Bobbio. "...o/ estudio de los esquemas intelectuales empleados por los juristas para crear, interpreta!: completar y conciliar entre sí las reglas de un sistema jurídico" ' Ir.lías Díaz asigna a dicha *Teoría del Derecho** varias misiones: una reflexión crítica sobre la Ciencia misma de! Derecho y sobre la actividad científica de los juristas: el análisis de la metodología v los procedimientos lógicos ¡ni! red os en la argumentación jurídica: la aplicación v realización dei Derecho: la determinación de ios elementos y componentes que hacen a la Ciencia Jurídica: as í como el papel que juega en el panorama actual de ios conocimientos científicos v su relación con las otras ciencias sociales.⁵⁰

CUADRO 2.5 Dimensión Normativa

Concibe al Derecho en su presencia estrictamente jurídica. El <i>Derecho</i> como norma y conjunto de normas es estudiado por la:		
Ciencia Jurídica:	Teoría General del Derecho'	Dogmática Jurídica (<i>Derecho Civil, Penal, etcétera</i>)
		Técnica Jurídica Lógica Jurídica Derecho Comparado
	Filosofía del Derecho:	Ontología Jurídica
		Teoría del Derecho

2.3 Dimensión axiológica

54. La *creará dimensión* en que expresa el Derecho es la *valorativa* o *axiológica*. En esla última dimensión ... *oncibt el Derecho como un valor y como portador v garantizador de otros colon s hetto imirumentales como superiores*. Andrés Olle-ro a escrito al respecto: "*ti d: recle! os, ante todo, juicio de i olor. Una actividad hit iiiiaia (ju. incviij'í'íhn-:uji u r e ; a valores (juis o jmatos 'superiores' ja tu va luz ají isla i jehutoiuj . "*
- o. La *dimensión axiológica* o pa de? análisis dei *doble estándar valora! ir o dei Derecho*. Esto es:

A) El *Derecho coma vola - -c/ valor de jo jurídico*— surge de su aportación a la vida en soeícddod ¡*^ ivródor. inleialniento. de valores jurídicos de carácter *¡/;/; //un;: . ~. a e j . o; o c v. segundad c igualdad*. \ *aU I ac io jurídico* que se gesta en *./ < / s fum v mes jbnimtes qm todo Démela - realiza por el mero*

¹ Norbeno Bobbio. *op. rii*.

² Pmi inresantt lección de mi bajos so!: *ve Teoria! Cieñe* *oñia u ridici 'bra de Curio: « S. Bino v lallan en Algunas molidas metodológicas de "Ciencia" Jurídica. DjMrihucjnes Fon; amara. Mes ico. 0)93.*

³ CIV. E. Día.,. *Lc^aiideddcpmmââ*. <p. « /;.. p. 24.

⁴ Andrés Ollici iti sa ... *Derechos humanos v axiológica jurídica. C. ni; o io : snidi os O siinicionai* *es. Madrid, 1989.* pp. 230-281

hecho de existir y de operar de modo efectivo", '- funciones que con mayor o menor fortuna realiza en sociedad todo sistema de normas jurídicas;

B) *El Derecho en como portador de valores superiores*, como la vida, la dignidad humana, la libertad, entre otros. Es por causa de lo anterior que el Derecho aparece, siempre y a fin de cuentas, *como medio e instrumento de otros valores, nunca como un fin que se apota en sí mismo.*

56. 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 esta implica, entre los que figuran la autonomía de la persona, la seguridad, el bien común y otros
57. Por lo que toca al estudio del *Derecho como valor*, es fácil deducir que éste se encuentra en el ámbito filosófico, a la *Es y jurídico*, va 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* 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 el Derecho desde dentro, 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. En la *Política Jurídica*, por su parte, ocupa el estudio de la manera en que los valores se inspiran en el 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*"

CUADRO 2.6 Dimensión axiológica

Concibe al Derecho como un Valor y como portador y garantizado de Valores superiores

El Derecho en esta dimensión es estudiado por la Ciencia Jurídica desde dos planos:

Ciencia Jurídica:	Estimativa. Axiología Jurídica o Teoría de la Justicia	Analiza los valores que dan origen y fundamento al Derecho
	Política del Derecho o Jurídica	Estudia la manera en que los valores se hacen norma jurídica

A lo largo de la dimensión axiológica del Derecho nos ofrece una visión más amplia, holística e integradora de la materia jurídica. Sobre todo, nos ayuda a, a través de la reflexión, a comprender el fundamento de los valores que inspiran el Derecho y a disputar inútilmente.

Luis Recéns Siches: *Introducción al estudio del Derecho*... <<p. cit., n. 40.

ihir...p.a?.

(Ir. t. Fermín de la Teoría de la justicia, op. cit., p. 30.

Or. Eduardo Gaiví: "Módulo de la FU y a-offa de la justicia. <<...> cit., p. !

i. 'ir. I. Recéns Siches. *Tratado general*... op. cit., n. 160. O Y. Andrés Ollero Tassara. *Derechos y*

p. 335

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

gen no es otro que la unilateralidad desde In que intenta concebirse y explicársele. La tridimensionalidad, además, nos subraya la multiplicidad expresiva del Derecho como *fenómeno complejo*, cuya presencia toca distintos ámbitos de la vida social.

59. Cabe aclarar, que el Derecho es en sí mismo un todo, una *unidad abierta que se desenvuelve junto con otros sistemas normativos y en un ambiente social, cultural, político, histórico y económico*. Esta concepción del Derecho afecta su aprehensión 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 su juego e interacción constantes*.
60. Se trata, de *tres dimensiones interrelacionadas*, 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 In mutua que aspira a realizar en la vida social ciertos determinados valores, y que consigue eficacia en la conducta de los sujetos" ¹
- ó !. La visión tridimensional del Derecho *permite comprender a éste en su totalidad, mostrándolo como un fenómeno social vivo, afectado por circunstancias cultura-*

les, históricas, políticas y económicas en las que están implícitos valores, aspiraciones, la búsqueda permanente del equilibrio socio! a navés de la coexistencia de intereses que se dan en toda comunidad humana. Concebido así puede analizarse al Derecho con claridad conceptual y metodológica. - ¡unido discusiones 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 2.7).

2.3 Nuestra definición de Derecho 62 63 64 65

62. Previo a 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 tiene por objeto poner en evidencia cómo *para esos autores alguna de dichas dimensiones es más importante que las otras y, por ello, piensan que el Derecho debe ser definido en términos de tal dimensión*. Así las cosas, a continuación se presentan distintas definiciones de Derecho, éstas aluden a alguna de sus dimensiones y, por tanto, subrayan ya el aspecto fáctico, ya el normativo, ya el valorativo.
63. Conceptúan al Derecho desde su *dimensión fáctica* :
- * Edgar Bodenheimer: "*El Derecho es un término medio entre la anarquía y el despotismo*"⁵⁸
 - * 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 impórtame aunque sí ciertamente la más típica*".⁵⁹
 - * Rudolf Stammler: "*El Derecho es la modalidad formal de la voluntad vinculadora, autárquica e inviolable*".⁶⁰
64. Definen al Derecho desde su *dimensión normativa* :
- * Hans Kelsen: "*El Derecho es el orden coactivo y soberano de la conducta*"⁶¹
 - * Rafael Rojina Villegas; "*El Derecho es un sistema o conjunto de normas que regula la conducta humana, estatuyendo facultades, deberes y sanciones*".⁶²
 - * Elías Díaz: "*Sistema normativo dotado de coacción, iónfi. nutilizarla e instila, tualizada*"⁶³
65. Definen al Derecho en su *dimensión valorativo*. :
- * Giorgio del Vecchio: "*El Derecho es la coordinación fífi tira tic las acciones posibles entre varios sujetos, según un principio cace que tas determina excluyendo todo impedimento*"⁶⁴
 - * Javier Herrada: "*El arte del Derecho es el tazó ó x*"⁶⁵

⁵⁸ Edgar Bodenheimer. *Teoría del Derecho* (Trad. Vicente Herrero). R.E. Mexicana, México, 1960, p. 10.

⁵⁹ Giuseppe Lumia. *Principios de leonología del Derecho*. s. y. cié. p. Le.

⁶⁰ Rudolf Stammler. *Filosofía del Derecho* (Trad. W. Roces). Retis, Madrid, 1940, p. 1.

⁶¹ H. Kr Leu. *Teoría Pura del Derecho* (Trad. Roberto J. Vernengo). - / E. Mexicana. En p. E.

⁶² Rafael Rojina Villegas. *Introducción al estudio del Derecho*. Porrúa, México, 1977, p. 6.

⁶³ Elías Díaz. *Legalidad-tegih/udad*. <p. cie. p. s.

⁶⁴ Giorgio del Vecchio. *Filosofía del Derecho* (Trad. Luis Ricaséns Sichs). Bosch, Barcelona, 1980, p. 107.

⁶⁵ Javier Herrada. *Introducción crítica al Derecho Natural*. Edilora de Rosas. México, 1980, p. 10.

66. Otros autores definen al Derecho tomando en consideración dos o hasta las tres dimensiones mencionadas. Son claros ejemplos de esa multidimensionalidad en la definición del Derecho:

- * Migue] Vi 11 oro Toranzn: "*Derecha es un sistema racional de normas sociales de conducta, declaradas obligatorias por la autoridad, por comida arlas so-luciones justas a los problemas .urgidos de la realidad histórica*"¹¹
- Eduardo García Máynez: "*Derecho es un orden concreto, instituido por el hombre pura la realización de valores colectivos, cuyas normas integrantes ele un sistema —que regula la conducta de manera bilateral, externa y coerci-ble— son normalmente cumplida' por los particulares y, en caso de inobser-vancia, aplicadas o impuestas por los órganos del poder público*"¹²

67. En las anteriores definiciones encontramos que *todas induren la comprensión de apaños de los distintos, aspea del Jcnoinenu jurídico*. En virtud de sus predi-cados puede decirse que son más o menos completas, sintéticas, explícitas, *pero ninguna es incorrecta del todo*, pues cada tina de éstas nos dota, sin excepción, de algún *elemento de aprehensión, diere de tomarse en cuenta*, proveniente de la compleja realidad jurídica.
68. Ello no obsta para advertir que *si .>estimemos alguna de ios definiciones unidimen-sional o hidimensional* *Jes, < orne y c;t, de parí ida. estaremos adoptando una visi-ón parcial del fenómeno jurídico*. Resulta obvio que entre más completa sea la defi-nición del Derecho—corno lo son algunas de las citadas, sobre todo aquellas que lo conciben en varias dimen.-ú ates— mayores serán los elementos de análisis de los cuales se podrá echar mano par? comprender los resortes, las expresiones, las in-fluencias. los límites que como norma, hecho social y valores noseen.
69. Vale la pena subrayar que *pretender lo existencia de una sola dimensión v defini-ción del Derecho haría de hma: im. yo riladas* —salvo que se adoptara la misma postura teórica—. *exclny, mes concepciones de lo jurídico, antes que visiones com-plementarias de una realidad o . aró, ter complejo* para efectos tanto de su con-tenido como de su análisis.
- co. Proponemos, con base er. la considetaciones hasta aquí hechas y partiendo de nuestro concepto provisional, i. '-;guéme definición:

"El Derecho es un sistema de normas y principios dirigido a ja regulación de la conducta social, producido bajo < iertos procedimientos especiales, cuya eficacia está garantizada coactivamente per el poder político de una autoridad soberana, que facilita y asegura la convivencia n cooperación social, y cuya validez formal y material (obligatoriedadestá determinada por los valores jurídicos y óticos de ios cuides es generador y portador respectivamente, en un momento y lugar Iistórica determmdos"

Análisis de nuestra definición:

71. Analicemos ios *cuatro elementos que conforman la anterior definición* v veamos o éstos hacen posible una *comprensión más cabal Je! fenómeno Inri,ti,-,...* En su momento establecimos que la definición por construir pretendía *opon., jvos jas*

datos básicos gracias a los cuales era 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.

72. La definición propuesta concibe al Derecho, en su *primer elemento*, como: *Un sistema de normas y principios dirigido a la regulación de la conducta social.*
- 1) Un sistema es un conjunto articulado y coherente de reglas (normas) y principios. En efecto, el Derecho constituye un conjunto compuesto tanto por normas jurídicas como por principios, los cuales están articulados lógicamente, jerárquica y valorativamente entre sí y cuyo objeto es regular una esfera específica de la conducta social. Dicha esfera alude al ámbito de las acciones y omisiones externas que las personas llevan a cabo en relación con los demás y con la autoridad misma. Es decir, nos hallamos ante una manera específica de ordenar racionalmente 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 permite la realización de objetivos individuales y/o colectivos.
 - 4) Todo sistema es un instrumento del que nos servimos para hacer o alcanzar algo. En efecto, el Derecho es una creación humana, constituida por el diseño de disposiciones que prescriben ordenando, asegurando e igualando un cierto ámbito del comportamiento de los seres humanos en sociedad, el cual se mide con respecto a ciertos parámetros de corrección por él considerados justos y que se expresan en los principios y valores que ese sistema promueve y protege. 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-valorativos que resultan, comunes en los distintos sistemas de Derecho que han existido y existen en el mundo. Dichos elementos, traducidos en instituciones jurídicas, fuentes del Derecho o rasgos coincidentes de moral positiva (el respeto a la vida, la integridad física, la propiedad, etc.), están influidos necesariamente por la forma en que cada grupo humano concibe y desea vivir su vida.
 - 5) Entender que el Derecho implica la articulación de normas y principios es fundamental. Las primeras cumplen una función específica, a saber, regular conductas y determinar las reglas de cambio, permanencia y pertenencia de éstas al sistema u ordenamiento jurídico. Los principios, por su parte, son criterios de corrección, no enunciados hipotéticos y por ende —como hemos explicado antes— algo distinto a las normas jurídicas. Los princi-

pios^E constituyen *estándares de justicia e integración jurídica cuate las normas requieren para la resolución de casos difíciles o para salvar las 'lagunas' o fallantes normativos que un sistema jurídico pueda llegar a presentar.*

73. El *segundo elemento* de nuestra definición se refiere a *dos caracteres singulares del Derecho*, a saber: *ser producido bajo ciertos procedimientos especiales*, y *que su eficacia esté garantizada coactivamente por el poder político de una autoridad soberana*. Esto es:
- 1) Que el Derecho se distingue de otras formas de regulación de la conducta social *porque es producido y garantizado de una forma específica.*^m Así, *el modo en que se producen y garantizan las normas jurídicas hace al ordenamiento jurídico distinto de otros sistemas normativos*, como la moral, la religión o los convencionalismos sociales con los que aquél alterna en los grupos humanos. *Aun cuando el contenido del Derecho coincida con otros sistemas de conducta, 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 misma manera en que lo hace el Derecho*, ni que tampoco su dinamismo es proporcional, *dado que las normas jurídicas cambian más rápidamente en comparación con sistemas normativos como la moral o la religión*, cuyos códigos de conducta permanecen vigentes o estables por más tiempo. Como sabemos, las normas que regulan estas peculiaridades de las normas jurídicas se denominan reglas secundarias y su aparición es lo que determina el tránsito del ámbito pre-jurídico al jurídico.
 - 2) *El poder político soberano se halla organizado en el Estado y las autoridades que lo representan.* Esto implica que *pone al servicio de las normas 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, si es el caso, 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 sí, sino las de estos con la autoridad.* 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 es que la sociedad y cada Estado, según su naturaleza* (autocrática, democrática, etc.), *determine.*

^mRecordemos que Ronald Dworkin considera que el Derecho es más que un simple sistema de normas, a éstas hay que **sumar** los principios. ¿Qué son los principios? Para Dworkin éstos son 'carias de triunfo', esto es. consecuencias históricas que los pueblos van alcanzando e imponiendo en sus relaciones interciudadanas y, sobre Iodo, en sus relaciones con el F- 'ado. Los derechos humanos o derechos fundamentales del hombre serían, por ejemplo, un tipo de principios que se imponen a] Estado, a la misma sociedad e, incluso, a las decisiones mayoritarias. Los principios, pues, scn/cm Jonnos tic /avi 'titu' loe valores a los sistemas jurídicos y que, en tí Derecho positivo, adquieren el ctmcler de lionuus. aunque su contenido tenca caracteres distintos al de una disposición plasmada en el Código Civil o Mercantil, por ejemplo. Los principios funcionan también como criterios orientadores tic las decisiones judiciales. Véase Ronald Dworkin: op. tit., y del mismo autor. El imperio de la justicia (Trad. Claudia Ferrari). Gedisa. Barcelona. 199?. Sobre la relación normas-principios puede consultarse el artículo de Francesca Puigpelat Marlí: "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.

ⁿ"Aquello que Han, según hemos indicado antes, llama re cte tle reconocimiento'.

74. 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 albedrío, 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 garantizar, además de los primigenios, *otros intereses que cada sociedad determine como fundamentales (el bien común, la salud pública, entre otros)*. 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*.
75. 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) *Validez*⁷⁰ 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 amparados en su *Segundo estándar valorativo* (lo cual, como sabemos, no siempre es posible), valores que suelen depositarse en la Constitución política de un Estado; por ello, cuando una norma jurídica cumple con ambas clases de *validez, formal y material*, puede afirmarse que es plenamente obligatoria.
- 2) Esta precisión es de suma importancia porque *resulta tautológico "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. La obligación, en suma, surge tanto de elementos formales como materiales que sustentan al Derecho y sin cuya suma no es posible la justicia*.

⁷⁰Es oportuno precisar que el término validez adquiere, según, Alt 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 (pie 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, (pie una o un sistema de normas efectivamente asisten. ¿jae son efectivamente observados*. Aquí la validez es sinónimo de eficacia. Se trata, dice Ross, de dar no un juicio jurídico sino una aserción táctica. Fina Interne, 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. Alt Ross, *El concepto de validez y otros ensayos* (Trad. Genaro R. Carrió y Osvaldo Pasehero). Disi libaciones Pont amara. México. 199 I. pp. 9-Ó2.

⁷¹ a tautología es la repetición de una idea que no confirma ni sustenta una afirmación.

- 3) Ciertamente y de acuerdo con lo establecido 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 posible 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) '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 sus diferencias fácticas.
- 4) *El problema de la moralidad o no de esos otros valores considerados como superiores no está exenta de examen*, toda vez que, *un ordenamiento jurídico puede garantizar de forma efectiva orden, seguridad e igualdad destinados a fines inmorales*, tal y como la historia lo ha demostrado (piénsese en el sistema jurídico del nazismo alemán, 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, plenamente, la obligación de obedecerlo, más aún cuando lo ordenado resulta sumamente 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, invirtiendo el razonamiento, *deducimos que una norma cuyo contenido de moralidad o justicia sea impecable gozará de plena validez material, pero no será jurídica tal norma si no está sancionada por el Derecho*, es decir, *si no asume la forma prescrita para las normas que son parte del sistema jurídico*. 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 la necesidad de que los sistemas jurídicos cumplan con sus dos estándares colorativos para alcanzar su plenitud*.
76. 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), sino en el cumplimiento de valores superiores que siempre se encuentran 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 en su momento.
77. 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 *axio-*

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 del 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 del Derecho

fáctica	NORMATIVA	AXIOLÓGICA
<p><i>"El Derecho es un término medio entre la anarquía y el despotismo."</i></p> <p>Edgar Bodenheimer</p>	<p><i>"El Derecho es el orden coactivo y soberano de la conducta."</i></p> <p>Hans Kelsen</p>	<p><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></p> <p>Giorgio del Vecchio</p>
<p><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></p> <p>Giuseppe Lumia</p>	<p><i>"El Derecho es un sistema o conjunto de normas que regula la conducta humana, estatuyendo facultades, deberes y sanciones."</i></p> <p>Rafael Rojina Villegas</p>	<p><i>"El arte del Derecho es el arte de lo justo."</i></p> <p>Javier Nervada</p>
<p><i>"El Derecho es la modalidad formal de la voluntad vinculatoria, autárquica e inviolable."</i></p> <p>Rudolf Stammler</p>	<p><i>"Sistema normativo dotado de coacción formalizada e institucionalizada."</i></p> <p>Elias Díaz</p>	

Definiciones tridimensionales

"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."

Miguel Viñoro Toranzo

"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,"

Eduardo García Máynez

Nuestra definición de Derecho

"El Derecho es un sistema de normas y principios dirigido a la 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."

lógica, 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 tácticas (necesidades-intereses) y de justicia que el hombre ha tenido para su instauración, dado que como instrumento humano, creación cultural, requiere de argumentos racionales suficientes en los 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 aquél se manifiesta. 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:** ser un *sistema de normas y principios* 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.

78. La definición anterior nos ha permitido establecer jas directrices neurales de lo jurídico, dándonos cuenta de los principales problemas que se han de abordar para obtener un conocimiento introductorio pero, al mismo tiempo, *integral y hohstico* del Derecho, del *fenómeno jurídico como un todo*, tal y como el que se pretende ofrecer. El resto de este capítulo y del 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 *ias diferentes acepciones de la palabra 'derecho'*, y en lo axiológico —aunque vinculado con lo primero— al problema que comporta una de tales acepciones, ja que alude al *Derecho natural*. Porque es en el análisis de los conceptos de Derecho positivo y Derecho natural que subyace un problema tradicional de la Ciencia jurídica: *ei de la relación entre e! Derecho y la moral o. si se quiere, entre el Derecho y la justicia.*

2,4 Principales acepciones de la palabra 'derecho'

79. 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.*

- gO La etimología de la palabra 'derecho' no resuelve del todo este problema, aunque „porta datos que hacen referencia, de manera preferente, a su dimensión normativa. La palabra 'derecho' proviene del adjetivo latino *directus, directa, directum*; es decir, "lo recto, lo que está en pie, que está en línea recta, recto, derecho" 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",⁷³
- g1. 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.
- S2. 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.
83. 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 hay derecho!", intuirnos 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, i Derecho objetivo, Derecho subjetivo, Derecho como ciencia

84. 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.
85. 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 todo un sistema jurídico. Decimos, verbigracia: derecho sucesorio, derecho alemán, derecho italiano".⁷⁴ 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.

L'ir. Agustín Biánquez Fraile. *Diccionario español-latino y latino-español*: T. 1 y 11. Edición de Ramón Sopeña. Barcelona. 1975. pp. 290 y 579, respectivamente.

⁷³ Miguel Villero Toranzo. *Introducción al estudio...* 11 p. ni., p. 4.

⁷⁴ Fernando García Máynez. *Introducción al estudio del Derecho*. <p. i ir. p. 36.

86. 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 personada la que se otorga la facultad (sí, *el derecho*) que le otorga la norma jurídica (el *Derecho objetivo*).
87. La oración “*Estudio Derecho en la Facultad de Derecho*”⁵⁵ 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.
88. 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*”.¹⁶
89. No podemos dejar de mencionar, así sea someramente, la *discusión que existe sobre la prelación que supuestamente debe darse entre el Derecho objetivo y el derecho 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 poder 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.
90. 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 una nueva acepción o es asimilable a cualquiera de las tres anteriores. Cuando empleamos 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 typie-*

¹⁶ Durante algún tiempo se decía “*Esnutio Inés*” para referirse a quien estudiaba Derecho, incluso a la Facultad de Derecho se le identificaba con la “*Facultad (Ir Leyes a simplemente ‘Leves’*”. Si bien la expresión anterior es una sinécdoque (una forma de metáfora), padece una seria incorrección y un afán reduccionista inaceptable, porque el Derecho no sólo es, como sabemos, constituido por leyes. Éstas resultan parte importantísima del Derecho, más aún en nuestro sistema jurídico, pero la ley no es la única forma que adquiere una norma jurídica ni es sinónimo de ‘Derecho’. Las leyes constituyen exclusivamente una parte del mismo.

¹ Ferrer Cosentini, *Filosofía del Derecho*, esé. Editorial Cultura, México, 1930, pp. . . . 33-34.

dad" puede suceder que dicha autoridad sí esté cumpliendo de manera correcta con una norma de Derecho objetivo y, sin embargo, nosotros insistamos en decir que ¡a autoridad no tiene derecho. ¿Por qué? ¿Existe otro Derecho además del objetivo?

- 9). 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*.
92. Puede darse un *evidente conflicto entre lo que el Derecho objetivo señala y lo que ciertos valores prescriben*. De tal modo, no todo Derecho objetivo es necesariamente justo. Pero, regresando a la última interrogante: *¿Hay otro Derecho además del objetivo?* Porque, *¿qué sentido tiene hablar de que la autoridad "no tiene derecho" a pesar de que se cumpla el Derecho?*
93. Lo anterior nos invita a precisar otras acepciones de la palabra 'derecho', ya que desde la antigua Grecia⁷⁷ 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

94. 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 determinados, reciben el nombre de Derecho positivo*. Así las cosas, *el Derecho objetivo es el 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*.
95. El *Derecho positivo que rige en un lugar y momento histórico determinados*, 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 dei Derecho* alude a su *validez temporal*.¹¹⁷
96. 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 histórico determinados y de las cuales se derivan facultades o prerrogativas (derecho subjetivo) en relación con los sujetos a los que se dirige*.
97. Cuando se alude a! otro Derecho, *es decir, ai conjunto de principios morales previos a cualquier autoridad (no es derecho objetivo ni positivo) que rigen cu*

¹¹⁷ CIV, A nlon io Travo! v Serna *Histeria* (ir In *Filosofía elei Derecho y de! Estado*. 1. De ios One eoe a ia rea Fres Medit Alianza Universidad Textos. Madrid. 1987. pp. 95-184.

^K *Valide*; en el sentido de *derecho existente v eje o*. Véase nota 70.

quier h, i>ar v momento <U lo 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

98. De las expresiones "¡No hay derecho!" o "¡No tiene derecho!" traducidas a la idea de "¡No hay justicia!, ¡no es justo!", se infiere tino 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?

99. En el siguiente capítulo abordaremos con detalle este interesante aspecto de la dimensión axiológica del Derecho, cuya problemática evidencia la íntima 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, como consecuencia, 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"⁷

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.

En otros idiomas, sobre todo los que provienen del latín, mantiene la palabra 'derecho' el mismo sentido y generalmente presenta los mismos problemas de multivocidad. Salvo en el caso de idiomas como el inglés donde existen varias palabras para referirse a los varios sentidos de 'derecho' (*law, right, etcétera*).

* Principales acepciones de la palabra 'derecho' en español:

"El Derecho mexicano otorga iguales prerrogativas a los ciudadanos" (Derecho objetivo)

"El Derecho mexicano reconoce y protege el derecho que tengo a expresarme libremente" (Derecho subjetivo)

"Estudio Derecho en la Facultad de Derecho" (Derecho como ciencia)

"¡No hay derecho!" (Derecho como sinónimo de justicia)

(continúa)

⁷ Lothar Kuhlen. "I iolirionis ilr jjonitís ruin! el tirrecho y lo nitmil" (Trad. Carlos sic Santiago), en Derecho y Filosofía. op. cit., p. 191.

CUADRO 2.9 Principales acepciones de la palabra 'derecho' (continuación)	
Derecho objetivo	<p>"El Derecho mexicano otorga iguales prerrogativas a los ciudadanos.</p> <p>La palabra "derecho" es usada en su sentido de <i>norma o conjunto de normas</i> que constituyen un sistema jurídico. Es decir, en su sentido objetivo, como objeto de estudio.</p> <p>Tecnicismo para designar <i>una norma aislada o un conjunto de normas</i>: Derecho alemán, Derecho italiano, Derecho civil, etcétera.</p>
Derecho subjetivo	<p>"El Derecho mexicano reconoce y protege el derecho que tengo de expresarme libremente."</p> <p>La palabra 'derecho' es usada como la <i>facultad atribuida por la norma de Derecho objetivo</i>. 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).</p>
Derecho como ciencia	<p>"Estudio Derecho en la Facultad del Derecho."</p> <p>La palabra 'derecho' es usada como <i>ciencia o disciplina que se ocupa del estudio o análisis del fenómeno jurídico</i>, es decir, como <i>Ciencia del Derecho</i>.</p> <p>Si entendemos lo anterior, al agregar una palabra a la oración anterior, se cambiaría su sentido y significado. Por ejemplo...</p> <p>"Estudio Derecho mexicano en la Facultad de Derecho."</p> <p>Se estaría aludiendo, entonces, al Derecho objetivo (Derecho mexicano) no a la Ciencia del Derecho.</p>
Derecho como sinónimo de justicia	<p>"No hay [c] derecho!" ¡No obstante existir Derecho objetivo!</p> <p>"La autoridad no tiene derecho, a privarme de mi propiedad!"</p> <p>¡No es [usto] que la autoridad me prive de mi propiedad."</p> <p>Ciertos usos de la palabra '<i>derecho</i>' aluden a la <i>dimensión valorativa o axiológica del Derecho</i>. Entonces, cabría preguntarse...</p> <p>¿Hay otro Derecho además del objetivo?</p> <p>El Derecho al que se hace referencia, no es el objetivo, sino otro Derecho que desde antiguo muchos autores han considerado sinónimo de justicia. Esto es, el Derecho natural.</p>
Derecho positivo	<p>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.</p> <p>El Derecho positivo que <i>rige</i> en un momento y lugar histórico determinado recibe el nombre de <i>Derecho vigente</i>.</p> <p>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 (validez temporal)</i>. En suma...</p> <p>Todo Derecho vigente es Derecho positivo, pero no todo Derecho positivo es vigente.</p> <p>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 (<i>der echo subjeti vo</i>) en relación con los sujetos a los que se dirige.</p> <p>Cuando se alude al <i>otro Derecho</i>, 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... <i>Derecho natural</i>.</p>

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 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 conceptualizar al Derecho. Éstas 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 equivocados, 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 una definición como la elaboración que responde a necesidades tanto teórico-metodológicas como de 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" e "igualdad" entre otros, a situaciones emocionales, lo

cual no excluye que el Derecho pueda describirse racionalmente impidiendo se le asigne indiscriminadamente cualquier significado. 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 coacción.

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. A su vez, 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 his-

tórico y a los *avatares* 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 del mismo 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 a través de la Teoría General 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, etc.) y las instituciones de Derecho positivo (el matrimonio, la hipoteca, la patria potestad, etc.). La trascendencia de la Teoría General radica en el hecho de que sus

estudios y modelos especulativos 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 desenvuelven 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, entre otras materias; 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 Deontica que estudia la estructura de la norma jurídica como norma hipotética, sus relaciones y distinciones con otras clases de normas, el ordenamiento jurídico como un sistema con necesidades de coherencia y completud; el Derecho Comparado, que realiza el análisis de las instituciones jurídicas de diferentes sistemas de Derecho.

En el ámbito de la Filosofía del Derecho, desde el 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 Axio-*logía* Jurídica, también conocida como Teoría de la Justicia, ocupada del análisis de los valores que dan origen y faldamento al Derecho. A su vez, el estudio del modo y la manera en que los valores que fundamentan el Derecho se ha-

cen 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 ja realidad, no obstante que stt 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 de! Derecho, su fundamento racional y los rasgos característicos que te distinguen de otros órdenes normativos como la moral y la religión.

Concebimos al Derecho como un sistema de normas y principios dirigido a la 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 contiene 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 prescriben ciertas formas del comportamiento externo y colectivo de los hombres. Todo sistema es una creación humana, y por lo tanto, resultado de la cultura: segundo, que el Derecho es producido y garantizado de un modo especial, distinguiéndose así 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 es portador.

Esta definición permite 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 constituirse en un instrumento de regulación de conductas sociales, distinto de la moral o los convencionalismos sociales 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*, *directa*, *directum*, 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 'derecho' 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 (Derecho subjetivo). 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 algunos 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.

Capítulo 3

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. Nino

3.1.3 Diferencias entre moral y derecho

3.1.3.7 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 de 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 donde 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 Kelsen y, por supuesto, respecto de los malos entendidos, fundadas e infundadas críticas que al positivismo jurídico se han dirigido. El destino final de este recorrido no es otro que hacer ver que el centro de gravedad sobre el que gira la relación Derecho moral está dado por la aspiración de hacer del Derecho un instrumento verdaderamente útil para las mejores causas de la humanidad.

3.1 ES Derecho y la moral

1. Inicialmente aquello 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 interrogantes 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 interrogantes planteadas es la siguiente: *¿Cuándo y por qué surge la supuesta tensión entre el Derecho positivo (iuspositivismo) y el Derecho natural (iusnaturalismo)?* Si la analizamos cuidadosamente comprenderemos que las dimensiones láctica, 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, por medio de ellas, dirige a los hombres. 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 este 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 constreñidos a adoptar esos comportamientos.
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 liere 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 In forma y cumplan con los procedimientos (jic 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.*
- g. Ei 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 sentada la impresión de que ios iuspositivistas siempre se han alineado del lado de las causas progresistas y los iusnaturalistas 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 ios filósofos del derecho natural",*¹
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"*²
11. *El surgimiento del concepto Derecho natural se arraiga en la necesidad de producir un contrapeso a la idea de un Derecho positivo inhumano o injusto.* De ahí que los orígenes del iusnaturalismo los encontremos en el concepto griego 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 filosofía natural pre-socrática* que, según Frayssinhes y Sena, se dan a la luz de la *polis*.

¹ Alf. Ross. "El concepto de validez y el conflicto entre el Positivismo Jurídico y el Derecho Natural": en *Ei vánense de nitidei, y otras ensayas* (Trad. Genaro R. Garrido \ Ossa Ido Pasehero). Disertaciones pomañaras. México, 1951, p. 151

² Norberto Bobbio. "Iusnaturalismo y Positivismo jurídico" (Trad. Erasmo Garzón Vakilés). en *El problema del Positivismo Jurídico*. Distribuciones Fomamaia. México. 1977, p. e.7

idem.

estructura política que los griegos consideraban la forma más perfecta de vida en comunidad.' "Para la incipiente filosofía natural griega —escribe Truyo— tal como fui abriéndose camino en las ciudades ele Jimia, 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 "r

12. Ahora bien, a partir del concepto de *physis* se hicieron dos deducciones de trascendental importancia tanto para la Ciencia en general, como para la Ciencia jurídica en lo particular. Dichas deducciones son las siguientes:

1(7) Si la *naturaleza* (*physis*) constituye el elemento primordial, estable y unitario de! que todo surge, en tu medida en que los hombres a través de su fazbn sean capaces de descifrar cuáles son las leyes y principios que la componen, en esa medida estaremos en aptitud de entender cómo es que operan las mudanzas de! mundo sensible, es decir, contar con una explicación racional de cómo y por que es que todo cambia y se transforma. Evidentemente, esas leyes que explican el funcionamiento de ja naturaleza poseen, ai unísono, las mismas ; ualidad: que *physis*. es decir, se trata de *leyes estables (eternas), absolutas y universales*, las cuales no están sujetas a la voluntad humana sino que la anteceden y trascienden, pero que pueden ser develadas por vía de la razón.⁶ Esas leyes naturales no se manifiestan de modo evidente e inmediato a la inteligencia humana, requieren de un ejercicio de análisis y luego de prueba y experimentación que han realizado y realizan ios hombres de ciencia. Por ejemplo, Galileo. Copérnico. Kepier y, por supuesto, Newton y Einstein. entre tantos otros. Todos ellos con la sola fuerza de su razón fueron capaces de descifrar y, por ende, de comprender y explicar las leyes naturales que dan cuenta, entre otros asuntos, de ios principios que gobiernan el movimiento de las cosas y de ios astros, por qué la Tierra es una esfera y no plana, gira alrededor dei Sol. y cómo es que funciona ei universo entero y el tiempo mismo.

La segunda deducción que impacta a ia Ciencia jurídica y de la que se deriva ei concepto de *Derecho natural*.¹ plantea que así como existen leyes univ-
ersales; y eternas que dan cuenta del modo y manera en que funciona el mundo y oi universo, y dado que el hombre forma parte de éstos, *así también deben existir jeses o principios de orden universal!, absoluto y eterno, asequibles a*

¹ Cfr. Amonio Travo! y Sene: *Historia de io filosofíe dei Derechoy dei Estado', i. De los Orígenes o ia Bajo Edad Media*. Alianza Universidad Testo:. Madrid. Se.

⁶ *thüL* p. !L.

" Paro Felix E. Oppenheim, este primer tipo de ieyes deducidas de lu idea de *physis* son leyes descriptivas, es deen. "¡...! aseveraciones a< erro del orden normal de io nimirra y de ir soci edad. Contribuyen a explicar io que ha ocurrida y in vaticinar lo que si cederá: no prescriben lo queve debe linee r< dejar de hacer. Las leyes de la münraieza se descubren, na ne promulgan conio las leyes positivos ni se nostuhin como principios inórales. Puede:: ser confirmadas a desmán jidas, pero no obedecidas ni desobedecidas. Lino determinar .a una ley descriptiva es verdadera, nene que someterse ti pruebo mediani! referencias o evidencias empirie:::, en lamia que mui regla legal= s válida dentro de un sistema legii! dado si esni de acuerdo ron otras reglas ile! sistema, conio lo Constitución o las reglas ae e. "mpeiennria ". Véase dei autor: *Ética y filosofía política* (Trad. Alfredo Ramírez Araza y luán Iose Utrilla), Breviarios Ve: PCL:, México, p. Sé.

El mismo Oppenheim, señala: "*La palabra "natural" indica también <pie tales normas se descubren por medir de nuestro : ' ¡..enhades ¡alturales" ¡: "ratón ¡¡aura:" v , sor parte dei ' ordo u naos . i de ios e. vas . Oír ¡iva . p. (i).*

la razón, que señalen a que debe ceñirse el actuar de los hombres y las instituciones creadas: *¡mirar dos. ¡ales leyes o principios constituyen, precisamente, el contenido del llamado Derecho natural/ Y dado que estos principios y leyes son anteriores a las instituciones humanas como el Derecho positivo, por ejemplo, éste debe hallarse sujeto a aquél si pretende ser justo.⁶ esto es, sometido a las leyes que rigen el orden natural de las cosas (physis). Por lo tanto, la justicia, así como las leyes que rigen a la naturaleza, son objetivas. los seres humanos las descubren, develan e interpretan, no las crean.*

13. 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 que se atribuyen esas características de parámetro pertinente, p; juicio, fuente de inspiración y guía o contrapeso del Derecho positivo*. se le ha denominado *Derecho natural*.
14. El iusnaturalismo es producto de una larga evolución histórica que sufre distintos procesos y *que pasa por la idea de un Derecho derivado de la Divinidad, a la de un Derecho deducido de la racionalidad 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 a corrientes sumamente diversas.¹⁰ Sin embargo, no es la intención de esta obra hacer un recorrido por todas las escuelas que han contribuido a la formación del pensamiento iusnaturalista, propósito que corresponde a la Historia de la Filosofía del Derecho. Pretendemos destacar de ese pensamiento las características que nos permitan distinguirlo y confrontarlo con corrientes filosóficas 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*.
15. Carlos S. Niño, en dos de sus principales obras, *"identifica las tesis filosóficas fundamentales que están, presentes en las distintas escuelas iusnaturalistas*. Utilizaremos su trabajo como base para llevar a cabo un análisis que nos permita detectar cuál es la tensión que existe entre la relación iusnaturalismo-iuspositivismo y, tal cual lo plantea la segunda de nuestras preguntas, *qué es, en sí, en realidad se encuentra detrás de la unión entre ellas*.

⁶ "(...) esse es o' i'lich roitúu ... las dice.....; i.ou.o, ... i o, n.nnm. o. <, ios jir. no. y ios de ético joliden ene s objetivamente l'entuben" j-SO;-o ion qué - o o. o de irse.: ; i:si;j-, o:, , ref eo d; seo; ese. iinp.on. rst \, >hi -itere l'se. f: (; oes rípios constituyen el derecho r.ouu-cii Son c'emos e innumhlos. suidos novo todos les naciones oor. ios ... eos.", Cicerón. *De Ja round tí. o di. ,si i i. l) oonseeno.n : -' os o-, no. : o. o. i úeher oleen! di i, siseo. ? o ellos, dnd. p*

"id derecho pies orre . o orejee., .on.i.n o: jo j'en ere i on.-snro. ni. ojo o anuo . ú.rminieih nno;j-. noi.,-lómemente válido". *ibUL p. 60.*

Realizan un desarrollo de a: .. corrientes mas desineadar iusnaun'nisnio autores: Jose Antonio Garriga, González. *Los enfoques actuales del Derecho Natural*. Porrúa. México, 1985; Luis Reaséns. *Sicjn .. iusnaturalismos actuales comparados*. Facultad de, jela . llmverr.idau ; a : .. amilise ase a, Madrid. Madrid, j ; 1980. ... desde el punto de vista histórico sobre el Derecho natural puede eno rrrarse en los siguientes lrbn i< luido ... *Fusó, Historia de la Filosofía del Derecho*, tomo I. Editoria Nación;!! . Madrid 1978: .. Jose M. todncui 22 Panagta. *Historia de Pensamiento Jurídico*. Facultad o, Percho. Jaco raida.i Compj - a - o, » .. Madrid PS(í.

¹⁰ CIV. Carlos S. Niño, *inroanciém en reid tí re de: fierres*. : ri - ; ora ,no n i y, <yj ; é cs ; u-r; ene-.n; ee., 6.a los Rueño* -Para MSD .

CUADRO 3.1 Derecho natural
<i>Sistema de principios que tienen una justificación intrínseca y no están basados en actos contingentes de dictado o reconocimiento por parte de ciertos individuos.</i>
Distinción bobbiana entre iusnaturalismo y iuspositivismo.
Iusnaturalismo: corriente que acepta la superioridad del Derecho natural respecto del Derecho positivo. <i>Es una corriente dualista y de la superioridad de un Derecho (el natural) sobre otro (el positivo).</i>
Iuspositivismo: <i>corriente que sólo acepta la existencia del Derecho positivo. Es una corriente monista y exclusivista.</i>

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

16. Para Nino, 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 la tesis 1.*
17. De acuerdo con lo anterior, nuestra segunda pregunta plantea: *¿qué está detrás de la tensión entre iuspositivistas e iusnaturalistas y en qué consiste ésta?* Apoyados en las dos tesis de Nino, esta pregunta puede responderse de modo siguiente: *los iusnaturalistas aceptan una o ambas tesis*, por lo tanto, contamos con *dos posturas iusnaturalistas 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, *con firman que el Derecho positivo que no cumpla con tales principios no podrá ser calificado como Derecho (tesis 2)*. Quienes así se expresen están ubicados dentro de la corriente llamada iusnaturalismo ontológico.
18. Los *iusnaturalistas ontológicos* aceptan las dos tesis de Nino. 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, por esencia*. Consecuentemente, esta corriente *niega el carácter de jurídico a todo sistema o nonna 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 *absolutamente necesaria*, pues es la justicia la que condiciona la naturaleza jurídica de las normas. *En simia, aquello que no sea justo no puede ser Derecho*. Ejemplifican históricamente a esta corriente el iusnaturalismo grecorromano, el escolástico medieval, el iusnaturalismo racionalista y el neotomismo.¹²

¹² C Ir. h. I-ernánde/. *l'orlu tie Li justicia y iltechos Intuianos*. Detrae. Madrid. 1987. p. 87.

19. La segunda postura iusnaturalista básica es la sostenida por *los iusnaturalistas que aceptan la tesis 1, pero no la 2*. Esto es. la corriente iusnaturalista denominada *deontológica*, conformada por aquel grupo de pensadores que *conciben la existencia elei Derecho natural en tanto el conjunto de principios morales y de justicia universalmente válidos, asequibles a la razón humana, que son parámetro que legitima-a! Derecho positivo, determinan su medida v a los cuales debe estar sometido.*¹¹ Sin embargo, y a diferencia de los que suscriben la primera postura, 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 reconozca plena entidad (validez, formal) como Derecho. Aquí también es identificable una relación contingente (o sea, que a veces puede darse v a veces no) de lo jurídico con la moral. Pora el ;Hsnaturalismo deontológico, entonces, ja justicia de una norma no determina la validezfonnal de la misma, sino que condiciona su validez material, es decir, su obligatoriedad.*

CUADRO 3.2 Las dos tesis del iusnaturalismo según Carlos S, Niño

- Tesis 1.** Hay principios que determinan ja 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.
- Tesis 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.

20. Curiosamente, algunos *iuspositivistas*. a los que identificaremos como ético-utilitaristas más adelante, *aceptarían, aunque con determinadas condiciones, la tesis 1 y negarían de plano la 2*. En otras palabras, si bien diversos autores incluidos en esta corriente *no tienen inconveniente en aceptar la existencia de principios morales que guíen o condicionen la validez material del Derecho positivo* —como lo hacen en sus teorías Bentham y Austin—. *sí negarían que jales principios fueran calificados como Derecho, lo cual constituye no más que una diferencia de orden terminológico. Sin embargo, a lo que estos juristas se opondrían ronidamente es que dichos principios fueran condición de validez formal del Derecho positivo. Es decir, que el concepto de Derecho deba caracterizarse en términos colorativos —si es justo o injusto—, ya que el carácter jurídico de una norma debe ser identificado sólo haciendo alusión a propiedades tácticas —que sea emitido y garantizado de mui determinada forma—, independientemente de su justicia o su moralidad.*

¹¹ *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 Lecambra. Este último afirmaba que: "Aquellos preceptos tic los que, aun siem/o de índole ética, licué sentido postular .su valide: para el área social de la vida Inunauu. v de los que por su misino eontenido puede predicarse un carácter de justicia, son Derecho natura!. El Dereelm natural es la proyección social del orden moral o. más cxm lamente, la proyección (d twden sm iul de las csiycmias del orden moral . Véase su *Filosofía del Derecho*. Bosch. Barcelona. 1978. p. 295.

- 2 i. El empleo que hemos hecho de las tesis de Niño nos permite obtener algunas conclusiones mediatas que, al mismo tiempo, darán respuesta a las preguntas que guían esle 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.
22. *Primera conclusión*. La disputa entre una determinada dase de iuspositivismo y iusnaturalismo es, en un plano inidat!, de orden verbal o terminológico, pues autores calificados de iuspositivistas (*iuspositivismo metodológico*) y de iusnaturalistas (*iusnaturalismo deontológico*) *aceptan que la validez material de las normas jurídicas —su obligatoriedad— no puede cifrarse 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 tai efecto, sino que dicha validez a lude a ciertos principios que ios positivistas llaman —entre otros nombres— moral, social o positiva, y los iusnaturalistas Derecho natural*.
22. Asi las cosas, cuando decimos: "No hay derecho..." lo que expresamos no es que l ácticamente se carezca de normas jurídicas, ni que el acto de autoridad esté ausente o haya incumplido con una cierta reglamentación, *sino que ese acto por más formalmente jurídico y válido que se presente puede ser injusto, es decir, contrario a ciertos principios murales o de justicia que se consideran razonables, histórica y democráticamente consensuados, según ios iuspositivistas, o que cumplen con ios principios de Derecho natural!, según ios iusnaturalistas*. Ejemplifiquemos lo anterior.
24. Piénsese en un Estado posible que, conforme a ios 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 esas normas jurídicas, porque considerarían que matar es un acto moralmente reprobable, aunque lo autorizara el Derecho. Es decir, matar a personas de cierta raza en este caso sería legal, pero sería también, para una gran laavoría, ayusto e inmoral.
25. Seguramente ja mayoría de ios autores iuspositivistas desaprobaban moralmente esa norma jurídica o el sistema lega) 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 mi cuestión *es injusto*, pero además agregarían, respectivamente y ymmi! sea . postula. ontGlogiCo o deontóts.'giea. que ese Derecho positivo con normas tan aberrantes moralmente no es autentico Derecho, porque incumple con los principios o i adidas por i a le sis i es que ello puede sugerir - no sedo por razones cumaloga as sino por el contexto histórico mi que surgió ia expresión- ana particular concepción meuiéltat acerca jle ia jormia de tumi.,menor mies ármennos, a saber: a través de su derivación uc pntposiciones acerca de la nam raí cm Illumina, y mas esrcr t/cnenlc. a intvés de su tierivat'ian dei cnoiépíc arislók'íieo-iowisia de a: nnirtllter.it ínunaiui . Venise ó. S.

⁴ Escribe Niño: "os primer lugar, prácticamente iodios ios positivistas, ano eji los vosos eo tote aceptan ei núcleo de esta tesis Nn jesis i i, .ve resistirán a designar ai sistema de principios cao jy rontio 'derecho parara'. hito es así, creo, por nos serones. Primero, pimple esta tenninoiogia que incluye lo expresión 'acreció puede general confusiones eme involucren introducir ruín eplícioeameie la lesis C 5,7 iusraiiütrnlismo. impidiendo :jnc re cucóle con un concepto puramente descriptiva Je derecho. La segunda posible carón génerai por lo ente ios positivistas no son proclives a denominar 'di recial nal uro i ai con junta de principios o i adidas por i a le sis i es que ello puede sugerir - no sedo por razones cumaloga as sino por el contexto histórico mi que surgió ia expresión- ana particular concepción meuiéltat acerca jle ia jormia de tumi.,menor mies ármennos, a saber: a través de su derivación uc pntposiciones acerca de la nam raí cm Illumina, y mas esrcr t/cnenlc. a intvés de su tierivat'ian dei cnoiépíc arislók'íieo-iowisia de a: nnirtllter.it ínunaiui . Venise ó. S.

26. 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 asigna a los principios que, se piensa, deben sujetar al sistema jurídico*. Otros llaman a tales principios Derecho natural, otros, no obstante coincidir con la idea de que existen principios objetivos de justicia como los que aquél predica, se resistirán a llamarle Derecho, reservando exclusivamente el empleo de este sustantivo ('derechoo precisamente) al Derecho positivo. Empero, como se podrá inferir de lo anterior, *la verdadera disputa, la fuerza de la tensión, resulta más profunda, porque radica en la cuestión de la validez moral y, con ella, en el complejo asunto de la obligatoriedad del Derecho*.
27. La distancia mayor entre ambas posturas, y donde ya no habría tensión sino rompimiento, estaría caracterizada por dos posiciones extremas. En la primera, donde se ubicarían los iusnaturalistas ontológicos, no sólo se consideraría injusto a un sistema normativo jurídico que incumpliera con las exigencias del Derecho natural, sino que a tal sistema se le negaría, inclusive, el carácter de *jurídico*. En el otro extremo se ubicaría una corriente del positivismo que participaría del denominado *escepticismo ético*. Esta posición negaría de plano la tesis de sosteniendo que no hay ninguna clase de principios universales para justificar acciones individuales o instituciones, y que tales principios no pueden ser justificados racionalmente.¹⁰ Esta corriente está representada por juristas de una tradición lejana a nosotros y a la que se identifica como realismo jurídico escandinavo, “
28. Empero, entre *impositivistas conceptuales* 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, *la disputa, tan r de girar en torno al tipo de relación que el Derecho ha de tener con la moral s. en su caso, a la clase de principios morales que han de justificarlo*. lo que da pie a nuestra segunda conclusión mediata.
29. *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.¹¹ En efecto, *el ungen del problema que se esconde iras la tensión entre iusnatu-*

¹⁰ Cfr. *Ibid.*, p. 103c

¹¹ El realismo jurídico escandinavo considera que carece de carácter científico todo arcedo que no leño que ver cea la reu-
 údaa renecio-lelva... va ver and: no se dé en el mundo de los sentidos, en el mundo empírico. Por lo tanto, la moral y los valores son metafísicos y, consecuentemente, no pueden ser explicados racionalmente. Las disquisiciones en la moral y la justicia y el deber del derecho, en la medida en que no pueden describirse objetivamente y empíricamente, **mente, pot** vía de los sentidos. Carecen de racionalidad y resultan un ejercicio de especulación inútil de naturaleza no científica. Este es el punto de vista: sonaros o sss a... a va: vincule con el escepticismo ético muy nombre proviene de la negad'... a a oborgule extans.
 Va a fr o y racienu a ja reflexión ética) o. de piano, con el nihilismo vaforano, e) cual pone en duda la existencia, prec:
 emente, de Ir: arto lítete, ya que los valores a., son cualidades de los objetos sino reacciones psicológicas. jaavj.ataitt. ac
 carácter sentimental. A lea, juristas de esta impronta, como Hagersstrom o Axel Hågerström o Anders Vilhdm Lundsied. lo
 que importa son los fenómenos psicológicos que produce el derecho no su fuente, es decir, cuándo y por qué determinadas nor-
 mas sociales son consideradas derecho tanto por los jueces como por los particulares. Al respecto nunca, se el se de Theodor
 Laurei. r. c. l. c. e. t. a. s. e. r. r. e. n. m. o. r. a. l. y. D. e. r. e. c. h. o. (Trad. Ernesto Garzón Valdés). Distribuciones Pont unar.: México. 1992.

¹² I): electo. Ernesto Garzón Valdés. resumiendo los términos de esta disputa ha dicho, textualmente, que: "la dirnonón re
 eemf... io ronthidra o InigobilUlul de esumkeer una reines: eeneeyrial emrc derecho y mor!" S tu 'Derecho y
 moral': en *Derecho: • mena, ensayo: ruine un debate contemporáneo*. Rodolfo Vázquez (comp. f. iácdtsa Editores,
 Barcelona, 1988, p. 19).

rulistas e iuspositivistas no es otra que ja relación que, se supone, el Derecho debe 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 (/cerca al Derecho independizándolo de aspectos valorativos, o que lo define en términos puramente [lógicos, es decir, aludiendo a la forma en que es creado y se asegura el cumplimiento de una norma jurídica, puede aceptar, inicialmente, que el Derecho deba ser justo, pero también que si no lo es sigue siendo Derecho.
- 31 Esta postura positivista, opina Bobbio, nos aporta varias 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 (v. 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."¹⁸*
32. En consecuencia, quien acepte ser un *positivista metodológico* 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 a! Derecho una determinada concepción moral.*"
35. Alf Ross resume todo lo antedicho del modo siguiente: "*Sostengo que no luí y 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 pin amente empíricos, sin referirse al concepto de validez. El jusnaturalista se ocupa de la cuestión de si cierto orden fríctico obliga a las personas también moralmente (en sil 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 fríctico. y cuál es su contenido. En consecuencia, la pregunta sobre la validez necesariamente presupone la tesis positivista, a saber, que la existencia de un cieno ordenamiento jurídico puede ser verificada v su contenido descrito, independientemente de ideas morales o jusnaturalistas*"¹⁹

¹⁸ Norh.Ti-o Bohllo. --hisnaturalismo y positivismo jurídico". o/r vi/., p. 42.

¹⁹ Cfr. Gregorio Peces-Barba: *Introducción a lo filosofía del Derecho*. Debate. Madrid. 1988. p. 13 S. Véase ella II.

²⁰ "MI Ross. Ir! concepto de validez...". *op. cit.*. pp. 10-20.

36. *fio existe causa justificada*, según hemos mostrado, *para negar la relación entre el Derecha y la moral*, como no existe razón tampoco para *fundirlas a 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 Laporta: *o legalizar la moral o moralizar el Derecho*.² *

3.13 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 Kanl³ la estructura teórica más completa para establecer 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*.²³ Ahora bien, dado que estas leyes se ocupan del ámbito externo de la conducta humana y las leyes morales, en general, del interno, nos referimos, entonces, *a dos órdenes normal i vos distintos por su esfera de acción pero ocupados, ambos, de la conducta humana*. García Máñez 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 Kanl donde logra mayor hondura y precisión"*⁴
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 Kanl. 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, *auténticamente*. quien *se dieta a sí mismo* sus normas morales, las normas jurídicas *proceden de un poder externo a él*.

² Cir. Francisco Laporta. *Pltre el derecho y lo inorai*. Distribuciones Fomamara. México. 1993. pp. 43 y 39.

³ Or. Immanuel Kanl: (*ritiro de lo rozón práctico* (Tirici. Francisco Larroyo). Porra a. México. 1980.

⁴ Cf. Gregorio Peces-Barba. *Introducción o la filosofía...*, op. cit. p. 14b.

⁵ Eduardo García Máñez. *filosofía de Derecho*. Porrúa. Mexico. 1980. p. 37.

42. En consecuencia, la moral es *incoercible* y el Derecho *coercible*. En tanto ¡as normas morales *demandan un cumplimiento auténtico que deviene de ¡a voluntad de cada individuo* (espontáneamente), los mandatos jurídicos *pueden ,ser impuestos aun en contra dé la voluntad del mismo individuo*, es. decir, coercitivamente (en forma no espontánea), por vía de la fuerza que el poder pone a disposición de) Derecho.
43. Cabe destacar ei *criterio finalista* distinto que comportan la moral v el Derecho. La primera ; *tende a la perfección del hombre mismo*; el segundo a *los fines sociales provisorios*. Mientras las normas morales rigen *la búsqueda del mejoramiento individual e interno de cada hombre*, las normas jurídicas *buscan regular los comportamientos sor ¡ales en un momento v lugar histórico determinados*

I CUADRO 3.3 Diferencias entre moral y Derecho

MORAL	DERECHO
<p>¡ La libertad humana se rige por leyes morales, porque se dirigen a regular su comportamiento.</p> <p style="text-align: center;"><i>Interioridad de la moral</i></p>	<p>Las leyes morales que regulan el comportamiento externo de ios hombres son las leyes jurídicas.</p> <p style="text-align: center;"><i>Exterioridad del Derecho</i></p>
<p>¡ Los mandatos morales se ocupan de los actos j Internos del hombre, de la bondad o la maldad j de su proceder en términos de su propia conciencia.</p>	<p>Los mandatos jurídicos se preocupan de los actos exteriores de la vida de! hombre.</p>
<p>Los mandatos de la moral se dan al inerior y en la soledad de cada individuo, su carácter relacional es: unilateral.</p>	<p>El Derecho regula la vida en sociedad, nuestra relación externa con los demás, su carácter relacional es: bilateral.</p>
<p>Le: moral <i>tende a ia perfección del hombre mismo. su finalidad es el mejoramiento individual e interno de cada hombre.</i></p>	<p>El Derecho busca los fines sociales provisorios, su final idad es regular los comportamientos sociales en un momento y lugar histórico determinados.</p>

3.1.3.1 Moral ideal y moral social

44. La moral como normatividad interna de la conducta de! honibr *tene una forma de manifestación colectiva*. Por eso debemos hacer hincapié- en ¡as diferir* . Lis- tentes entre Ja denominada *motril ideal* o *crítica* y la *¡nonti social* tmmith. i.-.ina da *positiva* o *vigente*.
- E. A lo largo de esla parte del libro hemos hablado de r. •• s:s:c:m:: *normativas con tos cuates ctmvive el Derecho*, visto como un sistema m»rmaliv»> singulat ¡unto de los otros por su fonna de emisión, estructura, aseguramicMt < m - - ¡ón ci-ura las conductas que lo transgreden. Como parle de esos sistema: - . ¡¡¡¡¡¡¡¡¡¡ hecho alusión a la moral en tanto *el conjunto di regias de e inducía miéte*)

incoercible, socialmente aceptadas, que prescriben lo que está bien o mal, lo que liar de bueno o malo (lo que debemos o no hacer) en nuestra relación con los demás. Nos bailamos, pues, ante ia moral social, positiva o vigente.

- 40 Es evidente que *todo Derecho incorpora ciertos aspectos de la moral social* o 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 ios distintos fines que cada uno persigue, y sobre ios 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 ios padres mantener y educar a sus hijos. A su vez, casi todos los sistemas legaiies 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 otrac no sólo opinan lo contrario, ciño que hasta aceptan, incluido su sistema jurídico, el matrimonio⁶ entre personas de un mismo sexo.
47. La moral y ei Derecho son creaciones humanas, de tai suerte que *lo histórico y lo cultural también afectan a la moral social*, sujetándola a las transformaciones que en todo orden produce ei paso del tiempo y a ¡as 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 ias sociedades conservan por siglos y que son moldeados poco a poco a lo largo de! tiempo, aunque en general la mayoría de ios valores morales tienden a mantenerse durante periodos más ¡argos que las normas jurídicas. Sin embargo, t ¡. uno v otro sistemas normativos hay principios que parecen conservarse (el respeto a ir vida, cierto ámbito de libertad positiva, etc.!), pero, queda claro, que hay un mavor dinamismo en el Derecho. *Parecería que por más que el ámbito de la mora: soc d o positiva atiende a comportamientos retad nales sus prescripciones t más vinculadas con el aspecto íntimo de la persona, es decir, aluden a su virtud maní: Veamos otro ejemplo: la mayoría de ias 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 cie ¡tos límites (como que las personas involucradas no incurran en adulterio, que actúen por propia voluntad, que hayan cumplido una edad mínima, etc.j. La moral social en ciertos grupos humanos succio. 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 perviví nm, t< m: tipo de moral social*. Diferentes grupos dentro de ese colectivo de personas sostienen pautas morales diversas, que obedecen a múltiples circunstancias como e! nivel socioeconómico, ia religión, las costumbres y las tradiciones. No

A iii. ¡ju Jos personas do un mismo seso pudieran contrae! matrimonio en el Distrito Federal, lúe modilieuodoel artículo, Ufuk sn Cól.lio Civil, ei cuai va no alude a ia unión de un hombre con una mujer. Dicho artículo aplicadle a partir de: -i tic nuevo de! .AL 0) con electos en lodo el país, luego Ue una decisión de la Suprema Corte do justicia en México, reo así: "*Matrimonio es tn unión libre de dos personas para realizar lo comunidad de vida, en donde ambos se procuro:: respe::, igualdad v ovada mutua. Debe celebrarse ante el Juez de! Registro (i vi! y con tas formalidades ente estipule t ¡vos'un código"*.

obstante, no sólo puede hablarse sino hasta corroborarse la existencia de una moral social dominante vía encuestas o consultas, 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 ideal 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: "*La 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 del hombre prudente. Una moral social se mantiene sólo en la medida en que hay cierta convergencia en los juicios morales críneos que la gente está dispuesta a formular. De modo que es equivocado aislar completamente la moral ideal de la moral social".:7
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. Empero, los iusnaturalistas los vinculan forzosamente ante la necesidad real de cuestionar la validez material de 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 Hatts Kelsen quien consciente de estas circunstancias buscó establecer la validez del Derecho dentro del propio orden jurídico normativo sin necesidad de recurrir a la mora!. El análisis de su obra nos sigue pareciendo imprescindible, y su estudio, dentro de este apartado, 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, misma 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 jurídico*, toda vez que aquélla pertenece a un orden normativo distinto.
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...*"¹¹ 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 la ciencia jurídica de todos los elementos que le son extraños. Éste es su principio fundamental en cuanto al método.*"¹²
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 melódico que oscurece la esencia de la ciencia jurídica y borra los límites que le traza la naturaleza de su objeto."*
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: per > no. En cambio, a la pregunta de cómo el derecho deba ser o deba ser hecho. Es ciencia jurídica: no. en cambio política jurídica"* ¹³
55. ¿Qué es, entonces, el Derecho para Kelsen? El Derecho, afirma, es *"un sistema de normas que regulan el comportamiento humano"*,¹⁴ — Empero, asimismo subraya, lo que hace a una norma jurídica no es su contenido sino el modo en que se produce... *"El sistema normativo que aparece como un orden jurídico, ji,::"*

¹¹ Hans Kelsen, *Teoría pura del Derecho* (Triunfo, Reherir, i. Vemenirio), UNAM Mesico. 1960, p. 11.

¹² *Ulan.*

¹³ *Idem.*

¹⁴ *Idem.*

¹⁵ Luis Kelsen *Teoría pura del Derecho*, op. cit. p. 15.

esencialmente un carácter dinámico. Una norma jurídica no vale por tener *i*_n contenido determinado; es decir, no vale porque su contenido pueda inferirse, mediante un argumento deductivo lóitit o, de una norma fundante básica presupuesta, sino pm lu/ber sido producida de una determinada manera. .. en última instan, cía, 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 mn-tenu e esc norma (undante básica)".¹

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 a! Derecho otorgar validez al propio Derecho, una norma jurídica ha de fundarse en otra y ésta, a su vez, en otra más, hasta llegar a la cúspide de la famosa pirámide keisenianu donde se encuentra ¡a norma hipotética fundamental fia norma fundante básica²! 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 valide: de una de ellas puede ser negada por contradecir su contenido al de teta norma tío perteneciente al orden jurídico cura norma fundante básica es e! fundamento de la validez de la norma cuestionada".³
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 dei 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, "La exigencia de distinguir el derecho de Ir, moni, y lo ciencia jurídica de la ética —escribe Kelsen a propósito de lo anterior- . significo que. desde e! punto de vista de un conocimiento científico del derecho positivo, su legitimación a través de un orden moral diferente dei orden jurídico es irrelevante, dado que ia ciencia jurídica no tiene que aprobar a desaprobado su objeto, vino conocerlo V describirlo".³⁶*
59. Kelsen acepta qut adema; d< la; normas jurídicas existen otras que regulan : comportamiento reciproco de ios hombres. Por tamo, la ciencia jurídica no es la única disciplina orientada al conocimiento y descripción de las normas sociales: esas otras normas sociales son la moral.⁴ Así, confirma Kelsen: "En tanto lajusti-

¹ *Ihitt.*, p. 205.

² *thit.*, p. 208.

³ *Ihitt.*, p. 205.

⁴ *Ibid.*, p. 81

³⁶ Cf. *ibid.*, p. 71.

cía es una exigencia de la moral, la relación entre la moral y el derecho queda comprendida en la relación entre justicia y derecho".³⁹ Es decir, que este autor no me^oa 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 Keisen 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.

60. La posición de Keisen en relación con la justicia y, por lo tanto, con la relación entre el Derecho y la moral está signada por el *relativismo*, que no por el *escepticismo ético*.⁴⁰ Ello significa que Keisen 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 ¡a autoridad absoluta y trascendente de una divinidad: "...si se niega —dice Keisen— 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 —y hasta en un mismo pueblo, dentro de diferentes estamentos, clases y profesiones— existen sistemas morales válidos muy distintos y entre si 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".⁴⁰
61. En consecuencia, con su postura ética relativista, para Keisen el Derecho no debe ser justo para ser Derecho, lo cual no implica de forma necesaria que, de hecho, existan sistemas jurídicos justos e 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 confundiendo al Derecho mismo con la moral. "Si se entiende —expresa Keisen— 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 rale dentro del dominio de la moral, que el derecho es parte integrante del orden moral, que el derecho es moral v. por ende, justo por su propia esencia, bu i *

* //<<, p. 72.

"El escepticismo ético niega la existencia de los valores o la posibilidad de su comprensión racional. Keisen mismo explica su postura relativista al decir: "Una doctrina relativista de los valores no significa —como múltiples va es ha sido mal entendido— que no haya valores y, en especial, que no exista justicia alguna, sino que no hay valores absolutos, sino sólo relativos: que no Itay una justicia absoluta, sino relativa: que los valores que constituimos mediante nuestros actos productores de normas, y que son fundamentos de nuestros juicios axiológicos. no pueden darse con la pretensión de eliminar la posibilidad de villares contrapuestos". *ibid.*, p. 80.

⁴⁰ *Ibid.*, pp. 76-77.

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".⁴¹

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 al *iusnaturalismo ontológico* y al *positivismo metodológico*. La primera de tales posturas sostendría que "...el derecho, por su naturaleza, también es moral, es decir: 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 piullbt bina COilduClÜ CjUe la moral exige, ese orden no constituye derecho, por no ser justo".⁴² 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".⁴³
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".⁴⁴
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*,⁴⁵ confundiendo así ambas esferas de la conducta humana, lo cual haría imposible determinar, lógicamente y metodológicamente, si un Derecho es justo, ya que lo moral se encontraría mezclada con lo jurídico. Elio implicaría, también legitimar, acriticamente, cualquier orden coactivo.⁴⁶ "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 —v sólo entonces la moral así presupuesta configura un patrón axiológico para el derecho— si

⁴¹ *Ibid.*, p. 76.

⁴² *Ideii.*

⁴³ *Idem.*

⁴⁴ Hans Kelsen. *Teoría para el Derecho*. op. cit., p. 80.

⁴⁵ Or. Gregorio Pees-Barba. *Introducción a la filosofía...* op. en., p. 138.

⁴⁶ Or. Hans Kelsen. *Teoría pura del Derecho*. op. cit., p. 82.

*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”;*⁴⁷

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, 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 que implica: una única moral absoluta, y, por ende, una justicia absoluta*”⁴⁸
66. Conviene aquí volver a preguntarse de qué manera Kelsen respondería a nuestra tercera pregunta: *¿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 que exclusivamente se cumpla con una condición formal, a saber: si el Derecho procede de la autoridad fuente y en su elaboración se observaron las formalidades adecuadas, ese mandato estatal es una norma jurídica, es Derecho. Sin embargo, la relación Derecho-moral se da sólo en el ámbito de una moral relativa, a la cual, incluso, 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 litoral, 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*”⁴⁹ 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 Injusticia; 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 debido’, lo correspondiente a una norma; y si se define al derecho como norma, ello implica que lo conforme a derecho es bueno*”;⁵⁰
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.⁵¹ Cabe calificar la justicia de un

⁴⁷ *Ibid.*, p. 79.

⁴⁸ *Men.*

⁴⁹ *Ideali.*

⁵⁰ *Idem.*

⁵¹ Cfr. Hans Kelsen. *Teoría pura del Derecho*. op. cit., p. 80. “*Es evidente —dice Kelsen— (¿ne una moral puramente relativa no puede cumplir la función, consciente o inconscientemente, recibida de proveer de un patrón absoluto para la evaluación de un orden jurídico positivo. Pero patrón semejante no cabe encontrarlo en el camino del conocimiento*

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 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 ja ' 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 inmutabilidad, 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".*³⁷

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 fuente 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*.

(continúa)

científico. Ella liti significa. empero, itic no existo patrón alguno. Cinta sistema moral puede servir anuo patrón semejome Pero es necesario lnter conciencia, cuantío se juzga la eonfoniuteión ile un orden jurídica positivo como 'moral ', como bueno o malo, justo o injusto, que el pailón es relativo, que mi está excluido oirá evaluación a punir de otro sistema moral: que cumulo se considero un orden jurídico conto injusto, conforme el patrón de un sistema moral, el mismo orden jurárico puede ser estimado justo, ateniéndose til pailón tic otro sistema morar,

³⁷ idem.

³⁸ Idem.

CUADRO 3.5 Resumen de las tesis expuestas por Kelsen en su Teoría pura del Derecho respecto de la relación Derecho-moral (continuación)

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.

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, Italia en Kelsen un desarrollo e influencia de tal magnitud que hacen posible una teoría moderna del Derecho.⁵¹*

⁵¹ 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 Aldav. *Los calificativos del positivismo jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral.* Cuadernos Civitas. Thomson-Civitas. Madrid. 2004.

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 formal de un sistema jurídico resulta independiente de la valoración que de éste se haga respecto de su justicia o injusticia; es decir, que no puede negarse su existencia por el hecho de no ser justo. Esta distinción va más allá de la pura diferenciación entre el Derecho que es y el que debe ser, porque permite, por encima de los subjetivismos morales o las preferencias axiológicas iusnaturalistas, 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 de *honestum*, *decorum* e *iustum*—, Benfham y Austin (estos dos últimos, desde el positivismo), en siglos y épocas distintas.⁵⁵
72. Norbert Hoerster denomina este legado de la teoría kelseniana como *tesis de la neutralidad*—a la sazón, según este autor—, ¡a *tesis central del positivismo jurídico*. La *neutralidad* predica, en breves términos, que *el concepto de Derecho tiene que ser definido prescindiendo de su contenido*.⁵⁶ 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"^{A1}
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, ya considerando que éstos son objetivos, universales y eternos, o relativos a épocas y circunstancias de tiempo y lugar.
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.

⁵⁵ Cfr. Gregorio Peces-Barba. *Introducción a la filosofía...* op. cit., pp. 140-146.

⁵⁶ Cfr. Norbert Hoerster. *En defensa del positivismo jurídico* (Tratl. Jorge M. Seña). Gedisa Editores. Barcelona. 1992).

p. 11.

⁵⁷ *Ibid.* p. 12. Evidentemente la referencia a Sudáfrica alude al régimen de *apartheid* anterior a las reformas constitucionales que lo derogaron o hicieron posible el ascenso a la presidencia del activista negro Nelson Mandela. Sobre una visión introductoria y general de *apartheid* puede consultarse de Odette Guitard. *Apartheid* (Trad. Marcos Lara). FCF. Colección Popular, mime 346. México. 1986.

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*. De tal suerte que, mientras la primera tesis asienta 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 *fado* (sobre la existencia o no de normas jurídicas), la *tesis del subjetivismo* plantea un problema metaético (sobre el carácter y fundamentación de los juicios morales). Por ello Norberto Bobbio califica la *tesis de la neutralidad* como de *approach* (acercamiento) positivista, o sea, *el positivismo jurídico entendido como un modo de acercarse al estudio del Derecho*⁸⁵.
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 relativismo, desde el ángulo ético sociológico, se entenderá que *¡a mora!* 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.⁸⁶
77. La *tesis del subjetivismo* predica, aunado a lo dicho por Hoerster, varias cuestiones. Para empezar que dentro del subjetivismo conviven 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 predilecciones éticas prevalecientes temporalmente en una sociedad. No hay una moral absoluta-válida en todo tiempo y lugar*.
78. Queda claro que de *la posición relativista de Kelsen* pueden deducirse varias conclusiones:
- *La 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 tu serio 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:*

⁸⁵ Che Norberto Bobbio, "jusmifwoHsmo...", *np. es. pp. -11-J2*.

⁸⁶ Cfr. Eduardo Rabossi, "Relativismo: diversidad de sistemas sociales y conducta moral", en *Cuadernos de Filosofía*, núm. LL julio-diciembre de 071;

- *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. De] 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 Cario S. Niño*, surgen varias conclusiones interesantes (véase cuadro 3.6):

- *Aceptar la tesis de la neutralidad metodológica implica, necesariamente, rechazar la tesis 2 de Niño o viceversa; es decir, quien niegue ya tesis de la 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 podrá, por lo tanto, calificársele de 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 o el concepto de Derecho natural. Primero, porque el calificativo 'derecho' queda reservado al 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 Bentham— 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 jusnaturalista 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 jusnaturalista 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 jusnaturalista; 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".*⁶⁰

⁶⁰NorhetTo Bobbio. "Iusnaturalismo...". *op. cit.*, p. 89.

g j Sin embargo, la totalidad de los *iuspositivistas rechazan suscribir otras tesis que a éstos se les han imputado injustificadamente*. Las tesis de referencia sostienen:

- *Que el concepto de derecho tiene que ser definido a través del concepto de ley (Tesis de la ley);*
- *que la aplicación del derecho puede llevarse a cabo sin consideración alguna a valores (Tesis de la subsunción);*
- *que las normas jurídicas deben ser obedecidas siempre (Tesis del legalismo).⁶¹*

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.

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.*⁶²
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.⁶³ 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 acepta 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*”.⁶⁴
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*⁶⁵ 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.⁶⁶

⁶¹ Cfr. Norberto Hoerster. *En defensa del positivismo...*, *op. cit.*, p. 11.

⁶² *Idem*.

⁶³ 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 muy 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 inicialmente, 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 preexistentes*”. Véase *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*. Porrúa. México. 1980. p. 26.

⁶⁴ Norbert Hoerster. *En defensa del positivismo...* *op. cit.*, p. 13.

⁶⁵ “Cfr. Norberto Bobbio. “*Iusnaturalismo...*” *op. cit.*, pp. 67-90.

⁶⁶ “Cfr. Carlos Santiago Niño. *Introducción al análisis...* *op. cit.*, p. 33.

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— resulta “...*fomulable en su pureza de la siguiente manera: ‘la ley positiva es justa por el sólo hecho de ser lex’ (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 por los amantes de la polémica*”.⁶
86. Resulta fácil deducir del análisis de cualquier sistema jurídico que no todo lo legal es justo ni 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 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 austríaco Hcms Kelsen y el inglés H. L. A. Han. 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 jegotismo*”.⁵

CUADRO 3.6 Aportaciones del positivismo jurídico

Tesis de la neutralidad

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

- *El concepto de Derecho tiene que ser definido prescindiendo de su contenido.*
- * *La neutralidad metodológica es un problema de fado.*
- ° *La validez jurídica es distinta de las valoraciones ético-normativas.*

Aceptar esta tesis no implica ni al escepticismo ético ni la creencia en valores. Los positivistas más bien adoptarían algún tipo de relativismo ético si aceptan la tesis del subjetivismo. Es decir, creerían en la existencia de valores que cambian en función del momento histórico, el lugar y las sociedades involucradas.

Tesis del subjetivismo

Esta tesis debería ser mejor llamada **tesis del relativismo** (el subjetivismo no es sino una de las diversas formas que podría adoptar dicho relativismo). Kelsen mantendría, en tal virtud, un relativismo tipo sociológico y un subjetivismo de orden metaético.

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 (definido e identificar citando las normas son jurídicas) y una iusnaturalista en tomo a la discusión metaética de los valores que hacen al Derecho (sosteniendo que éstos son de naturaleza objetiva y corresponden al contenido de lo que se llama Derecho natural).

Norbenu Bobbiu. Fonnañsimo jurídico". *El problema del positivismo jurídico*, pp. 14-16.
 Noi Tvn Hoirrrk'r. *bu defensa dei positivismo* ____op. cit.. p. 16.

CUADRO 3.7 La relación Moral-Derecho con base en las principales tesis IUSNATURALISTAS Y IUSPOSITIVISTAS. CUADRO EXPLICATIVO

Movimiento iusfilosófico	Tesis iusnaturalistas		Tesis iuspositivistas		Relación Moral-Derecho	
	Tesis 1 de Niño o Intermialismo ético	Tesis 2 de Niño	Tesis de la neutralidad metodológica Approach positivista	Tesis del subjetivismo o Externalismo ético	Primer estándar valorativo	Segundo estándar valorativo
IUSNATURALISMO ONTOLÓGICO	si	si	NO	NO	Necesaria	Si6CGSai iu
Iusnaturalismo deontológico	si	NO	Si	NO	Contingente	Necesaria
IUSPOSITIVISMO ÉTICO UTILITARISTA	"Si"	NO	si	NO	Contingente	Necesaria
IUSPOSITIVISMO / kel seniano /	NO	NO	si	Si	Irrelevante	Ei problema de la justicia es un problema de la moral

Objetivistas éticos

Único relativista o subjetivista ético

Positivistas metodológicos

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

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

- a. 1) Las Tesis de Niño respecto del iusnaturalismo-, y
- a.2) las Tesis o aportaciones üel positivismo jurídico.

B) A su vez, para establecer si la relación entre el derecho y ia moral posee a nivel de ia legalidad (validez formal) o del contenido de las normas jurídicas (validez material) una vinculación necesaria o contingente se emplea la Tesis üel doble ESTÁNDAR VALORATIVO DEL DERECHO.

Las cuatro posturas o posiciones iusfilosóficas básicas estarían representadas por:

- 1) El iusnaturalismo ortfológico, el cual al aceptar las dos tesis dei iusnaturalismo según Niño rechazaría, consecuentemente, las dos tesis del iuspositivismo. Su postura se resumiría en los siguientes enunciados: el *Derecho que no es justo no es Derecho* o el *Derecho es igual a la justicia*. Entre algunos de ios más conocidos filósofos que aceptarían tal posición estarían Agustín de Nipona y Cicerón.

- 2) El iusnaturalismo deontológico, a su vez, aceptaría la tesis 1 del iusnaturalismo según Niño pero rechazaría la 2 y, consecuentemente, aceptaría la tesis de la neutralidad metodológica negando, obviamente, la del subjetivismo. Su postura se resumiría en estos asertos: “*El Derecho aunque sea injusto sigue siendo Derecho*” o “*Las leyes injustas seguirían siendo leyes aunque imperfectas*”. Asumirían tal postura: Tomás 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 1 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 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 para existir 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, juristas monistas y exclusivistas, esto es, que sólo aceptan la existencia del Derecho positivo y el empleo exclusivo del sustantivo ‘derecho para éste), no concederían que a esos principios universales de justicia (como el de utilidad) se les 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 justificar tal validez, la fundamentación que los iusnaturalistas suelen emplear para argumentar esa clase de principios; fundamentación en la que subyace —histórica y conceptualmente— la idea de Derecho natural aristotélico-tomista. Lo anterior explica que los iuspositivistas tipo ético-utilitaristas otorguen un “Sí” entrecomillado a la tesis 1 de Niño.

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 aceptarían 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 tanto iuspositivistas que aceptan como aquellos que rechazan la tesis 1 de Niño. En suma, que hay iuspositivistas que dada la naturaleza que asignan a los principios de justicia pueden ser considerados, respectivamente, ya objetivistas ya relativistas.

Entonces, la circunstancia 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 pertenecer a esa corriente iusfilosófica. Ello se explica fácilmente por el hecho de que las tesis 1 y 2 de Niño, 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 1 de Niño 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

CUADRO 3.8 Falsas imputaciones al positivismo jurídico, "Positivismos ideológicos"

(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 que la ley sea la 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 extremo.*

propia del positivismo jurídico kelseniano, sostiene precisamente lo contrario: ios 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 ios autores modernos a denominar dicha posición como internalismo ético. Conspicuo representante de esta comente 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 de esta impronta niega de piano las dos tesis del iusnaturalismo.

Kelsen, obviamente, acepta tanto la tesis de la neutralidad metodológica como la dei subjetivismo. Respecto de la primera por ser creador de la misma al instaurar un purismo 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, sí piensa que éstos son *¡dativos*, poi 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 *¡as* 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 confunde, como ha dicho Kelsen, la moral con el Deícho.
- b) Los iusnaturalistas deontológicos considerarían que en la legalidad la presencia de normas morales o justas es contingente, es decir, que su contenido o validez ma-

[erial puede o no coincidir con los valores de justicia. Sin embargo, ese hecho contingente no las hace carecer ni de validez ni de vinculatoriedad jurídica. Conceden, sin embargo, que para hablar de justicia es *necesaria* la relación moral-derecho, es decir, sólo habrá justicia si la legalidad realiza ios valores superiores de) Derecho. Evidentemente, estos juristas 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 *iuspositivistas kelsenianos*, en virtud de su purismo metodológico, considerarían, aplicando a su posición la tesis del doble estándar, que:

- * En el nivel de la legalidad o primer estándar valorativo la relación moral-Derecho es *intrascendente* para determinar la validez de las normas jurídicas.
- * La justicia o la relación moral-Derecho, o sea, la adecuación del primero al segundo estándares valorativos no es un problema del Derecho sino de la Ética, por ende, tal dificultad está ubicada fuera del ámbito de lo jurídico. En suma, es un asunto de los filósofos morales, no de los abogados.

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 incurren en errores que muchos juristas han destacado y que indican serias contradicciones. Traigamos a colación algunas de ellas. Una primera deficiencia de la teoría kelseniana tiene que ver con su *método*. Existen argumentos bastantes 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. Siendo más puntuales, *ésta es una tesis no para definir sino para identificar tanto a los sistemas como a 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 sola identificación de las reglas y los sistemas jurídicos, sino que, además de ello, *la definición de 'Derecho' deberá dantos 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, existen respecto de 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 mi fenómeno complejo* en el que interactúan no sólo normas o reglas de conducta, de cambio, adscripción y reconocimiento, sino, como hemos explicado antes, *principios*, es decir, criterios de corrección que determinan la validez material de las normas jurídicas. Y ello es así porque el Derecho es un fenómeno que se verifica en varias dimensiones íntimamente relacionadas y que se condicionan unas a otras.
- 90. Del mismo modo que por razones didácticas o de aprehensión de lo jurídico se distinguen en la teoría tridimensional los niveles táctico, 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 mora!*. La moral también condiciona al Derecho, no en su validez formal, como Kelsen ciertamente distinguió, sino en relación con su validez material. esto es, su obligatoriedad.

- 9J. Aislar al Derecho de consideraciones sociológicas y éticas, entre otras (lo que se justifica sólo para efectos de su identificación), reduce a 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: ¿a 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 automáticamente su *validez material: justifica el uso de la coacción, no garantiza su obligatoriedad*. Lo anterior, como ya mencionamos, reduce la coercibilidad y la sanción a un simple problema de fuerza, ni siquiera de dominación,¹⁰ *La concepción y explicación del Derecho como un mero mandato o un fenómeno dotado de coacción legítima 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 absoluta* (no de la distinción, ni de la *neutralidad metodológica*) entre Derecho y 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* cuyo origen es un mandato jurídico que dado el hecho simple y llano de haberse formalizado a través de los procedimientos establecidos por el sistema jurídico, deviene obligatorio moralmente para sus destinatarios, ya que, al ser una norma jurídica con plena validez formal, se erige como lo debido, y lo debido es, para Kd-

¹⁰ Max Weber ha realizado un inportante 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 la resistencia, una voluntad y cualquiera que sea el fundamento de esa probabilidad. Dice textualmente el autor: "(...) el concepto de poder es sociológicamente amorfo, todas las situaciones imaginables de un hombre y una suena de constelaciones posibles pueden colar en él ajena en 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 mandato deteniéndose entre personas dadas". En virtud de que la probabilidad de imposición se transforma en una probabilidad de obediencia? Pues en virtud de la justificación (legitimidad) que dota de validez (obligatoriedad) al poder. Véase Max Weber. *Economía y sociedad*. *Esbozo de sociología comprensiva* (Trad. José Medina Echavarría. Juan Roma Parilla. Eugenio Imaz. Eduardo Gañá Maynax | José Ferrater Mora). FCE. México, p. 43-84.

- sen. lo correcto. *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 exclusivamente en el Derecho resultó infructuosa.* El deber ser no puede fundarse en el ser. el Derecho requiere, necesariamente, de otras razones para dotar de contenido a su validez material, es decir, tendrá que aludir a razones de distinto orden como por ejemplo, los principios. Sin embargo, Kelsen, fiel a su método y ante 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 resolver a preguntamos ¿por qué deben obedecer a la *Constitución*? Kelsen respondería: porque existe una *norma hipotética fundamental* que nos ordena que debemos de obedecer lo prescrito por 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 un argumento análogo: *"Kelsen trata de decirnos que para poder considerar las normas jurídicas como válidas, es 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".*⁷⁶
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 ellas mismas como válidas".*^{*1}
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 debe de fundar al Derecho, la moral a la moral, no la moral al Derecho.⁷⁷

⁷⁶ K Laporta, "ética y Derecho: un panorama general", *Entre el Derecho y la moral*, op. cit., p. 16.

⁷⁷ *Ibid.*, pp. 16-17.

⁷⁸ El mismo Laporta abunda: *"Kelsen trata de buscar a las obligaciones jurídicas un fundamento extra-moral en el fundamento jurídico en sentido estricto. Pero parece que se trata de una indagación desembozada simplemente en una apelación a una "vali-*

98. *Olio aspecto complejo y fuertemente atacado en Kelsen es su concepción moral relativista*, pues lo sitúa en una posición teórica no exenta de dificultades. Nuestro autor afirma que no existen valores morales absolutos, esto es, válidos en todo Jugar o momento histórico, antes bien, existen tantos tipos de moral como sociedades o grupos haya de éstos. La moral, en suma, va variando con el transcurso del tiempo, lo que hoy es moralmente coneccto probablemente mañana no lo sea. Ya 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 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.⁷¹ Igualmente, *ello tampoco implica que ante el enfrentamiento de dos morales opuestas sobre un determinado punto, no sea perfectamente posible hallar argumentos que nos permitan considerar a una como mejor o más razonable que la otra*. Desglósemos. así sea muy brevemente, estas dos vertientes.
99. En torno al primer punto, *la relatividad de los valores o juicios morales*, conviene distinguir entre un *relativismo absoluto*, como el de Kelsen. y un comprensible *relativismo histórico y cultural* que afecta cualquier clase de moral. Es decir, concebir que tales valores o juicios morales están sujetos, como todo instrumento humano, a un proceso de transformación en razón del tiempo y del modo en que cada hombre y cada pueblo conciben el 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 detectar rasgos característicos comunes en los distintos ordenamientos normativos a los que llamamos Derecho, moral, costumbre, etc. ¿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.
100. *En tanto nuestras condiciones existenciales y de supervivencia se mantengan iguales en lo esencial, habrá aspectos —así 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

71. 'presunta que no puede dar enema satisfactoriamente de una vinculatoriedad específica del derecho. í en su Teoría jurídica ya norma fundamental articula un instrumento que tiene sobre todo funciones cognoscitivas: confiere unidad y sistematicidad ni 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 ;j ñ, ir una fundación moral a las teorías jurídicas. Kelsen. por lo tanto, lia fracasado . Ibiil., pp. ! 8-19.

⁷²Sobre este punto puede verse lo dicho por Joaquín García-Hudobro, *Filosofía y retórica del insnaturalismo*. L'NAM. México. 2002. especialmente el capítulo segundo denominado: "La diversidad de opiniones éticas. Análisis de un argumento anti-insnaturalista". pp 21-30.

v por la información y el conocimiento que de esos hechos insoslayables la ciencia y la tecnología nos aporten. 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, etc. 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.

101. 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... La 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. Jumo a ellas encontramos, tanto en el derecho como en la moral, mucho de lo que es peculiar o. una determinada sociedad, y mucho que puede parecer arbitrario o una simple cuestión de elección ”.*⁷³
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 distintos y hasta opuestos 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 adoptar una posición que otra, lo cual parece ser teórica y prácticamente insostenible.
103. Para concluir *agregaremos a las anteriores críticas otras importantes en contra de posiciones inpositivistas asumidas por Kelsen u otros autores.* Hart, en un famoso artículo sobre el positivismo y la independencia entre el Derecho y la moral.”*

* Herbert L. A. Hart, *El concepto de Derecho* (Trad. Genaro R. Carrión. Abeledo-Perrot). Buenos Aires. 2004, p. 23S.

⁷³ Cir. Herbert L. A. Hart. *El concepto de Derecho* (Trad. Javier Sáinz de los Terreros), en *Filosofía del Derecho*. R. M. Dworkin (comp.), op. cit., pp. 35-74.

realizó un interesante análisis de tales posiciones. Él considera cinco argumentos como útiles para identificar, a su vez. "...t inco o mts sentidos, de- 'positivismo' debatidos en la jurisprudencia contemporánea." estos 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 ti 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 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 subordinación*, 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 dicha 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, así que en toda comunidad política se le otorgue obediencia habitual y no esté sometido a un poder superior.⁷⁷ 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 trabns legales— del soberano, quien, por definición, se ludia al margen de la ley*".^{1*}
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 estatuí 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*

⁷⁷ *Ibid.*, p. 37.

^{1*} *Id.*, pp. 38-39.

¹ *Ibid.*, p. lo

*estas nociones con absoluta precisión, se asemeja a la de un bandolero diciendo a su víctima: '¿La bolsa o la vida'/'La 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 habitualmente 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.'*¹⁹

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, etc., 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 soberanía y obediencia que predica esta tesis son insuficientes y no funcionan así en la realidad.⁸⁰
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 muy 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.⁸¹ ¿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*.^{*2}
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*.⁸² De tal guisa, cuando esta posibilidad se niega, como en el caso de

¹⁹ *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 sí 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.

^{*2} Cfr. "El positivismo y la independencia...", *op. cit.*, pp. 40-45.

⁸¹ Cfr. *ibid.*, p. 37.

⁸² Cfr. Georges Kalinowski. "Sobre la significación de la Deontica para la filosofía moral y jurídica". Distribuciones Fontamara. México, 1993. p. 15.

⁸³ *Ibid.*, p. 14.

Keisen, se arriba a conclusiones como las que, entre otras, intenta refutar Kalinowski:⁸⁴ 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 llenan que ver con la lógica.*

- ID. Las críticas a esta posición son varias, algunas tienen que ver con el uso que Keisen 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 respecto 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 imposible hablar en el sentido propio de los términos de la significación de un acto de voluntad”*.⁸⁵*
112. Además, contrariamente a lo que opina Keisen, 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 y/o 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 ¡a palabra”*.^m
- ! 13. Keisen 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.⁸⁷ *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.*

⁸⁴ *liten.*

⁸⁵ “Georges Kalinowski “Sobre la significación...”, p. 16.

^m *Ibid.*, pp. 17-18.

⁸⁷ *Ou. ibid.*, pp. 18-19.

] 14 En la actualidad la Ciencia Jurídica no mega la importancia que para el Derecho [i;...]... :lj ii g ico v deónico de los conceptos jurídicos. La *Deótuica* realiza (...), *Deónit* (/(*.!); *vero través de los tmnrplos v 'sientas normativos*, es decir. u1 cuaba ici 'eterna de normas. Éste puede realizarse por medio de la *Semántica dcyntu u.* analizando los conceptos normativos y d.c la *Lógica deónlicu*, esto es obs iañc.:. aplicando la lógica a los problemas deontológicos.1* La trascenden- c... ib me vera. Para escrito Rupcn Selscilxv. radica en que... *También es nece.sulio un gran respeto de las leyes de la lógica para poder sistematizar el derecho y poder conocer, de esta manera, las graneles ideas jurídicas. Sólo así se pueden II, my no. lagunas de la ley sin afectar la seguridad jurídica confunda- mentaciones dudosas. Pues la relación entre la seguridad jurídica y la equidad de la ilensmn particular no está determinada por la oposición de intereses sino que... la depende fundamentalmente de la capacidad del material !;j iñisiti- co. ksus . r su vez. también tina cuestión de la perfección lógica del lenguaje del deret o .*

] 5. La l aln >r je< inca de enfrentar los problemas referidos a las *vinculaciones entre , i o.o vno... j iaajai pnmigonizii un j ciernan pape!* en *ja realidad entutuma , ro- jh ítem i : diiicuiivo los fenómenos juraHeos*Sin embargo, ei tratamiento que /; dem e... i a:co que a estos asuntos se ha dude: genera ia impresión de que nos hallamos frente a una cuestión cuya transcendencia se agota en la doctrina j.iridie, í o; impresión errada sobre la apúrenle! inutilidad de las disquisiciones eiico'jun j..o en buena parte respousahdioub de los íeóncos del Derecho, quicnt t.:l 'en no liemos dejado .suficientemente aclarado o ai menos no la. nv.js sido lo bastante enfáticos en señalar *eiui! es el singular papel trae desempeña la moral, n je jida de los hombres.* Esta preocupación invita a intentar responder una iiaití o ; u na del mismo modo o.>jnn lo : em> > hecho con otras tres a jo largo de los inc:mk anteriores. La cuarta intem nn (tiedarfa planteada cr. estos tór- nos: *es necesario que el Derecha sea macalmente obligatorio?*, i n otra' pa- la!' ras. *yes nn nester que el Derecho esté dotado de validez morar/* En definitiva, ¿tiene algún objeto vincular el Derecho con la justicia?

] ! ' ti: mean iento anterior desemboca :: un; cuestión precia: *¿sirve para alg i la nnrai?* T: uto la moral crítica o ideal coiru ia moral positiva o vigente *mi pa i'éim tras di ' < siinliieias hitmanns. i/eiuih. m v jimites de nuestras acciones imiivuniaií y : electivas.* Hablamos di *razones de orden superior* que guian el componamicrilo de las personas. Pero. ;par;j que nos sirven dichas razones de or- os n supeían V

] hs huem e 'rd r (juc al Dereeln eorrcsinu le jafta *Uní original di gtirjimi:ai nn< reo s fama - roa.. así como de legróme la ei'csisa'iu ia de i 'tros intereses, it- í'lcso ei'inripuestos. que están presentes en ia vida de cualquier sociedad.* Hilo se ituci jx oiblc ; rases de ia manera en que e i Derecho cumple su pape i. a sabe r. jmonjebuid.' m orden. una seguridad y una igualdad jurídicas que hagan factible

1* Kwieñ. "Violaciones de nonias en el Derecho \ en la Moral (TraJ. Carlos iic Saniueok en *Derecho* iivMo vt.úzi'ti |aioe> <comp.i. Uiiiribuciones Fuman tara. IMNS. p. • o-jito

la realización y la convivencia de dichos intereses. Pero, ¿cómo hace el Derecho para resolver tales conflictos de intereses?', ¿qué justifica dar prioridad a uno sobre otros?, ¿qué es lo que permite excluir 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 —escríbe Niño— ella es precisamente hacer que los individuos obren en cierta forma deseable aun cuanto ello contrarie su propio interés. Cuando la conducta deseable es en inhospitalario agente no se trata de la moral sino que el individuo anula a la jurde consideraciones prudenciales, lo posible que un individuo perciba que puede o soltarle a la larga provechoso el ser moral, pero el ser moral implica desentendarse en ciertas áreas, de cálculos de automercaderías."*¹¹⁸

119. El Derecho, en consecuencia, si bien cumple una función de *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 el Derecho, como medio regulador de conductas, se funda en la prescripción de lo que debe ser. hacerse o no hacerse socialmente, es decir, necesariamente, una moralidad intrínseca, una escala de valores cuya función de la cual se justifica lo del derecho.* Es por esta razón que *Elias Díaz* ha escrito: *"...el Derecho es siempre realización de una cierta idea de Justicia, arraigada en la vida social, como materialización de un cierto sistema de valores."*¹¹⁹

120. En consecuencia, el fundamento de lo anterior, cuando hablamos del *valor del Derecho* que resulta de la *armonización de dos aspectos centrales* relacionados, respectivamente, tanto con la *función social del Derecho* como con la *función jurídica del Derecho*, es el *valor del Derecho* que resulta de la *armonización de dos aspectos centrales* relacionados, respectivamente, tanto con la *función social del Derecho* como con la *función jurídica del Derecho*. *De una parte, el Derecho es un sistema de normas que regulan la conducta humana en un determinado ámbito de acción preestablecido y a cuyo respecto está previsto un medio de sanción para el incumplimiento de las normas. Este sistema de normas se establece en función de los valores morales que rigen la conducta humana. De otra parte, el Derecho es un sistema de normas que regulan la conducta humana en un determinado ámbito de acción preestablecido y a cuyo respecto está previsto un medio de sanción para el incumplimiento de las normas. Este sistema de normas se establece en función de los valores morales que rigen la conducta humana.*

121. En consecuencia, el orden, la sola moralidad que fundamenta el sistema jurídico —en virtud de su naturaleza legal— se justifica en función de los valores morales que rigen la conducta humana. *La validez del Derecho, su juridicidad, su pertenencia legítima a un determinado sistema de reglas de conducta dotado de coacción, consisten en la armonización de los valores morales que rigen la conducta humana con los valores morales que rigen la conducta humana.*

¹¹⁸ Niño, S. (1978). *La moral y el Derecho*. Madrid: Alianza.

¹¹⁹ Díaz, E. (1978). *Sociología y filosofía de la moral*. Madrid: Alianza.

que le apone 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.

- ! 22. Resulta de lo anterior que *los valores jurídicos son valores mediatos, instrumentales*. por estar en función de los valores superiores que, como *última ratio*, el Derecho necesariamente comporta y que legitiman la determinación acerca 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*.
123. 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 protección de los derechos fundamentales de la persona humana*.
- i 24. 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 que la sola legalidad no asegura más que la eficacia del Derecho pero no necesariamente su obligatoriedad.⁹⁻¹
- i 25. *Este nexo o relación entre Derecho y moral no significa ni identificación ni coincidencia de ambos órdenes normativos*. “* 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 (o 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.
- i 26. 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 sosten-

⁹¹ Dice Laporta: “...*cn presenein ih' unii obligeión rii .semino estriolo, .sin embargo èsiti mi deriva ile la nonna ;jindica (jite hi impone, sino ile ami nonna inorili incorporatiti oenliameme ni ella a de mia inolivación marni proveeiadu sabre ella*”. en *Elître et Derebo y iti inoraí, op. eie. p. 37*.

⁹² Cfr. colimi Kùhien. Violacionos río noiillas . . *up. eie. pp. i 75-209*.

ga 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. *La crítica moral Je la.s 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* que todo Derecho se asigna. La *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.¹⁶
128. *La pretensión de corrección que el Derecho debe comportar no significa legalizar la moral, sino moralizar a! 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 sustenten los distintos sistemas jurídicos.*
129. *La moralización del Derecho tiene por objeto mejorar su función como instrumento de regulación de conductas sociales, convirtiéndolo 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 a! servicio del hombre, de las mejores causas humanas.*

¹⁶ Sobre el argumento de corrección véase Roben Alexy. "Sobre las relaciones necesarias entre el Derecho y la moral". *Derecho y razón práctica* (Trac!. Wislano Orozcol. Distribuciones Fontamara. México. 1993. p. 51.

¹⁷ Así entiende Lothar Kiihnen esta cuestión: "...no sólo hay que proteger, por así decirlo. to 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 que dependa de esta t'bligiltu jedad prima facie de las normas jurídicas válidas y la licitud y moralidad de las acciones que en citas 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 positiva en las dadas condiciones sociales ". Véase "Violaciones de normas... ap. vil, p. 193.

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

conduc n i t Hi ma tic los hombre', son las lesi
 ^HBL/y... En (SU oliti jidilio, miennos in i ... noral
 |g|. ^Y>ioje.. bei ¿enhilo ino ilio ii coda iene..... <!
 Wneret ho '< da un < I limbi." externo. I.o. !, \ / < >
 'morei'., se i e i m i e jeio io ih imi io. ... los
 deberes juridí (io jnoi edt a ile ima fu me exter-
 ná a ?/, como lo (Hilaridad. Los mandatos de lo
 Wfrifòral se dan en lo soledad de rada individui e <
 W^iableren relaciones unilaterales: las normas ito
 rídicas irguian ilustra n lai iòti i.sterna i < n / < ja
 Br fieni:!" .. su carácter e' Mimerai.

Seiaw nane oreas ilijcremia.s enne et Ih r; -
 Welw v la mand. si m lo menai es autonoma porijue
 pi homi' < a heia a sí ::mmi. or: non nas ma....
 les: ei ih n... io i \ iteti rónoino jxa: juè io-' ime-
 mas :.o illos proceih i. ih nn jnoier terno. La
 inorili esxueieil i / < / ' elida In n abro o... deca
 BSSI espo'h...mente a su conciencia los manda-
 'rosjurid. nes pur (lef s(r in Diù.Ést os (unicoluro.
 fie la i oirritod. fifi misino ino iridilo, e Derecho
 es iot irihb. A la nu- raliende a la perivcción de!
 fiotbn ausilio cí Lidrerho ai'a regalaí.ón de ios
 fines sueuuC' imp. 'jrales.

f Conviene i Ustí ngn ir y i ùei a miu jda moral
 pitico - cao e A, lvi ihapi OS. reglas de orden
 :idea que s- in parámeiro de bondad o n'ai dad
 para jas: jii... i zi comincia inoiiiiiii—le in Un-
 muda m me ya Tai, nasi i iva o vi genis —ei con-
 junte re-eglas de conduda sovú sinlenfi ac e jna-
 das rae, nes < libto qe está bjen o i ia i—. La
 moría sgní se haijei es i redi a unie lijada con
 feo . la inoua idal, pon jlitauquélla se g'enera sólo a
 tíran: a b los ocios y ü("ludes adapiade>s por los
 honda. s, jo indirid ini. Es uiceir. que ia momi
 tesaría! a j... oirá cosa jhe ei con j dO Ûe p vinci-
 pies p miñen jes diia i lumai idi aò ai'tildi qua
 ; recibí... con ocni vño soeiai Owh u los dia-
 lestw.x, omergencia di: opinión.

La motij ve! lperadio son órdmes di si ini os
 aunar, a nch donada.y dc Jormia esír ecinf'! De
 greche g, sñvo recidule en última in sñncia de
 lina ; m, fñca ion moral para legitimar su anu-
 gatorii eid. Empero, Hans Kelsen buscó estable-
 CCI't; obligato ce dad dentro del propio orden
 juridí a omuer vo sin necesidad de ioccur ar a
 la marni

rara a la rienda jurídica ele elementos extraños
 se denomina Teoría pura del Derecho.' Ésta no
 rechaza la relación del Derecho con otras clis-
 i jbinas, sino (jlie busca una se pana ión meto-
 dológica con el objeto de descubrir (pié es efec-
 tivamente ei Derecho, para lo cual es menester
 eliminar cualquier posible confusión que impidi-
 da establecer los límites que ai Derecho traza la
 naturaleza de su objeto. Kelsen busca responder
 a ia pregunta de qué sea el Derecho y cómo sea,
 pero no a la pregunta de cómo el Derecho deha
 ser o deba ser hecho.

El purismo metodológico de Kelsen estable-
 cí que el Derecho es un sistema de normas que
 o guían ei comportamiento humano, pero sobre
 leulo. subraya que jo que hace a una norma jun-
 tiña no es su conté,nido sino ei modo en que fue
 jentada. Una norma e incidirá por 'tbc' sido
 edd >ida de ima de ternjnada manen.: v nopor
 pre* scriir una acción buera o mala ni ora han-
 jv. cairri prelej; de cieno ri pi o c jasnahudismo.
 En Vi! Va ni a, fi Derecho i f) har<- su jk ciney iio
 su >. < m'ñido.

Para Kelsen la reti éUfil) e re diomora. i es
 melottaogicimíenie min \S'cuarute a eje etø de
 irá!' validez a uno norma jurídica, lo cuoi no i g-
 ni ! i ca (juc dicho nulona va juido la existencia
 v sistemas jurídicos justos o injustas. En ciidl-
 quicr caso, ja puñtem resmía ser une : jñpncm
 de ía mora! no de í De remo.

Además. para Kaiser ia justicia es relar i va,
 jjarque no hay mui sola mora! sino jms v cam-
 biadaí pan jos devista jespecio de jo mtra v le
 inal. De m j giusa. tíquet jo ente o auar! as dr-
 i-un mandas se c on si de re. corred ð bajo omi s
 v constanc jas u otros valores moralfiji es ma-
 ino itcno jnciiv a sube. a d e c j o f i Cl fi. Kei-
 sen conchtyc queei Den,fi im pju bu -p marai. a.
 decir justo. pero no es ti cesai io j...? lo ÷ea, e i
 orden sode l que no es moral, y po VC: dño os
 jusio pueda ser s, in embargo. De redò. ir i ame-
 r < m no pugna ron r < epnu: , n uiaao msíoBi /a,
 ia exigencia de que el Derecho deha ser moral,
 o sea, justo.

La teoría kehemam apianou amii i s i s' cient-
 tífico y riguroso de k norma jurUiii a. sentando
 asi las bases de una teoría moderna i tei Dere-
 cito. De en a' las ,a ' < lones más imrrritantes

i i análisis del Derecho positivo realizado
 por brisca a través de una metodología qm libe-

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 lógicamente como causalmente.

Otra tesis reconocida por algunos positivistas es la del subjetivismo. Esta 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 conceptualizar 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 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.

Quizó 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 no la suscribe ningún iuspositivista 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: ¿porqué 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 ¿porqué obedecerá la Constitución? Kelsen respondería: porque existe una norma hipotética fundamental que ordena que debemos obedecerla, es decir, que debemos asumir o presuponer que ésta y las normas jurídicas que dimanar 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. Sostenerla 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, tíos 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 nor-

mativos 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

**TEORÍA 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 *bermas jurídicas individualizadas*
 - 4.2.3 Fuentes formales indirectas
 - 4.2.3.1 *Le 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 ahusión especial a sistema de Derecho positivo alguno; 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 los sistema jurídicos.

Ambos apartados son complementarios, buscan que la creación del Derecho no sea vista 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 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 de 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*. 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 conciertan determinadas conductas* (tales como el homicidio, el robo, el escrutinio, el incumplimiento con determinados compromisos personales voluntariamente asumidos, entre otros) y *otorgan facultades* (comprar, vender, gozar de los bienes propios, del respeto ajeno, etc.). 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*. Es decir, el Derecho, a diferencia de los otros sistemas normativos, cuenta con la posibilidad de que si alguno de sus destinatarios no cumple voluntariamente 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 ofrece una respuesta a la primera pregunta, aunque da pie a una segunda interrogante: ¿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 normativos. Por ello, en el primer capítulo de este libro señalamos que nos encontrábamos

Coincidimos con la consideración hecha en este mismo sentido por Aliatón y Vilanova:

“(…) *ti Derecho como forimi ile* . *ini/socio /eon.si úine mi 'sistema' ten el semillo ile la motte ino teoría ile sistemas /mi anno con jumo ile prescripciones ligi, ámenle implicatili o lieti ileible) tpe se encuentra en interreliuiin con otros 'sistemas' también oijen mies en el grupo soeioeuinrol en consideración. [...] De aencno ron el pumo de risiti de la moderna teoría de sistemas el Derecho sciti im subsisieniti' ilei sistema inris amplio llonuillo 'sociedad'. Lo cirticien'siuti ile un sistema —en esta liana— eonsie i ti li ner 'emítidas' v 'solidas'. Dentili tic esto teoría advertimos que estos sistemas —i/ne púdeinos ileiunnillir Ss- son • iistimos tic los sistemas propios dt' la lógica i/nc Jenoiüüüüüüüü SI- pim/ne <ona últimos son eernnos: sido admiten , sino toasts neutles válidas los que son dedneiivameme inferi bles ilei conjunto pie enunciados) que se loiiian como btse . case i ss unía R ,o; ilion v .tose Vilanova. *Introducción ni Derecho*. Aheledo-Perrol. Buenos Aires. I 66j. pp. s04.60/.*

en presencia de un sistema jurídico a partir del momento en que entran en conjunción dos tipos de normas o reglas; sí, en efecto, las denominadas **normas primarias** y **normas secundarias**. Las primeras son las normas que prescriben comportamientos, las segundas establecen cómo opera la entrada y salida de tales reglas de comportamiento al sistema jurídico para adecuarlo a las condiciones cambiantes de la sociedad (**reglas de cambio**). A su vez, la identificación y formalización de normas jurídicas, esto es, la *serie (le procesos o actos determinados expresamente en cada sistema jurídico, y que son reconocidos como tales por la sociedad, vienen a estar prescritos por la llamada norma de reconocimiento (rule of recognition) que es también una norma o regla secundaria,*² la que permite determinar cómo ciertas prescripciones (normas) adquieren forma jurídica para —a diferencia de las normas de otros ordenamientos— hacerse acreedoras de la garantía especial de aseguramiento 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). La determinación de quiénes y cómo aplicarán por la fuerza legítima de la autoridad soberana (coacción) tales normas, estaría regulada por el tercer tipo de reglas o normas secundarias, a la saber, las de **adjudicación**.

6. Así las cosas, la antes señalada *identificación* de las normas que constituyen el Derecho requiere, primero, de un *proceso formal* por el que la autoridad (la institución encajada de tal propósito) *signa* ciertas normas o prescripciones de conducta catalogándolas como *jurídicas*;³ esta es, dotándolas de *validez*.. Ello tiene como consecuencia la *asignación* de una *garantía* singular (la *coacción*), para e!

² Recordemos que para Han la llamada *regla (le reconocimiento* es el crímo o criterios empleados por funcionarios particulares para identificar al Derecho. Cfr. Herbert L. A. Han. *El concepto de Derecho* (Trad. Genaro R. Carrió). Abeledo-Perroti. Buenos Aires. 2004. p. 123. Para una ampliación de este tema puede consultarse de Juan Ramón de Páramo. *H. L. A. Han! y la teoría analítica del Derecho*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1984. pp. 244 v ss.

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 suspender derechos 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 derechos humanos y garantías. Situación que está contemplada también, verbigracia, en la legislación internacional. A nivel interamericano, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 27.1 estipula: "*En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que ponga en peligro la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones (que no afecten a los derechos esenciales de la persona humana) que sean compatibles con 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 aplicarlas y acatarlas. A su vez, el trabajo de determinación de esas normas requiere el reconocimiento del signo que permita señalarlas con precisión y obedecerlas o aplicarlas*" véase *Apuntes de introducción al estudio del Derecho*. Porrúa. México. 1991. p. 2;

supuesto caso de su incumplimiento, lo cual reviste de *eficacia* a dichas normas.' Así las cosas, si el primer paso para la *creación o producción del Derecho* es un acto o actos de naturaleza *formal, de dante loma u i sustancia, contenido o maloría el Derecho?*

7. El *Derecho* abrevia, *loma su materia de jos otros sistemas normativos* —la moral, la costumbre, los convencionalismos, las normas religiosas— *v de su propia experiencia creadora c jalegradora —legislativa y jurisprudencial—*. Esto se realiza a trave's de un *proceso de incorporación de cienos valores, principios o consideraciones que por razones históricas, políticas y sociales van adquiriendo un consenso que perniile se signen como normas jurídicas y se hagan exigióles, va no conto meros requerimientos Imorales. religiosos, convencionales, etc.). sino como requerimientos jurídicos v, por lamo, vinculatorios v coercibles f*
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 electivamente en normas jurídicas*. Gracias a este proceso de *fomializnción-validación-incorporación*, el *Derecho adopta y adapta* su 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 lanío, *se concibe no como algo dado, tampoco como el resultado o la invención de un solo hombre ni de una sola sociedad, de tai solo momento histórico o de un sola proceso legislativo o jurisprudencial*. El *Derecho* debe ser entendido como la *obra de creación permanente* que se verifica por un *complejo entramado de actos y procesos entre sí complementarios que tienen verificativo en un contexto histórico, político y social determinado*, el cual, obviamente, no puede reducirse a la acción exclusiva de un legislador, 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 *procesas y actos por los cuales se identifican determinadas imrnis de condurla dotándolas de juridicidad i validen, así como la manera*

Como se recordará, en el capítulo 2, concretamente, al analizar el enano elemento de nuestra definición de! *Derecho*, se injr. t jemendo a All Ros.s. que el término 'validez' podía ser utilizado en tres niveles distintos de discurso. Avj. la va-
 • : : i. i. decir. <///>• este los reconoce tomo hiles. La valide:, en el (iimbio di' la teoría general del Derecho es sinónimo

eficacia: es decir, que una norma pertenece efectivamente a un sistema normativo, en este caso el jurídico, y que, por lauto. ¿loza de una serie de garantías que aseguran tal eficacia. Finalmente, a nivel etico, *validez* es sinónimo de *obligatoriedad*. Omio es obvio suponer, la incorporación de una norma al sistema jurídico del *Derecho* la dota de *eficacia*, pues mi cumplimiento puede asegurarse por la *coacción*. Además, esta incorporación valida, en el primer sentido, los actos j. jurídicos) apoyados en esa norma dotándolos de plenos efectos legales, es decir, lo que faculta al uso de todos los elementos i 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. Curtió y Osvaldo Paschero]. Distribuciones Foniamaara. México. 199 |. pp. 9-22

Dice C'osentini: "Cuando nuevas exigencias o necesidades se manijestian en una comunidad, y acarrear alteraciones en las relaciones cune individuos, surgen, en correspondencia, nuevas imincis de sentir V de pensar, se determinan una serie de aceitóles y reacciones cune aquellas exigencias o necesidades y la manera de interpretarlas, de regularlas. (liando tal procedimiento ha alcanzado un cieno grado de jmensidad. se conviene en un mando común, que determina un cambio de las relaciones sociales. Las necesidades un" tales, por ionio, se convienen en implsio" y tendencias que orientan de una numera determinada la conciencia colectiva: se manijesta así una manera de determinarse que, en la com iendo individual, establece la norma de la acción individual; en la conciencia colectiva, la norma de la acción eomun". Véase Francesco C'osentini. *Filosofia del Derecho*. Editorial Cultura. México. 1920. pp. -19-2ti

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 incorporación-validación de las normas jurídicas se les conoce como fuentes formales. así como a los factores que determinan los contenidos normativos que se incorporan al sistema jurídico se les denomina fuentes materiales o reales del Derecho." Las fuentes formales atienden a la producción del Derecho, las fuentes materiales a la sustancia o contenido de éste, como veremos detalladamente enseguida.

QUADRO 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 forma jurídica para —a diferencia de las normas de otros ordenamientos— hacerse acreedoras de la garantía especial de aseguramiento (la coacción) con que les dota el poder público.

La creación del Derecho es un proceso de: *formalización-validación-incorporación de normas*.

<p>Formalización (Regla de reconocimiento)</p>	<p>Las normas jurídicas deben pasar por un proceso de creación señalado en la ley.</p>
<p>Validación (Reglas de reconocimiento y adjudicación)</p>	<p>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.</p>
<p>Incorporación (Regla de cambio)</p>	<p>El Derecho en las normas jurídicas plasma las costumbres, intereses o valores superiores de la sociedad que están en permanente transformación.</p>

4.2 La doctrina tradicional de las fuentes del Derecho

12. La doctrina tradicional de las fuentes del Derecho es planteada originalmente por la Esencia Histórica concretamente por su fundador Federico (arlos 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

Dña'ilo García Máynez opina que: "Por fuente formal emendemos los procesos de creación de las normas jurídicas. Llamamos fuentes reales a los factores y elementos que determinan el contenido de tales normas Véase Introducción al estudio del Derecho. Pomia. México, 1992. p. 51.

Para una visión sucinta \ global sobre los planteamientos de la escuela Histórica y en particular de Savigny. puede consultarse de José Ma. Rodríguez Paniagua. *Historia del pensamiento jurídico*, facultad de Derecho. Universidad Complutense. Madrid. 1987. pp. 159-197.

espíritu del pueblo * Ése es su origen. Es comprensible que para los historicistas el Derecho se presenta como una creación propia \ 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.¹¹

13. Si el Derecho para Savigny halla su *fuerza* 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*.¹¹ Es decir, que la doctrina tradicional de las fuentes *no es propiamente dicha una teoría de la creación del Derecho*, sino de su identificación y declaración: el contenido del Derecho, su '*fuerza*' 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.

Anota d propio Savigny: "(...) todo Derecho nace como derecho consuetudinario, según la expresión no del modo acertada del lenguaje dominante: es decir, todo Derecho es originado primeramente por la costumbre y las creencias del pueblo y después por la jurisprudencia y, por último, en todas partes en virtud de fueros y leyes, 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 la ciencia del Derecho* (Trad. José Díaz García). Aguilar. Madrid. 1970. p. 58.

¹¹ **Exótica Rodríguez Paniagua en torno a estas ideas que:** "En contraste con las pretensiones codificadoras. Savigny alude a la evolución histórica para conocer lo que verdaderamente es el Derecho. En las primeras épocas históricas aparece el Derecho claramente integrada dentro del conjunto de las manifestaciones de un pueblo: si ahora podemos tener otro concepto de 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 fenómeno peculiar, característico de cada pueblo. Por lo demás, no siempre surge el Derecho pura manida por aislados impulsos de tipo general: puede obedecer a las necesidades y requerimientos de un determinado grupo de un pequeño pueblo; pero, en todo caso, siempre es decisivo, o al menos insoslayable, siempre ha de tenerse en cuenta, este elemento natural, la opinión de los juristas en el surgimiento del Derecho. El Derecho no se ha de entender, pues, primordialmente como un producto que surge espontáneamente en las mentes de los juristas, sino como un resultado de la situación, las necesidades y la conciencia del pueblo". Véase *Historia del pensamiento jurídico...* op. cit. p. 190. Savigny debatió, en relación con las pretensiones de un jurista alemán de su época quien sí consideraba oportuno se instaurase un código civil para Alemania. Este jurista era A. F. J. Thibaut, cuyas ideas 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.

¹² **El ir eso c.*- que en este sentido expresa Savigny:** "(...) estas leyes nuevas se promulgarán a menudo tan sólo aparentemente, ya que lo que en un país fuera nuevo, en otro ya habría sido vigente, debido a lo cual no podía hablarse de un Derecho nuevo sino de un Derecho ya existente en núcleos de población ajenos, al que únicamente se le ha modificado las fronteras de su aplicación". Véase F. C. de Savigny. *De la vocación de nuestra época...* op. cit. pp. 61-62.

¹³ **Dice Savigny a este respecto:** "(...) el Derecho debe dar origen a la norma jurídica y, con ella, a la máxima seguridad de una aplicación uniforme. Si en esto, es preciso corregir y reafirmar los límites externos de la ley, en lugar de distintos Derechos locales, debe aparecer un Derecho único y general.

¹⁴ **Ver ib. id.;** (v, A esta unión contribuyen, especialmente, las fuentes de Derecho.

- 5). Por principio cié cuentas, ei término 'fuente' es una *expresión equívoca*,¹³ porque según hemos notado, unas son *fas formas de manifestación y exteiorización* de la norma jurídica, y otro *lo que da origen o nacimiento al Derecho* que, por cierto, 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*.¹⁴
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 aumenta si constatarnos 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 influyéndolo. 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 *circunscribe 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*.^{16io}

¹³ Francisco Balaguer Callejón en su obra *Fuentes del Derecho, i. Principios del ordenamiento constitucional*. Icenos. Madrid. 1991. hace una aliñada crítica a la *doctrina tradicional de las fuentes*, usando su propia terminología. En la pane respectiva de dicha obra, este autor expresa: "De acuerdo con hi clásica metáfora, al jyal t'ue la fuente natural indica el layar donde el ayua suryc de las entrañas de la tierra, las fuentes del Derecho padrina definirse también como la niñin-festación de un estado de transición en el Derecho, de lo invisible ti lo visible. Esta hermosa metáfora v otitis similares, que en cierta medida han constituido un layar común en el tratamiento doctrinal de las fuentes, esconden j'as su lirismo una triste realidad para el científico del Derecho, ya cpie no expresan sino la perturbación a i'ue se somete el estudio de esta materia. Esta perturbación puede atribuirse a diversos factores: 1) En primer layar se trata de un concepto —el de las fuentes del Derecho— que refleja lina cierta connotación iusnaturalista, una tendencia a considerar el Derecho como alya dado, preexistente, que es necesario descubrir. A ello se une el carácter tradicionalmente iisprivatista di la disciplina que se inscribe dentro de esa dinámica de análisis del derecho ya producida y no de su producción. c que ha condicionado la doctrina de las fuentes limitando su desarrollo 2) En scymulo layar, el concepto • ;vV t:n :cUw'c. cao inevitablemente, con la noción de fuente del Derecho, esto es. con la preyunta acerca del oriyen ti'uum del Derecho. Cuestión esta que puede provocar confusiones importantes en el tratamiento científ ico de las fuentes poienci,mdo su carácter especulativo, .yl En j'ecer layar, y puesto que la idea de fuente implica una remisión al oriyen dei Derecho, supoui también una orientación inetodológica parcialmente inadecuada para un análisis actual ile hi materia. Ante Unió, porque conduce a eludir cuestiones referidas a la aplicación del Derecho, que son. sin embargo, ineludibles para un cincociñi-cio adventicio del sistema normativo. Adentis, pon'ue en esta formulaciém clásica el oriyen va referido al invitino producto: del I j'ett \ ho. perspet n'va t'ue uunpooe sirve pitra dar cuenti de la n imple j'idid actual de las lo ritas tit ; n/ ulm . ion jtu unco" Véase *Fuentes del Derecho, i...* op. eit., pp. 31 -33. Ofr. también. Enrique R. A fitilion y José YILM- >\ a. *Introducción ai Derecho, op. t it.* p. 627. y Fausto E. Vallado Herrón. *Introducción al estudio del Derecho*. Herrero. México. 1961. pp. 169-170. res pee t o de lo inapropiado de la expresión 'fílenles'.

¹⁴ Este matiz lo anuncia Ovilla Mandujano así: "En la lermiindoyía jurídica, ia pitlabra fuente esta mal empleada, el tema debe llamarse creación de normas, eventualmente aittoproceso tic ercaeiém de nammis. Sin embarco, jno la iradiitau se ha permitido la supervivencia del concepto, lo que Ini oriynado idyimas confusiones. Se < tmjnden las fuentes del derecho. las fuentes de la ley y las fuentes de las normas. El oriyen dei primero es lo soeitilad: el oriyen de la stymnda t'i piot i 'l' < > leysitauvt >. v el t j'ryeti de hi tercera, las mu n ts mismas < / < superior j'erart'uti . Yé ase Manuel 0\ illa N i anuii mu . ioría del Derecho. Duero. México. 1900. p. 230.

¹⁵ Esta limitación es explicable por el tiempo en que se genera la doctrina tradicional de las fuentes del Derecho, caracicií/ie- > P'j un fúicic ace ni v i ilc la j'eda di soberanía lurliina ilc loa Estados nacionales. i.á i c m man o. ei f i >ercho iiiiñnai aa.

17. Además, la *doctrina tradicional de las jnenies 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 e.xisla*. Ni todas las fuentes del Derecho producen normas jurídicas ni todas, en su momento, es necesario que io hagan. La *aplicación e interpretación de las leyes, su análisis y sistematización juegan un papel protagonice 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.*"
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 niales 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 factores que *clan lugar a los contenidos normativos que constiuyen 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.*¹¹ Y las terceras y últimas son aquellos *documentos o textos de Derecho positivo no vigente que fungen como inspiración o antecedente de ja formalización de! Derecho*.
19. Estas clasificaciones doctrinales, que toman en cuenta criterios teórico-metodológicos, pueden cambiar *dependiendo del sistema jurídico de que se trate*. Como mencionarnos 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 sil sistema jurídico*. Asimismo, *determinará qué otros actos o procedimientos coadyuarán 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, e! 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* (conimon law) como el Derecho inglés y el de los Estados Unidos de Norteamérica, otorgan el lugar predominante a los llamados *precedentes judi- *1*

sólo se desenvolvía en el esirecho maren de la relación entre gobiernos, con acciones que difícilmente trascendían a los piirticiilares. Fue hasta después de li Segunda Guerra Mundial que el Derecho imernacionai comienza a ser visto y aceptado como una fuente de derechos y obligaciones que efectivamente vinculaba a los ciudadanos de los Estados. Dieb s ciudadanos, por lo tanto, quedaban así sujetos a una normatividad que no surgía de los (Siganos creadores del propio sistema jurídico del Estado, sino de fuera de él. Véase Richard B. Lillich. *fiintiatioiail Human Rights. Problems of Lene. Policy, mui Practice** Editorial Advisory Board. Liftlc. Brown and Company. Boston Toronlo-Londrcs. 1991. pp. 232. 272.

¹¹ A nuestro parecer, en los países de tradición jurídica escrita, esta delegación ha desplazado a un segundo plano el estudio, utilidad y trascendencia de ia 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.

¹ Señala De Pina que: "*Las fuentes materiales son cienos dalos ideales (im itaciones y pensamiento) o social-vitales úsic. para convenirse en preceptos jurídicos, necesitan recorrer un camino que es, cabalmente, el tic las fuentes formales. Por eso, lit cuestión sobre las fuentes materiales versa sobre el 'porqué' del derecho: en cambio, el problema de las fienles firmales refiérese al 'si' y al 'cómo' del mismo, y esta cuestión se plantea estrictamente dentro de la experiencia jurídica v no necesita ser llevada unís tilla de los lindes de un sistema jurídico positiint'*. Véase Rafael de Pina. *Derecho civil mexicano*. Porriia. México. 1975. pp. S7-SS.

riales, que son las decisiones emitidas por los jueces.¹¹ Cuestión ésta que ha venido cambiando, fundamentalmente, a partir de los procesos de integración política, jurídica y comercial entre los países que, por razones obvias, dado tal proceso de integración otorgan mayor prioridad a los tratados internacionales. El ejemplo más rotundo de lo anterior es el funcionamiento jurídico de la llamada Unión Europea.¹²

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 de competencia 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.¹³

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: factores de diverso tipo que determinan los 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 funcionan como inspiración o antecedente de la formalización del Derecho.

4.2 Puentes 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

¹¹ Véase, Frederick G. Kempin Jr., *Histórica/ 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 Llerúa-Cocke, *Elementos del sistema jurídico anglosajón*. Porrúa, México, 1984; y de Oscar R. Abasa, *El Derecho angloamericano*. Porrúa, México, 1982. Véase, en particular, de John Henry Merryman, *La tradición jurídica romano canónica* (Trad. Carlos Sierra). FCE, México, 1971.

¹² Para una referencia de la manera en que funciona la jerarquía de normas en un sistema integrado de normas de distintos países, como lo es la Unión Europea, puede verse de Roberto Cippilani, "El Tribunal de Justicia y la construcción del Derecho privado en Europa" (Trad. Mario I. Alvaro/ Ledesma), en *Stiripolis, Revista de Derecho y Política del Departamento de Derecho*, año X vol. I. Instituto Tecnológico de Monterrey, Campus Ciudad de México, México, 2007. pp. 83-111.

¹³ Cfr. Francisco Balaguer Callejón, *Fuentes del Derecho*, t. 1, p. 32.

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 por vía de un modo especial y que resulta único y exclusivo de los sistemas jurídicos: *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).
- ¿5. 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 *informa de ley, tratado internacional, jurisprudencia, costumbre jurídica o norma jurídica individualizada (sentencia, contrato, etc.)*. El trabajo que los juristas realizan 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 *normas 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 *distinguirlos* de las otras normas de conducta con las que se convive en comunidad.
22. Estos procedimientos y actos al *incorporar o expulsar del sistema jurídica*., *respectivamente, nuevas normas y normas obsoletas, hacen que dichos sistemas se varan adaptando históricamente a los emergentes valores y 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 jurídica*, la *jurisprudencia*, los *principios generales del Derecho*, la *doctrina*, así como todos aquellos *actos jurídicos de autoridad* (resoluciones administrativas y judiciales) y de *particulares* (actos unilaterales de voluntad, convenios y 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*.
48. 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 •V un contrato o una sentencia judicial I. Las segundas *no producen, en su elaboración,*

ción a limes de la interpretación, la orientación y el estudio. Como veremos, técnicamente dentro de las directa»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 doctrinar⁵

CUADRO 4.3 FUENTES FORMALES (NORMAS SOBRE PRODUCCIÓN JURÍDICA)	
<p><i>Directas</i> Producen normas jurídicas.</p>	<p><i>Indirectas</i> Coadyuvan en la elaboración, interpretación, orientación y estudio de la norma y de los sistemas jurídicos.</p>
<p style="text-align: center;"><i>Legislación</i></p> <p>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.</p>	<p style="text-align: center;"><i>Jurisprudencia</i></p> <p>Es el conjunto de principios, criterios, precedentes o doctrinas que se encuentran en las sentencias o fallos de los jueces o tribunales.</p>
<p style="text-align: center;"><i>Costumbre jurídica</i></p> <p>Conductas o acciones repetidas al interior de una sociedad que dada su reiteración, aceptación y permanencia van adquiriendo fuerza vinculativa, apareciendo como obligatorias. Para tener relevancia jurídica esas acciones o conductas deben ser expresamente reconocidas por el Derecho positivo y, además, nunca ser contrarias a él. A partir de ese momento la costumbre social se convierte en jurídica y, en consecuencia, viene a constituirse en fuente supletoria y delegada del mismo.</p>	<p style="text-align: center;"><i>Principios generales del Derecho</i></p> <p>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</p>
<p style="text-align: center;"><i>Tratado internacional</i></p> <p>Es el acuerdo celebrado por escrito entre Estados del que se derivan derechos y obligaciones, que es 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.</p>	<p style="text-align: center;"><i>Doctrina</i></p> <p>Comprende los estudios, análisis y crítica que los juristas realizan con carácter científico, no sólo de los sistemas de Derecho positivo sino de Derecho en general.</p>
<p style="text-align: center;"><i>Normas jurídicas individualizadas</i></p> <p>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. Estas normas deben elaborarse y aplicarse de acuerdo con los criterios establecidos por la ley y, nunca, claro está, ser contrarios a ella si pretenden ser válidos.</p>	

⁵ LTV. *ibid.*, p. SS.

L.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*.²³
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.²⁴ 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 *Jas 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, etc.).²⁴ Circunstancia que enseguida tendremos ocasión de estudiar,

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 del órgano legislativo. Dicho *proceso* se compone de una *serie sistematizada de actos formales en los que la autoridad o autoridades respectivas, de acuerdo con las modalidades del sistema jurídico en cuestión, elaboran y dan o conocen las leyes que estarán vigentes, así como aquellas que dejan de estarlo vía su derogación o abrogación*.

²³ G. Gustavo Zajirebelsky. *Manuale (Il diritto costituzionale. Il sistema delle Jouti del diritto. Voi. I. Unione Tipografica-Editoriale Torinese. Torino. 1994. Véase capítulos I y II.*

²⁴ Cf. Francisco B. I. Uonei Callejón. *Fuentes del Derecho. I. ap. vii., p. 67.*

²⁵ Francisco Balaeuer Callejón dice: "(...) *In inane es sólo imo Jorma t/ue imepra liortas n Itis t/tiv ronfví, un répimen juritico propio. Por vso vi eouepia fucine del ùerecho residui ile prilli ulilititill puni eonirapanerlo ni ile MSP i inu line, sabre proilitieeüüü (unitiva) vii rvivrvnviu u In rvluvion prailiitliva i/uv se penerà villi, las MSP e su ne vi u sui de lus ilenihis. ni lus normas produetilas sino et erilennüitlilla juridice. Lus MSP se relneioihm eoli et imleüüitlente juijteo u iruve de lus fuemes ilei Dereelie. Lus MSP pnntueen üernüis i/ue se uie.npeün ut imleüüitlente metliame ile sapone Un inni ipte praporeinnun lus fuemes del tieereha. v. ve poi., Inveüi u si inisnüis laminai pai invi Ha ile lus ineules ilei De-*

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, normalmente, 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 *encastrar* 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.
36. La *generalidad* de la ley exige que ésta sea establecida *dirigiendo sus prescripciones o todos aquellos que estén contemplados en su supuesto o hipótesis normativa*. 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

*Es importante distinguir entre *generalidad* y *universalidad* de las normas. El que una norma sea *universal* significa *independientemente de sus destinatarios son todos los miembros de mi clase*. Entonces, la universalidad atañe a *información 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. Es decir, "*Toda 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 *calidad graduable*. Una norma puede ser *nada o menos* según sea el número de sus destinatarios. En consecuencia, la universalidad no implica ni *privilegio ni discriminación* a la generalidad. *La universalidad es informar en que se expresa una norma, la generalidad es imponer*. El *círculo de mis 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 "*Los dueños de 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. Sin embargo, puede suceder que en la realidad sólo existan unas cuantas sociedades anónimas o quizá sólo una. Lo que hace a la norma en consideración muy poco general. La doctrina tradicional se refiere a la generalidad de la norma como *universalidad lógica*, es decir, como requisito formal de las normas jurídicas, lo cual la vincula con el principio de seguridad jurídica, al *pretender que las normas jurídicas, en su contenido, sean claras y precisas como mi principio de justicia formal*, es decir, de *legalidad*. Ello explica que *normas perfectas, en lo que concierne al principio de universalidad, puedan ser imperfectas en lo que concierne a la seguridad jurídica*. Por ejemplo: si una norma prescribe: "*Los ciudadanos de raza blanca carecen de derechos políticos*" esta 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, encárneme en ella es, ya que el privar a las personas de ciertos derechos, como los políticos, por el sólo y contingente 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 Laporta. "El principio de igualdad: Introducción a su análisis en *Sistema*. Madrid, pp. (v 10, principalmente.

- técnicamente defeciosas. 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 mora!. Empero, 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 ya 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 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 es el de los *principios*.
30. 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. Las *leyes* pueden clasificarse desde múltiples puntos de vista. Por esto, sólo citaremos aquí algunos criterios que pueden resultarnos útiles.²⁷

²⁶ Por su contenido las leyes pueden ser *positivas* (si autorizan o facilitan); *negativas* (si prohíben); *interpretativas* (si desentrañan el sentido de otra ley), *supletorias* (si llenan la laguna dejada por otra ley); *taxativas* (si obligan siempre

²⁷ Vease al efecto, también en la primera parte de este libro, los capítulos I y 2, específicamente los apartados Justicia y doble estándar valorativo del Derecho y Nuestra definición del Derecho

²⁸ Dr. i. duardo García Máyuez. *Introducción a! estudio del Derecho*. </>. di., p. 75 \ ss.

CUADRO 4.4 Abstracción y generalidad de la ley

La ley para cumplir con sus requisitos de forma debe expresarse como enunciado normativo o hipótesis general.

Présiese atención, para ejemplificar lo anterior, a la siguiente hipótesis normativa que emplea el Código Civil Federal para regular los contratos de compraventa y que es producto de ese ejercicio de abstracción y generalización del que hacen uso las leyes:

Artículo 2248. Habrá compra-venta 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.

Abstracción:

La redacción del Código Civil *obtiene o abstrae* los aspectos esenciales del contrato de compra-venta, o sea:

1. Transferir la propiedad de una cosa o un derecho.
2. A cambio de pagar un precio cierto y en dinero.

El *ejercicio de abstracción* que hace el legislador permite establecer que cuando dos sujetos jurídicos (quién sea que tenga capacidad de contratar) en todo contrato (la venta de un automóvil, una casa, etc.) en donde se transfiera la propiedad de cualquier objeto mueble o inmueble por un precio cierto y en dinero (el monto puede ser cualquiera, desde un centavo hasta el infinito), habrá, indubitablemente compraventa.

Generalidad:

La redacción del Código se dirige a todo sujeto jurídico que se ubique en esa hipótesis (la de transferir la propiedad de algo a cambio de un precio cierto y en dinero).

Por ello, el artículo se redacta de modo impersonal, efectivamente, general, pues va dirigido a toda persona (física o moral), hombre o mujer, nacional o extranjero.

Una norma jurídica individualizada a diferencia de la ley, por ejemplo un contrato mismo de compraventa, deberá estipular, perfectamente individualizados, quienes son las personas jurídicas específicas que lo realizaron: Pedro Pérez, Petróleos Mexicanos, Josefa Ortiz, etc. Los contratos, las sentencias y otras normas jurídicas individualizadas, poseen siempre nombre y apellido o razón social. no pueden ser nunca generales.

a su observancia): *dispositiva!*: (si su aplicación depende de la voluntad de las partes).

- * Por el **sistema jurídico al que pertenecen**, las leyes pueden ser *nacionales* y *extranjeras*.
- * Por su **ámbito espacial de validez**, pueden ser *generales o federales* (si rigen en todo un Estado o Federación) y *locales o estatales* (si rigen sólo en parte de un territorio o entidad federativa).
- * Por su **ámbito temporal de validez**, las leyes son de *vigencia indeterminada* (si el legislador no especificó cuándo dejarían de regir) y *determinada* (cuando expresamente se fijó su lapso de vigencia).
- * Por las **sanciones que aplican**, las leyes pueden ser *perfectas* (si prevén la sanción) e *imperfectas* (si no prevén alguna sanción!; *más c/ne perfectas* (si además de la sanción decretan la inexistencia, invalidez, o nulidad del acto jurídico al que dieron origen); *menos /¡te perfectas* (no prevén sanción alguna y el acto jurídico queda subsistiendo produciendo sus efectos jurídicos)

- Por su jerarquía, las leyes pueden ser *constituit jmales* (si pertenecen a la ley de máximo estatus en un Estado): *ordinarias* (leves que derivan de las constitucionales): *reglamentarias* (leyes que sirven para aplicar las ordinarias).

CUADRO 4.5 La legislación	
<p>La legislación: principal fuente formal de las normas de Derecho positivo.</p> <p>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</p>	
<p>La ley se expresa característicamente de modo escrito</p>	
<p>Características formales de la ley</p>	<p>abstracción</p>
	<p>generalidad</p>
	<p>obligatoriedad</p>
	<p>coercibilidad</p>
<p>Principios que deben ser cumplidos por la ley</p>	<p>No retroactividad: las leyes no deben aplicarse hacia el pasado</p>
	<p>Generalidad: las leyes no deben ser privativas</p>

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. *Derecho público y Derecho privado.*

4.2.2.1.1 Derecho público y privado

43. Este criterio de clasificación del Derecho no exento de críticas o adhesiones.³⁸ halla sus orígenes en el *Derecho romano*. Los romanos consideraban que las leyes cuyo 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 (jnspublicum)*. En cambio, aquellas leyes cuyo objetivo estuviera

³⁸ Véase en la literatura el análisis sobre esta distinción se debe a Hans Kelsen y en estos términos: "Eu indos los tirdenonienits imiti iros modernos, el Estado, lo mismo tiene como objetivo otra persona jurídica, puede tener derechos in re y derechos in personam. La ley es, por lo tanto, una ley que se refiere a las cosas y a las personas. La ley que se refiere a las cosas es la ley pública y la ley que se refiere a las personas es la ley privada". Cuti udii hus un t duiii <> eviii. sus

CUADRO 4.6 Clasificación de las leyes	
Las leyes pueden clasificarse, entre otros, de acuerdo con los siguientes criterios:	
Contenido	Positivas: <i>autorizan o facultan.</i>
	Negativas: <i>prohíben.</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 y federales: <i>rigen en todo un Estado o toda una Federación.</i>
	Locales o estatales: <i>rigen sólo en parte del territorio estatal o en una sola entidad federativa.</i>
Ámbito temporal de validez	Vigencia determinada: <i>el legislador especificó su fecha de derogación.</i>
	Vigencia indeterminada.
Sanciones que aplican	Perfectas: <i>prevén una sanción.</i>
	imperfectas: <i>no prevén sanción alguna.</i>
	Más que perfectas: <i>prevén sanción y dejan sin efecto el acto jurídico al que dio origen la ley.</i>
	Menos que perfectas: <i>no prevén sanción y el acto jurídico 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>

llorinas se aplican por igual al Estado y los particulares. Las controversias irrelativas a los deberes y derechos del Estado son innormalmente resueltas en la misma forma (lie los juicios entre particulares. El hecho de que una relación jurídica tenga al Estado como parte, no desplaza necesariamente tal relación id campo del derecho punido. La dificultad de distinguir el derecho pública del privado, resille 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 (1ª ed. Eduardo Cíaivia Mávnez). UNAM. Tomos Universitarios. M ex ico. 201-4. p. 2-11. En la doctrina mexicana sigue oslo criterio el niaciro Ernosio Gutiérrez y González. Al respecto véase la la. edición de su libro *LI patrimonio, o la 20a. edición de Derecho de las obligaciones*. Pomi a. México. 2013. pp. 1 1-21. f'omrai jámeme, justillo; esta división Rojina Villegas

concentrado en el *interés particular*, conformarían el *Derecho privado* (*jas privauñil*). 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*. Ésta 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 aquello 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.*"
- » **Derecho mercantil**: *regula las relaciones jurídicas derivadas de los actos de comercio y la profesión de quienes los realizan.*"¹¹
- **Derecho marítimo**: *regula los fenómenos jurídicos relativos a la navegación, a la industria, tráfico de mercancías y pasajeros por mar.*"

uauado escribe: "En el derecho moderno existe la tendencia de negar valor a la distinción tradicional entre el derecho público y el derecho privado; sin embargo, me permito emitir el dictamen de establecer el criterio de distinción, en la clasificación de los diversos ramos de esos dos grandes sectores del derecho, se puede considerar que las normas jurídicas relacionadas con la organización del Estado (derecho constitucional, derecho administrativo), o indirectamente (derecho penal y procesal), son disposiciones 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*. Poma. México. 1977. p. 358.

¹¹ CIV. Rafael Rojina Villegas. *Compendio de derecho civil. Introducción, personas y familia*. T. 1. 45a. ed.. Poma. México. 1080. p. 22.

¹² Clr. Roberto L... Mantilla Molina. *Derecho mercantil*. 29a. ed.. Poma. México. 2008. p. 23.

¹³ CIV. Ornar OI vera de Luna. *Manual de derecho marítimo*. Poma. México. 1981. p. II. Este autor nos dice al respecto que la distinción de este Derecho que: "La distinción tradicional del Derecho en Público y Privado, no tiene

En cambio, serían *ramas dei Derecho público* las siguientes:

- **Derecho constitucional:** *regula la estructura, facultades y relaciones de los órganos estatales entre sí y con los particulares.*³⁷
- **Derecho penal:** *regula las conductas catalogadas como delitos y las penas correspondientes*³⁸
- **Derecho administrativo:** *regula la función administrativa que se realiza en el Estado.*³⁹
- **Derecho procesal:** *regula la realización del Derecho objetivo.*⁴⁰
- **Derecho internacional público:** *regula las relaciones entre los sujetos o personas de la comunidad internacional*⁴¹
- **Derecho internacional privado:** *regula la solución a los conflictos de leyes derivadas de la pluralidad de legislaciones de Derecho privado* Hoy día se le conoce también como **Derecho civil internacional** puesto que su función consiste en regular las relaciones jurídicas internacionales entre personas privadas o donde hay un interés jurídico de Derecho privado, de ahí su adscripción al mismo. Esta disciplina no soluciona los conflictos, su función consiste en determinar cuál sería la norma o ley de uno u otro país que debe emplearse en la solución de conflictos internacionales de particulares y, en consecuencia, cuál habrá de ser el juez competente para tales efectos. Dichos conflictos tienen su origen en la colisión de leyes de países distintos que se considera son aplicables para resolver una determinada situación jurídica respecto de bienes o derechos personales.

48. Se han encuadrado, no sin dificultad en la concentración tradicional de materias del *Derecho privado*. las siguientes disciplinas jurídicas:

- **Derecho bancario:** *regula las actividades de las empresas bancarias que realizan en masa la Intermediación en operaciones de crédito.*^{3*8}
- **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*

definitiva relevancia en el campo dei Derecho Marítimo: y c.v que desde sus remotos orígenes, este se ha presentado uo t oo rasgos propios y originales, que más tarde sirvieron ocaso para conformar principios de comercio marítimo: re. Vero Imy dio.' con los avances políticos de carácter internacional: con la eficacia de Trillados para el público control: con las medidas de seguridad y vigilancia que todos los Estados perfeccionan día a día. el Derecho Marítimo mina relevancia dentro dei ámbito dei Derecho Público, y deja más clara su diferenciación respecto al Derecho Marítimo Privado, sin que neje de existir ambas ion entre ambas facetas, a través de sus particulares afinidades, independientes de la actividad especulativa; <: éte los ciudadanos, declarado en torno al buque y por medio dei buque. >. siendo tan amplia esa gama de actividades, ¿es lilla mas carréelo hablar de un Derecho Marítimo Privado, lo que de un Derecho Comercial? Marítimo . L i supra. y I .

*Cfr. J. Eduardo Andrade Sánchez. *Derecho constitucional*. 2a. ed., Oxford University Press. México. 2008. p. 21.

"Cfr. Francisco Muñoz Conde. *Teoría general del delito*. Temis. Bogotá. 2004; Enrique Díaz-Aranda. *Teoría dei delito (Doctrina. jurisprudencia y casos prácticos)*. Srafa. México. 2006; Luigi Ferrajoli. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al.). Trola. Madrid. 2006.

"Oír. Andrés Sorra Rojas. *Derecho administrativo*. 28a. ed. forma. México. 2009. p. 136. Oír. José Roldán Xopa. *Administración administrativa*. Oxford University Press. México. 2008. p. 32.

"Oír. José Ovalle Envela. *Teoría general dei proceso*. 6a. ed., Oxford University Press. México. 2010).

"Oír. César Sepúlveda. *Derecho internacional*. 26a. ed., Forma. México. 2009. p. 3 Pastor Ridruejo define el Derecho internacional Público en estos términos: "...conjunto de normas puestas por los poderes normativos peculiares de la C>'imunidad Internacional". Véase José A. Pastor Ridruejo. *Curso de derecho internacional público*, Iénon. Madrid. 1986. p. 36. Carlos Amilano García define al Derecho internacional privado como "...el conjunto de normas jurídicas de Derecho Público que licen por objeto deicriniimr la norma jurídica aplicable en los casos de vigencia simultánea, de normas jurídicas de mas de mi Estado ipic pretenden regir una sinad, ni concreta". Véase *Derecho internacional privado*. I /a. ed. Porrúa. México. 2008. p. 27.

*Cfr. Joaquín Rodríguez Rodríguez. *Derecho bancario*. I la. ed., Forma. México. 2006.

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,*⁴⁰

* **Derecho aéreo:** *regula lo relativo a la navegación aérea, las aeronaves y el espacio aéreo*"

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. ¿Porqué entonces se le ubicó originalmente dentro del *Derecho público*? ¿Son de esta naturaleza los vínculos laborales, no obstante generar relaciones de coordinación?

4.2.2.12 *Derecho social*

51. No sin razón, ciertos autores, subrayando este y otros casos similares, buscan superar la división tajante entre lo jurídico a nivel público y lo jurídico a nivel privado, y ubican al **Derecho del trabajo** en una nueva dimensión que no cabe en los moldes tradicionales: el *Derecho social*.⁴¹ 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*.⁴²

52. Se ubican, entonces, dentro del *Derecho social*:⁴³

⁴⁰ Cfr. Sergio Filimisco de la Garza. *Derecho financiero*. 28a. ed.. Porrúa. México. 2010. p. 15. Pilgüese, uno de los autores clásicos en esta materia, ha dicho respecto de la división o contenidos del Derecho Financiero, que: "(...) hay que agregar al simple motivación práctica y clásica, el derecho financiero se divide generalmente en disciplinas secundarias... Las ramas particulares en las que se divide el derecho financiero son las siguientes: derecho financiero internacional, privado y público: derecho financiero del Estado y presupuesta gestión del patrimonio estatal y principios constitucionales financieros); contabilidad del Estado: derecho penal financiero y derecho tributario [sustantivo, formal y pñx e sal]. Es casi inútil añadir que el derecho tributario constituye la parte más importante del derecho financiero, por lo que el estudio de tildas las relaciones legales activas y pasivas que emanan del impuesto, con el que se encuentran íntensamente esenciales del Estado y de las particulares". Véase Mario Pilgüese. *Instituciones de Derecho financiero* (datos de traducción). Porrúa. México. 1076. pp. 140-150. Al Derecho tributario se lo conoce también y más comúnmente como Derecho fiscal.

⁴¹ 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 Francoz Rigalt. *Derecho aeroespacial*. Porrúa. México. I 981. pp. 41-45.

⁴² En crítica en este sentido la realiza Alberto Briceno Ruiz en su obra *Derecho individual del trabajo*. 3a. ed.. Haría, Colección Textos Jurídicos Universitarios. México. 2006. 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 Rabasa Gamboa y Juan Ramírez Marín (coords.). Porrúa-Tecnológico de Monterrey. México. 2006 \ 2007.

⁴³ I. Rogelio Mariñez Vera. *Fundamentos de derecho público*. 3a. ed.. McGraw-Hill. Serie Jurídica. México. 2006. p. 40.

El autor agrega respecto del Derecho social que: "El llamada derecho social seguramente participa de un mayor

- « 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.⁴³
 - * Derecho de la seguridad social: regula los instrumentos estatales para satisfacer necesidades sociales, individuales y colectivas, a cuya protección tienen derecho los individuos.⁴⁴
 - * Derecho económico: regula la acción del Estado sobre el desarrollo económico y social de un país.⁴⁵
 - * 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 vivientes 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.⁴¹'

CUADRO 4.7 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 marítimo
Derecho público	Derecho penal Derecho administrativo Derecho procesal Derecho internacional público Derecho financiero Derecho aéreo
Derecho social	Derecho del trabajo Derecho agrario Derecho de la seguridad social Derecho económico Derecho turístico Derecho ecológico Bioderecho

tu circunscrimiento con el derecho público (pie con el derecho privado, sin embargo, se encuernen en una posición inmedia cun e Lis dos ramas tradicionales de la ciencia jurídica ". Ul supra.

⁴³ Cfr. Amonio Luna Arroyo y Luis G. Alcérreca. *Diccionario de derecho agrario mexicano*. Porrúa, México. 1982. p. 207. Véase también, para un planteamiento contemporáneo del Derecho agrario, el trabajo de Isaías Rivera Rodríguez. *Fi nuevo derecho agrario mexicano*. 2a. ed., McGraw-Hill. Serie Jurídica. México. 2008.

⁴⁴ Cfr. José M. Almansa Pastor. *Derecho de la Seguridad Social*. Tecnos, Madrid. 1989. pp. 62-64.

⁴⁵ Cfr. Jorge Witker. *Derecho económico*. 4a. ed., Haría. Colección Textos Jurídicos Universitarios. México. 1986. 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*. Porrúa. México. 1980. pp. 28-72.

⁴¹ Cfr. Fernando Flores Trejo. *Bioderecho*. 2a. ed., Porrúa. México. 2017. 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.

4.2.2.2 La *costumbre*

53. La *costumbre* no sólo es un modo *espontáneo*¹ 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 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 miralé*⁸ 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 obligatoria de conducta. *Otros hábitos sí ¡legan 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 buenas maneras de la mesa, etc.) o de ciertos *preceptos religio-*

¹ Cfr. Carlos Santiago Niño. *Introducción al análisis del Derecho*. Ariel. Barcelona. 1987. p. 150.

⁸ Fagothey explica los orígenes de la ética en este tenor: "*La palabra ética proviene de éthos. esto es. la forma alargada de éthos. Ambas palabras significan costumbre, pero éthos indica un tipo más fijo de costumbres y se utiliza a menudo para designar el carácter del hombre. La palabra latina para costumbre es mos, v su plural mores, es el equivalente del étilos 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 parte 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 parecen más fundamentales, como la de decir la verdad, de pagar las deudas. <le honrar a nuestros padres y de respetar las vidas y la propiedad ajenas. Sentimos que semejante conducta es no sólo costumbre, sino también, tal como debe ser. y 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 Austin Fagothey. *Ética. Teoría y aplicación* (Trad. Carlos Gerhard Ottenwælder). McGraw-Hill. México. 1991. pp. 1-2. 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. De hecho su transformación responde a circunstancias totalmente caprichosas que dependen sólo de su aceptación: es una moda, que puede pasar o permanecer. 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 arriba, en el texto del libro, la explicación será más clara. El hábito de ejercitarse físicamente todos 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, inmejorable! 'Mes beneficios a la salud. Sin embargo, difícilmente podremos aceptar que, por más que el deporte mejore la salud; ¡ica. metal 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 socialmente* que los padres se hagan cargo del mantenimiento y la educación de sus hijos. Aquellos padres que no practiquen esta *costumbre*, lo más probable es que resulten reprobados moralmente por el grupo social al que pertenezcan y se les tachará de irresponsables, aunque dichos padres fueran en contrapartida excelentes atletas. Parece obvio que es más probable que al sistema normativo que compone los sistemas jurídicos se incorporen *costumbres* con un cierto peso moral, antes que meros hábitos o convencionalismos sociales. Los hábitos y los convencionalismos sociales son *costumbres* en un sentido genérico, 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 de tiempo 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

sos (como el asuelo, el ayuno o la asistencia u ceremonias religiosas en días determinados).

55. Para que la *mera costumbre* se convierta en *costumbre jurídica* es necesario que ésta *ve 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*.
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 inveteróla)* y el otro la *opinión generalizada respecto de la obligatoriedad jurídica de esa conducta (opinio juris sen necessitatis)*. Estos elementos revelan que *a la costumbre no la hace sólo la repetición, sino la consideración de su obligatoriedad, de su relevancia misma*. 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, aquélla ha ido paulatinamente cediendo terreno ante la ley.⁴¹* En la Antigüedad, la costumbre llegó a ser la fuente inmediata y más importante del Derecho.⁴² mientras que ahora posee el *carácter de fuente 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*⁴³.
58. La *costumbre jurídica* se manifiesta en tres formas básicas: como *norma consuetudinaria delegante, delegada o derogatoria*⁴⁴

* Es *delegante* cuando la *costumbre se convierte en la fuente de facultades para legislar Derecho escrito*: en este caso ese derecho consuetudinario se encuen-

e.s que solo se incorporen a 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 insursumo social.

⁴¹ Clr. Frederick G. Jr., *Hisforical Introduction to Anglo-American Law...* op. cit., pp. XVII-XIX.

⁴² En este punto dice Dei Vecchio: "La autoridad de la costumbre es superlativa en los inicios de la sociedad humana. y esta constituye un hecho digno de la mayor olandoli. Varios son los factores que concurren a formar la costumbre. En los 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 determinai el dominio de la costumbre cooperan, sobre nulo, dos motivos psicológicos: la imitación y el hábito. [...] Dehemos 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. [...] En la civilización [tesmóforos I. ...]. De otra parte, ya Vico, con maravillosa intuición adivinatoria a su tiempo, advirtió que el Derecho nace del fondo de la conciencia popular, de la 'sapienza volgare', merced a una libra anonima y colectiva de las naciones". Véase Giorgio del Vecchio. *Filosofía del Derecho*. Boscii. Barcelona. 1980. pp. 368-369.

⁴³ Esta posición formal peculiar de la costumbre en relación con la norma de Derecho se resume en dos preceptos antiguos pronunciados por Juliano 11.32. pr. D. de legibus. I.3) y Acursio, respectivamente: "De quibus causis scriptis legibus non tenentur, id custodiunt opinio, quos moribus et consuetudine inditum est" ("En aquellos casos en que no usamos leyes escritas conviene que se observe lo que se ha introducido por los usos y la costumbre"). "Vaici consuetudo etiam iux non ad versa tur" ("Es válida la costumbre a la que no se opone la ley"),

⁴⁴ Ir. Eduardo García Máynez. *Introducción al estudio del Derecho*, op. cit., pp. 04-05.

ira por encima de cualquier norma jurídica. Se concreta fácticamente 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 que opera en casi todos los sistemas jurídicos modernos, donde la costumbre funciona gracias a la *delegación de validez* que le otorga la ley.
- Es *derogatoria* la costumbre cuando ésta prescribe conductas contrarias al Derecho positivo vigente. El legislador, obviamente, *niega cualquier validez a esta costumbre*.⁵⁵

CUADRO 15 La costumbre	
La costumbre es el modo espontáneo y más antiguo de incorporar normas al Derecho.	
Componentes	Duración y repetición de una conducta en el tiempo; opinión generalizada de la obligatoriedad de la conducta
Características	La costumbre moderna tiene carácter de <i>fuerza supletoria y subordinada a la ley</i>
Clasificación de la costumbre	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*.⁵⁶

⁵⁵ 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 iuris* *non 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 concilia ¡(ti con el espíritu de la ley, es consentida por ella, ti se relaciona con normas no consideradas por la ley, su existencia es completamente justificada, su valor incontestable. El conflicto con la legislación surge, cuando se trata de la costumbre que encuentra un serio obstáculo en la ley y la ley lo encuentra en su tipo oficial. Pues entonces la costumbre tiene una mayor fuerza de obligatoriedad hacia las clases populares, siendo una adaptación 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, o es lo que sucede más a menudo, o no es nunca completamente aplicada o aplicable, porque la costumbre contraria constituye una escusa poderosa que atenúa todo el rigor de las mismas leyes legislativas*". Francesco Cosentini. *Filosofía del Derecho*, op. cit., pp. 54-55.

⁵⁶ Art. 2 de las *Convenciones de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 y 1986*. Cfr. también Max Sorensen (ed. y coord. i. *Manual de derecho internacional público* (Trad. Sergio Rodríguez Restrepo). José Antonio Galvis. Ángel María Buitrago. CoiNian/a Silxa. FCE, México, 1985, p. 155.

60. El mundo 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 —funcionarios públicos— que los representan. Por el número de sus contratantes se clasifican 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 (préstamos económicos, intercambio de funcionarios, profesionales, asesoría científica o técnica, etc.), pero otros *sí trascienden a los ciudadanos de los Estados partes en cuestión*. Esto significa que *generan normas que afectan de uno u 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 1986* 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 *fuerza formal directa* 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*.

⁵⁵ Cfr. Amón 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, así como a gobiernos en el exilio que hayan obtenido tal estatus por el propio Derecho internacional. Véase Max Sorensen <ed. > coord. l. *Manual de Derecho internacional público... op. cit.*

⁵⁷ A la fecha de publicación de esta tercera edición no se habían completado los 35 instrumentos de ratificación que sí requieren para que dicha Convención entre en vigor. La han ratificado ya 31 países y 12 organizaciones internacionales: la suscripción de estas últimas no es tenida en cuenta para efectos de su entrada en vigor. México, por cierto, ratificó la Convención de mérito desde el 10 de marzo de 1988.

- El primer proceso tiene por objeto la *confección del mundo internacional*; el segundo su *incorporación* a! sistema jurídico del Estado en cuestión.⁵⁸

CUADRO 4.9 Tratados internacionales	
<p>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.</p>	
<p>Los tratados:</p> <ul style="list-style-type: none"> • generan normas asumidas por los Estados o por los organismos internacionales. • pueden ser bilaterales y multilaterales. • se fundan en el <i>ius tractati</i> 	
<p>La Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969 y 1986 es la normativa internacional que regula los tratados.</p>	
<p>Los tratados internacionales implican un <i>doble proceso</i>:</p>	
<p>1o. Fase de elaboración, negociación y firma, regido por el Derecho y las costumbres internacionales.</p>	<p>2o. Reconocimiento, validación e incorporación del tratado al Derecho de cada Estado, proceso regido por el Derecho nacional.</p>

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 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*.⁵⁹ Así es el caso tanto de las **resoluciones administrativas** (por el que

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 Estados desde su formación hasta su terminación, pasando por sus efectos y alteraciones»*. Véase A. Remiro Brotons. *Derecho internacional público...* <p. cit., p. 39.

⁵⁹ 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 autoridad no legislativa generadores de normas implican un proceso, apunta: *«Así como en el caso de las leyes (las resoluciones administrativas) la creación de las normas es un proceso»*

la autoridad de ese orden resuelve en lomo a derechos y obligaciones de los particulares en asuntos relacionados con la Administración Pública); eje 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 de! desarrollo de un juicio); .como de los **actos jurídicos** realizados por los particulares (convenios o testamentos, verbigracia).

57. 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 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 creación de normas que individualizan su afectación en términos de derechos y deberes, han recibido el nombre de *normas jurídicas individualizadas*.
58. Los actos de *autoridad y particulares generan normas jurídicas porque éstas, ai producirse bajo las formalidades y requisitos 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 gamulía 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 *invalidéz*, obviamente, genera lo contrario, a saber, su *nulidad absoluta o relativa*, con lo cual sus efectos son limitados o, de plano, nulos y hasta inexistentes.
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,*^{ai} 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' déla ley. *¹

por una serie Je recjnstios Je orden fonimi en e! Je jas individualizadas liay también una serie Je eonJirrenes Je vali Je;. lo que nos pernüle hablar Je los profesos créi aiores Je dichas normas". Véase Introducción ai estudio del Derecho, op. rii., p. 75.

¹Hans Kelsen opino que: "Como aplicación Jel derecho, la doctrina tradicional considera en primer termino a la decisión judicial, es decir, la función desempeñada por los tribunales. Al resolver una controversia emir dos particulares o condenar a un in usado 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 cieno individuo, lista norma individual puede ser referida a normas generales en la misma jormia en que la ley es referida a la Constitución. \si pues. lo función judicial, lo mismo que jo legislativa, es. al propio tiempo, i jración y aplicación del derecho. La función judicial se encuentra ordinariamente determinada por normas generóles, ionio en t>i i/iu respecta al procedimiento como en io (/ite añiñe al contenido de la norma que debe crearse, mientras ijite ni lexislm ion sólo se ludia determinadi por lo Constitución en el primero de los dos aspectos. Esto diferencia. sin embargo es sólo Je gonio. [...] La nomiti gene mi que. o t jcrios supuestos abstractamente determinados, coloro cienos canseiiien- cias determinadas también de manera abstracta, tiene (pie ser individualizada y concretada afin de quedar en contacto con la vidí social v Je aplicarse a lo realidax). Pani este efecto es necesario determinar cu cada caso si las condiciones señaladas in abstracto por |<l norma general. se encuentran presentes in concreto, afin de i/n ca sanción determiñula abstractamente pi>r la jortniti genérica, pueda ser ordenadi v ejecutada in concreto. Estos son los Jos momentos escudóles tic la funcióni judicial. Tal función no licué de modo alguno, como o veces se pienso, un cometer pillamente de- cí> mim o". Véase Hans Kelsen. Teoría general del Derecho.... op. di., pp. 150| 160.

70. Debe subrayarse que la actividad que lleva a cabo un juzgador al emitir una resolución definitiva, *consiste en 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 los jueces enriquecen y definen su criterio.
71. En lo concerniente a los *actos de los particulares que elaboran normas jurídicas*, es donde nos encontramos frente a la infinita y más abundante actividad con que se enfrenta el Derecho. *Las 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.*¹¹ Esta faculta, prohíbe, enuncia taxativamente, marca límites, concede, en suma, *delimita los espacios ciegos 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 invalidez, precisamente por no ajustarse a la ley.

CUADRO 4.10 Normas jurídicas individualizadas

Actos de autoridad o de los particulares que generan normas jurídicas de efectos 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, *cava función creadora*

¹¹ También sobre este punto Keisen es muy elaró: "Citando 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 esta tasa, la norma secundaria, que estipula de manera directa la conducta de las partes conforme al derecho, no es una simple sanción auxiliar tie ya leona jurídica. Es el contenido de un acto jurídico establecido por hi norma general primario/eanu- etmtleición tic i a unción". Véase *ibid.*, p. 163.

es indirecta por coadyuvar a la formulación y aplicación 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 *ja sentencia o el conjunto de sentencias que, en cuanto tales, poseen el carácter de normas 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 lex*. 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 *fuente indirecta*. No puede 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 cuando declara su inconstitucionalidad.

4.2.3.1 La JURISPRUDENCIA

74. La *jurisprudencia*.⁷² 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 regida 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 cosas 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 stt aplicación*. Es decir, si ésta se compone por una semencia 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 invo-

⁷² La noción "jurisprudencia" según ya lo habíamos anulado, posee varias acepciones. Las más recurridas son: aquella que la concibe como *Ciencia del De Iure*, sobre todo en el ambiente jurídico anglosajón; y aquella que la utiliza para referirse a los *criminos o tñin/nts inserios en tus decisiones de tos iribmlules jüiliclnes*.

lucrados 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, simplemente, crearía una norma que vendría a llenar una laguna¹ 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*.⁶¹
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*.⁶² 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)*.¹⁰ De este modo, los casos similares que aparezcan en el futuro probablemente serán resueltos en la misma forma.⁶³ 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

⁶¹ 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 i o sa juzgada a punir del día siguiente de su publicación y no cabe recurso alguno contra ellas. Las 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 mi 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 de más alto nivel, consideran que de otorgarle tal fuerza al Poder Judicial, este haría las veces del Legislativo, sustituyéndolo, invadiendo sus funciones, 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 3 de diciembre de 1994, de acuerdo con el nuevo texto del artículo 105.1... *... ciertas resoluciones sobre controversias constitucionales y las declara, janes di invalid: que recaigan a las iliciones de incinsillitucionalidh cnltiltas par la Suprema Corle de Justicia de le • n ion. tendrán decios generales (erga mimes)*". Empero, la *Cosuit lición* federal mexicana no autoriza a los gobernados a mover tales controversias. Asimismo, sobre las declaratorias de inconstitucionalidad que tienen electos *erga omnes* véase el capítulo 5, inciso 5.3.1.

⁶² (Y... E. Allan Farnsworth. *Introducción al sistema legal de los Estados Unidos* (Trad. Horacio Ahcledo). Zavalia. Ruedos Anes. 1990. p. 69.

⁶³ "*L'n precédeme i Oitsisie en un ocio oficial repelido bajo circunstancias susiancialmciUc semejantes que ha sido llevado e, raba- por una prsmni o. ames, por su predecesor. !:} fuiulamcniK entonces, de un precedente es la analogía oficial de h que. en lu societfad toda, conocemos como tradición, o como instituciones, y lo que. en lo ;ndividinil intimemos como hahin!*". Yeuse Karl N. Llewellyn. Karl N. Llewellyn on the Fonction of Precedent". *Une. Justice and the Coalition Good*. Sidnev H\ man ted.). Hubert H. Humphrey Instituto of Public A flairs. University of Minnesota. University Press of .America. HUA. IONS. p. 333.

¹ ir. !. * Man i anisworth. *Introducción al sistema legal.... op. ch., p. 74.*

CAPÍTULO 4

<p>CUADRO 4.11 Jurisprudencia</p>	
<p>Conjunto de principios, criterios, precedentes o doctrinas que se encuentran en las sentencias o fallos de los jueces o tribunales.</p>	
<p>- Fuente formal indirecta más importante con carácter híbrido, pues comienza siendo una norma jurídica individualizada (una sentencia) y termina convirtiéndose en una fuerte formal indirecta.</p>	
<p>• Cumple una doble función:</p>	<p>1. Genera normas jurídicas en sentido estricto; y</p>
	<p>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.</p>
<p>• Los contenidos jurídicos de la jurisprudencia (tesis) conforman directrices que surgen como resultado de la aplicación del Derecho por parte de los tribunales.</p>	
<p>Cada sistema jurídico establecerá el proceso que requiere su elaboración, a qué tribunal o jueces queda encomendada, cuál es su jerarquía, qué efectos específicos posee y cuál es el alcance de su aplicación.</p>	
<p>En los sistemas jurídicos de impronta sajona, la jurisprudencia posee 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.</p> <p>Además, establecen precedentes (<i>precedents</i>), 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.</p> <p>Los precedentes judiciales sientan o establecen criterios que orientan la labor judicial sobre el modo de resolver determinados asuntos.</p> <p>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>.</p>	
<p>La doctrina del precedente se sustenta en cuatro principios básicos:</p>	<p><i>Igualdad</i>: aplicar la misma regla a casos análogos.</p>
	<p><i>Previsibilidad</i>: un respeto consistente al principio del precedente contribuye a la previsión de futuros fallos.</p>
	<p><i>Economía</i>: el uso de criterios ya establecidos ahorra tiempo y energía.</p>
	<p><i>Respeto</i>: adherirse a criterios anteriores evidencia consideración a la sabiduría y experiencia de los jueces anteriores.</p>

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* y proviene del latín *store decisis el non* (*inicio nwrvic* ("respetar lo decidido y no cuestionar los puntos ya resueltos"): halla sus orígenes en los comienzos del Derecho inglés. Esta doctrina se incorporó al sistema jurídico de los Estados Unidos*¹¹ como parte de la

Hn opinión do l .. A. l u'i'nswonh: l'<>l \ ttrüis minies l<l Jöürinti tlcl precedente no luí £o.:t,ao en lo6 ,simios l 'ni<l<.> | de !ti üüü> >| üüüü <iü>sohno t/ue l><l< (< jüibeil üll(tüü:tnio en In^ioiem. l.ü enorme t tininlöü tic jolios, i/ne csuühtc en preceden-

tradición de la *communis iuris*, 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 redundando en igualdad;
- *previsibilidad*: un respeto consistente al principio del precedente contribuye a anticipar el conenido de futuros fallos otorgando mayor seguridad jurídica;
- * *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.⁶⁸

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 u 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 ventos, 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 tornado en consideración la idea de *principios generales del Derecho*. Incluso, muchos de los formulados por los juristas romanos

tes 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 tiempos de (que) las condiciones económicas y sociales se han alterado. Aun así la doctrina del precedente, típicamente aplicada a ritos penales rigide: tiene en lugar. todavía está firmemente (mitigada en los Estados Unidos. Véase supra.. p. 93

⁶⁸ *Ibid.*, pp. 74-77.

⁶⁹ Del Vecchio señala que: *o cottiti es manifestamente imposible que la litente humana pueda prever y regalar con norma: ('rinnla: todas las iústituciones raras /antros — 'multo enim nova produrti notara '—, el legislador misma ha señal da las /nemas. a las niales debe el /lie: acudir siempre que na sea posible resedver nini controversia aplicando una ,! ,: c ut precisa de la ley: tales /nemas son. en primer término, la analogía, v después. (nahdn tampoco mediante esto sea posible decidir, los principios generales del derecho . Véase Giorgio del Vecchio. *Los principios generales del derecho* (Trad. Juan Ossorio Morales). Bosh. Barcelona, 1979, pp. 42-43.*

⁷⁰ Aunque Sánchez de la Torre reduce los principios generales del Derecho a los *in iuris praecepta* del Derecho romano *l' hanesie vivere: alterimi non laedere: stilliti caique i cibami* — "vivir honestamente: no hacer mal a nadie, dar a cada cual lo suyo"—L éstos son conceptos que no se agolan en el orden normativo-jurídico de cada sistema de Derecho. *"Los tres praecepta in iuris —escribe el propio amor— m> poetimi ser tampoco etteuilidos conio 'normas jurídicas (por ejemplo, coma tas commitia praecepto en que. para Si i \PEZ consisten [as legos] sitti nmw 'principios prejurídicos. Véase Angel Sánchez Alatoné, *Los principios clásicos del Derecho*. Unión Editorial. Madrid. I p. 48. Ello no significa.*

han pasado a) Derecho moderno en forma de *aforismos*.¹¹ y en éstos se constatan' directrices clave como la *no retroactividad de la ley* o el *pacta sum servando* (los 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*.

- g4. 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, ya 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 *fuerza 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 sum servando*, (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, *Los derechos en serio*,¹² 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

¹¹ Siéndonos al carácter prejurídico de los principios generales del Derecho, como bien advierte De Vecchio, que éstos se correspondan con los principios del Derecho natural: "*Los intérpretes, contemporáneos están de céneno, casi sin escepticismo —opina textualmente el autor italiano—, en declarar que por 'principios generales del derecho' na deben entenderse las principios del Derecho natural. Se considera generalmente como mi triunfo de la moderna Jerisprúdenrin el haber derrocada la antigua escuela del Derecho notaria!, pero dejar paso a una visión exelisiivainetne histórica o positiva del fenómeno jurídico, según las enseñanzas fundamentales de la Historisielie Reehisselme alemana, depurada por el transcurso del tiempo de algunos de sus elementos románticos v méafisians*". Véase Giorgio de Vecchio. *Los principios generales...* op. cit., pp. 43-45.

¹² Cfr. también M. Mans Puigarnau. *Los principios generales del Derecho. Repertorio de reglas, máximas y aforismos jurídicos con la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de justicia*. Rosoli. Barcelona. 1979.

¹³ "*Plomear en Derecho el lema 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 (pie los sistemas normativos del derecho cambian históricamente, sino de observar el sentido del proceso del cambio, así como las razones por las andes el cambio se va introduciendo con cierto sentido. Las innovaciones normativas son anisecuencia de la acción de cieñas ¡dais-fuerzas cava rigeneia sustituye a otras, mis cambios en los relaciones observadas o por cambios ea ¡a estimación colectivo-normativo del ideanee v medida que han de ser asignados o ¡a conduela implicada ea dichas relaciones*". Véase Ángel Sánchez de la Torre. *Los principios clásicos del Derecho*, _____ op. cit., p. 17.

¹⁴ Cfr. Ronald Dworkin. "*¿Es el Derecho un sistema de normas?*", op. cit.

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 dilémicos 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 de armonizarla con el concepto de *principios generales del Derecho*, este último más cercano a nuestra tradición jurídica. Cabe agregar que ya en el primer capítulo de este libro aludimos a esta idea de 'principios' en cuanto a estándares de corrección, que son distintos a las reglas o normas jurídicas. Justo por ello es que concebimos al Derecho como el conjunto tanto de *reglas* o *normas* como de *principios*.
88. 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 debe consideró! seles coma criterios de corrección o normas ideales, muy generales y abstractas, hayan sido objeto o no de formulación concreta*: mientras que a la *regla debe concebirsele como una locación 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.⁷¹
89. Dworkin va más allá, en la inteligencia de que ¡os *principios* son parte neurale de los ordenamientos jurídicos y **se constituyen en el principal instrumento del razonamiento judicial, e! 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 sí? 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 ¡o mismo.
91. La *tesis de ¡a 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.⁹ 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*

⁷¹ Cf'r. Jaime M. Mans Puigarnau. *Los principios generales del Derecho, op. en.*

⁹ Esser. Joseph. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencia! del derecho privado* (Trad. E. Valentina i-ñol). Bosh. Barcelona. 1961.

casu de conflicto entre principios, ninguno deviene invalido, 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 actuación 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 Peces-Barba.⁷⁶ 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 principios se obtienen (le 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 en que se presentan las '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 Alexy⁷¹ 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 inóculos 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

⁷⁶ Puede consultarse de tales autores, respectivamente. Norberto Bobbio. "Principi general di diritto". *Contributi in un ilizionario in ladin*. Giappichelli Editori. Turin. 1994. Gregorio Peces-Barba. *Los valores superiores*. Editorial Teos. Madrid. 1982.

Clr, Robert Alexy. "Zuñi Begriff des Rechtsprinzips", en *Rechtstheorie*. Beiheli. I. 1979y "Rechtsregeln im Rechtsprinzipien". en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* Beiheli. 25. 1985.

que pueden conseguirse en masar o menor medida dependiendo lanío de oíros principios como de las circunstancias fácticas imperantes.^{10*}

97. En tal virtud, y con base en ia concepción jurídica tradicional de los *principios generales del Derecho* y las disquisiciones de ia teoría jurídica contemporánea en tomo 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 idea!) 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.
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 fuente formal indi recia 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 ios que se basa el funcionamiento de ios 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*.
100. Los *principios generales del Derecho axiológicos o valorativos* son ios que predicán, en términos de lo llamado por Alexy, el deber ser ideal dei 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 fundamentado!! 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 fugar de un valor o principio de legalidad .
101. 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 mediato 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 íes puede considerar como *principios de segundo estándar*, en tanto que dotan de sentido último a ios del primero y han de ser estudiados y analizados a la luz de criterios metaéticos, axiológicos y de *Teoría de la justicia*.

^{10*} Cf. Franceses Ptilepeia! Maní. "Principios y normas", en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 6. Instituto de Derechos ;inmunes. Facultad Je Derecho. Universidad Complutense de Madrid, 1990.

CUADRO 4.12 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 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>	<i>Tácitos</i>
Aparecen directamente plasmados en el sistema jurídico por obra del legislador en la Constitución y leyes secundarias.	Son aquellos que infiere el doctrinario o el juez por un ejercicio de analogía <i>juris</i> .

Por su naturaleza

<i>Lógico-jurídicos</i>	<i>Axiológicos</i>
Fuente formal indirecta del Derecho que cumple funciones de interpretación e integración jurídicas.	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 principios de primer estándar, su funcionamiento se explica en términos de satisfacer los fines o valores que rigen la legalidad.	Se trata de principios de segundo estándar, su funcionamiento se explica en términos de buscar la justicia del Derecho.
Los estudia la Teoría del ordenamiento jurídico.	Se estudian a la luz de criterios metaéticos, axiológicos y de Teoría de la justicia.
Expresan el deber ser real 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.¹⁰² 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 expuesta y calificada.
103. 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

¹⁰² L'ir. Francesco Coseni ini. *Filosofia Ilei Dercetti. op. rii.*, r ST Fsn: amor sonala: "El ilcmho rum flit.:> un su, (lociriul. parili influir rumo conviccimi iurmicu conimi, consponilicilu o mie) or licersulnli sv. oln . . . cilo se impone al legislador en la formación de la ley, al juez en su opinión".

evolución
valores morales

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 fuente del Derecho, del mismo modo en que la reflexión científica es fuente inminable de otras ramas del saber humano. De ahí que su ámbito de acción no se circunscriba a la especulación acerca del sistema normativo en sí mismo, sino a la reflexión y análisis general del Derecho como una ciencia no reductible a la norma jurídica.

104. 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.
105. 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.
106. 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 puede servir de parangón para aspirar a una mejor manera de normar jurídicamente la realidad social.
107. 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 rumbos 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 que los a veces representan.^{8"}

108. 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 aquella 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, etc. 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 parte de los principios fundamentales de la mayoría de las Constituciones vigentes de muchos países.
109. Hasta ahora hemos hecho sólo alusión tangencial, como en el párrafo precedente, a la *idea de Constitución*. ¿Qué es una Constitución? F, el estudio de la creación de 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 4.13 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 sirve.*

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 «a Constitución»¹¹⁰.

110. *De la constitución y caracteres de cada sistema jurídico nos da atenta, efectivamente. su Constitución.** Históricamente, la *fariña de creación del Derecho*. digamos que a partir del siglo xv^{lii},⁵² con la *invención del concepto de*

⁵² Fina una consulta sobre las teorías consuetudinarias clásicas de Ferdinand Lasalle. Carl Schmitt. Hans Kelsen y Hermann Heller. véase el sucinto análisis realizado por Alejandro del Palacio Díaz. *Lecciones de derecho constitucional*. Claves Latinoamericanas. México. 1989. pp. 9-38.

⁵³ 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, está la *Carta Magna* de 1213. 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. L. J. u. al igual que las demás declarado-

Constitución escrita,⁷ adquiere acentos singulares. Y es que la concreción de la idea de Constitución significa la suscripción de una especie de pacto so-

nes 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 Norteamérica del año 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 ja idea proviene de Inglaterra, las primeras Constituciones que alcanzaron un vigor positivo fueron ja Constituciones de las colonias americanas, fue en América del Norte donde por primera vez se establecen reglas que están por encima de! legislador ordinario, donde se instituye la distinción entre poder constituyente y poder constituido, donde a la ley se le prohíbe ir contra la Constituíon, donde se formulan principios de organización política y se determinan las líneas de separación entre el estado y el Individuo". Véase Jesús González Amuchástegui. 'Acercas de i origen de ja Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789'. en *Anuario de Derechos Humanos*. num. 2. Instituto de Derechos Humanos. Facultad de Derecho. Universidad Complutense. Madrid, marzo de 1983. p. 14! 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*. Dehale. Madrid. 1987. Asimismo, se recomienda la obra de Antonio Truyol y Seta. *Historia de la filosofía de! derecho y del Estado (De! Renacimiento a Kant)*. Vol. II. Biblioteca de la Revista de Occidente. Madrid. IT/6. En especial el apartado titulado "De la América inglesa a los Estados Unidos de América", pp. 274-279."

⁷ Perdinand Lassaile explica en admirables y claros términos el origen y la evolución necesarios para llegar al concepto de Constitución escrita: "Una Constitución real y efectiva —escribe Lassaile— la tienen y la han tenido siempre todos los países L...! v no hoy nada más equivocado ni que conduzca a deducciones más descaminadas, que esa idea tan extendida ile que las Constituciones son una característica peculiar de los tiempos modernos. No hay tal cosa. Del mismo modo v por la misma ley de necesidad que todo cuerpo nene tina constitución, su propia constitución, buena o mala, estructurada ih un modo o de otro, lodo 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 3 de febrero de 171b. las prestaciones personales de construcción de vías públicas por las que los labriegos vanan obligados a trabajar gratuitamente en la apertura de caminos y carreteras, se creó para afrontar los gastos de estas obras publicas 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 ei corvéable ii volonté, c'est une partie de la constitution que le roi ne peni changer; o elidió 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 v es ésta una parte de la Constitución que n; el rey mismo puede cambiar, j...! Aquello a que los nobles franceses llamaban Constitución, la norma balo la cual el pueblo bajo tenía que soportal toilitis los tributos y prestaciones que se le quisieren imponer, no se hallaba recogido todavía, cierto es. en ningún documento especial!, en un documento en que se resumiese-!: todas lo-, derechos de la nación | los h uis importantes principios del Gobierno: no era. por el momento, más (¡tic la expresión!) para tic ios factores reales de poder que regían en la j rancia medieval i es que en la Edad Media el pueblo bajo era. en realidad, tan impotente. <¡uc se le podio gravar con toda suene de tributos y gabelas, a gasTo v antojo del legislador: la realidad en aquella distribución de fuerzas efectivas, era és|: el pueblo vendí siendo mundo desde antiguo de ese modo. Usías tradiciones de hecho brindaban los llamados precedentes, (¡ne todavía ln> en hglterra. siguiendo el ejemplo universal de la Edad inedia, ¡leicen una importancia tan señalada en las cuestiones consititciotndes. En csia práctica efectiva x tradicional de cargas y gravámenes, se invocaba con jrecuencin. como no podía ser mema, el hecho tic que el pueblo viniera desde antiguo |h i> a esas gandas y signe esi heetio s; erigía la norma jw que podio seguirlo sai interrump. ii. La proclamación de esno norma daba ya el principio de Derecho constitucional, al que luego. on casos semejantes, se podía recurrir. Mu- ihe . cees se itaha expresión y sanción epscal sobre un pergamino a una de esas mímienzas que teman su |ai : en i" S | sonos |cales de poder.) así surgían los fueros, las libriedades. los derechos especiales, los privilegios, los estatutos y taitas otorgadas de una dase, ¡le un gremio, de tina villa, etc. Todos cstí-¿s hechos v precedentes, todos estos principios ile Derecho público, estos pergaminos, estos fueros, estatuos y privilegios juntos formaban la Constitución del país, sin que toaos ellos, a su re; hicieran otra cosa que dar expresión, de un modo esetu :o v sincero, a los factores icoles de poder qm regían en ese país. Así. pues, nulo país j;ene. y ha u nido siempre, en nulos los momentos de su historia, una C<ms-titúicióm real y verdadera. Lo específico ,lc los tiempos miniemos —hay ipte lijarse bien en esto, v no olvidarán pues tiene mucha impermanencia—, no sovi la. (onsunu ioies rrailes y efectivas, sino Lis ("(instituciones escritas, las hojas de papel, tal cñen. en casi todos los esat'os mímienzas venias aplanar, en un determinad! momento de su historia., la tendciú ia a

... *ja*^m en divo 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.

111. 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, etc.), así como los derechos fundamentales de sus ciudadanos.¹¹⁵ 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!¹¹⁶ ¿Qué significación tiene esto?
112. Significa que la *Constitución* es producto de la soberanía,¹¹⁷ 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*.
113. Ahora bien, como primero se mencionó, para efectos de la creación del Derecho, la *Constitución* tiene un carácter jurídico. 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 formulación de las normas jurídicas (fuentes formales) y de los sujetos confiaci¹¹⁸ para llevarlos a cabo.
114. Si la *Constitución* es una ley, la *Ley Fundamental*, ésta ha de ser emitida promulgada— por un poder legislativo especial denominado constituyente origina-

... liarse a una Constitución escrita, cuya misión es resumir y estatuir en un documento, en una hoja de papel, todas las limitaciones y principios de gobierno vigentes en el país". Véase Ferdinandus de. ¿Qué es una Constitución?. Colofón.

México. 1990. pp. 54-56.

115. CIV. André Hauriou. Derecho constitucional e instituciones políticas (Trad. José Antonio González Casanova). Aiel. Madrid. 1971. pp. 147-163.

116. Con este siglo (el XVIII) —aponta Peces-Barba— los derechos se vincularon con la idea de constitución, y desde entonces los objetivos fundamentales de una determinada comunidad y su desarrollo, puesto que las leyes producidas por el Parlamento tendrán que ajustarse a esos comandos materiales incluidos en las constituciones. Véase Ferrer y Peces-Barba. *et al.*. Derecho positivo de los derechos humanos, op. cit., p. 95.

117. Puede consultarse sobre este aspecto del capítulo 1 del apartado 1.4 "Circunstancias Sobre la relación soberanía-Derecho se abundó en el inciso 1.2.3.2 "Estado" sobren de esta obra.

118. "Conjunc a lo lógica jurídica escribe Bureoa... tenía constitución positiva debe ser el demento normain... trascienden las potestades... aatodiermihii iat v iiii->-liini;iteioi de la siheuinn popnhit. mismas iai tu poder constituyente". Véase le nació Bureoa. Derecho constitucional mexicana, i oma. a le mc <- o'N. p.

rio. 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 *legítima (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 material**) que posee la *Constitución* en relación con cualquier ley de menor entidad, se traduce en el denominado *principio de supremacía constitucional*.⁸⁹

I 15. Lo anterior no implica que la norma suprema no pueda modificarse. De hecho las *C (instituciones 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 Upes*, al sistema se le denomina *flexible*. Las *Constituciones* se clasifican en relación con tales sistemas, respectivamente, ya sea en *rígidas* o en *flexibles*.

116. ¿Puede una *Constitución* ser abrogada? Sí, 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 mi 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.

I 17. 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 fines últimos que esos actos han de perseguir (el bien común, la educación, la democracia, etc.); 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 socioeconómicas de los sectores más débiles de la sociedad*.⁹⁰

18⁹¹ 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 ion*), así como en costumbres

⁸⁹ Jena R. am. 1954 Op. cit. p. 114. ⁹⁰ *La supremacía de la Constitución presupone dos condiciones: el poder cansé inmune es disumo de los órganos de gobierno. Los poderes, los órganos del poder reciben su mrestituta y sus facultades de la Constitución, como es lo Constitución, eso quiere decir que el amor de la Constitución, on debe ser disumo y estar por encima de la voluntad pan, calar de los órganos. La doctrino designa al primero, orno poder constituyeme y a los segúalos los llamo poderes constituidos -*. Véase Felipe Tena Ramírez *Derecho constitucional mexicano*. Porrúa. México. 1977. p. 10.

CUADRO 4.14 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, los derechos fundamentales de los ciudadanos y sus garantías de protección.

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 *rigida*. 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 tácticas*, como el cambio en las relaciones de poder (revolución, golpe de Estado, etc.) 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, así como las garantías jurídicas de protección de esos derechos fundamentales.

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*.

Las Constituciones contemporáneas no son instrumentos jurídicos cerrados sino *abiertos*, en su gran mayoría.

Existen dos tipos de *apertura constitucional*: *ad intra* (la Constitución da cabida a distintas opciones ideológicas respecto de los objetivos del poder y las políticas públicas para concretarlos) y *ad extra* (apertura jurídica que permite dar entrada, bajo ciertas reglas, a contenidos normativos provenientes de otros sistemas jurídicos y del Derecho internacional).

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.

119. Es importante agregar que las Constituciones modernas, en la mayoría de los casos, han evolucionado de ser *instrumentos jurídicos cerrados* —en sentido ideológico y jurídico—, a *instrumentos jurídicos abiertos*. Es decir, han pasado de normas fundamentales que únicamente aceptaban *una sola manera* de interpretar la realidad política de impar:, com o de determinar el a ri pea de ha mamar

jurídicas y de reconocer la posibilidad de que esas normas sean inteprekidas por criterios de instituciones jurídicas distintas a las establecidas por ella, incluso, aceptando la superioridad de una determinación judicial tuna sentencia) proveniente de un tribunal internacional fsttpra nacional) al cual, en ejercicio de la soberanía, se ha reconocido su competencia. Es por eso que hoy día resulta muy útil entender el concepto de Constitución abierta?'

120. La apertura de la Constitución puede ser de dos tipos: *ad intra* y *ad extra*. Lá primera tiene que ver con el hecho de que en un sistema democrático, al. interior de un Estado, la Constitución dé cabida a distintas opciones ideológicas respecto de los objetivos del poder y las políticas públicas. La segunda alude, como ya establecimos antes, a una apertura jurídica que permite dar entrada, bajo ciertas reglas, a contenidos normativos provenientes de otros sistemas jurídicos y del Derecho internacional. Evidentemente, según se ha señalado, esta apertura tiene su origen en ja globaiización de las relaciones internacionales en lo que toca, principalmente, al comercio y la aceptación de criterios de validez universal (global) en materia de legitimidad política y justicia de las instituciones, como los derechos humanos, por ejemplo.¹⁰

¹⁰ Ver: L lie Uliisos Coellu Nüño: „¿Qué es una Constitución abierta?; en www.ttt.jurijicu>.imum.nr/vpublii.u/librev/laedermx/cont/.../arl3, pp. 79-95.

¹⁰ Cli. Miguel Carbonell. *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*. UNAM. Instituto de Institilaciones Jurídicas. Serie G: Estudios Doctrinales. Núm. 197. México. 1998. pp. 199 y siguientes.

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 olios coinciden en algunos de sus come-tí idos 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 con formarse, es decir, de formalizar y, con ello, incorporar o desincorporar sus contenidos normativos I reglas secundaria de cambio!. Éstas se formalizan por mui serie de jacesos o actos determinados expresamente en cada sistema de Derecho positivo en las llamadas normas sobre producción jurídica (reglas secundarias de reconocimiento).

La identificación de las normas jurídicas por medio de esos procesos formales signa a ciertas normas o prescripciones de conducta clorándolas de juridicidad, revistiéndolas así de vali-

dez. 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 factores de diverso tipo que determinan 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 antecédeme para la formalización del Derecho, se les denomina fuentes históiii as.

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 general 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 el marítimo, boticario y bursátil. A su vez se ubican en el Derecho público al constitucional, penal, administrativo, procesal, internacional, financiero y aéreo.

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 Bioderecho.

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 sen nec-

sitalis). 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 antes 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 conviniéndolos 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 elevados a cabo por la autoridad, de los que se deriven 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 indi-

vidualizadas, 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 ciertos 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 con junto 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 cumplen 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, en tonces, 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 *»i*. 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 Ley 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, sus facultades y las garantías jurídicas para proteger los derechos fundamentales por ella establecidos. 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.

Un criterio moderno para entender a las Constituciones es el de Constitución abierta.

Capítulo 5

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 cuatro, 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 clasificación 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 cada sistema jurídico otorgue a sus fuentes directas y el rol que le asigna a las 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 el 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, de la 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 abrega, 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 (CPEUM) fue promulgada el 5 de febrero de 1917*.³ Ésta 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 dio a luz una *Constitución* con un fuerte contenido social, lo que se reflejó en las denominadas *garantías*

¹ Para una visión global y didáctica del Origen y evolución histórica del Derecho mexicano conviene remitirse a la obra de Guillermo Floris Margadant S., *Introducción a la historia del Derecho mexicano*. Esfinge. México. 1978.

² El libro ya clásico de Felipe Tena Ramírez. *Leyes fundamentales de México*, da cuenta de los textos constitucionales que han regido la vida independiente del país desde 1810. Cfr. Poitúa, México. 1982.

³ Un estudio clásico de la *Ley fundamental mexicana* se encuentra en la obra de Jorge Carpizo. *La Constitución Mexicana de 1917*. Porrúa. México. 1986. Estudio que hace referencia a una CPEUM previa a las reformas que la Carta Magna experimenta durante el presente siglo pero que explica los pesos y contrapesos característicos del andamiaje jurídico del ordenamiento mexicano, principalmente su naturaleza presidencialista.

⁴ Francisco J. Peniche Bolio precisa: "Si hubiera sido por el proceso legislativo común y corriente lo gestación de la *Constitución* de 1917. por ejemplo, habría sido abrogada la anterior de 1857 la que es de todos sabido, no sucedió así. sino que fue en otras circunstancias nacidas de un contenido revolucionaria que aspiraba a la mejoría social y económica de las clases débiles, concretamente de obreros y campesinos, las que motivaron la instalación de mi Congreso Constituyente que dio al pueblo mexicano una nueva Ley Suprema, que rigiera a punir de analices la vida institucional del país. i onsgaiailo i orno preceptos constitucionales y por tanto supremos, las garantías soeides protectoras de campesinos y obreros en sus amadas 2/ y i27 de la Constitución". Véase *Introducción al estudio del Derecho*. Porrúa. México. 1985. pp. 58-59.

sociales que pretenden proteger, de modo especial, a las clases más desfavorecidas del país: obreros y campesinos. La *Carla Magna* de 1917 es la primera en el mundo que plasmó tales garantías.⁵

5 Hay que agregar que si bien es cierto que la CPEUM experimentó a lo largo del siglo XX múltiples modificaciones y adiciones, es en la presente centuria que dicha Constitución ha sufrido cambios sustanciales que configuran, literalmente, un nuevo Estado y Derecho mexicanos. En efecto, a partir del año 2008 se han venido sucediendo una serie de reformas de orden constitucional en distintas materias (penal,⁶ derechos humanos,⁷ educativa, política, energética y de telecomunicaciones, principalmente) que han transformado sus fisonomías. Asimismo, con el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH),⁸ la aceptación de la sentencia emitida por ésta contra el

⁵ Es la primera que se le atribuye. Véase la reforma anterior a la realizada por la Constitución soviética de 1918 y la de Weimar en 1919. Cfr. Imre Szabo.

«Fundamentos históricos de los derechos humanos y desarrollos posteriores». *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos* (Trad. Hernán Sabaté y María José Rodellar). Serbal/UNESCO. Barcelona. 1984. p. 47.

⁶ El artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos fue modificado por 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 inmediatez. Para la implementación de este nuevo sistema, la reforma prevé a nivel federal una *vacatio legis* de ocho 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 los 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.

⁷ Un análisis y explicación que da cuenta de la evolución del actual sistema de protección a los derechos humanos en México, de la cual la reforma constitucional del 2011 es sólo uno de los múltiples elementos que la explican, se puede encontrar en: Mario I. Álvarez Ledesma. «Los derechos humanos en el sistema jurídico mexicano —o del sinuoso camino en búsqueda de la justicia—»; en *La libertad de cátedra y de investigación en el ámbito de los derechos humanos*. (Alfredo Félix Buenrostro Cebados, coord.). Universidad Autónoma de Baja California, Centro de Estudios sobre la Universidad. México. 2014. pp. 17-65.

⁸ La ratificación de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en términos del artículo 62, fracción I de la Convención Americana sobre Derechos Humanos fue hecha por el Presidente de la República, Ernesto Zedillo, y publicada en el DOF del 24 de febrero de 1990, en los siguientes términos: «1. Los Estados Unidos Mexicanos reconocen como obligatoria de pleno derecho, la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de conformidad con el artículo 62.1 de la misma, a excepción de los casos derivados de la aplicación del artículo 33 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 2. La aceptación de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos solamente será aplicable a los hechos o a los actos jurídicos posteriores a la fecha del depósito de esta declaración, por lo que no tendrá efectos retroactivos. 3. La aceptación de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se hace con carácter general y continuará en vigor hasta un año después de la fecha en que los Estados Unidos Mexicanos notifiquen que la han denunciado». Esto significa, de modo muy resumido, que cuando un gobernado en México agote todas las vías jurisdiccionales que tiene a su alcance, o no exista en la legislación mexicana un específico proceso legal para hacer frente a una violación de sus derechos humanos, podrá acudir a instancias supranacionales. Primeramente, ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos la que, luego de agotado el procedimiento respectivo, podrá elevar el caso ante la referida Corte IDH. Ésta puede emitir, como ya lo ha hecho en diez casos hasta la fecha, sentencias en contra del Estado mexicano que poseen carácter vinculatorio, constriniéndolo no sólo a indemnizar y reparar integralmente a las víctimas, sino a adoptar las acciones y cambios legales que sean menester para solventar el caso concreto de violación a los derechos humanos por el que es condenado y evitar que otros así se repitan en el futuro. Cfr. Laura Rangel Hernández. «Sentencias condenatorias al Estado mexicano dictadas por

Estado mexicano en el denominado Caso Radilia (2009)* que implicó la adopción del llamado '*control (lijoso)*' y la reforma constitucional en derechos humanos del 10 de junio del 2011 —por las razones que más adelante detallaremos—. la CPEM adopta plenamente el carácter de *Constitución abierta (aet extra)*, en términos de lo expuesto en el inciso 4.3 del capítulo pasado.

6. Para empezar, la tradicionalmente llamada parte *dogmática* de la *Constitución mexicana* conformada por sus *primeros 29 artículos (contenidos en su Título y Capítulo primeros)*, experimenta un ajuste conceptual y la adopción de un nuevo paradigma. Ello se ve reflejado en el nombre que aquel título y capítulo primeros adoptan, a saber. "**De los Derechos Humanos y sus Garantías**", abandonando el caduco concepto que antes los intitulaba: "**De las Garantías Individuales**".
7. Ahora bien, el centro de gravedad de esta reforma constitucional en derechos humanos del 2011. se halla en los tres primeros párrafos de su nuevo *artículo 1°*, el cual en su totalidad y a la letra reza:

Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

8. Los ajustes y transformaciones que esta reforma constitucional en derechos humanos comporta y que se reflejan en su renovado *artículo 1°*. los que luego se hacen extensivos al resto del cuerpo normativo de la Constitución para darle homogeneidad conceptual y material, son. básica y principalmente, los siguientes:

a) Se corrige el sinsentido jurídico que implicaba el concepto "*garantías Individuales*". para volver a la tradición original de distinguir entre el derecho

*i Cono Interamericana de Derechos Humanos y sus implicaciones en el orden jurídico nacional", en 11 S Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla. Año V. número 2S. julio-diciembre de 2011. pp. i (SO-186

t Ir. w»Av.corleidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_esp.pdf

f hía Illeme histórica de! Derecho mexicano, como lo es la *Cmsütm-ii'm de AS'V. I.cyjümltmcniüil* predecesora de la actual. promni loada el 6 de febrero de 1917. *hacia mu rturu v pitiaaul distinción entre derechos del hombre y tus garantías*

protegido, el *derecho humano* propiamente dicho, y sus *garantías de protección*.”

- h) Se hace patente el carácter ‘abierto’ de la Constitución mexicana al establecer expresamente que su catálogo de derechos humanos y garantías tiene una *doble fuente formal* que es tanto interna como externa al Derecho mexicano, 3 saber: los que se encuentran “[...] *reconocidos en esta Constitución* (fuente nacional, el Constituyente mexicano permanente) y *en los tratados internacionales* (fuente heterónoma radicada en los organismos internacionales del sistema universal y regional interamericano de promoción y protección de los derechos humanos) *de los que el Estado Mexicano sea parte*”. Esto con independencia de que, por mandato del artículo 133 constitucional, dichos tratados al incorporarse al Derecho mexicano se convierten en “[...] *Lev Suprema de toda la Unión*”. A este nuevo catálogo de derechos humanos conformado por los consagrados en la CPEUM y los tratados internacionales en esa materia, suscritos y ratificados por el Estado mexicano se le denomina ‘*bloque de constitucionalidad/convencionalidad*’.

de protección otorgadas a tales derechos. La sola lectura del artículo 1º de aquella *Constitución mexicana de 1857* hace evidente lo anterior: “*El pueblo mexicano reconoce (pie los derechos del hombre son la base y el objeto de los Instituciones sociales. En consecuencia declara que todas las leyes y todas la autoridades del país, deben respetar y sostener las garantías (pie otorga la presente Constitución*”. Esta discriminación que plantea que una cosa es el ‘derecho protegido’ y otro el medio de protección, o sea la garantía, posee no sólo carácter conceptual, sino que predica la doble función que los derechos humanos cumplen en los Estados democráticos y de derecho, a saber, ser un *critério tanto de justicia como de legitimidad política*. De ahí que el artículo 1º de la Constitución de 1857 sostenga que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales, es decir, la razón de ser del Estado, lo que justifica su existencia: mientras que el Derecho positivo ofrece las garantías o medios de protección para tales derechos humanos, cuya satisfacción constituiría el propósito de la justicia. Un análisis detallado respecto del tránsito del artículo 1º de la Constitución de 1857 al texto original de la Constitución de 1917, previo a la reforma del 2011, se puede encontrar en: Mario I. Alvarez Ledesma. “Sobre el Artículo 1º de las Constituciones de 1857 y 1917”. en *Jurípólis*. 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. Otrosí, la incomprensión de la naturaleza multidimensional de los derechos humanos o del hombre hizo que el Constituyente de 1917, influido por la doctrina y modas jurídicas formalistas-iuspositivistas de inicios del siglo xx, decidiera desaparecer el concepto ‘*derechos del hombre*’ (dado su supuesto acento ‘moral’) y circunscribirse a hablar en la Constitución sólo de ‘*garantías*’. Lo anterior explica la razón en virtud de la cual el nuevo texto del mullicitado artículo 1º de la Carta Magna del 17 quedara redactado de la siguiente confusa manera: “*En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo goiará de las garantías (pie otorga esta Constitución, bis cuales no podrán restringirse ni suspenderse sino en los casos, y con las condiciones que ella misma establece*”. Por cierto, para André Hauriou el concepto ‘*garantía*’, luego de aparecer en las Constituciones americanas y francesas se propagó al constitucionalismo occidental después de la guerra de 1914. Cfr. André Hauriou. *Derecho constitucional e intituiones políticos* (Trac! J. González Casanovu). Ediciones Ariel. Barcelona. 1971. p. 208. El concepto ‘*garantía*’, que en el uso del Derecho mexicano recibió el tratamiento de ‘*garantía individual*’, es harto confuso porque pretende dar cuenta tanto de lo protegido (el derecho humano) como del medio de protección: es decir y en nuestro sistema jurídico y en esa época, únicamente el juicio de amparo, lo que explica que a éste se le conociera también en la jerga legal de la época como ‘*juicio de garantías*’. A los más connotados estudiosos del Derecho constitucional mexicano del siglo xx, este dislate jurídico no pasó desapercibido. Así por ejemplo Juventino V. Castro escribe al respecto: “(...) *la confusión pone de manifiesto el equívoco cu el uso del concepto garantías —para referirse a cienos derechos desmentios—, en cimillo que la garanda en realidad es un instrumento procesal que permite el aseguramiento de los derechos reconocidos (...)*” Cfr. Juventino V. Castro. *Lecciones de garantías y amparo*. Porrón. México. 1981. p. 28. En el mismo sentido véase Ignacio Burgoa. *Las garantías individuales*. Porrón. México, 1990. p. 17b. Cabe agregar, que la tradición constitucional mexicana solía hablar de cuatro tipos de *garantías individuales*, a saber, de *igualdad, libertad, propiedad y seguridad jurídica*.

1 Mas aun. la Constitución de 1917 vigente y previa a la reforma constitucional del 2011, empleaban tres voces distintas para referirse supuestamente a lo mismo: ‘*garantías individuales*’, ‘*derechos del hombre*’ —termino que el Constituyente del 17 olvidó eliminar de la segunda parte del artículo 15 constitucional—, y ‘*derechos humanos*’. voz que se incluyó en la CPEUM en el año 1992 al agregar el apartado B) del artículo 102.

- c) Se abre y armoniza el Derecho mexicano de los derechos humanos a los predicados y alcance que les otorga el Derecho internacional de los derechos humanos (DIDH). Ello es así, cuando el párrafo segundo del artículo 1º constitucional en comento prescribe que “[...] *Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales*”.¹² Por ende, se somete a la jurisprudencia y demás fuentes de las que se derivan criterios obligatorios u orientadores de interpretación, producidos por la actuación de organismos jurisdiccionales supranacionales. Por ejemplo, la Corte IDH. Siendo todavía más puntuales, habrá que decir que la interpretación de los derechos humanos en México, deberá ser conteste con el llamado *Corpus inris del derecho internacional de los derechos humanos (Corpus inris)*¹³.
- d) Se establecen, en su párrafo segundo, los *dos principios a los que queda sujeta la aplicación de los derechos humanos en México*, esto es, la *inlepretación conforme* y el *principio ‘pro persona’*.

Hablar de *interpretación conforme* implica ordenar al aplicador de la norma de derechos humanos armonizar lo establecido por la Constitución mexicana con lo prescrito por los tratados internacionales y la jurisprudencia internacional en la materia y, en última instancia, como ya dijimos con el *Corpus inris*; es decir, lo señalado, por ejemplo, en las sentencias y opiniones consultivas de la Corte IDH, cuestión que implica un cambio sustancial en la con-

¹² Este criterio de Consiliación ‘abierto plasmado en la Carta Magna mexicana por virtud de la reforma del 20t 1 está inscrito en el artículo 10.2 de la Constitución española de 1978, mismo que reza: “*Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*”. Cfr. artículo 10. inciso 2, Consiliación Española, p. 2, http://www.lamondoa.gob.es/NR/rdonlyres/79FF2855-8DFA-4348-8450-04610A9267F0/0/constitucion_ES.pdf

¹³ “*La represión Corpus juris de los derechos humanos*” es un aporte de la Corte Interamericana a la doctrina internacional. En su opinión Consultiva OC-16/1999, la Corte Interamericana manifestó que “*El corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). [...] El corpus juris [...] está conformado por instrumentos regionales y universales, y por Halados e instrumentos no contractuales, que deben interpretarse y aplicarse en forma coherente y armoniosa. [...] Este concepto es valiosísimo, no obstante, debe manejarse con conocimiento de sus límites teniendo en cuenta que se refiere esencialmente a la interpretación de normas, y no autoriza ignorar la distinción entre instrumentos que tienen carácter vinculante y los que no tienen esta calidad*”. Daniel O’Donnell. *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*. Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos-Tecnológico de Monterrey. EGAP. México. 2007. pp. 59 y 61. “*El ‘Corpus inris internacional de derechos humanos’ corresponde al conjunto de diversos instrumentos y fuentes del derecho internacional de los derechos humanos reunidos y aplicados en forma compleja en un ‘hinque de fuentes que comprende tanto los instrumentos estrictamente vinculantes, como los inriidos internacionales ratificados, como también el denominado Soft law. A ellos se suman los principios generales del derecho internacionalmente reconocidos, la jurisprudencia de las tribunales internacionales con competencia en materia de derechos humanos y otros, este conjunto de fuentes o “Corpus inris” constituye el cuerpo normativo base del “estándar internacional de derechos humanos” que se establece como marco de respuesta jurídica para las obligaciones en derechos humanos que dejan de estar ligadas sólo al cumplimiento estricto de la normativa de los derechos fundamentales reconocidos expresamente en los textos constitucionales o de determinados tratados internacionales acordados por los estados, sino que también busca que estos instrumentos internacionales sean garantizados por los estados internamente en atención a la presente en el derecho internacional de los derechos humanos*”, Juan Jorge Faundes Peñaflor: voz “*Corpus inris internacional de derechos humanos*”, en Diccionario analítico de derechos humanos e integración jurídica. Mario I. Alvaro?. Lcresma y Roberto Cipriani (coords.). ISEG. Tecnológico de Monterrey-Università degli Sludi di Perugia. Roma Perugia-México. 2013. p. 93.

cepción de tales derechos y que justifica, precisamente, que se hable de un nuevo paradigma.

A su vez, el principio '*pro persona*' o '*pro homine*', sujeta la interpretación de las normas relativas a los derechos humanos a un *criterio de proclividad*, es decir, favorecer "[...] *en todo tiempo a las personas la protección más amplia*".¹⁴ Este principio posee naturaleza *material-paradigmática*, el cual se ha construido a través de la interpretación sistemática y progresiva de diversos instrumentos internacionales.^{14 15} Es *material* porque ordena que cuando haya de aplicarse una norma positiva relativa a derechos humanos, debe optarse por aquella que otorgue —materialmente— el mayor alcance protector. Es decir, propicie facultades más plenas, amplíe los márgenes de libertad, se exijan límites más rigurosos a la autoridad en las obligaciones de no hacer que le corresponden entratándose, por ejemplo, de los derechos humanos de primera generación (derechos de conciencia o la integridad física). O que las obligaciones de hacer para el Estado respecto de otra clase o generación de derechos humanos (derecho a la salud, a la educación, a la vivienda o al trabajo, verbi-gracia) ofrezcan al gobernado un más amplio espectro protector. Y es *paradigmática* en el sentido de que los derechos humanos, como sabemos, constituyen el criterio o paradigma último de justicia y legitimidad de las instituciones sociales. Por lo tanto, el criterio de corrección importante en la escala de valores o principios superiores del Estado y la sociedad.

- e) Se prescriben —en el tercer párrafo del nuevo artículo 1º constitucional— una *obligación general de respeto a los derechos humanos*, basada en principios importados del DIDH, y una *obligación especial de atención a sus violaciones*.

Respecto de la *primera obligación general*, se ordena a todas las autoridades, de cualquier competencia, "[...] *promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad*". Se trata, entonces y respectivamente, de una obligación que debe satisfacerse teniendo en cuenta que los derechos humanos pertenecen a todas las personas con independencia de su

¹⁴ Pañi Mélica Pinto el principio *pro homine* es "[...] un criterio hermenéutico que informa todo el derecho internacional de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida citando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o una suspensión extraordinario [...]. Veáse de la autora: "El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos". La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales. Argentina. Centro de Estudios Legales y Sociales-Editorial del Puerto. J997. p. 163.

¹⁵ Por ejemplo, el artículo 5.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: "*Ninguna disposición de! prórese Pació podrá ser inieiprelada en e! semillo de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprenda a el ivi dad es o realizar arios encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su lra ijjación cu niaxor medida que la prevista en él* : y el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: "*Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno ile los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella: b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera ile los Estados Partes o de acuerdo con otra convención/ en que sea parte uno di' dichos Estados: c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrático representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puede producir lu Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros ocios internacionales de la misino mlturaleza*".

nacionalidad, raza, origen étnico, y que son válidos en cualquier parte porque su luenta no se halla sólo en el derecho nacional sino en el internacional; que su eficacia depende de entender que, entre sí, los derechos humanos mantienen una relación de dependencia pues, por ejemplo, no puede concebirse la libertad de manifestación proscribiendo la libertad de prensa; que todos los derechos humanos deben ser aplicados al mismo tiempo, considerándose una falacia que por necesidades prácticas o materiales deban hacerse efectivos. antes, los de primera generación para, una vez alcanzada su protección y garantía, ir en pos, entonces sí, de los de la segunda; y que los derechos humanos han ido e irán paulatinamente haciendo crecer su catálogo y las facultades de sus órganos de promoción y protección.

Por lo que corresponde a la *obligación especial de atención a sus violaciones*. ésta se expresa en al artículo 1º como resultado de la *obligación general*. Ello explica que el sentido de la redacción sea éste: "*En consecuencia, el li stado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley*". Esta obligación, que no existía de modo expreso en el Derecho mexicano, implica, de una parte, *realizar acciones preventivas en favor de los derechos humanos*, lo que consiste, básicamente, en la necesidad de *dotar a la sociedad y a los ciudadanos de una verdadera cultura de la legalidad y jos derechos humanos mismos*. Circunstancia esta importantísima y muy difícil de llevar a la práctica, porque requiere políticas públicas claras, puntuales⁶ y con el financiamiento correspondiente que debe realizar el Estado con el involucramiento consciente de la sociedad civil. La segunda obligación específica de esta obligación especial se refiere a la de *hacer efectivo el denominado 'acceso a la justicia'*. En efecto, el acceso a la justicia, que también es un derecho humano, implica garantizar a los gobernados la facultad de acceder, en condiciones de igualdad, al sistema de medios jurisdiccionales y no jurisdiccionales por virtud de las cuales las instituciones del Estado prevén, amparan y sancionan, eficazmente, cualesquier actos u omisiones que pudieran vulnerar o vulneren los derechos humanos reconocidos por el derecho nacional e internacional.⁷

Las obligaciones de investigar violaciones a derechos humanos incluye el *derecho a conocer lo verdad* de las víctimas fallecidas y las supérstites, y a ser reparadas por el daño sufrido. Al efecto, el Estado mexicano tiene pendiente de promulgar la *Ley Reglamentaria de! Artículo 1º en materia de reparación de violaciones a derechos humanos*.

6. Por último, es oportuno decir que ja reforma de 2011: armonizó conceptualmente todos los artículos del Título Primero y Capítulo 1 constitucional en términos de la distinción funcional entre derechos humanos y garantías de protección: consagró

⁶ Las poinnas públicas son Instrumentos je administración o gestión gubernamental cara propósito es planear, pro gnanal y cono reía r acciones (le gobierno que en el caso de los derechos humanos, permitirían plasmar los averíos Ideales de justicia, principios o normas jurídicas —ciertamente abstractos— en que suelen elaborarse los derechos In- III. OIOS. Las palmeas públicas no son otra cosa que objetivos públicos compartidos, con el carácter de programas de acción orientados a la consecución defines sociales valiosas". Cfr. Mario I. Álvarez Ledesma. "Derechos Humanos y bolineas Públicas: La función de los Derechos Humanos en las Políticas Públicas". *Políticas Públicas v Derechos Humanos ni México*. Andrea Rossi y Luis Eduardo Zavala (coord.). Escuela de Graduados en Administración Pública \ Política Pública, tecnológico de Monterrey. México. 2010. p. 21.

⁷ ¡ ¡ apai lado S.n de este libro está enteramente dedicado al llamado Acceso a la justicia.

CUADRO 5.1 Artículo 19. Producto de la reforma constitucional de junio del 2011

<p><i>En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> * Constitución 'abierta' • Bloque de Constitucionalidad/convencionalidad • Derecho humano/garantía
<p><i>Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> • Interpretación conforme • Principio 'pro persona'
<p><i>Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley. (...).</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> • Obligación general de respeto a los derechos humanos • Obligación especial de atención a sus violaciones

en el artículo 11 el derecho de asilo y ordenó su ley reglamentaria; que al incluir el verbo 'reconocer' en el artículo 15 parece volver al modelo de justicia iusnaturalista; que la suspensión de derechos humanos y garantías del artículo 29 finalmente se ajusta a cabalidad al artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; a más de que la constitucionalidad y validez jurídica de los decretos emitidos durante la suspensión de derechos humanos y garantías por el Ejecutivo, quedan sujetos al control de legalidad que realice la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN).

10. Además y en relación con artículos que no están entre los del Título y Capítulo 1. la reforma del 2011 lleva a cabo lo siguiente: en el 33 constitucional incluye expresamente la *garantía de audiencia* que no existía para la expulsión de extranjeros y ordena su respectiva ley reglamentaria; armoniza conceptualmente el artículo 89 relativo a las facultades del Presidente de la República; modifica el artículo 97 retirándole la facultad de investigación que, con carácter excepcional, poseía la SCJN en materia de violaciones graves a garantías individuales, facultad que se trasladó a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), cuya estructura y atribuciones estudiaremos más adelante: respecto del apartado B) del artículo 102 que regula a la antedicha CNDH, se establece que, en caso de recomendaciones no aceptadas o cumplidas, existe la obligación del servidor público recomendado de comparecer ante órganos legislativos, reforzándose y garantizándose al mismo tiempo la autonomía del sistema no jurisdiccional de protección a los derechos humanos: se armoniza conceptualmente, también y finalmente, el artículo

CUADRO 5.2 Reforma en derechos humanos a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos del 10 de junio del 2011		
Texto de la CPEUW1 de 1917 <i>previo</i> a la reforma del 10 de junio del 2011 en materia de derechos humanos	Texto de la CPEUW1 de 1917 <i>producto</i> de la reforma del 10 de junio del 2011 en materia de derechos humanos	Observaciones
TÍTULO PRIMERO CAPÍTULO I De las garantías individuales	TÍTULO PRIMERO CAPÍTULO I De los Derechos Humanos y sus Garantías	El capítulo cambia de nombre reconociendo la diferencia entre los <i>derechos humanos</i> (los derechos subjetivos protegidos por la Constitución y los tratados internacionales) y sus <i>garantías</i> : es decir, sus medios de protección vía control concentrado (juicio de amparo, acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales) y vía control difuso.
Artículo T		
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.	<i>En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.</i> <i>Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.</i> <i>Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad</i>	<ul style="list-style-type: none"> • Se adopta un nuevo modelo y concepción de los derechos humanos (ddhh), su promoción y protección. ° Al reconocer como fuente de derechos humanos la Constitución y los tratados internacionales se acepta, consecuentemente, tanto el bloque de constitucionalidad como el de convencionalidad. ° Se vuelve a la concepción de justicia iusnaturalista de la Constitución federal mexicana de 1857, al emplear el texto constitucional el verbo 'reconocer'. Se reconoce aquello que ya existe, en este caso, los derechos humanos como derechos naturales. - Se logra la uniformidad conceptual pues sólo se emplea en toda la Constitución el concepto 'derechos humanos', desapareciendo los de 'derechos del hombre' y 'garantías individuales'.

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.	<i>y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.</i>	<ul style="list-style-type: none"> • Finalmente se distingue entre 'derechos humanos' y sus 'garantías', o sea, sus medios de protección • Se adopta un criterio de interpretación moderno en materia de ddhh, conteste con el DIDH. ° Se asume la obligación de reparar violaciones a los ddhh que se regularán por la Ley reglamentaria ordenada por los transitorios de la reforma constitucional. ° Se sientan las bases que complementan el control difuso de la Constitución.
Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.	Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.	
Artículo 3°		
(...) La educación que imparta el Estado tenderá a desarrollar armónicamente todas las facultades del 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. (...)	(...) La educación que imparta el Estado tenderá a desarrollar armónicamente, todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la Patria, el respeto a los derechos humanos y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia. (...)	<ul style="list-style-type: none"> • Conceptualmente este artículo se adiciona y armoniza conceptualmente con la totalidad de la reforma.
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. El ejercicio de este derecho estará subordinado a las facultades de la autoridad judi-	Toda persona 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. El ejercicio de este derecho estará subordinado a las facultades de la autoridad judi-	<ul style="list-style-type: none"> * Se consagra constitucionalmente el 'derecho de asilo'. * El artículo Tercero Transitorio ordena la expedición de su ley reglamentaria en un plazo máximo de una año a partir del inicio de la vigencia del decreto de reforma.

(continúa)

CUADRO 5.2 Reforma en derechos humanos... (continuación)

	<p><i>retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura: ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.</i></p> <p><i>La restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías debe estar fundada y motivada en los términos establecidos por esta Constitución y ser proporcional al peligro a que se hace (rente, observando en todo momento los principios de legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación.</i></p> <p><i>Cuando se ponga fin a la restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías, bien sea por cumplirse el plazo o porque así lo decrete el Congreso, todas las medidas legales y administrativas adoptadas durante su vigencia quedarán sin efecto de forma inmediata. El Ejecutivo no podrá hacer observaciones al decreto mediante el cual el Congreso revoque la restricción o suspensión.</i></p> <p><i>Los decretos expedidos por el Ejecutivo durante la restricción o suspensión, serán revisados de oficio e inmediatamente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la que deberá pronunciarse con la mayor prontitud sobre su constitucionalidad y validez.</i></p>	
Artículo 33		
<p>Son extranjeros los que no posean las calidades determinadas en el artículo 30. Tienen derecho a las garantías que otorga el Capítulo 1, Título Primero, de la presente Constitución; pero el Ejecutivo de la Unión tendrá la facultad exclusiva de hacer</p>	<p><i>Son personas extranjeras las que no posean las calidades determinadas en el artículo 30 constitucional y gozarán de los derechos humanos y garantías que reconoce esta Constitución.</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> • <i>El artículo se armoniza conceptualmente.</i> • <i>Se otorga expresamente la garantía de audiencia, que no existía para la expulsión de extranjeros. La ley reglamentaria ordenada por los artículos transitorios de la reforma, regulará el</i>

<p>abandonar el territorio nacional, inmediatamente y sin necesidad de juicio previo, a todo extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente.</p> <p>Los extranjeros no podrán de ninguna manera inmiscuirse en los asuntos políticos del país.</p>	<p><i>El Ejecutivo de la Unión, previa audiencia, podrá expulsar del territorio nacional a personas extranjeras con fundamento en la ley, la cual regulará el procedimiento administrativo, así como el lugar y tiempo que dure la detención.</i></p> <p>Los extranjeros no podrán de ninguna manera inmiscuirse en los asuntos políticos del país.</p>	<p><i>procedimiento administrativo, así como el lugar y tiempo de la detención.</i></p>
Artículo 89		
<p>Las facultades y obligaciones del Presidente, son las siguientes: (...)</p> <p>X, Dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales, así como terminar, denunciar, suspender, modificar, enmendar, retirar reservas y formular declaraciones interpretativas sobre los mismos, sometiéndolos a la aprobación del Senado. En la conducción de tal política, el titular del Poder Ejecutivo observará los siguientes principios normativos: la autodeterminación de los pueblos; la no intervención; la solución pacífica de controversias; la proscripción de la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones Internacionales; la igualdad jurídica de los Estados; la cooperación internacional para el desarrollo; y la lucha por la paz y la seguridad internacionales.</p> <p>(...)</p>	<p>Las facultades y obligaciones del Presidente, son las siguientes: (...)</p> <p>X. Dirigir la política exterior y celebrar tratados Internacionales, así como terminar, denunciar, suspender, modificar, enmendar, retirar reservas y formular declaraciones interpretativas sobre los mismos, sometiéndolos a la aprobación del Senado. En la conducción de tal política, el titular del Poder Ejecutivo observará los siguientes principios normativos: la autodeterminación de los pueblos; la no intervención; la solución pacífica de controversias; la proscripción de la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones Internacionales; la igualdad jurídica de los Estados; la cooperación internacional para el desarrollo; <i>el respeto, la protección y promoción de los derechos humanos</i> y la lucha por la paz y la seguridad internacionales.</p> <p>(...)</p>	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Se incorpora como principio normativo obligatorio para la conducción de la política internacional por parte del Presidente de la República, el respeto, la protección y promoción de los derechos humanos.</i>
Artículo 97		
<p>(...)</p> <p>La Suprema Corte de Justicia de la Nación podrá nombrar alguno o algunos de sus miembros o al-</p>	<p>j (-)</p> <p>i La Suprema Corte de Justicia de la Nación podrá solicitar al Consejo de la Judicatura Fede-</p>	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Esta facultad de investigación que poseía la SCJN con carácter excepcional, le es trasladada a la CNDH.</i>

(continúa)

CUADRO 5.2 Reforma en derechos humanos... (continuación)		
<p>gún Juez de Distrito o Magistrado de Circuito, o designar uno o varios comisionados especiales, cuando así lo juzgue conveniente o lo pidiere el Ejecutivo Federal o alguna de las Cámaras del Congreso de la Unión, o el Gobernador de algún Estado, únicamente para que averigüe algún hecho o hechos que constituyan una grave violación de alguna garantía individual. También podrá solicitar al Consejo de la Judicatura Federal, que averigüe la conducta de algún juez o magistrado federal.</p>	<p>ral, que averigüe la conducta de algún juez o magistrado federal.</p>	<p><i>El Sexto Transitorio del decreto de reforma constitucional ordena que las investigaciones de derechos humanos que, previo a la reforma, se hayan radicado en la SCdN, deberán ser desahogadas por ésta.</i></p>
Artículo 102		
<p>A. (...)</p> <p>B. El Congreso de la Unión y las legislaturas de las entidades federativas, en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán organismos de protección de los derechos humanos que ampara 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.</p> <p>Los organismos a que se refiere el párrafo anterior, formularán recomendaciones públicas, no vinculatorias y denuncias y quejas ante las autoridades respectivas.</p>	<p>A. (...)</p> <p>B. El Congreso de la Unión y las legislaturas de las entidades federativas, en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán organismos de protección de los derechos humanos que ampara 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.</p> <p>Los organismos a que se refiere el párrafo anterior, formularán recomendaciones públicas, no vinculatorias, denuncias y quejas ante las autoridades respectivas. Todo servidor público está obligado a responder las recomendaciones que les presenten estos organismos. Cuando las recomendaciones emitidas no sean aceptadas o cumplidas por las autoridades o servidores públicos, éstos deberán fundar, motivar y hacer pública su negativa; además, la Cámara de Senadores o en sus recesos la Comisión Perma-</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Este numeral ya aludía al concepto 'derechos humanos' desde 1992. • En caso de recomendaciones no aceptadas o cumplidas se impone a los funcionarios públicos la obligación de comparecencia ante órganos legislativos. ° Se establece y garantiza la autonomía del sistema no jurisdiccional de protección a los derechos humanos. ° La elección de titulares del Ombudman nacional y estatales se somete a un procedimiento de consulta pública. * Se traslada a la CNDH la facultad-obligación de investigar hechos por violaciones graves a derechos humanos que poseía la SCJN en el artículo 97 constitucional. * Se le otorga a la CNDH y a las homologas de las entidades federativas la facultad de investigar violaciones a derechos humanos en el ámbito laboral.

Artículo 105

Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, las asuntos siguientes:

I- (...)

n. De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución.

Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma, por:

(...)

g) La 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.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:

I- (...)

n. De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución.

Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma, por:

(...)

g) La 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 y en los tratados internacionales de los que México sea parte. 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.

* El artículo se armoniza conceptualmente en su plane conducente.

7. Desde la reforma constitucional mexicana de 1987, la forma tradicional de proteger derechos humanos es decir, su garantía jurídica, es el llamado *juicio de amparo*.²⁰

7. Desde la reforma constitucional mexicana de 1987, la forma tradicional de proteger derechos humanos es decir, su garantía jurídica, es el llamado *juicio de amparo*.²⁰

7. Desde la reforma constitucional mexicana de 1987, la forma tradicional de proteger derechos humanos es decir, su garantía jurídica, es el llamado *juicio de amparo*.²⁰

105 *constitucional* que regula las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad.

11. Como puede verse, la reforma del 2011 redefine conceptual y funcionalmente el sistema de promoción y protección de los derechos humanos en México empujándolo, ordenándolo y abriendo al DIDH en favor, claro, de los gobernados.

Para una mayor comprensión de lo anterior, véase el cuadro 5.2, mismo que presenta esquemas comparativos anteriores que contrastan los artículos de la CPEUM, previo a la reforma del 2011, con el texto modificado, precisamente, por virtud de dicha reforma.

12. Además de los 29 primeros artículos que reconocen los derechos humanos, la *Constitución* contempla las originalmente llamadas *garantías sociales*. Según decíamos, éstas *estaban en una protección especial a grupos humanos específicos que se suponían 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.²¹

13. Cabe señalar que, en un sentido más amplio, las *garantías sociales* correspondían, con mayor razón a la luz de la reforma constitucional del 2011, a los denominados *derechos económicos, sociales y culturales*, los cuales se sisteman en la idea o el principio de *igualdad* cuya repercusión social, económica y jurídica es de largo alcance.²² Por lo tanto, *añaden a la protección de la dimensión social de toda persona humana y no solo 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, 7 *entre las constitucionales* como el 3o. (derecho a la educación), 7o. (derecho a la salud) y 123o. apartado B, fracción XI (derecho a la seguridad social).

Así las cosas y de acuerdo con todo lo antes dicho, en el cuadro 5.3 se muestra el *bloque de constitucionalidad/comunicación* de los derechos humanos y otras transformaciones jurídicas.

7. Desde la reforma constitucional mexicana de 1987, la forma tradicional de proteger derechos humanos es decir, su garantía jurídica, es el llamado *juicio de amparo*.²⁰

Juicio que mantuvo la Constitución tic 1917 perú que rciahiu . | tratamiento (Je juicio de garantías a raí/ de la ya explicada mutüicación a se anailó l'. FJ amparo con>iiluve una institución obra de jurista-- mr i ano- qüc- ha adquirido con ló-anos una personalidad y desarrollo únicos, ht nú'ij -.Ir umpurn conslimv e. además, un instrumento de *control de la constitucionaUdaiL* pues una vulneración a cualquier.precepto de la *Lev fundameiual*. \ no sólo a los derechos humanos, atenta colin a la ;cualidad u orden constitucional. Esta alce-ación también puede ser corregida a través del amparo para hacer posible la defensa de ja *Constitución*.

15. De acuerdo con el artículo 107 de la CPEUM. el juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de la parte agraciada, teniendo tal t arácter *quien aduce \cr tittitai te un derecho o de tin interés legítimo individual colectivo*, siempre que alegue que el acto reclamado viola los derechos reconocidos por esta Constitución v con ello se afecte su esfera jurídica, va sea de mam.rj; direcla o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico. Tratándose de actos o resoluciones provenientes de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, el quejoso *deberá aducir ser lilulai de un derecho subjetiva* que se alerte tic manera persona) y directa.
16. Los efectos del amparo no son. en principio, *erg a un jnos*.sólo protegen a aquellos que lo sustancian o promueven, salvo aquellos casos hoy regulados por la nueva Ley de Amparo en su Capítulo VI en los que procede la *declaratoria general de iiconstitmcionalidad*. En estos casos específicos, ja declaratoria tiene efectos generales pero no retroactivos, salvo en materia penal en términos eiel artículo 14 constitucional primer párrafo. La declaratoria genera! debe hacerse pública en un plazo de siete días hábiles tanto en el *Diario Oficial de ja Federación (DOF)* como en el órgano oficial en el que se hubiera publicado la norma declarada inconstitucional (por ejemplo, el Periódico Oficial de una entidad federativa). Esta declaratoria tiene caráretei general y obligatorio, dejando precisamente sin electo una norma

los jispéelos de mayor avanzada —no exento de di fien linde'- teórica - y practica'— que li; nuel; i; i, ev do Amp: "o oí ro- que en el último párrafo. de li fracción 111 del elilado artículo l", esiahleee de manera iné dita que este juicio proml. i oio. para protegerse de particulares, bajo ciertos casos señalados en la propia ley. Textualmente la dispo.sk i anterior reza: "7 amparo protege a tos personas (reme n muñias generales. m ios u omisiones por parle <le los po,iz re) público o de particulares en los casos señ(ila-<i>s en la presente Ley". A su vez, la fracción II del artículo 5" del mismo ordenamiento. precisa que " j...] los particulares tendrán U; calidad d< 'autoridad responsable cuando realicen acias equivalentes a ios de autoridad, que afecten derechos en jos términos de e'io fracción, y cuyas disposiciones estiéu determinadas por ana norma genera)". Hn realidad, y esto resulta de nwiiK importancia. lo que con estas disposiciones -o hosca c> amplia! c! efecto protector del ampar... ¡)eoín cicndi que. de lacio. ha\ parikulates que pueden vnhier.. Jerc; fu>s humanos cuando al dictar, ordena», ejecuta» »•• jata» «lo ejecutar i*, to-, o ni omitirlos, alcllan. unilateral > ««nima toriamente. la esfera jurídica tle un gobernado. Y esto es así cuando -e crean, modifican ««extinguen situaciones jurídica--.

Circunstancia esta que oincide con la fracción i del ya citado arta uló ' cual establece que < Ijuui n ,:c ampan ; j, m por oh ir lo resolvi r joda eoinversüit ijite si susaie jn T normas u aérales ilev<... tratados jmern; cénales. r< y liana; jln.

< /<:, iitias n insmó'hc s ae animidad que violen ios derechos humanos \. ano, umf' . n ja t P/(M y en los aun,i< > l) lernnionmes de los ijm el lisiado mesicuno es parr . Lo que. evidentemente, puede suceder en los casos en ios que -e presenten dos mi puesto.-: primero: cuando un particular actúa, aun sin proponérselo, como autoridad responsable, al asumir tsegún la fracción 11. primer párrafo del ámenlo 5'Tic la Ley de Amparo i un rol de actuación u omisión específico con independencia de su nalitrateia formal al estar en aptitud de realizar u omitir actos equivalentes a los de tina autoridad, que por acción u omisión modifican o extinguen situaciones jurídicas. Segundo: que las funciones de ese particular estén, determinadas por una norma general (otra ve/, una lev o un tratado, o un reglamento, po? ejemplo). Poi cierto, son otras levo aplicables a la regulación del juicio de amparo: la *Lev (eeaniea dei Poder Jinheni: bederal. la Lev Úrgauicii J< la Administración PihHei, i'feJai. l.- Ley (rgámcu del i. ingreso mea, raí de las jmiadoV I iihlos Mexicanos, la Lev (óginiec jle la Procuraduria (leñero! j). la publica \. de modo supletorio, el (adigo Led<*

general por su evidente y reiterada inconstitucionalidad.' Es muy importante indicar que la CPEI. M en su artículo 107. fracción II. prevé, a efecto de no afectar la división de poderes, que tratándose de normas generales (leyes o reglamentos, verbigracia) cuando los órganos del Poder Judicial de la Federación establezcan jurisprudencia por reiteración en la cual se determine la inconstitucionalidad de una norma general, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) deberá notificarlo a la autoridad emisora para que, en un plazo de 90 días naturales supere el problema de inconstitucionalidad, ya modificando, ya derogando la norma general en cuestión. En su defecto, la SCJN emitirá, siempre que fuere aprobada por una mayoría de cuando menos ocho votos, la declaratoria general de inconstitucionalidad, en la cual se fijarán sus alcances: y condiciones, en los términos de la ley reglamentaria.

17. El control de la *consiitucionalidad* también se lleva a cabo por vía de las denominadas *acciones de inconstitucionalidad*, reguladas en el artículo 105, fracción II de la Ley fundamental. De tales acciones conocerá la Suprema Corte de Justicia de

Reculan los siguientes artículos de la Ley de Amparo la señalada declaratoria general de inconstitucionalidad: "Artículo 231. Criando la., solas o el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en los juicios de amparo indirecto en revisión, resuelva: la inconstitucionalidad de una norma general por segunda ocasión consecutiva, en and o , j, ili' linfas sesiones, el presidente de la sala respectiva o de la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo informará a la autoridad emisora de la norma. Lo dispuesto en el préseme Capítulo no será aplicable a normas en materia tributaria'.

Artículo 232. Cuando el pleno o las salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en los juicios de (impario indirecto en revisión, establezcan jurisprudencia por reiteración, en la cual se determine la inconstitucionalidad de la misma norma general, se procederá a la notificación a que se refiere el tercer párrafo de la fracción j del artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Una ve: (que se hubiere notificado al órgano emisor de la norma y transcurrido el plazo de 90 días naturales sin que se modifique o derogue la norma declarada inconstitucional. el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitirá la declaratoria general de inconstitucionalidad correspondiente siempre que hubiera sido aprobada por mayoría de cuando menos ocho votos. Cuando el órgano emisor de la norma sea el órgano legislativo fi derai o load, el plazo referido en el párrafo anterior se computará dentro Jilos días útiles de los periodos ordinarios de sesiones determinados en ja Consolación Federai, en el Estatuto de Gobierno del Distrito Lederali, o en la Convinti ion Load, segna corresponda " Artículo 233. Los plenos de circuito, confatine a los acuerdos generales que t umo ia Suprema Cora- de Justicia de la Nación, podrán solicitar a ésta, por mayoría de sus integrantes, que inicie el procedimiento de declaratoria general de inconstitucionalidad cuando dentro de su circuito se haya emitido jurisprudencia derivada de amparos indirectos en revisión en la que se deciare la inconstitucionalidad de una norma general.

Las acciones de inconstitucionalidad sólo podrán ser ejercitadas por: "ai- E! equivalente a ircirc, y tres por ciento de los integrantes de la (timara de Diputados del Congreso de ja Unión, en contra de leu s federales o del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Union: hi.- 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 poi el Estado Mexicana: <).- El Procurador General de ia República, en contra de leves de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así t omo de tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano: d).- Equivalentes al treinta y tres por ciento de los integrantes de alguna de los lóganos legislativos emítales, en contra de leyes expedidas por el propio órgano: e !.- El equivalenti' ai treinta y tres por l iento de los integrantes de la Asamblea de Representantes dei Distrito Federal en «->u, y, d< j<g <.% <: pedidas pee ia pn. lda \sarnblea. f).- Los partido., políticos con registri' orne el instituto Federai Ficen ral. por conducir de sus dirigencias nacionales, en contra de leyes electorales federales o bicales: y los partidos políticos can registra ctinal. a través de sus dirigeiwiis. cxelliisuiimeiiic en contra de leyes electorales e\ju didas por ei organa legislativi del Estado que les otorgó el registro. La Comisión Nacional de los Derechos Humanos. en cernirá de leves de carácter federal, estatal y del Distenti Federal, tisi como tic tratados internacionales celebrados por eJ Ejecutivo Federili y aprobados porti Senado de la República, que vulneren los derechos Inmianos consagrados en esta Ctwsiuición. Asintismo. los orgtinismos tic protección tic los ácrct hos Inim. nos eqnivitnucs en los esunlos de iti Ri - pulii' jcu. en contiti tic leyes expedidas por las legislar liras Licitiies y ja ('omisiim de Derechos Humanos del Distriili) Federal, en cmura de leves emitidas por h; Astimbieca Legislativi del Distrito Federar. Calv señalar que las declaraciones de ju- consitucionalidad no tienen electos retroactivos salvo en materia penal, en cuyo easo solo lo tendrán si es en favor de

la Nación la cual goza de la (acallad de declarar inconstitucionales aquellas ñor mas de carácter general que contradigan la Carla Magna, a excepción de las normas referidas a la molerla electoral. Las resoluciones que recaigan a 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 preservar la supremacía constitucional. En el mismo artículo JOS, ¡a Cana 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. ”

18. A raíz de los cambios a que hicimos referencia en el párrafo ó. principalmente a partir de la aceptación de la competencia contenciosa de la Corte IDH y. luego, de ja emisión por pane de ésta de la sentencia al Caso Rodilla, la conformación del sistema mexicano de protección a tales derechos adquirió una nueva fisonomía. Dicho tribunal inieramericano en el párrafo 339 de esa sentencia determinó que el Poder Judicial Federal —además de controlar la constitucionalidad y. por ende, proteger derechos humanos a través de! juicio de amparo, las acciones de inconstitucionalidad y las controversias constitucionales— tenía el deber de e jecer lo que llamó, textualmente, "control de la convencionmúdad ex officio" para garantizar el cumplimiento de; principal tratado internacional del sistema regional interamericano de derechos humanos, a saber, la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Lo anterior, claro está, a través de las normas internas del Estado mexicano en el marco de sus respectivas competencias y regulaciones procesales. En realidad, según explicaremos ahora, lo que la Corte IDH exigía ai Estado mexicano era aplicar lo que la doctrina llama 'control difuso de la constitucioiwldad'. ¿Qué quiere decirse con tal expresión?
19. Como se señaló antes, el procedimiento que originalmente creó el Estado mexicano para proteger derechos humanos fue el juicio de amparo. A éste se agregaron, posteriormente, las ya referidas acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales. Estói tres instrumento; jurisdiccionales cumplen la función de vigilar que todas las normas del sistema jurídico mexicano (leyes, tratados internacionales, reglamentos, etc. i se ajusten en forma y fondo a lo prescrito por la CPEUM. Por ello a esa tarea se le llama 'control de la constitucionalidad' y dado que esta labor se halla concentrada en un poder específico del Estado mexicano, a saber, c! Poder Judicial de la Federación, es que recibe el nombre de 'control concentrado de la constitucionalidad'
20. Lo que se buscaba con la sentencia de la Corte IDH al exigir a México aplicar el 'control difuso de la constitucionalidad' era ofrecer a los gobernados una mayor protección a sus derechos humanos, distribuyendo (de ahí el nombre de 'difuso') esa responsabilidad entre todos los ¡u< ces mexic anos y no resen ándesela {concentrándola) a un único poder del Estado, en nuestro caso, ios tribunales federales. En efecto, como ha escrito con claridad Ferrer Mae-Gregor: "El 'control difuso di

Las resoluciones adoptadas por ja Suprema Corte de Justicia de ja Nación tendrán electos encnraies (eren minies) para el cas., de las coittrn i i sies eenistillirimulh. que se susciten entre el Poder Ejecutivo o \ el i uual eso tic ia i. ilion, entre aquel S ualquiera de las Cámaras de cu < >. t t su cuso, la Comisión Permanente, sean come t r; ano: S Je ratos o del Distrito Federal: entre tios pósteres tic tut mismo oslado, entre tios titéanos del Distrito Federal' oles m un lei pió-. siempre que las cunti ese r.-ias versen solare disposiciones peñerales etc los estados, los municipios alies su por ja Federación o jos mu- lin.apsús impüer.¡Jas ¡sor los estados.

... onstituriondUchui • tm.sfiitfy un n ... i u de ben ejercer iodos los
 jnoces mo. < unos. ... on si si c en el examen de conipaiihdidod tje siempre (lidie rea-
 litar.se ciare los tu ... nanitas i on tnuicumd, y ia Convención Americana so-
 bre Derecha y Han. ... mm' d D H j ,m." pn-oi oíos tulii'ioihts, y lo jurisprudencia
 de la Corle Ime rae ... or, j; jai de Derei no- Hunumt - tí om li>Hj, único órgano ju-
 risdiccional del sj< ... no mieme ... ni uno de prole ... n a los derechos humanos
 une interpreta de úr i reerro 'illinu; Y 'dejo d.c'riPt ... to de San Jose. ... Se Irma
 de un eM,hi ... "Uo ec o, o a.,!; n. /<;, j,, iribú na i i n; ermicit/nul. para cjuc en joda
 caso sea aplicado el corpas inris imerainericano v su jurisprudencia en los lisa-
 dos nacionales ijm han siorrito o si han adherido a la CDH V con mayor inten-
 sidad a los (jlie han reconocido la competencia contenciosa de la Corle IDH I!

< shiular ijie |... | los jruptas (onsumcwnes o la jurisprudencia nacional puede n
 ... á < H "a |< 'pari i < r j i <poro , . - lili, jm i consium ioiutli-
 ticilt/t (ini ciicioiuuittui orne tratados, declaraciones c instrumentos internaciona-
 les. asi i amo infii mes. os. imendncit >nt s. dist rvut ioncs crin raí es y jlema reso-
 hu ioncs tú /os orytmisiuos irihiiniih s imm rnr limaie'!

21. Ahora bien, e.s necesario apiinlar. uno ia -O n- .S- !< derecho.' ha manos no -ano
 pueile hacerse por \ ia de ia ••orle.'. (sistema jurisdiccional i. es decir, y como hemos
 v ímo. medianle ios inbunafes de justicia lamo nacionales como extranjeros..sino
 ;je. puede ne|aj c O ., nave:- de ios Humados sistemas no jurisdiccionales,
 i sios. a cid; icik ia ie j a enero:., no ciniñen senfencias. sino recomendaciones no
 uhuorias. a más de un; a lúan nípídamenic > evfian los formalismos y buro-
 cratismos. Sustentan su ac itación. n i: i autoridad ira n al de quien los preside (auc-
 toritas moral) y su cap cao ai uaaño juráaic: para corregir las deficiencias en la
 actuación, básicamente tic autoridades y fis íonanos dei Poder ejecutivo que. por
 acción U omisión, violen derecho- huí ... fine nsit mas Je protección no juns-
 dicionaies tienen se. origen en los país scandinavos y se íes conoce como *Omb-*
duzman o defensores dei puebloc

22. El Omhdsman nacional nace en Méx (o en 1991) con la creación de la Comisión
 Nacional de los leís chas Humanas r yo opa. Jo general! ca proteger y pmnitr er
 los derecho.' hume; . • jrae so , ondent ... < " < cadoce o blujite de amsiitucioni-
 tltlad/coiñi encionitihdab aun s scñtdadt ... desputas. la CN1 il i t s elevada a
 nivel eólisiuicional . junes de! opona lo 11 lia , oscículo 102. junio con la exigencia
 de oreanismos a nJcao. fo, r-n. c . Juan í : ' rada entidad íederaliva.-'!

¡"thiini Jo KTIIM-AK'ürç;or. interpretación amjunne r contrai difuso tic convención (tildad. Id nueva paradigma para el
 juez incixctio. p. 3-41). i. i. | 7W v. u.conairiK,!-; nix /i i : : 111 / P; i n». /o s/á' n o l o q s' l v? nc i y? i l' ...
 .../Bifuso Cag renerosidad. L. jhuano Fery cxi

... nioUi ti).! ... es |ue ofrece cl t terna-
 ... ai/Oin ... non instimi ...
 ... iim 'pentitane i/ue rei Un (jnc; a) sobre Iti injusticia y In mnl,
 ... mentalo funcionarios, empleados o de iúieiu s a e-
 ... Defensor de l Píchi.. ... ii y malli,!:," jara investiti: criticar recomendar acciones
 ... admmsróiivas adoptadas. Id Defensor del Pueblo en lamo
 ... acia i/m ... eptora con objetividad, competencia, eficiencia y equidad, que
 ... uil7. ij jmuellnmalios rapidt>s. > mo eoslost : ...
 ... Ididi arca '(• y ni' nene poderes de sanción". CTV. luipj/l
 ... v/v.omhiulsmn.orc.mi/H) v-c; H-one-ddine i Ik'omh ... institución/

El apartado B de! artículo 102 de la (onsmic) mCMLIKI Vlpidiik' 1.11 < nyc, s/it tic la 'llion y bis icyistaiunís d'
 ... oliva' eoa. ... el'VH'. estahh ava. ... ymjsinos de prolocu 11 de! • >s Derechos Hanñi-
 ... di ill hkl a mins iCS tA' a nqulicita

CUADRO 5.4 INDICATIVO DE MEDIOS DE PROTECCIÓN DE LOS DD.HH. EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO

Ámbito	TIPO DE PROTECCIÓN	
	JURISDICCIONAL	NO JURISDICCIONAL
NACIONAL	<ul style="list-style-type: none"> • JUICIO DE AMPARO • ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD • CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES • CONTROL DIFUSO DE LA CONVENCIONALIDAD 	<ul style="list-style-type: none"> • Comisión Nacional de los Derechos Humanos • Comisiones Estatales de Derechos Humanos
INTERNACIONAL • SISTEMA ONU Y SISTEMA INTERAMERICANO (PROTECCIÓN SUPLETORIA, procede en principio una vez agotados los recursos de jurisdicción interna)	<ul style="list-style-type: none"> • CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS 	<ul style="list-style-type: none"> • Comité de Derechos Humanos de la ONU • Comisión Interamericana de Derechos Humanos • Comité Contra la Tortura • Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial

previo a dicho agotamiento y en situaciones urgentes o no, los gobernados mexicanos pueden referirse a los órganos del sistema de promoción y protección de los derechos humanos de las Naciones Unidas o del sistema interamericano.²⁶

Para facilitar la comprensión de este nuevo panorama, se presentan dos cuadros explicativos. El primero muestra la nueva estructura de la protección jurisdiccional y no jurisdiccional de derechos humanos que ofrece el ordenamiento jurídico mexicano (verendo 5.4). El segundo reproduce el esquema que del control concentrado y difuso de la CPPEUM elaborara la SCJN a efectos de facilitar la asimilación de la citada Resolución 912/2010 (cuadro 5.5).

26. La parte *organica* de la Constitución de 1917 se ocupa de regular en sus respectivos apartados: la *nacionalidad mexicana* y la condición de *extranjero*; las *obligaciones* y *prerrogativas* de los ciudadanos mexicanos; el *deber* 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 *impepito*—como la *cédula básica de organización política nacional*— y del *Distrito Federal*; las *garantías sociales del trabajo* y la *previsión social*; un

Así por... E... 5... 1?5s4a... Uli! MUU... Nj!lf... £3i.g'5... gnn... i!G? rgr?-i... ?i-fil... I!-s... ?-is-... 5?£?...

é.Láu ~-

=4
Forma

CUADRO 5.5 Sentencia Caso Radilla (Corte IDH) y el control difuso de la Constitución

Tipo de control	Órgano y medios de control	Fundamento constitucional j	Posible resultado	Forma
Concentrado	Poder Judicial de la Federación (tribunales de Amparo): a) Controversias Constitucionales y Acciones de Inconstitucionalidad. b) Amparo Indirecto. c) Amparo Directo.	105 ff. I y II 103, 107 .VII 103, 107 f. IX	Declaración de inconstitucionalidad con efectos generales o interpartes. No hay declaratoria de inconstitucionalidad.	Directa.
Control por determinación CONSTITUCIONAL ESPECIFICA	a) Tribunal Electoral en Juicio de revisión constitucional electoral de actos o resoluciones definitivos y firmes de las autoridades electorales locales en organización y calificación de comicios o controversias en los mismos.	41, f. VI. 99. pío. 6®	No hay declaración de inconstitucionalidad, sólo Inaplicación.	Directa e incidental. (Esta forma incidental de ningún modo implica la apertura de un expediente por cuerda separada, sino que debe entenderse como la posibilidad de inaplicación durante el proceso correspondiente.)
	b) Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.	99. pfo. 6º		
Difuso	g) Resto de los tribunales Federales: Juzgados de Distrito y Tribunales Unitarios de proceso federal y Tribunales Administrativos.	1º, 133, 104 y dd. hh. en tratados	No hay declaración de inconstitucionalidad, sólo inaplicación.	Incidental. (Esta forma incidental de ningún modo implica la apertura de un expediente por cuerda separada, sino que debe entenderse como la posibilidad de inaplicación durante el proceso correspondiente.)
	b) Locales: Judiciales, administrativos y electorales.	1º, 133, 116 y od. hh. en tratados		
Interpretación MÁS FAVORABLE	Todas los autoridades de Estado mexicano.	Arl. 1º v dd. hh. en tratados	Sólo Interpretación aplicando la norma más favorable a las personas. sin inaplicación o declaración de inconstitucionalidad	Fundamentado! v motivación

- UluloEspccjiil .s.íhic!>)<'•'J' : gau rutes—conloe! ia Ue í' e-uo de dos potierex en más de una pepona: lo remuneración tic funcionario- póbb' . -I principio de supremacía constitudonai. cié. : las reformas a lu (iniMóm y ja inviahibi. jilii/ <no derogabilidad ¡le . !., por causa de alguna rebelión. i.n i- ahicrior. ahun- •Jaremos sobre ios aspeen-' nía- ce lacados, para ios dedos de , • u capítulo.
- 2~ La soberanía nacional momena. , -egún el artículo 39 </i reside esencial v originurbnn, ni, , n , / judo pode r púij i. . . un, Je i pueblo einsiintye puní bou ; - <í sí., lílpueblo lient. c. , lodu' iit n.p., el inalienable derecho de alterar o modificar In forma de su gobierno". De este artículo se desprenden dos consideraciones que no por obvias dejan de ser sumamente importantes. Una es el reconocimiento ¡leí inalienable derecho del pueblo "texitcan., j., m di i idir .ui destino primeo y la torma de ejercerlo. Otra, el ciato señalamiento del jgen iiiiitiiin ih lo i aiiiinidat¡tolúh-a y. por extensión, jnrklii a del listada mexicana. a síther: la voluntad popular.
- ''' Según j-I a nú uto 40. nstitin. t : u.,: el suido mcueari! posee la ^Luiente Jormia de gobierno. una república, representativa, democrática y federal. , i sabi r, repuihlieu significa que la jefatura ¡leí Fundo no es vitalicia sino que debe se; renocada periódicamente, a través ¡j,u voto popular: nprcsenhitvn quien. decir que pm . ía de la prerrogativa política ciudadana i el voto), los mexicanos llenen el derecho sic elegí, libremente a sus representantes, en quienes depositaran la soberanía que en el pueblo mexicano reside: ser democrática implica, en términos del o; lienlo 3o. constituí jono.i. que esta debe concebirse no ólo c ¡ ruó un tipo especial de estructura jurídica y régimen politice, sino como un sistema ríe vida fundado en çí constante mejoramiento económico, social y cultural del pueb); mexicano.Por último, su federal alude a ía forma política bajo la cual quedan reunidas las entidades político-territoriales que lu integran, es decir, ios estado:-. 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 tul forma que a éstos les están reservadas todas aquellas facultades que no se encuentren expresamente otorgadas en la Constitución para la Federación {,rt 124 con: tile.-, ti;te.: ' . "
- 2) La soberanía se ejerce (un. 41 constitucional)'- a nivel federal, por medio ele los Poderes de la Unión. A nivel de cada estado integrante de la federación, la sove-

* L.: *muía (ir mor fótica* h; realizado importantes esfuerzos pa'a „of u; ar. V* conunidir tiñe Je fui >n . lo democracia.

••• t-... m i s n-ias mínimas, mu las cuales no podría hablarse de esta. Sobre esu pimío Sai' aint! fimer expresa: *ln ... r; i: ii(iiiib ¡aliet; hay una tiiiiiaivon contraida íca. Un lo ñu, iid<; cu <¡te I; ; -¡/llá J-• ... ; ' f. u" ello, e; jno ! ... ; tic io une podría .sci uno ideal Bueno Sociicid. V te-ría democrática < onstitute uno ; ... ; J- lo moralidad th • < i . }-] Mío a dt ahornar las realidades delpoda y lo autoridad, asi como los ¡c h>s intere.' * e itu-, liciones le lo enj • , tlemerdiea fommla hipótesis generales soh ónu' lu de ser una polite] i li! mi iit ... i: -o ... ; a subteorfas o elementos de lo teoría general «A lo dennuraicia. j .1 ruine ¡cié- ei-ro ir- -> sutveorúts p- i if'th íi, ia títeo ír ios siguirtm : /< teoría de la polítac paetcipativu. lo de la uhligiu ido -hit o. i. ** a a Jt ¡dama. lo t > ni nnnitiod denn urálíca y w i marco institucional y lo de lu ¡ihenad". Veas e Sa! ¡ ad» >r (dincr. "La estructura lógica r. íc racia"*. en Sistema mim. 70 Madrid, enero d- IríXfc p' Con hasc. ... -- ub*«> ría> aportados reom u osarios para hablar de democracia, sumados a oíros considerados poi íso soijos. i-iii sd finido a ésta en lo» <dómenles láminos: *la democracia es el sistema tic gobierna por el que una comunidad política, a times de la participación igual y Ubre de los ciudadanos en el mareo de sus leyes decide, conforme ai criterio de ítis mayorías, el contenido de su obligación política, es decir, su legitimación estatal.**

I Viormina el artículo 124 constitucional: " / as facultades que tu * están «. / . samenn - . . jidas , < , i i o nominilla ios i, iieroles. se entienden reservadas a h's i.shhlos' .

H id i . . ^ j'arrale- uel artículo 41 constitucional dicv: " : ¡pueblo enea. su .%<»>, rautaj< im dt>> < / . i - * < / ves de lo Union. * > : * >***- í. í ' . p. tan-u o. ástos. y por jos il /<».% / \W; i» A t a /<» .m a sio r< : -u' ; u-rs : u> \ -rj / ») *ernino

ranía ejercerá a través de ios poderes *di cada eniidmi* de tiro se

y *tilicamente en dt vi ti t > " niveles: c) federal re*

estatal o load. sujeto a ja i!v v iituu una c

• *IHJIP•* jedejaiivas (un.43 • onstiiuu iornih. U» hulea m Union o.

. *ticrules* tienen >u sede en la ciuiiul de .Nú.v/Vi- < De, juto i etUmu. 'cuy., non.-

, jet precisamente, de la función que di «pe - .alionas e

iji del pao *Util. 44 coilsüluciohUi,*

w, j, ,, *bu impera* por virtud del *anu tilo 44 ct., is;>litciúud el principio de lu di-*

visión de poderes. Consecuentemente, son nvs en los que para su ejercicio, se

, j, jde el *Supremo Peder de la Federación* (it l -id flh W'YH \W

!p*cí*ríin?c*f- de év'lu. secun el art.!) Hf" • *Legislativo*

j *jecnum . judicial. El Legislativo* se deposita - n i i;: tÚ i .SOÓmi o (i inert

, , /., l : üt" ididoen (hio (anitii'iiv: la

la ciudadanía. > lude *schulorcr. coiv.liiuida y.-i < * * * gidos de l mism*

lli:ijo . nn «i mámente representaban caua I V.itanh't, a -

-c-. i. /r. j-.ah:: évi *sol, -indiviIm den,*

I *Judicial Jeera:*'

: : dt la , 'n, i, ir, el iülm.ml LU , toe,,!.

... , • *l, l, d w jllsrita, i'*

: j p, ij lo itie uka il regimi tmerio: tii los es. ji 1

il T., a,

rriiU*. #P • :JS|Ib|!

gobierno para su régimen interior que para la Federación, o sea republicana, representativa y democrática. Asimismo, establece que la base de la división territorialorganización 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.

32. *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 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.*^{*i}

!u administración, vigilancia y disciplina de l 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 especialización por materias, entre las que se incluirán la radio y televisión, telecomunicaciones y competencia económica, de los Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito y de los Juzgados de Distrito.

Asimismo, mediante acuerdos generales establecerá Plenos de Circuito, atendiendo al número y especialización de los Tribunales Colegiados que pertenezcan a cada Circuito. Las leyes determinarán su integración y funcionamiento.

El Presidente 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, aquellos 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 publicado.*

Los juicios de amparo, las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad se substanciarán y resolverán de manera prioritaria cuando alguna de las Cámaras del Congreso, a través de su presidente, o el Ejecutivo federal, por conducto del consejero jurídico del gobierno, justifique la urgencia atendiendo al interés social o al orden público, en los términos de lo dispuesto por las leyes reglamentarias

La ley fijará los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los Tribunales del Poder Judicial de la Federación y los Plenos de Circuito sobre la interpretación de la Constitución y normas generales, así como los requisitos para su interrupción y sustitución.

La remuneración que perciban por sus servicios los Ministros de la Suprema Corte, los Magistrados de Circuito, los Jueces de Distrito y los Consejeros de la Judicatura Federal, así como los Magistrados Electorales, no podrá ser disminuida durante su encargo.

Los Ministros de la Suprema Corte de Justicia durarán en su encargo quince años, sólo podrán ser removidos del mismo en los términos del Título Cuarto de esta Constitución y, al vencimiento de su periodo, tendrán derecho a un haber por retiro.

Ninguna persona que haya sido ministro podrá ser nominada para un nuevo periodo, salvo que hubiera ejercido el cargo con el carácter de provisional o interino. 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 y goza de independencia técnica, de gestión y para emitir sus resoluciones.

CUADRO 5.6 La Constitución de 1917 (estructura del Estado mexicano)

La *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM)* 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 1910.

La ideología revolucionaria produjo una Constitución con un fuerte contenido social, reflejado en las *garantías sociales* (para trabajadores, obreros y campesinos).

Éstas hoy se denominan derechos económicos, sociales y culturales.

El nuevo artículo 1° de la CPEUM:

- Distingue entre *derechos humanos (ddhh)* y sus *garantías* de protección.
- El catálogo de *ddhh* se conforma por los reconocidos en la CPEUM y los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano.
- Este catálogo, técnicamente, se denomina *bloque de constitucionalidad convencionalidaú*, o sea el de DDHH contenidos en la Constitución y los tratados internacionales ratificados por el Estado Mexicano, respectivamente.
- Las normas relativas a los ddhh se interpretarán bajo dos principios: *interpretación conforme y pro-persona*. El primero es un criterio para armonizar la CPEUM con el Derecho Internacional de los derechos humanos; el segundo, es un criterio de proclividad para favorecer en todo tiempo a las personas la protección más amplia.
- Contiene una *obligación general de respeto a los ddhh* (que implica promoverlos, respetarlos, protegerlos y garantizarlos) dirigida a todas las autoridades del Estado mexicano en el ámbito de sus competencias, bajo los principios de *universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad*.
- Y una obligación especial de atención a las violaciones a ddhh (que implica prevenirlas, investigarlas, sancionarlas y repararlas) en los términos que establezca la ley.

PARTE DOGMÁTICA

Conformada por los 28 *primeros artículos* que contiene la parte sustancial del catálogo de derechos humanos O *bloque de constitucionalidad convencionalidaú*.

Los artículos 1 a 24 regulan los ddhh relativos a la:

igualdad (prohibición de esclavitud, igualdad ante la ley del hombre y la mujer, prohibición de títulos de nobleza y fueros),

libertad (trabajo, expresión, imprenta, petición, asilo, asociación y reunión, de pensamiento y conciencia), y *seguridad jurídica* (exigencias constitucionales que debe revestir todo acto de autoridad en materia de 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, fiscal y laboral, arraigos, requisitos de las órdenes de aprehensión, cateos y visitas domiciliarias a cargo de autoridades administrativas).

Los artículos 25, 26, 27 y 28 regulan, respectivamente:

- La *rectoría del Estado mexicano para garantizar un desarrollo nacional integral y sustentable*, la *competitividad*, el *fomento del crecimiento económico* y el *empleo* para un más pleno ejercicio de la libertad y dignidad de los individuos, grupos y clases sociales;
- el *derecho a la planeación democrática y deliberativa del desarrollo nacional*; el derecho a contar con un *sistema nacional de información estadística y geográfica* cuyos datos deben ser considerados y usados como oficiales; el derecho a contar con órgano autónomo capaz de medir la pobreza, evaluar las políticas de desarrollo social y emitir recomendaciones en los términos que disponga la ley
(Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social);
- la *propiedad originaria de las tierras y aguas nacionales*; el *derecho a la propiedad privada*; el *aprovechamiento de los recursos naturales susceptibles de apropiación* para una distribución equitativa de la riqueza pública, su conservación y el desarrollo equilibrado del país buscando el mejoramiento de las condiciones de vida de la población rural y urbana;

CUADRO 5.6 La Constitución de 1917 (estructura del Estado mexicano)

(continuación)

* los derechos económicos, bajo las siguientes directrices fundamentales:

prohibe los monopolios y prácticas monopolísticas, estancos (salvo correos, telégrafos y radiotelegrafía. minerales radioactivos y generación de energía nuclear, planeados y el control del sistema eléctrico nacional y el servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica, exploración y extracción del petróleo y de los demás hidrocarburos) y exenciones de impuestos en términos y condiciones fijadas por la ley.

Prohibe y castiga la concentración o acaparamiento de artículos de consumo necesario para elevar sus precios.

Prohibe acuerdos o procedimientos para evitar la libre concurrencia o competencia y el alza de precios.

Regula el Banco central (de México) cuyo objeto es la estabilidad del poder adquisitivo de la moneda nacional.

Regula el Fondo Mexicano del Petróleo para al Estabilización y el Desarrollo cuya función es recibir, administrar y distribuir los ingresos derivados de actividades de exploración y extracción del petróleo y demás hidrocarburos.

El artículo 29 regula la restricción o suspensión, por tiempo limitado y prevenciones generales (facultades extraordinarias para legislar del Ejecutivo Federal) en todo el país o en lugar determinado.

de aquellos derechos humanos y las garantías que fuesen obstáculo para hacer trénte rápida y fácilmente a los casos en que la sociedad mexicana se hallara en grave peligro o conflicto.

Procede a la facultad exclusiva del Presidente de la República con aprobación del Congreso y Unión de la Comisión Permanente.

No pueden restringirse o suspenderse ciertos ddhh;

no discriminación al reconocimiento de la personalidad jurídica; a la vida; a la integridad personal;

libertades de pensamiento y de profesar creencia religiosa alguna; el punto, me de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte, la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la aparición forzada y la puna m las paremia; indiciales

indispensables para la protección de talar derechos.

La restricción o suspensión está sujeta a las leyes de fe pública; a la motivación; a la amparo; a la legalidad; a la publicidad; a la no discriminación.

El Congreso de la Unión puede revocar libremente la restricción o suspensión de ddhh y ana amara as.

La RCJN esta facultada a la revisión de oficio e inncasas. r, e, he los c asa mes cure asme el Presidente |

re la Fieje. l uiamé la restricción o suspensiói v para proruñarse r v: memento s; r vns Utucs: mite v validez.

Artículos 34, Si. y 36 conmi: léñalas

El Congreso de la Unión, a la nadoñalloa r mexicana; a la condición de exiranjel; a: obligaciones y pm. a: gr. SSBS lle IOS Cas. dadasos

0-

Los ddhh gozan de medio de protección jurisdiccional

(juicio empaco -artículo 103 y 107..... acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales. (artículo 105; artículo 106, respectivamente), y

No jurisdiccional

Que/ss ante la Comisión de Nacional de los Derechos Humanos y sos similares de las entidades federativas - artículo 100, a da u j: ya.

Una vez apearados los l apa de jt lsdicicn interna puecm acudir a tribunales nteinac. y ondea como la Corte jOH.

CUADRO 5.8 La Constitución de 1917 (estructura del Estado mexicano)
(iCONTINUACIÓN)

En casos urgentes y aún sin haber agotado los medios de jurisdicción interna, se pueden solicitar medidas cautelares a instancias del sistema interamericano o universal (ONU) de promoción y protección de los derechos humanos.

El derecho de acceso a la protección internacional de los ddhh está regulado en los tratados internacionales y protocolos en materia de ddhh firmados y ratificados por el Estado mexicano, así como el reconocimiento especial a la competencia de ciertos órganos como la Corte IDH.

PARTE ORGÁNICA

Regula la organización, estructura, funcionamiento y competencias de los poderes del Estado mexicano:

- **El depósito de la soberanía nacional** (artículo 39)]
- La **forma de gobierno** —republicano, representativo y federal— (artículo 40);
 - **Integración de la Federación** y su **territorio nacional** (artículos 43 y 44);
- **Adopción del principio de división de poderes, conformación y facultades de cada uno** (artículo 49)]
 - **Iniciativa y formación de las leyes** (artículos 71 y 72);
 - **Responsabilidades de los funcionarios públicos** (artículos 108-114),
- **Regulación general de los estados de la Federación, municipio y Distrito Federal** (artículos 116, 115 y 122)]
 - **Derechos sociales en materia de trabajo y previsión social** (artículo 123)]
- Previsiones generales, tales como el principio de facultades expresas para los funcionarios federales, la remuneración adecuada y renunciable a funcionarios públicos, la toma de protesta por los cargos públicos, entre otros (artículos 124, 127 y 128);
 - La **separación del Estado y las iglesias** (130 constitucionales);
- Reformas a la **Constitución** y su principio de inviolabilidad (artículos 135 y 136)

5.2 Fuentes formales directas del Derecho mexicano

5.2.1 Legislación

33. De acuerdo con lo analizado en el capítulo anterior respecto de la *legislación* en general, tuvimos ocasión de establecer que ésta es la *principala 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 legislativo*. 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*.
34. La *ley es*, en sentido amplio, *toda norma jurídica emanada de! 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 período determinado, o aquellas relacionadas con asuntos administrativos propios del Congreso, éstas *adquieren, por su función y ámbito de aplicación particular, la forma de decretos.*⁴¹

35. 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 al ejercicio de facultades extraordinarias para legislar, en el caso de restricción o suspensión de derechos humanos y sus garantías (artículo 29 constitucional)⁴² y en materia de comercio exterior (párrafo segundo del artículo 131 constitucional).⁴³
36. 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.⁴⁴ 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.
37. Existen otras disposiciones emitidas por el poder público en México, principalmente el Ejecutivo y el Judicial, que deben ser diferenciadas de la ley.⁴⁴ 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: las 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,⁴⁶ fracción primera, y cuyo

⁴¹ 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.) y 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 Patria, etc.)*. Véase *Derecho civil mexicano*, Porrúa. México, 1978, p. 93.

⁴² La parte respectiva del artículo 29 constitucional reza: *"Si la restricción o suspensión (de derechos humanos y garantías) 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.

⁴³ 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, cuantío 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"*.

⁴⁴ El segundo párrafo del artículo 49 constitucional establece: *"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 o de la Unión conforme a lo dispuesto en el artículo 29. En ningún otro caso, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del título i.º, se otorgarán facultades extraordinarias para legislar"*.

⁴⁵ 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 In-solo puede ser elaborada por las Cámaras, mientras que las demás órdenes son expedidas por el Poder Ejecutivo o titglt-"ii animidad administrativa facultada para ella"*. Véase E. Peniche López. *Introducción al Derecho y lecciones de Derecho civil*. Porrúa. México, 1972, pp. 40-41.

⁴⁶ Según el artículo 89 constitucional: *"Los facultades y obligaciones del Presidente son las siguientes: 1.º 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.

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 encóihendados o la aplicación de una ley, decreto o reglamento*.⁴⁷

5.2.1.1 El PROCESO LEGISLATIVO

38. 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 *distintas en su órgano emisor y objetivos específicos*, procedamos a estudiar el *proceso de elaboración* de las leyes federales. Esto es, *el 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*.
39. Este proceso *formaliza y distingue*, al dotar de *juridicidad*, aquellas *normas* que oficialmente se conocerán y reconocerán como *leyes* 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 *cuyo objetivo es la producción jurídica*, a éstas, la doctrina moderna identifica precisamente por la función que desempeñan como *normas sobre producción jurídica*.⁴⁸
40. 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 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 ja vigencia*. Sin embargo, y a raíz de una reciente reforma constitucional, *los ciudadanos mexicanos poseen ya el derecho de iniciar leyes*, en términos de! artículo 35, fracción VII.⁴⁹
41. 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), *las legislaturas de los estados* (poderes legislativos locales) y *los ciudadanos en un número equivalente, por lo menos, al cero punto trece por ciento de la lista nominal de electores, en los términos que señalen las leyes*,⁵⁰ *ejercen su facultad de poner a consideración del Congreso un proyecto de ley*. Cuando dicho proyecto proviene del Ejecutivo o alguna legislatura o diputación

«Cfr. E. Peniche López. *Introducción al derecho.... op. cit.*, y Rafael de Pina. *Derecho civil mexicano, op. al.*, p. 150.

* Cfr. Hans Kelsen. *Teoría general del Derecho y del Estado* (Trad. Eduardo García Máynez). UNAM. Textos Universitarios. México. 1979. p. 157 y ss. Véase del capítulo IV el punto 4.2.2.

⁵⁰ Reza el artículo 35. fracción VII: *-Son derechos del ciudadano: [... 1 Vil. Iniciar leyes, en los términos v con los requisitos que señalen esta Constitución y la Ley del Congreso. El Instituto Nacional Electoral tendrá las facultades que en esta materia le otorgue lo ley [...]*». Esta adición al artículo de marras fue publicada en el DOF de fecha 10-02-2014.

⁵¹De conformidad con la adicionada fracción IV del *artículo 71 constitucional* publicada en el DOF de fecha 09-08-2012.

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.

42. 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 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 constitucional, fracción h).*
43. El artículo 71 constitucional fue modificado en el año 2012 para otorgarle al Presidente de la República la facultad exclusiva de dar trámite a las llamadas *iniciativas preferentes o de trámite preferente*,⁵¹ cuyo objeto es empoderar al Jefe del Ejecutivo para que ante la necesidad y/o urgencia de concretar un proyecto de ley especialmente necesario para el desarrollo de sus atribuciones, pueda *presentar a la apertura de cada período ordinario de sesiones hasta dos iniciativas o señalar las que hubiese presentado en períodos anteriores y que estuviesen pendientes de dictamen*. Lo anterior, a fin de que dichas iniciativas sean discutidas y votadas por la Cámara de origen y, en su caso, por la Revisora en un plazo máximo de treinta días naturales para cada una.
44. 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 el Reglamento de Debates sobre la forma, intervalos y modo de proceder en las discusiones y votaciones*”.
45. 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, reenviándolo a la Cámara de origen*. Cada proyecto sólo puede ser reenviado una única vez, durante el mismo período de sesiones.¹

⁵¹ Prescribe el artículo 71 constitucional, literalmente, en su fracción IV, párrafos tres y cuatro, lo siguiente: “*El día de la apertura de cada período ordinario de sesiones el Presidente de la República podrá presentar hasta dos iniciativas para trámite preferente, o señalar con tal carácter hasta dos que hubiere presentado en períodos anteriores, cuando estén pendientes de dictamen. Cada iniciativa deberá ser discutida y votada por el Pleno de la Cámara de su origen en un plazo máximo de treinta días naturales. Si no fuere así, la iniciativa, en sus términos y sin traxor trámite, será el primer asunto que deberá ser discutido y votado en la siguiente sesión del Pleno. En caso de ser aprobado o modificado por la Cámara de su origen, el respectivo proyecto de ley o decreto pasará de inmediato a la Cámara revisora, la cual deberá discutirlo y votarlo en el mismo plazo y bajo las condiciones antes señaladas. No podrán tener carácter preferente las iniciativas de adición o reforma a esta Constitución*”. Cfr. DOF de fecha 09-08-2012.

46. 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 es devuelto con observaciones a la Cámara de su origen dentro de los treinta días naturales siguientes a su recepción*. Vencido este plazo el Ejecutivo dispondrá de diez días naturales para promulgar y publicar la ley o decreto. Transcurrido este segundo plazo, la ley o decreto será considerado promulgado y el Presidente de la Cámara de origen ordenará dentro de los diez días naturales siguientes su publicación en el *Diario Oficial de la Federación*, sin que se requiera refrendo. Los plazos antes señalados no se interrumpen si el Congreso cierra o suspende sus sesiones, de lo contrario la devolución deberá hacerse a la Comisión Permanente (*artículo 72 constitucional, inciso c*).
47. 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*).⁵²
48. 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*.
49. La *publicación oficial de la ley, que lleva a cabo el Poder Ejecutivo con las formalidades* antes citadas, recibe el nombre de *promulgación*.⁵³ 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.
50. Sin embargo, el *artículo 21 del Código Civil Federal* plantea una *excepción a la obligación* 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*

« 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 disuelto de nuevo por ésta, y si fuese confirmado por las dos terceras partes del número total de votos, pasará otra vez a la Cámara revisora. 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 j*), 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.

⁵³Cfr. Efraín Moto Salazar. *Elementos de Derecho*. Porrúa. México. 1990. p. 51.

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.

51. 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 entré 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*.
52. 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 días adicionales 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*. A su vez, el *sistema sincrónico* establece que *la ley entrará en vigor, en todas partes, el día preciso que la propia ley fije, siempre y cuando su publicación haya sido anterior*. En el supuesto caso de que la ley entra en vigor el mismo día de su publicación, no hay posibilidad de que opere la *vacatio legis*.⁵⁴
53. 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.
54. 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 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"*.
55. De tal guisa, en el escalón superior se encuentra la *Constitución federal*; luego, de conformidad con la jurisprudencia emitida por el Pleno de la SCJN. en el inmediato inferior, están los *tratados internacionales*⁵⁵ y posteriormente las *leyes fede-*

⁵⁴ Cfr. E. (Jarcia Máñez. *Introducción al estudio del Derecho*, Porrúa. México. 1992. p. 60.

⁵⁵ Finalmente, en el año 1999. el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó con claridad que *In 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* V EN UN segundo Pt ano 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 (*pie no sólo la Carta Magna es la suprema, la objeción es superada por el hecho de que las leyes deben emanar de la Constitución!* | *ser aprobadas por un órgano constituido, como lo es el Congreso*<> *de la Unión y <le que los trinados deben*

rales —elaboradas según el proceso antes descrito—. Estas normas *se encuentran al mismo nivel que las Constituciones y leyes locales*. Sin embargo, para comprender el escalafón de leyes estatales o de las entidades federativas a nivel de jerarquía de normas, hay que distinguir previamente *dos ámbitos de validez espa-*

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 interviene 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 competencial 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 tercer 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.

Amparo en revisión 1475/9S. Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo. 11 de mayo de 1999. Unanimidad de diez votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Antonio Espinazo Rungel.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el veintiocho de octubre en curso, aprobó, con el número LXXVIII/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. C/92, 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 tienen la misma jerarquía normativa".

Cabe decir que a raíz de la reforma constitucional en derechos humanos del año 2011 y la promulgación de un nuevo artículo 1º, se ha generado un singular debate respecto de la jerarquía de los tratados internacionales en el sistema jurídico mexicano, toda vez que la nueva redacción de dicho numeral induce a pensar que la Carta Magna y dichos tratados se encuentran al mismo nivel. En efecto, el artículo en comento en su parte conducente reza textualmente: *"En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte [...]"* Esta circunstancia, inclusive, ha llevado a la SCJN a emitir criterios (por ejemplo, la *contradicción de tesis 21/2011*) que quieren dejar sentado que cuando llegaran a entrar en conflicto normas jurídicas dentro del juicio de amparo, la controversia deberá resolverse respetando el principio previsto en el artículo 133 constitucional. La cuestión radica en que si llegaran a conflictuarse normas contenidas en un tratado internacional relativo a derechos humanos y normas contenidas en la CPEUM, habría que estar siempre, de acuerdo con dicho criterio, a la superior jerarquía de la Constitución. Esta postura arroja varias dudas. Para empezar, pareciera que en principio la colisión de normas relativas a derechos humanos prescritos por un tratado internacional y la Constitución no es técnicamente posible si partimos del supuesto de que para determinar si una norma en materia de derechos humanos debe aplicarse, no se acude a un criterio de jerarquía sino a la mayor protección que la norma en cuestión brinde. Justo por ello es que, el segundo párrafo del referido artículo 1º constitucional, ordena que para tales electos deberán emplearse dos criterios de aplicación: la *interpretación conforme* y el *principio pro-persona*. En tal virtud, de darse una colisión de normas de derechos humanos resultaría irrelevante si una de ellas es jerárquicamente superior, pues resultaría absurdo aplicar la que menor protección ofrece simplemente porque es de mayor jerarquía. Este razonamiento es conteste con lo ordenado por la parte segunda del artículo 13 constitucional, el cual a la letra señala: *"No*

da! 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)*.⁵⁶ 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*.

56. 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 5.7 Jerarquía y ámbitos de validez espacial de las leyes mexicanas	
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
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

se autoriza la celebración de tratados [...],- ni de convenios o tratados o tratados en virtud de los que se alteren los derechos humanos reconocidos por esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte. Es obvio entonces que cuando un tratado internacional de derechos humanos disminuya y por tanto altere un derecho humano, este tratado será, *ipsofacto*, inconstitucional, por lo que a *contrario sensu*, siempre que un tratado amplíe su manto protector mejorando el de la Constitución dicho tratado será perfectamente constitucional, en atención tanea lo señalado por el artículo 1° segundo párrafo, como por el artículo 15 en la parte ya transcrita. Lo anterior, siempre y cuando el predicado de la palabra "alterar" signifique no favorecer en todo tiempo a las personas la protección más amplia. Cfr. M. I. Alvarez Ledesma: "Los derechos humanos en el sistema jurídico mexicano...": *op. cil.* p. 58.

⁵⁶ Dice así el artículo 48 constitucional. "Ijis 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".

CUADRO 5.8 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: autorización que se concede al Presidente de la República para que 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 restricción o suspensión de derechos humanos y sus garantías de protección (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.

Providencias judiciales:
aquellas a través de las 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.

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 5.9 El PROCESO LEGISLATIVO

Proceso legislativo: manera 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, Ejecutivo y los ciudadanos 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 regula por otras cuyo objeto es la producción jurídica, a saber *normas sobre la producción jurídica* (Artículos 71 y 72 constitucionales).

CUADRO 5.9 El proceso legislativo (continuación)

El proceso legislativo consta de seis etapas:

- Iniciativa
- Discusión
- Aprobación
- Sanción
- Publicación
- Iniciación de la vigencia

En estas etapas participan dos poderes y los ciudadanos.

- **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 la sanción, publicación e iniciación de la vigencia de la ley.
- **Los ciudadanos:** están en aptitud de iniciar leyes federales si la propuesta de ley la respaldan un número equivalente, por lo menos, al cero punto trece por ciento de la lista nominal de electores, en los términos que señalen las normas aplicables.

Iniciativa: acto en virtud del cual el Presidente de la República, los diputados y los senadores al Congreso de la Unión, las legislaturas de los estados y los ciudadanos ejercen su facultad de someter a la consideración del Congreso un proyecto de ley

Se consideran **iniciativas preferentes** o de **trámite preferente** las que presenta el Jefe del Ejecutivo a la apertura de cada período ordinario de sesiones a fin de que sean discutidas y votadas por la Cámara de origen y, en su caso, por la revisora en un plazo máximo de treinta días naturales.

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 de ley 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 constitucional, 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 puede rechazar total o parcialmente un proyecto de ley, reenviándolo a la Cámara de origen. Cada proyecto sólo puede ser reenviado una sola vez durante el mismo período 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

CUADRO 5.9 El proceso legislativo (continuación)

Se considera sancionado aquel proyecto que no devuelto con observaciones a la Cámara de su origen dentro de los treinta días naturales siguientes a su recepción. Cumplido ese plazo el Ejecutivo cuenta con diez días naturales para promulgar y publicar la ley o decreto. En caso contrario la ley o decreto será considerado promulgado y el Presidente de la Cámara de origen ordenará dentro de los diez días naturales siguientes su publicación en el Diario Oficial de la Federación, sin que se requiera refrendo (firma que realizan los Secretarios de Estado de los proyectos de leyes reglamentarias o decretos para compartir la responsabilidad de los mismos con el Ejecutivo. Los plazos antes señalados no se interrumpen si el Congreso cierra o suspende sus sesiones, de lo contrario la devolución deberá hacerse a la Comisión Permanente.

La sanción puede ser total o parcial. El Ejecutivo sólo podrá vetar un proyecto de ley en una única ocasión. Si las Cámaras insisten en su proyecto por mayoría de las dos terceras partes del total 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, eximirles de las sanciones en que hubieren incurrido o, de ser posible, concederles un plazo para que cumplan la ley infringida. Procede sólo 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*.

Existen dos *sistemas* para que la ley inicie su vigencia.

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. 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.

CUADRO 5.9 El PROCESO LEGISLATIVO (CONTINUACIÓN)

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. De acuerdo con jurisprudencia por contradicción de tesis sentada por el Pleno de la SCJN se ha precisado lo estipulado por el artículo 133 constitucional, en el sentido de que los tratados internacionales sólo están por debajo de la Constitución pero por encima de las leyes federales.

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

57. 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.
58. 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*,⁵⁷ implica la elaboración, la negociación y la vigencia del tratado, sea con otro Estado o con un organismo internacional. El *segundo*, regido 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*.
59. 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*".⁵⁸ Asimismo, el *artículo 76, fracción 1* de la *Constitución* concede al Senado la facultad, también exclusiva de "(...) *aprobar los tratados y convenciones diplomáticas que celebre*

⁵⁷ De acuerdo con el *artículo 38* 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.*

⁵⁸ Cabe señalar que el Presidente de la República, inclusive sin disposición expresa de la *Constitución*, pero, con *asiento y sustento* en el *artículo 89, fracción 1* 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 y que no se agotan en el ámbito interno*. Estos *convenios ejecutivos* son los que se realizan, por ejemplo, en materia de cooperación económica, tecnológica o educativa con otras naciones.

el Ejecutivo de la Unión".^w 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.⁶⁰

60. 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.
61. 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 poderes⁶¹ 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, a) respecto formulará un dictamen sobre la procedencia de suscribir aquellos y, en su caso, llevará el Registro del caso.
62. Por su parte, la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal (artículo 28, fracción T) 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 del país. Otras disposiciones de 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.⁶²
63. 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 publica-

^wLa 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 133 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.

⁶⁰ Cfr. *ibid.*, p. 31.

^M Plenos poderes, según la fracción VI del artículo 2o. de la Ley 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 tratados.

⁶² Así, por ejemplo, el artículo 36, 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.

ción. Porque, al igual que las leyes producidas por el Congreso de la Unión, los *ñauídos internacionales* deben ser promulgados en el *Diario Oficial de la Federación*, con los efectos jurídicos respectivos. Asimismo, el artículo 13, fracción XIV 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".

64. Un aspecto que no puede soslayarse es que los *tratados internacionales* deben cumplir con el *principio de supremacía constitucional*⁶³. Por esto, el artículo 133 *60

⁶³ 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, *iodo vez que éstos se han sujetado voluntariamente a él*. Es en tal virtud que el artículo 27 de la Convención de Viena de 1967, ordena: "Una 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 inter formativo 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. Este caso 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 reconocerá cualquier resolución de los órganos de decisión de los mecanismos internacionales para la solución de controversias a que se refiere el artículo 8o. 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 circunstan-

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, el cual *prohíbe expresamente la celebración tanto de tratados que versen sobre la extradición de reos políticos o delincuentes que hayan tenido la condición de esclavos, como de convenios o tratados en virtud de los que se alteren los derechos humanos reconocidos por la Constitución y en los tratados internacionales en los que México sea parte.*

65. 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,⁶⁴ México queda sujeto a las disposiciones de la Convención de Viena.⁶⁵
66. Asimismo, México ha firmado y ratificado⁶⁶ 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.

cias 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.

⁶⁴ Recuérdese que la Convención de Viena de 1969, según su artículo lo., 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 5. 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.

⁶⁵ 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 *unfi* *alo* 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 ius cogens internacional*, estudio histórico-crítico. UNAM. México. 1982.

⁶⁶ 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.

cuadro 5.10 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 los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales que firme y ratifique el Estado mexicano.

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

67. 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.⁶¹

68. 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"*.

⁶¹ **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.

59 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 ser fuente 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”.

70. 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, un sector 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.⁶⁹ En materia mercantil, por cierto, más que de costumbre suele hablarse incluso en la propia ley de usos, de usos boticarios o mercantiles.¹⁰

71. 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 1796: “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 [...]”

72. En suma, la costumbre en 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).⁷¹

“Para una mayor explicación sobre la función de la costumbre como forma de heterointegración véase el capítulo VII, segunda parte, el inciso 7.3.3 “Interpretación e integración en el Derecho mexicano”

⁶⁹Cfr. Manuel Borja Soriano, *Teoría general de las obligaciones*, Porrúa, México, 1982, p. 63.

¹⁰Establece el artículo 2 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito: “Los netos y las operaciones ti que se refiei e el artículo anterior (en materia de títulos de crédito) se rigen: I. Por lo dispuesto en esta ley, en las demás leyes espeziules relativas: en su defecto: II. Por la legislación mercantil general: en su defecto: III. Por los nsos boticarios y meri antiles...”

⁷¹ Cfr. Rafael Rojina Villegas, *Introducción ni estudio del Derecho*, Porrúa, México, 1967, p. 348.

CUADRO 5.11 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 así lo 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, el cual 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

73. 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.*
74. 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 constrañidos al mandato general de la ley.⁷² Recordemos la preeminencia de ésta en el sistema mexicano

⁷² Al respecto Fausto E. Vallado Berrón, dice: "Todo acto de creación de normas de derecho, generales o individuales, implica la aplicación de otras normas de superior jerarquía y, por ende, mayor generalidad. Lo 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 implica la aplicación de ningún precepto superior. Se Irrito simplemente de un supuesto del pensamiento jurídico. Véase Introducción al estudio de! Derecho. Herrero. México. 1961. pp. 174-175,

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, exceptuada la penal—, en cuanto a que *la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o interpretación de la ley*.

75. 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 5.12 *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 o 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 constrañidos 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*.

5.3 Fuentes formales indirectas en el Derecho mexicano

5.3.1 Jurisprudencia

76. 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 llenarlas '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.

77. 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: "La ley fijará los términos en que, sed obligatoria la jurisprudencia que establezcan los Tribunales del Poder Judicial de la Federación y los Plenos de Circuito sobre la interpretación de la Constitución y normas generales, así como los requisitos para su interrupción y sustitución".⁷³
78. La Constitución determina claramente que la *jurisprudencia* será obligatoria en los términos que la ley determine. Y, en efecto, corresponde a la Ley de Amparo⁷⁴ (artículos 275 a 235), 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 los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la CPEUM, así como por los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte. El amparo, es por lo tanto, uno de los instrumentos clave para la defensa de la constitucionalidad.⁷⁵
79. De acuerdo con la nueva Ley de Amparo la *jurisprudencia* puede establecerse por tres métodos judiciales distintos: por reiteración de criterios, por contradicción de tesis y por sustitución (artículo 215). La *jurisprudencia* por reiteración de criterios la establece la SCJN, funcionando en pleno o en salas, o por los tribunales colegiados de circuito cuando se sustente un mismo criterio en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, resueltas en diferentes sesiones, por una mayoría de cuando al menos ocho votos entrándose del pleno de la SCJN; de cuatro votos si se trata de las salas de la SCJN y por unanimidad de los miembros de los tribunales colegiados (artículos 222, 223 y 224).
80. La *jurisprudencia* por contradicción la establece el pleno de las salas de la SCJN y por los Plenos de Circuito y tiene por objeto dilucidar los criterios discrepantes entre las salas de la SCJN, entre los Plenos de Circuito o entre los tribunales colegiados de circuito en asuntos de su competencia (artículo 225).⁷⁶

⁷³ A.naque 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*. De acuerdo con el artículo J6, 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. También el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, de conformidad con el artículo 20, fracción IV de su propia Ley, puede fijar *jurisprudencia* a través de las resoluciones emitidas por el pleno de su Sala Superior.

⁷⁴ Como se mencionó antes, la nueva Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que fue publicada en el DOF el 2 de abril de 2013, presenta novedades interesantes a las que hicimos alusión en los párrafos 14, 15 y 16 de ese Capítulo 5. Puede consultarse al respecto de esta nueva Ley: Raúl Chávez Carillo. *F.I ABC del juicio de amparo conforme a la nueva ley*. Porrúa, 7a Ed., México, 2014.

⁷⁵ Vease de Vicente Fernández Fernández. *El juicio de amparo en la jurisprudencia*. Porrúa-Tecnológico de Monterrey, México, 2007.

⁷⁶ b! artículo 226 de la Ley de Amparo determina cómo serán resueltas las contradicciones de tesis. A tales efectos, señala: "Iris contradicciones de tesis serán resueltas por: I. El pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación cuando deban

81. La jurisprudencia que por reiteración o contradicción de criterios puede cambiar cuando existan razones fundadas que llevan a los tribunales federales a modificar sus criterios dadas las nuevas circunstancias a regular en la realidad social o por el cambio de ideas, paradigmas o criterios de interpelación del Derecho. En tales casos se dice que la jurisprudencia podrá ser sustituida. Las hipótesis para establecer jurisprudencia por sustitución están previstas en el artículo 230 de la Ley de Amparo.⁷⁷
82. • La jurisprudencia adquiere carácter obligatorio para los tribunales en forma descendente en función de la jerarquía del órgano jurisdiccional que la emite. Así las cosas y por ejemplo, la jurisprudencia emitida por la SCJN, funcionando en Pleno o en Salas, es obligatoria para ellas mismas y para todos los demás tribunales federales de jerarquía inferior, a saber, los Plenos de Circuito, los tribunales colegiados y unitarios de circuito, los juzgados de distrito, los tribunales militares y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y los tribunales administrativos y del trabajo, locales y federales.⁷⁸ La otra regla a la que la jurisprudencia

dilucidarse las tesis contradictorias sostenidas entre sus salas: II. El pleno o las salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, según la materia, cuando deban dilucidarse las tesis contradictorias sostenidas entre los Plenos de Circuito de distintos Circuitos, entre los Plenos de Circuito en materia especializada de un mismo Circuito, o sus tribunales de diversa especialidad, así como entre los tribunales colegiados de diferente circuito; y III. Los Plenos de Circuito cuando deban dilucidarse las tesis contradictorias sostenidas entre los tribunales colegiados del circuito correspondiente. Al resolverse una contradicción de tesis, el órgano correspondiente podrá acoger uno de los criterios discrepantes, sustentar uno diverso, declararla inexistente, o sin materia. En todo caso, la decisión se determinará por la mayoría de los magistrados que los integran. La resolución que decida la contradicción de tesis no afectará las situaciones jurídicas concretas de los juicios en los cuales se hayan dictado las sentencias que sustentaron las tesis contradictorias”.

⁷⁷ Artículo 230. La jurisprudencia que por reiteración o contradicción establezcan el pleito o las salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como los Plenos de Circuito, podrá ser sustituida conforme a las siguientes reglas:

I. Cualquier tribunal colegiado de circuito, previa petición de alguno de sus magistrados, con motivo de un caso concreto una vez resuelto, podrán solicitar al Pleno de Circuito al que pertenezcan que sustituya la jurisprudencia que por contradicción haya establecido, para lo cual expresarán las razones por las cuales se estima debe hacerse. Para que los Plenos de Circuito sustituyan la jurisprudencia se requerirá de las dos terceras partes de los magistrados que lo integran.

II. Cualquiera de los Plenos de Circuito, previa petición de alguno de los magistrados de los tribunales colegiados de su circuito y con motivo de un caso concreto una vez resuelto, podrán solicitar al pleno de la Suprema Corte de Justicia (le la Nación, o a la sala correspondiente, que sustituya la jurisprudencia que hayan establecido, para lo cual expresarán las razones por las cuales se estima debe hacerse. La solicitud que, en su caso, enviarán los Plenos de Circuito al pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, o a la sala correspondiente, debe ser aprobada por la mayoría de sus integrantes. III. Cualquiera de las salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, previa petición de alguno de los ministros que las integran, y sólo con motivo de un caso concreto una vez resuelto, podrán solicitar al pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que sustituya la jurisprudencia que haya establecido, para lo cual expresarán las razones por las cuales se estima debe hacerse. La solicitud que, en su caso, enviará la sala correspondiente al pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, deberá ser aprobada por la mayoría de sus integrantes. Para que la Suprema Corte de Justicia de la Nación sustituya la jurisprudencia en términos de las fracciones II y III del presente artículo, se requerirá mayoría de cuando menos ocluí votos en pleno y cuatro en sala. Cuando se resuelva sustituir la jurisprudencia, dicha resolución no afectará las situaciones jurídicas concretas derivadas de los juicios en los que se hayan dictado las sentencias que la integraron, ni la que se resolvió en el caso concreto que haya motivado la solicitud. Esta resolución se publicará y distribuirá en los términos establecidos en esta Ley .

⁷⁸ Reza el artículo 217 de la Ley de Amparo. "La jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia de la Nación, funcionando en pleno o en salas, es obligatoria para estas tratándose de la que decreta el pleno, y además pañi los Plenos de Circuito, los tribunales colegiados y unitarios de circuito, los juzgados de distrito, tribunales militares y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales. La jurisprudencia que establezcan los Plenos de Circuito es obligatoria para los tribunales colegiados y unitarios de circuito, los juzgados de distrito, tribunales militares y judiciales del orden común de las entidades federativas y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales que se ubiquen dentro del circuito correspondiente. La jurisprudencia emitida por los tribunales colegiados de circuito es obligatoria para los órganos mencionados en el párrafo anterior, con

ciencia debe someterse, en acatamiento al artículo 14 constitucional, es que ésta, en ningún caso, podrá tener efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

83. La jurisprudencia, así como puede ser sustituida puede ser interrumpida y, por ende, dejar de tener carácter obligatorio. A tales efectos, el requisito fijado por la Ley de Amparo para que así suceda es bastante obvio y lo fija el artículo 228, el cual dispone: "La jurisprudencia se interrumpe y deja de tener carácter obligatorio cuando se pronuncie sentencia en contrario. En estos casos, en la ejecutoria respectiva deberán expresarse las razones en que se apoye la interrupción, las que se referirán a las consideraciones que se tuvieron para establecer la jurisprudencia relativa". Huelga decir que una vez suspendida la jurisprudencia será menester concurren las mismas reglas para que vuelva a formarse (artículo 229).
84. 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 labor de 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.
85. Una de las novedades, según se explicó antes, de la nueva Ley de Amparo y que tiene por objeto matizar el principio de relatividad de las sentencias de amparo, es decir, que sólo se apliquen a quienes las promueven, es la declaratoria de inconstitucionalidad. Esta, entratándose de una norma general que se considere vulnera la Constitución, posee efectos erga omnes. Pero además, a fin de evitar los desequilibrios entre los poderes de la Unión, a quien emitió dicha norma general declarada inconstitucional, la SCJN notificará tal circunstancia, en la inteligencia que tenga un plazo de noventa días para que subsane el defecto de inconstitucionalidad (modificando o derogando la norma general en cuestión). Pasado dicho plazo, la declaratoria de inconstitucionalidad se remite al DOF y al órgano oficial en el que se hubiera publicado la norma así declarada para que sea dada a conocer en un plazo de siete días hábiles surtiendo entonces, precisamente, efectos generales.
86. Procede la declaratoria de inconstitucionalidad en los juicios de amparo en revisión, cuando la SCJN en pleno o en salas resuelve por dos ocasiones consecutivas, o en distintas sesiones, la inconstitucionalidad de una norma general, salvo cuando se trate de normas en materia tributaria (artículo 231), o cuando en los mismos supuestos se establezca jurisprudencia por reiteración (artículo 232). Pueden solicitar, también, el inicio de un procedimiento de declaratoria general de inconstitucionalidad los Plenos de Circuito, en los términos fijados por el artículo 223⁹

excepción de los Plenos de Circuito y de los demás tribunales colegiados de circuito. La jurisprudencia en ningún caso tendrá efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna".

⁹ Establece el artículo 233 de la Ley de Amparo: "Los plenos de circuito, conforme a los lineamientos generales que emita la Suprema Corte de Justicia de la Nación, podrán solicitar a ésta, por mayoría de sus integrantes, que inicie el procedimiento de declaratoria general de inconstitucionalidad cuando dentro de su circuito se haya emitido jurisprudencia derivada de amparos indirectos en revisión en la que se declare la inconstitucionalidad de una norma general."

87. **La jurisprudencia, según el Derecho mexicano, irrfcde ser invocada por jasparles 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.**
88. **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.⁸¹¹**

CUADRO 5.13 Jurisprudencia

Conjunto de principios, criterios, precedentes o doctrinas que se encuentran en las sentencias o latios de los jueces o tribunales.

En México la *jurisprudencia* es fuente formal indirecta y tiene, por virtud de la propia Constitución, *fuera 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* y los Plenos de Circuito sobre *interpretación* de la Constitución y normas generales, así como los *requisitos* para su *interrupción* y *sustitución*"

De acuerdo con la nueva Ley de Amparo, publicada en el DOF el 2 de abril de 2013, la jurisprudencia nace por:

- **Reiteración de criterios.**- La establece el pleno o las salas de la SCJN y los tribunales colegiados de circuito cuando se sustente un mismo criterio en cinco sentencias no interrumpidas;
- **Contradicción de tesis.**- Se establece al dilucidar los criterios discrepantes sostenidos entre las salas de la SCJN, entre los Plenos de Circuito o entre los tribunales colegiados de circuito;
- **Sustitución.**- Se establece cuando la jurisprudencia por reiteración o contradicción establecida por el pleno o las salas de la SCJN o los Plenos de Circuito es sustituida a solicitud de quienes la formularon por darse circunstancias cambiantes que obliguen, razonadamente, a modificar los criterios sostenidos por los jueces federales, de acuerdo con las reglas fijadas por el artículo 230 de la Ley de Amparo.

(continúa)

⁸¹¹Un estudio sobre las razones, naturaleza jurídica, regulación y efectos de los votos particulares, está en Genaro David Góngora Pimentel. *El voto jurisdiccional y mi disenso en el Máximo Tribunal*. T. I.1! y III. Ponda. 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 *nmaterialización del derecho al disenso a través (le tu opinión jurídico diverso a lo decisión nmxoritaritú que un 'lipendi»' expresa y sostiene el participar en lo deliberación colegiada ile un anillo con lo intención de salvaguardar su criterio jurídico y no conproinoici lo pura futuras ocasiones "*. *Ibiil.*. p. 77 y ss.

CUADRO 5.13 Jurisprudencia (continuación)

La jurisprudencia será de **aplicación obligatoria** para todos los tribunales que sean jerárquicamente inferiores 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 77 ministros numerarios y funcionará en pleno o en salas.

La jurisprudencia se **Interrumpe y deja de tener carácter obligatorio cuando se pronuncie sentencia en contrario**. La ejecutoria respectiva **deberá expresar las razones en que se apoya la interrupción**, las que aludirán a los argumentos que se tuvieron en cuenta para establecer la jurisprudencia relativa.

Para **integrar una nueva jurisprudencia**, interrumpida ésta, **se observarán las mismas reglas exigidas para su formación**.

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.

Se entiende por **voto particular**: la argumentación que emite un ministro de la SCJ o un magistrado, para exponer las razones en virtud de las cuales se pronunció en pro o en contra de un proyecto de resolución.

Las autoridades judiciales federales deben **publicar** en el Semanario Judicial de la Federación las **tesis** que se reciban. También se publicarán las **resoluciones necesarias para constituir, interrumpir o sustituir la jurisprudencia** y los **votos particulares**

Las sentencias de amparo sólo protegen a quienes las promueven, circunstancia jurídica que se conoce como **principio de relatividad de las sentencias de amparo**. En consecuencia, no tienen carácter general o **erga omnes**.

Una de las aportaciones más relevantes de la nueva **Ley de Amparo**, cuyo objeto es matizar el principio de relatividad y potenciar el espectro protector de las ejecutorias en favor de los gobernados, lo constituyen las llamadas **declaratorias generales de inconstitucionalidad**.

Procede cuando en los juicios de amparo en revisión, las salas o el pleno de la SCJN resuelven la inconstitucionalidad de una norma general por dos veces, o al establecer jurisprudencia por reiteración determinen, también, la inconstitucionalidad de una norma general.

Procede igualmente cuando los Plenos de Circuito, habiendo emitido jurisprudencia derivada de amparos indirectos en revisión y declarado la inconstitucionalidad de una norma general, inicien por mayoría de votos el procedimiento de declaratoria general de inconstitucionalidad de conformidad con los acuerdos generales que emita la SCJN.

Se debe notificar a la autoridad que emitió la norma para que la modifique o derogue en un plazo de 90 días.

En caso contrario, el pleno de la SCJN, con el voto de ocho ministros, emitirá la declaratoria general de inconstitucionalidad para que se publique en el DOF y en el periódico oficial donde la norma general se haya originalmente dado a conocer.

La declaratoria de inconstitucionalidad es **obligatoria** y tiene efectos **generales**. No procede entrándose de normas en materia tributaria.

5.3.2 Principios generales del Derecho

89. 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 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. 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

90. Según, resulta de la propia Constitución, en México los principios generales del Derechos 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.

91. 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 civil⁸¹ 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.⁸² y de modo genérico como un criterio orientador general para interpretar o desentrañar el sentido de las normas jurídicas que sean ambiguas o vagas.

92. 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 contraríen y por la equidad". Estos principios generales del Derecho son, pues, expresos por la forma en que aparecen en la ley.

93. Sin embargo, otros principios no están textualmente enunciados en la ley, sino que a éstos se hace una remisión general⁸³ 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

⁸¹ Cuando 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

⁸² Sobre este punto nos exhibaremos en el inciso dedicado a la "Autointegración: analogía y principios; generales del Derecho" en el capítulo 7.

⁸³ Son 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 esto se puede decidir tu controversia, se atenderá a los principios generales del Derecho, lomando en consideración todas las circunstancias del caso": la riel artículo 19 riel Código t mi del Distrito Federal que prescribe: "Las controversias judiciales del orden civil deberán resolverse conforme a la ley y a su interpretación jurídica. A falta de ésta se resolverá conforme a los principios generales del decir iio

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 trató. En este artículo se encuentra implícito el principio general del Derecho que es centro de gravedad del sistema penal mexicano, „saber: no hay pena ni delito sin ley. Principio que, por cierto, está presente en todos los sistemas jurídicos modernos y viene desde antiguo (*milla poena, nullum delictum sine lege*). Estamos, entonces, ante la presencia de los principios «generales del Derecho tácitos.

94. 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 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 5.14 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 fuente formal indirecta. 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 ésta 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 iusromano, 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 —obviamente con innumerables cambios, sobre todo los experimentados en los primeros años del presente siglo—, 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, hoy concebidas como derechos económicos, sociales y culturales. Esta Constitución se clasifica, por la forma de adicionarse y reformarse, dentro de las conocidas como rígidas.

La parte dogmática de la Constitución mexicana, reformada el 10 de junio del 2011, modificó sustancialmente el modelo obsoleto de 'garantías individuales' adoptado por el Constituyente originario del 17, para convertirlo en uno moderno de 'derechos humanos' (lo protegido) y sus 'garantías de protección' (el medio de salvaguarda). Además, con base en un avanzado artículo 1º, amén de corregir y uniformar conceptualmente la CPEUM, logra alinearla con el Derecho internacional de los derechos humanos y el *corpus iuris* de tales derechos. Asimismo, la reforma del 2011 debe entenderse como la culminación de una etapa de apertura dentro del proceso de evolución nacional de los derechos humanos, proceso que inició, en su fase moderna, con el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte IDH y que se afianza con una Carta Magna mexicana 'abierta', la cual acepto que la fuente formal de los derechos humanos se halla no sólo en el texto constitucional mismo, sino en los tratados internacionales firmados y ratificados por México. La reforma adopta, para la aplicación de las normas de derechos humanos, el principio de interpretación conforme y pro-persona. Igualmente, hace patente una obligación general de respeto de los derechos humanos con base en los principios de

universalidad, indivisibilidad, interdependencia y progresividad, y una especial de atención a las violaciones a derechos humanos.

La nueva parte dogmática de la CPEUM, conformada por los 28 primeros artículos contiene la parte sustancial del catálogo de derechos humanos o bloque de constitucionalidad convencional. Con los artículos 1 al 24 se protegen los ddhh relativos a la: igualdad, libertad y seguridad jurídicas. Los artículos 25, 26, 27 y 28 regulan, respectivamente: la rectoría del Estado mexicano para garantizar un desarrollo nacional: el derecho a la planeación democrática y deliberativa del desarrollo nacional, el derecho a contar con un sistema nacional de información estadística y geográfica cuyos datos deben ser considerados y usados como oficiales, la propiedad originaria de las tierras y aguas nacionales: y, los derechos económicos de los mexicanos.

El artículo 29 regula la restricción o suspensión, por tiempo limitado y prevenciones generales (facultades extraordinarias para legislar del Ejecutivo Federal) en todo el país o en lugar determinado, de aquellos derechos humanos y las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente rápida y fácilmente a los casos en que la sociedad mexicana se hallara en grave peligro o conflicto. Adopta, con la reforma del 2011, la prohibición de restringir o suspender ciertos derechos humanos y sujeta la actuación del Presidente, en materia del ejercicio de sus facultades extraordinarias, a las exigencias de constitucionalidad y validez que le imponga la SCJN.

Los artículos 34, 35 y 36 constitucionales regulan, respectivamente, la nacionalidad mexicana: la condición de extranjería; y las obligaciones y prerrogativas de los ciudadanos.

Los derechos humanos gozan de medios de protección jurisdiccional —juicio de amparo (artículos 103 y 107), acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales (artículo 105 fracción I y II, respectivamente)— y no jurisdiccional. quejas ante la Comisión de Nacional de los Derechos Humanos y sus similares de las entidades federativas (artículo 102, apartado B).

Una vez agótalos los recursos de jurisdicción interna pueden acudirse, hoy día, a tribunales internacionales, como la Corte IDH. En casos urgentes y aún sin haber agotado los medios de jurisdicción interna, se pueden solicitar medidas cautelares a instancias del sistema interamericano o universal (ONU) de promoción y protección de los derechos humanos.

El derecho de acceso a la protección internacional de los ddhh está regulado en los tratados internacionales y protocolos en materia de ddhh firmados y ratificados por el Estado mexicano, así como el reconocimiento especial a la competencia de ciertos órganos como la Corte IDH.

La parte orgánica de la Constitución regula 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, un Consejo de la Judicatura 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, las legislaturas de los estados y los ciudadanos, siempre y cuando la propuesta de ley la respalden un número equivalente, por lo menos, al cero punto trece por ciento de la lista nominal de electores, en los términos que señalen las leyes.

Se consideran iniciativas preferentes o de trámite preferente, las que presenta el Jefe del Ejecutivo a la apertura de cada período ordinario de sesiones a fin de que sean discutidas y votadas por la Cámara de origen y, en su caso, por la remora en un plazo máximo de treinta días naturales.

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. Discutido el proyecto de ley, éste debe ser aprobado en su totalidad durante el mismo período 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 período 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. Al mismo nivel que las leyes federales 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. El Distrito Federal carece de Constitución, sólo posee un Estatuto General de Gobierno.

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. Esta 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. *Ixi* 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.

De acuerdo con la nueva Ley de Amparo, publicada en el DOF el 2 de abril de 2013, la jurisprudencia puede ser por: reiteración de criterios, la establece el pleno o las salas la SCJN y los tribunales colegiados de circuito cuando se sustente un mismo criterio en cinco sentencias no interrumpidas; contradicción de tesis, se establece al dilucidar los criterios discrepantes sostenidos entre las salas de la SCJN, entre los Plenos de Circuito o entre los tribunales colegiados de circuito; sustitución, se establece cuando la jurisprudencia por reiteración o contradicción adoptada por el pleno o las salas de la SCJN o los Plenos de Circuito es sustituida a solicitud de quienes la formulan por darse circunstancias cambiantes que obliguen, razonadamente, a modi-

ficar los criterios sostenidos por los jueces federales, de acuerdo con las reglas fijadas por el artículo 230 de la Ley de Amparo. La jurisprudencia será de aplicación obligatoria para todos los tribunales que sean jerárquicamente inferiores a los tribunales federales que la generan.

La jurisprudencia se interrumpe y deja de tener carácter obligatorio cuando se pronuncie sentencia en contrario. La ejecutoria respectiva deberá expresar las razones en que se apoya la interrupción, las que aludirán a los argumentos que se tuvieron en cuenta para establecer la jurisprudencia relativa. Para integrar una nueva jurisprudencia, interrumpida ésta, se observarán las mismas reglas exigidas para su formación.

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.

Capítulo 6

Conceptos jurídicos fundamentales

SUMARIO

- 6.1 ¿Qué son los conceptos jurídicos fundamentales?
- 6.1.1 Garáclei y utilidad de los conceptos jurídicos fundamentales
- 6.2 Análisis de algunos conceptos jurídicos fundamentales
 - 6.2.1 Persona jurídica
 - 6.2.12 Capacidad jurídica
- §& 6.2.3 Personalidad y capacidad jurídicas en el Derecho mexicano
- f- 6.2.4 Derecho subjetivo y deber jurídico
- 5° 6.2.5 Sanción e ilícito
- £ 6.2.6 Norma jurídica y sus tipos
- RF, 6.2.7 Acto jurídico
- p| 6.2.8 Conceptos jurídicos complementarios
 - 6.2.8.1 Competencia
 - p-6.2.8.2 Obligación
 - W §.2.8.3 Responsabilidad

SINOPSIS INTRODUCTORIA

En este capítulo nos ocuparemos de la enumeración, desarrollo y análisis de una serie de términos técnico-jurídicos á 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, amén de que permiten 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.

8.1 ¿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,¹ 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 aquello que determina su predicado o significado. Al respecto, con los conceptos jurídicos fundamentales se dan dos circunstancias que debemos tomar en cuenta. La primera es que el lenguaje jurídico constituye una forma de lenguaje natural, más 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. La segunda, según se mencionó antes, es que los lenguajes naturales padecen de defectos que les son típicos, 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 explicable que el lenguaje del Derecho no goce de la precisión de la que gozan otros lenguajes científicos, amén de que el lenguaje jurídico no debe tener un carácter crítico, ya que sus normas, por lo general, van dirigidas a los gobernados y, por ende, debe ser redactado de modo comprensible para éstos puesto que la mayoría de sus destinatarios no son expertos en Derecho.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’.³ Una consideración previa al respecto, así sea sucinta, nos permitirá entender mejor cuál es la función de los conceptos jurídicos fundamentales que, en nuestro criterio, resulta más adecuado tanto metodológica como normativamente, con-

¹ Véase, específicamente, el inciso 1.2.1 del capítulo primero, denominado: “Las normas o del lenguaje del Derecho”.

² En ese sentido, véase la crítica que realiza Carril 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 Tomasini Bassols, *El pensamiento (et último Wittgenstein)*, Trillas, México, 1988.

cebirlos empleando la terminología que es propia de dicha concepción wittgensteiniana, a saber como **‘el juego del lenguaje del Derecho’**.^{1**4}

4. ¿Qué es un juego del lenguaje? Pues bien, para Wittgenstein *las palabras son instrumentos, utensilios, por lo tanto, pueden emplearse, usarse, para múltiples cosas, 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 alude al *“conjunto de términos que quedan caracterizados en función de las acciones de los hablantes y con las que las palabras en cuestión están relacionadas”*.⁵ 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’**.⁶⁷ Así las cosas, *todo ‘juego de lenguaje’ pertenece a una ‘forma de vida’, por ello, al ‘juego del lenguaje de! 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 luego sofisticada con los siglos, liemos 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 de! 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.¹
8. Ahora bien, como es perfectamente comprensible, existe un *acuerdo convencional y general* sobre cuáles son estos conceptos jurídicos fundamentales, aunque *no*

¹ Cfr. Mario I. Álvarez Ledesma, *“Los conceptos jurídicos fundamentales como el juego del lenguaje del Derecho”* en Wittgenstein en Español III (Alejandro Tomasini Bassols, coordinador); Biblioteca Universidad Veracruzana. México. 2012, pp.153-178.

² Alejandro Tomasini Bassols. *Lenguaje y anti-metafísica. Cavilaciones willgensteinianas*. Imerlínea/INBA. México. 1994, p. 31.

³ *Forma de vida y juego del lenguaje’ son dos caras de una misma moneda*. Véase Alejandro Tomasini Bassols. *El pesamiento... op. cit.*, p. 20.

⁴ Al respecto véase de Maribel Narváez Mora. *Wittgenstein y la teoría del derecho. Una senda para el convencionalismo jurídico*. Marcial Pons. Madrid-Barcelona. 2004.

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 e instituciones jurídicas (el matrimonio, los contratos, la patria potestad, entre muchas otras) que conforman el Derecho positivo. Estos conceptos son, por ejemplo, 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 *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 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*. Estos implican a los primeros y su empleo es *netamente técnico-jurídico*,⁸ 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."⁹ 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.¹⁰ 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

⁸ Raiael Bielsa lía escribió que: "El concepto jurídico difiere, con frecuencia, del concepto general o común. De allí 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.

⁹ Cfr. de Genaro R. Carrió la "Nota preliminar" a su traducción del libro de W. N. Hohfeld. *Conceptos jurídicos fundamentales*. Distribuciones Fontamara. México, 1991, p. 8.

¹⁰ Rafael Rojina Villegas. *Introducción al estudio del derecho*. Porrúa. México. 1967. p. 123.

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 diversos 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 absolutamente 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'.

este rubro es quizás el de Hans Kelsen. Sin embargo, dicho esquema se encuentra condicionado tanto por su *purismo metodológico* 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 términos establezca el Derecho positivo, porque aquélla estudia *proposiciones acerca de normas jurídicas y no a las normas jurídicas mismas*.¹¹ 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.^{12 11}

¹¹ Cfr. Carlos Santiago Niño. *Introducción al análisis del Derecho*, Ariel, Barcelona, p. 168.

¹² Miguel Viñero Toranzo explica: "La 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, a 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. La TGD tiene, por lo tanto, la pretensión de proponer un orden racional apio a servir de *insirirmento* para entender la multiplicidad de los fenómenos jurídicos bajo el punto de vista que subraya lo que tienen en común, la coherencia que los relaciona, la subyacente estructura lógico que les sirve de enlace". En otra parte el mismo autor apunta: "Como toda teoría lo 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, ron ideas y a partir de una realidad observada. Pero no es una creación arbitraria. Artificial, sí. jero no arbitraria. Artificial es aquello que es producido por obra consciente del hombre. Arbitrario es aquello que se hace sin razón suficiente. La 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.

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 todos los conceptos ni las explicaciones y conclusiones a que se lleguen serán los únicos 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*'.

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*.¹³
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; respecto 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*".¹⁴
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*".¹⁵
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 de) análisis de normas jurídicas.¹⁶ "*Persona es —sostiene el mismo autor— el hombre considerado como sujeto de derechos y obligaciones*".¹⁷ En efecto, el hombre es

¹³ Véase el apartado 2.3 de la primera parte de este libro denominado "Nuestra definición de Derecho", en particular el tercer elemento de la definición propuesta.

¹⁴ Hans Kelsen, *Teoría general del Derecho y del Estado* (Trad. Eduardo García Máynez). UNAM. Textos Universitarios. México, 1979, p. 110.

¹⁵ Oscar Morineau, *El estudio del Derecho*. Porrúa. México. 1953, p. 169.

¹⁶ Cir Hans Kelsen, *Teoría general del Derecho...* op. cit., p. I I I.

¹⁷ //></. p. 110.

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!
90. **Contraposición con el concepto de persona física** se utiliza el de **'persona moral'**¹⁸ 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".¹⁹
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.²⁰ 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 terminan siendo manifestaciones de 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.²¹ Según este

¹⁸ Para una crítica al concepto 'persona moral', véase de Oscar Morineau, *op. cit.*, p. 173.

¹⁹ *Ibid.*, p. 115.

²⁰ Cfr. Hans Kelsen, *Teoría general del Derecho...* *op. cit.*, p. 117.

²¹ Cfr. Federico Carlos de Savigny. *Sistema de Derecho privado romano* (Trad. J. Mesía y Manuel Poley). T. 11. Madrid. 1879. Madrid, p. 63.

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 los 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 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.*²²
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, sí es útil para explicar y simplificar situaciones de hecho que de suyo tienen relevancia jurídica,*²³ *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 compra-venta, 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**

²² Carlos Santiago Niño, *Introducción al análisis...*, op. cit., p. 232.

²³ ha 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, con cierta duración 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 pructicidad que ello aporta.

CUADRO 6.2 Persona jurídica

El creador y protagonista del Derecho es el *hombre*.

En principio, sólo aquellas conductas que coadyuven o 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.

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.

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**'. Ésta 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.

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 definírsele 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.²⁴ 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 a la segunda. Esto es, que por *capacidad de goce* se entiende

²⁴ CIY. Martín Alonso. *Enciclopedia del idioma*. 1.1, op. cit., p. 913.

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 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 sí 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 atectados 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 legal*.

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**' (Ya-

pacidad 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 fraude, por ejemplo) queda, por disposición de la ley, limitada en su capacidad jurídica para ejercer sus derechos políticos o intervenir en ciertas transacciones económicas. Tal persona es perfectamente capaz en cuanto 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, sí existe una correspondencia entre la situación real de la persona y las disposiciones jurídicas. El Derecho considera jurídicamente 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).

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. A tales efectos se hará referencia al Código Civil Federal y al del Distrito Federal, según convenga a la claridad de la exposición. Así las cosas, el artículo 22 del Código Civil tanto Federal como del 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,²⁵ 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.²⁶
36. La capacidad jurídica de ejercicio se adquiere con la mayoría de edad, es decir, al cumplir 18 años,²⁷ según dispone el artículo 646 del Código Civil Federal. A su

²⁵ En este punto, debe tenerse en cuenta lo señalado por el artículo 337 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".

²⁶ "La 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 linee 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*. Porrúa. México. 1990. p. 31.

²⁷ 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 34 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Con la ciudadanía se

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 emancipación;²¹ esto es, por virtud del acto jurídico que libera al menor de la minoría de edad y de la patria potestad,²⁹ 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.³⁰

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 derechos 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; V.- Ejercer en toda clase de negocios el derecho de petición; VI.- Poder ser nombrado para cualquier empleo o comisión del senado público, teniendo las calidades que establezca la ley; VII.- Iniciar leyes, en los términos y con los requisitos que señalen esta Constitución y la Ley del Congreso. El Instituto Nacional Electoral tendrá las facultades que en esta materia le otorgue la ley, y VIII.- Votar en las consultas populares sobre temas de trascendencia nacional, las que se sujetarán a lo siguiente: lo. Serán convocadas por el Congreso de la Unión a petición de: a) El Presidente de la República; b) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de cualquiera de las Cámaras del Congreso de la Unión; o c) Los ciudadanos, en un número equivalente, al menos, al dos por ciento de los inscritos en la lista nominal de electores, en los términos que determine la ley. Con excepción de la hipótesis prevista en el inciso c) anterior, la petición deberá ser aprobada por la mayoría de cada Cámara del Congreso de la Unión; 2o. Cuando la participación total corresponda, al menos, al cuarenta por ciento de los ciudadanos inscritos en la lista nominal de electores, el resultado será vinculatorio para los poderes Ejecutivo y Legislativo federales y para las autoridades competentes; 3o. No podrán ser objeto de consulta popular la restricción de los derechos humanos reconocidos por esta Constitución; los principios consagrados en el artículo 40 de la misma; la materia electoral; los ingresos y gustos del Estado; la seguridad nacional y la organización, funcionamiento y disciplina de la Fuerza Armada permanente. La Suprema Corte de Justicia de la Nación resolverá, previo a la convocatoria que realice el Congreso de la Unión, sobre la constitucionalidad de la materia de consulta; 4o. El Instituto Nacional Electoral tendrá a su cargo, en forma directa, la verificación del requisito establecido en el inciso c) del apartado lo. de la presente fracción, así como la organización, desarrollo, cómputo y declaración de resultados; 5o. La consulta popular se realizará el mismo día de la jornada electoral federal; 6o. Las resoluciones del Instituto Nacional Electoral podrán ser impugnadas en los términos de lo dispuesto en la fracción VI del artículo 41, así como de la fracción III del artículo 99 de esta Constitución; y 7o. Las leyes establecerán lo conducente para hacer efectivo lo dispuesto en la presente fracción.

Son obligaciones del ciudadano de la República: I.- Inscribirse en el censo 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. La 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 establezca la ley; II.- Alistarse en la Guardia Nacional; III.- Votar en las elecciones y en las consultas populares, en los términos que señale la ley; 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 de jurado". Sobre este tema véase Héctor Fix-Fierro. *Los derechos políticos de los mexicanos*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Estudios Jurídicos, núm. 95. UNAM, México, 2006.

²⁸ El artículo 64] 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".

²⁹ La patria potestad es el conjunto de derechos y obligaciones que la ley 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 (artículos 412, 413x414 del Código Civil Federal).

³⁰ 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 Juez de lo

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 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 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;¹¹ las sociedades cooperativas y mutualistas;¹² las asociaciones distintas de las enumera-

Familiar, el cual deberá ser otorgado atendiendo a las circunstancias del caso *lamentos 14S, 153, 154 y 155 del Código Civil para el Distrito Federal*).

¹¹ La representación legal es una figura jurídica de enorme importancia, pues su objeto es salvar la incapacidad de ejercicio y en otros casos permite 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.

¹² Señala la fracción XVI de la *artículo 123* constitucional: "*Tanto los obreros como los empresarios tendrán derecho a coaligarse en defensa de sus respectivos intereses, formando sindicatos, asociaciones profesionales, etcétera*".

¹³ 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

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 goce.
- 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.

das 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 2736³

Tines Je lucro: procurar el mejoramiento social y económico Je sus socios: reparlir equitativamente los renJimientos en función del tiempo trabajado o el momo de las operaciones realizadas, según se trote, respectivamente, de sociedades cooperativas de producción o de consumo. Las mutualistas son aquellas sociedades lie .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.

³ Reza 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 ti tu que le otorgue el derecho conforme al cual se constituyó. Cuando alguna persa, na extranjera de naturaleza privada actúe 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 intenten en contra de dicha persona con motivo tic hts actos en cuestión ."

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*, etc. (artículo 27).
42. Las **personas morales** se rigen por *las leyes correspondientes, so escritura constitutiva y sus estatutos* (artículo 28 del Código Civil Federal). Así, una *sociedad anónima*, por ejemplo, estará sometida a la *Ley- 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 estructuran sus *órganos directivos* y de qué facultades se les dotó; finalmente, la *sociedad* en cuestión se regirá, asimismo, por sus **estatutos**, es decir, la *reglamentación interna* que la propia *sociedad* se asigne.

6.2.4 Derecho subjetivo y deber jurídico

43. 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**'.³⁵ 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*.³⁶
44. 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 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 '**facuitamiento**' de *conducta derivado de una norma de derecho objetivo*.³⁷ Este *facuitamiento* 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 *facuitamiento*.
45. El *concepto de derecho subjetivo* no se comprende sin la idea de **deber jurídico**. El *derecho* posee, como sabemos, un *carácter relaciona!*, tiene siempre que ver con los demás, está en función de nuestra *vinculación directa o indirecta* con los otros. El *carácter relaciona! del derecho puede resumirse en situaciones jurídi-*

³⁵ Véase de la primera parte el capítulo II inciso 2.4 "Principales acepciones de la palabra 'derecho'".

³⁶ Clr. Oscar Morineau. O/j. cit. p. 116.

³⁷ *Ibid.*, p. 117.

cas 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.. Todo 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*.³⁹ El ejercicio de Hohfeld es trascendente porque distingue entre el *opuesto jurídico* y el *correlativo*.⁴⁰ 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*.⁴¹
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:

CUADRO 6.5 Opuestos y correlativos jurídicos			
Opuestos jurídicos			
Derecho subjetivo	privilegio	potestad	inmunidad
No derecho	deber	incompetencia	sujeción
Correlativos jurídicos			
Derecho subjetivo	privilegio	potestad	inmunidad
Deber	no derecho	sujeción	incompetencia

³⁹Cfr. W. N. Hohfeld, *Conceptos jurídicos fundamentales*, OP. cit.

⁴⁰Cfr. *ibid.*, p. 47.

⁴¹ Idem.

⁴² 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

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 de! 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 a quien posee el **derecho de propiedad**⁴⁰
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 y los abuelos quienes gozan 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 a sus ascendientes. 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 cuidar 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 los derechos fundamentales 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.⁴¹
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 posibles, sí nos muestra con mucha claridad el contenido vario, múltiple, del *acuitamiento* (pie deriva de un derecho subjetivo, así como cje 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.“
53. Concluiremos este inciso mostrando el *esquema kelseniano* que explica tanto el *derecho subjetivo* como el *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

⁴⁰ //></> p. 50-51

⁴¹ //></> p. 48.

⁴² Carrió en la “Nota preliminar” a la traducción del texto de Hohfeld, acota, respecto de la utilidad del trabajo de este jurista norteamericano que: “(...) 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 en su único mérito que, por supuesto, es enorme”. Véase *ibid.*, pp. 19-20.

⁴³ Cfr. Hnns Kelsen. *Tania general del Derecho...*, op. cit., p. 87.

- toca, presupone que el derecho objetivo y subjetivo son dos fenómenos distintos, siendo que *“El derecho subjetivo es —en resumen— el mismo derecho objetivo”*.⁴⁶
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 pague su 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 Kelsen— 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”*.⁴⁷ Y dado que para Kelsen derechos y deberes son dos caras de la misma moneda:⁴⁸ *“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”*.⁴⁹
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”*.⁵⁰ En este caso, tener un derecho subjetivo significa *“(…) encontrarse jurídicamente facultado para intervenir en la creación de una norma especial, la que impone la sanción al individuo que —de acuerdo con la misma resolución— ha cometido el acto antijurídico o violado su deber”*.⁵¹ Éste 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 de! mismo infractor*.⁵² 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

* Ib id., p. 94.

⁴⁷ Ib id., p. 100.

⁴⁸ 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).”

⁴⁹ Idem.

⁵⁰ Hans Kelsen, Teoría general del Derecho..., op. cit., p. 101.

⁵¹ Ibid., p. 102.

⁵² Cfr. ibid. p. 68.

deber jurídico es **no violar la norma que prohíbe malar**. 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,⁵³ 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.⁵⁴
60. Existen, asimismo, cuatro tipos de derechos subjetivos sumamente correlacionados: los **derechos del obligado** y los **derechos del pretensor**, por una parte, y los **derechos subjetivos dependientes** y los **derechos subjetivos independientes** 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.⁵⁵
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*

⁵³ 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 afán 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, represe tira 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.

⁵⁴ Cfr. Eduardo García Máynez, *Introducción al estudio del Derecho*. Ponda, México, 1992, pp. 198-199.

⁵⁵ Cfr. *ibid.*, p. 204.

la intervención del Estado para provecho de intereses particulares y los derechos políticos.⁵⁶

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 e incluso ante tribunales supranacionales.*⁵¹

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**. Su **contenido puede consistir** en el hacer, dar u omitir de alguien en relación con el derecho subjetivo de otro.

⁵⁶ Cfr. *ibid.*, p. 201.

⁵⁷ 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. Es en tal virtud que los hemos definido como:

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, etc.); los *cívico-políticos* (como el derecho al voto, de asociación con fines políticos, el derecho a participar en los asuntos públicos, etc.) y los *derechos económico-sociales* (como el derecho al trabajo, a la educación, a la seguridad social, etc.). En el Derecho mexicano tales derechos se encuentran contenidos, principalmente, en el Título Primero, Capítulo I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, denominado *De los Derechos Humanos y sus Garantías*⁵⁸.

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, no es la sanción misma. De hecho, otros sistemas normativos establecen sanciones, pero éstas no se aplican coercitivamente porque atentan 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 contricción para quien incumple con un precepto religioso (incluso en este caso tal pena puede ser impuesta por un tercero, un ministro del culto respectivo, pero no coactivamente)*.⁵⁹

⁵⁸ "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 como el de autonomía moral y dignidad 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 Ledesma, *Acerca del concepto 'derechos humanos'*, McGraw-Hill, México, 1999. p. 2]; y la *Voz 'derechos humanos'* en *Diccionario analítico de derechos humanos e integración jurídica*, Mario I. Álvarez Ledesma y Roberto Cippitani (coords.), Tecnológico de Monterrey-Università degli Studi di Perugia, ISEG, Roma-Perugia-México, 2013, pp. 198-208.

⁵⁹ Este aparato de la Constitución federal mexicana contiene los primeros 29 artículos donde se plasman la mayoría de los derechos fundamentales, hoy afortunadamente denominados 'derechos humanos', corregido el error cometido por el Constituyente de 1917. Esta corrección fue producto de la reforma constitucional al Capítulo I, la cual se publicó en el DOF del 10 de junio del 2011. Véase del capítulo anterior el punto 5.1 "Generalidades de la ley fundamental mexicana", para una explicación más detallada del contenido y alcances de la referida reforma constitucional en materia de derechos humanos.

⁶⁰ En épocas pasadas, cuando el poder religioso estaba confundido con el político o incluso hoy en los Estados éticos (Estados que protegen y propugnan por una religión oficial), las sanciones aplicadas en virtud del incumplimiento de una norma religiosa eran impuestas por la fuerza de la autoridad estatal.

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 afectaciones a la esfera jurídica del destinatario de la norma, tales como la privación de la libertad, del patrimonio, 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*⁶⁰ 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 61}
67. Ahora bien, es oportuno discriminar entre **obligación, sanción y coacción**. Aunque no todas las normas jurídicas implican una **sanción** sí 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*²
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 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. En 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 éstos en la norma jurídica que los regula. *La ley sanciona la ilicitud no reconocien-*

⁶⁰ Cfr. Oscar Morineau, *op. cit.*, p. 203.

⁶¹ 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.

⁶² Cfr. Oscar Morineau, *op. cit.*, p. 203.

do 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. Verbi gratia: si una persona no lleva a cabo la compraventa de un bien inmueble acatando 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.⁶³ 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”.⁶⁴ 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.⁶⁵
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.

⁶³ Niño aclarn: “Igual que ‘sanción’, la palabra ‘delito’ no es de uso exclusivo del derecho penal. Junto 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 Rojina Villegas expresa textualmente: “Existe y 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 alicita o ajurídica. 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 jai isla 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.

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 sí 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.

CUADRO 6.7 Sanción e ilícito (continuación)

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.

Esta 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...**

if) **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 función 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.

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 significa 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”.⁶⁶
75. En el Derecho mexicano, el Código Civil Federal en su artículo 1830, 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”.⁶⁷
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 destina-

⁶⁶ *Ibid.*, p. 311.

⁶⁷ Los efectos de la ilicitud son diversos dependiendo del tipo de prohibición o prevención establecido en la ley. Al efecto consúltese de Ernesto Gutiérrez y González, *Derecho de las obligaciones*, Cajica, México, 1979, pp. 260-267.

tarios. 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.

6.2.6 Norma jurídica y sus tipos

77. Ya en el capítulo 1 hicimos extensa alusión a la *norma jurídica*, a su *estructura lógica* y a la manera en que puede distinguirse de los llamados '*principios*'. El enfoque que entonces le dimos a su tratamiento estaba relacionado con la necesidad de presentar al Derecho como un sistema de prescripciones dotadas de coacción distinto de otros sistemas normativos con los cuales convive en sociedad. Por lo tanto, el acento de las explicaciones recaía en las similitudes y diferencias que los sistemas normativos jurídicos guardan respecto de otros sistemas como la moral, la religión e, incluso, los convencionalismos sociales. Ahora, en este apartado, conviene referirnos a la norma pero en su *condición de concepto jurídico fundamental*, para lo cual resulta útil abundar sobre las *características del lenguaje normativo* y sobre los *diferentes tipos de normas* que, de acuerdo con algunos autores, emplean los sistemas jurídicos, precisamente como conceptos sin los cuales no puede explicarse el funcionamiento de los sistemas y las instituciones jurídicas.
78. En efecto, como sabemos, *el Derecho utiliza un lenguaje particular, el lenguaje normativo*. Éste 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*.⁶⁸
79. 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).⁶⁹
80. 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);

^{1.8} En este punto seguiremos a G. H. von Wright, específicamente lo señalado en su libro *Norma y acción. Una investigación lógica* (Trad. Pedro García Ferrero), Tecnos, Madrid, 1970. Véase también Carlos Santiago Niño, *Introducción al análisis...*, op. cit., pp. 63-95.

[^] Idem.

- las *directivas o reglas técnicas* (indican un medio para alcanzar un fin), y
- las *prescripciones*, que, como sabemos, son el modo más característico, no el único, que adquieren las normas jurídicas. A su vez, son *características de las normas prescriptivas*:

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.⁷⁰

81. 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), y
- 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).⁷¹

82. 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.
83. El artículo 34 constitucional contiene un modelo arquetípico de **norma definitoria**, 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".
84. La **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*).
85. Un modelo característico de **norma prescriptiva** es la contenida en el artículo 69 del Código Civil antes citado: *Sè prolube absolutamente al Juez del Registro Civil y a jos 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).

⁷⁰ litan.

⁷¹ thul.

86. 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 ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la Pátria y la conciencia de la solidaridad internacional en la independencia y en la justicia” (paradigma o ideal a seguir).
87. 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 plasmado 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 lia prestado. Si los servicios prestados estuvieren regulados por arancel, éste servirá de norma para fijar el importe de los honorarios reclamados”.
88. Hay arquetípicas normas morales, tal es el caso de aquellas que prescriben respeto 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”.
89. Por su parte, Kelsen piensa que las normas jurídicas pueden clasificarse en *normas condicionales o normas incondicionales o categóricas*. En las primeras 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.⁷³ Por ejemplo, el artículo 38 de la Constitución federal presenta dicha estructura del siguiente modo: *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*).
90. 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 categóricas*³³ 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 electoral”: “El varón y la mujer son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia”.
91. Finalmente, conviene traer a colación una clasificación tanto de los supuestos como de los hechos jurídicos. Los primeros constituyen los enunciados de la norma, lo prescrito por ella: los segundos aluden a los acontecimientos que, sucedidos en la realidad, encajan en dichos enunciados, dando como resultado las consecuencias que por la norma en cuestión comporta. Pues bien, en relación con los primeros, García Mávnez⁷⁴ se refiere a los supuestos jurídicos simples (compuestos de un

⁷³Cfr. Hans Kelsen. Teoría general del Derecho.... op. cit., p. 45.

⁷⁴Idem.

³³Cfr. Eduardo García Mávnez. Introducción al..., op. cit., pp. 176-177.

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.

92. Máynez⁷⁵ 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.
93. García Máynez⁷⁶ 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*.
94. 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.
95. 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*.⁷⁷
96. La *condición*, o sea, el *acontecimiento futuro de realización incierta*, puede *suspender, modificar, extinguir o resolver el nacimiento de derechos y deberes jurídicos*. De tal 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.⁷⁸
97. 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 de!* acaecer de un fenómeno de la naturaleza (llover, la erupción de un volcán, un terremoto, etc.); y, por otra, en

⁷⁵ Idem.

⁷⁶ Eduardo García Máynez. Introducción al... op. cu. d. 178-179

⁷⁷ Idem.

⁷⁸ Eduardo García Máynez. Introducción al... op. cit. p. 179.

ESQUEMA 6.1 Hechos jurídicos			
A) De eficacia inmediata	Constitutivos		
	Modificativos		
	Extintivos		
B) De eficacia diferida	a) Término	1. Suspensivo	Constitutivo
		2. Final o extintivo	Modificativo
	b) Condición	Suspensiva Modificativa Resolutoria	

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).⁷⁹

Por su importancia, dedicaremos el inciso siguiente a los *actos jurídicos*

6.2.7 Acto jurídico

98. 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 consecuencias de derecho, las cuales son reconocidas por el ordenamiento jurídico”.⁸⁰ 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*.
99. 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*

⁷⁹Ibid., p. 181.

⁸⁰Rafael Rojina Villegas, Compendio de derecho civil Introducción, personas y familia. T.). Pon úa.

produce consecuencias jurídicas por una acción conforme a derecho, o sea lícita o, de plano, contraria a él, como resulta en los llamados delitos.

100. 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 de! negocio".
101. 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*. Éstos 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.
102. El *delito* puede definirse, de modo generalmente aceptado por los penalistas, como la *acción u omisión típica, antijurídica, culpable y punible* ⁸¹. 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 antijuridicidad* (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*)².
103. 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 irremediadamente, 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)*².
104. 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*

⁸¹ Véase Francisco Muñoz Conde, Teoría general del delito. Temis, Bogotá 2004, nn. 1-5.

² Véase *ibid.*, p. 4.

³ Cfr. *ibid.*

que valide tal conducta, es decir, que *prevéa 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.

- 105 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*.
106. 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 mímico*. 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*.
107. 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*,⁸⁴ 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.
108. 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.
109. 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

« Rojina Villegas apunta sobre el objeto indirecto de las obligaciones que: "(...I éste no se presenta en la totalidad de los actos jurídicos: es sobre todo en los contratos y en los convenios en donde lo encontramos. El objeto directo en los convenios es crear, transmitir, modificar o extinguir derechos u obligaciones y el indirecto consiste en la cosa o en el hecho materia del contrato. De tal manera que un contrato crea obligaciones que pueden ser de dar, hacer o no hacer, y así cada obligación tiene su objeto. Este objeto directo de las obligaciones es el objeto indirecto del contrato, las consecuencias del contrato de 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. T. 1. Porrúa. México. 1975. pp. -32-333.

órbita de lo jurídico. Rojina Villegas señala al respecto que: “*Si la norma jurídica no reconoce una derla 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*”.⁸⁵

110. 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*;
 - *se exprese sin vicio alguno*, y
 - *se otorgue por persona capaz*.

111. En otras palabras, para que un acto jurídico no esté afectado en su *validez*, el mismo 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)⁸⁶
- *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*.

112. 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 decrete 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

113. 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 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, etc.) que con la Teoría General del Derecho. Aquí aludiremos a ellos**

⁸⁵ Rafael Rojina Villegas, *Compendio de derecho civil...*, op. cit., p. 121.

⁸⁶ 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.

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

114. El concepto de competencia jurídica no se explica sin la comprensión previa de los predicados *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.
115. 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*"⁸¹ 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.⁸²
116. 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.⁸³
117. 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 *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.

*¹ Cipriano Gómez Lara. *Teoría general del proceso*. UNAM. México. 1980. p. 155.

⁸² Cfr. *idem*.

⁸³ *Idem*.

-] 18. 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, Sociales, civiles o penales, verbigracia); el *grado* (la jerarquía o instancia de los asuntos de que se hace cargo un tribunal, primera, segunda, etc.); el *territorio* (que asigna la competencia en función de la división geográfica del trabajo, partidos judiciales, distritos, etc.), y la *cuantía o importancia de! asunto* (es decir, la magnitud de lo juzgado en términos monetarios o la trascendencia de los derechos en disputa).¹¹

6.2.8.2 Obligación

119. 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.
120. 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 constrañe a una persona, llamada deudor, a cumplir con una prestación de carácter patrimonial (pecuniaria o moral), en favor de otro sujeto que eventualmente puede llegara existir o que ya existe, llamado acreedor, quien posee respecto del primero un derecho de crédito convencional o indemnizatorio*.⁹² 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*.^{92'}
121. 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 ¹

¹¹Cipriano Gómez Lara. *Teoría general del proceso*, pp. 156-161.

⁹¹ Ernesto Gutiérrez y González. *Derecho de las obligaciones*, op. cit., p. 24.

⁹² Cfr. *ibid.*, y Manuel Borja Soriano. *Teoría general de las obligaciones*. Porrúa. México. 1982. pp. 69-76.

^{92'} 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 serie 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.

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 (qué 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.¹⁴⁴

122. Las *obligaciones jurídicas* se producen tanto en el ámbito del *Derecho interno de cada país* como en el del *Derecho internacional*. En el primer caso, las *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 aquellas: 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*¹⁴⁵ o de un *ilícito o delito internacional* (violación de un tratado o del *ius cogens internacional*).
123. 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 afecta 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).
124. 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 posee una bodega con dinamita o con sustancias químicas inflamables cuya explosión afecta la propiedad de sus vecinos; el primero, obviamente, es

¹⁴⁴ Cfr. Ernesto Gutiérrez y González. *Derecho de las obligaciones, op. cit.*, pp. 40-42.

¹⁴⁵ *ibid.*, p. 49.

¹⁴⁶ Remiro Brotons ha escrito que: "El mundo 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 manera erudita en una época en la que, del ámbito estrictamente político o económico, aumentan el número y la frecuencia de los acuerdos entre sujetos de Derecho Internacional que determinan, o lo sumo, el nacimiento de obligaciones no jurídicas entre las partes. [...] Ciertamente, el incumplimiento de la obligación jurídica, a diferencia de lo que ocurre con la que no lo es, desato 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.

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.

125. *¿Qué sucede si resulta imposible volver la situación jurídica afectada a su estado originan* 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*".
126. En ciertos casos, el acto ilícito no sólo engendra un daño, sino también un **perjuicio**. "*Se repula 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).
- 127 *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 de 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

128. 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.
129. Veamos: responsabilidad jurídica significa *deuda, obligación de reparar* v *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.¹¹ En ambos casos, la idea básica es la siguiente: **la responsabilidad es la obligación, ya jurídica, ya moral, que recae sobre las personas.**

130. 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,¹² 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.
131. 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 sustancias 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 lo. de la Constitución General de la República".¹³
132. **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 implique el cumplimiento de un deber o de una obligación, éstos se substanciarán 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 actos de los menores que estén bajo su poder y que ha-

^{11,7} Martín Alonso, *Enciclopedia del idioma*, t. III, op. cit., p. 3605.

^w Indican, textualmente, respecto de la indemnización por daño moral, en sus parles 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 carga 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."

¹³ 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 difundir opiniones, información e ideas, a través de cualquier medio. No se puede restringir este derecho por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares, de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios y tecnologías de la información y comunicación encaminados a impedir la transmisión y circulación de ideas y opiniones. Ninguna ley ni autoridad puede establecer la previa censura, ni coartar la libertad de difusión, que no tiene más límites que los previstos en el primer párrafo del artículo 6o. de esta Constitución. En ningún caso podrán secuestrarse los bienes utilizados para la difusión de información, opiniones e ideas, como instrumento del delito."

hilen con ellos".¹⁰⁰ 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.*

133. 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.¹⁰¹ 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*).
134. 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 alguna, 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.¹⁰² Por ello, el Código Civil Federal en su artículo 27 estipula: "*Las 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.
135. ¿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*.
136. 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)*".

¹⁰⁰ 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 los tutores son responsables si se realiza el supuesto del artículo 1922 del multiclado Código. Tal numeral expresa: "*Ni los padres ni los tutores tienen obligación de responder de los daños v perjuicios que causen los incapacitados sujetos a su cuidador vigilancia si probaren que les ha sido imposible evitarlos. Esta imposibilidad no resulta de la mera circunstancia de haber sucedido el hecho fuero de su presencia, si aparece que ellos no han ejercido suficiente vigilancia sobre los incapacitados*".

¹⁰¹ El dueño de un animal, dice el artículo 1929 del Código Civil: "*...pagará el daño cansado por éste, si no probare alguna de estas circunstancias: I.- Que lo guardaba y 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*".

¹⁰² 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 lo persona! en forma solidaria de las obligaciones sociales (artículo 2704 del Código Civil).

137. 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*.¹¹⁰ 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 culposa 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 ios riesgos profesionales que recaen sobre el patrón, o sobre el dueño de mecanismos o sustancias peligrosas, como la dinamita, por ejemplo).¹¹⁴

138. 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*.

139. La *responsabilidad por hechos ilícitos* es consignada en el artículo 1910 de] 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".

140. 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".

141. Por lo que hace a la *responsabilidad objetiva*, también se ocupan, en lo que toca a los riesgos profesionales, la Constitución federal mexicana en la fracción XIV de su artículo 123 y el artículo 1935 del Código Civil: "Los empresarios serán

¹¹¹ Cfr. Ernesto Gutiérrez y González. Derecho (e) las obligaciones, op. cit., p. 457.

¹¹² Cfr. //) / (...) p. 634.

responsables de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales de los trabajadores, 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”.

142. 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 hacerlo puntualmente. En tal caso, no sólo hay incumplimiento, sino ‘mora’. Por mora debemos entender *el retardo culposo 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.¹⁰⁵
143. 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.
- 144 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, ya 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.
145. 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 obliga-

¹⁰⁵ Cf. Ernesto Gutiérrez y González. Derecho de las obligaciones, op. cit., p. 466.

ción civil o administrativa, se satisface con la indemnización y, en su caso, con el pago de daños y perjuicios, o bien la multa correspondiente.¹⁰⁶ La prisión es una pena exclusiva que resulta de la comisión de un delito penal.

El artículo 21 constitucional establece, en una de sus partes que: “Compete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, las que únicamente consistirán en multa 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, prestar 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.

RESUMEN

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 e instituciones 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, empleando el aparato conceptual del segundo Wittgenstein, 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. 1. 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 estrecho. 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 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 Im-

mano 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 So-

iedades Mercantiles, Ley General de Sociedades Cooperativas, etc.), su escritura constitutiva y sus estatutos.

El derecho subjetivo es la facultad que dimana de la norma objetiva, es el poder de hacer omitir o recibir algo de otra persona. FA derecho subjetivo es, en síntesis, el {acuitamiento de conducta derivado de una norma ele derecho objetivo. Este {acuitamiento 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 humanos fundamentales.

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. 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 definitorias 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. 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 acontecer de un fenómeno de la naturaleza; y en humanos, voluntarios o actos jurídicos, cuando nocen de la voluntad humana. Los actos jurídicos, o 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. Di 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 delaten, indubitablemente, 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 cualquier 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 una 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 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 surge 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. Ixís 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.

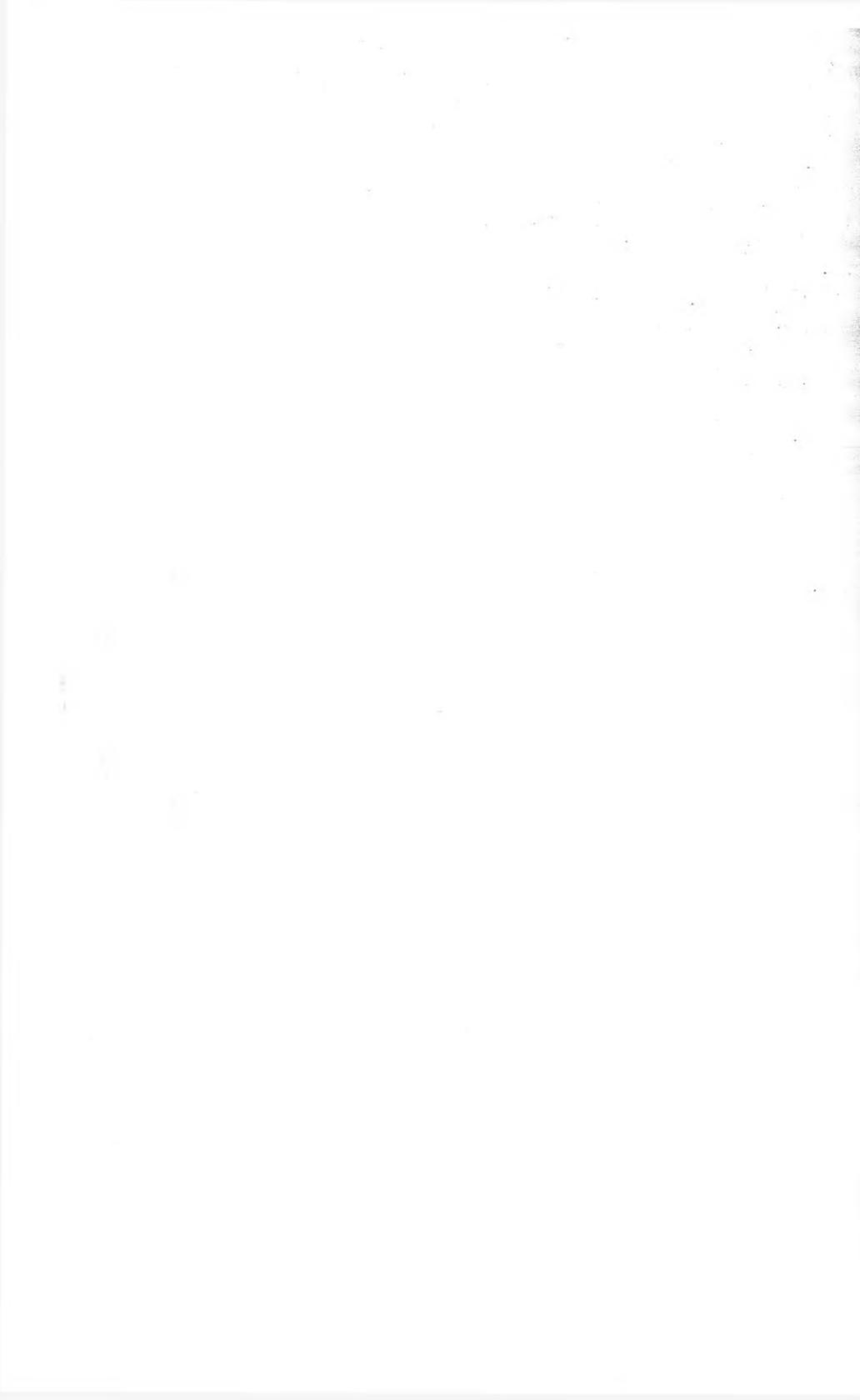
La 'responsabilidad' es la obligación ya jurídica, ya moral, que recae sobre las personas. Excepcionalmente el Derecho se ocupa de la responsabilidad jurídica que genera un daño moral, por el cual la ley mexicana entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, 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 incapaces 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 culpable 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

La aplicación del Derecho

SUMARIO

7.1 Significado, trascendencia y problemática de la aplicación del Derecho

71.1 Introducción al problema

71.2 El ordenamiento jurídico y su aplicación

112.1 El ordenamiento jurídico como sistema

71.2.2 El principio de compatibilidad y las antinomias

71.2.3 La plenitud del ordenamiento jurídico y sus lagunas

71.2.4 El ordenamiento jurídico como un sistema abierto y su dimensión espacial-temporal

7.2 Conflicto 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

V72.1.2 La retroactividad de la ley en el Derecho mexicano

| 72.2 Aplicación de las leyes en el espacio

» 72.2.1 Regulación en el Derecho mexicano

73. interpretación e integración jurídicas

73.1 Interpretación

73.1.1 Las dificultades lingüísticas de la interpretación

J 73.1.2 Naturaleza, tipos y teorías de la interpretación jurídica

73.1.3 Reglas para la interpretación jurídica El sentido de la ley

73.1.4 Interpretación de los actos jurídicos

73.1.5 Los intérpretes

73.2 Integración

7.3.2.1 Heterointegración

73.2.2 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

7.3.3.2 El nuevo paradigma de control constitucional en el sistema jurídico mexicano

SINOPSIS INTRODUCTORIA

Lá 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 completitud 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 insuficiencias de los sistemas jurídicos en cuanto óbices "naturales" con los que debe lidiar la labor judicial.

7.1 Significado, trascendencia y problemática de la aplicación del Derecho

71.1 Introducción al problema

1. *Aplicar* es un verbo proveniente de la palabra latina *an imare*, 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 en éstos la convivencia*. 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. *La 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 juzgador 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 val oral i* vas para las cuales *no cabe aplicar mecánicamente* —como se pensó en éneamente por mucho tiempo— *el método silogístico*.

7 Durante parte del siglo xx y aún 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 del hombre 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 debe purgar una prisión de entre 12 a 24 años”.

9. Fue la llamada *Escuela de la Exégesis*,² 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 función judicial es de mera lógica formal y se reduce a una aplicación mecánica del silogismo que pañe de las premisas mayores que se encuentran en las leyes.³ La Escuela de la Exégesis, que nace en tomo 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 reducía a desentrañar el sentido de ésta.

10. Carlos Santiago Niño ha escrito que: “En verdad no hay nada de malo en considerar el razonamiento judicial como un silogismo. Lo incorrecto es pensar que las⁴

¹ Cfr. Stephen F. Barker, *Elementos de lógica* (Trad. Rosa María Sánchez), McGraw-Hill, México, 1990, pp. 46-53. Véase también Gorski, D. P. y Tavants, P. V., *Lógica* (Trad. Augusto Vidal Roget), Juan Grijalbo, Editor, México, 1960, p. 57.

² Cfr. Julien Bonnet, *La escuela de la exégesis en Derecho civil* (Trad. José M. Cajica Jr.), Cajica, Puebla, 1956.

³ Luis Recaséns Siches, *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*. Porrúa, México, 1980, pp. 188-202.

*premisas del razonamiento judicial —las normas jurídicas relevantes y la descripción de los hechos decisivos—, se obtengan por procedimientos mecánicos”.*⁴ 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. *Im 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 pape que juega la Lógica en el Derecho es indiscartable, 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 (...)”*,⁷ 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 aquél 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.*⁹
 13. En Francia, cuna del movimiento exegetico, François Géný 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 Géný 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 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 Dere-

⁴ 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.

⁶ Cfr. idem.

⁷ Luis Recaséns Siches, *Nueva filosofía de la interpretación...*, op. cit., p. 21.

* Idem.

⁹ Cfr. Luis Recaséns Siches, *Nueva filosofía de la interpretación...*, op. cit., pp. 35-42.

¹⁰ Para una exposición detallada de las tesis de François Géný, puede consultarse el capítulo XXV de la ya citada obra de Eduardo García Mávñez, *Introducción al estudio del Derecho*, Porrúa, México, 1992.

cho. 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, que auxilia a los jueces en la individualización de la norma aplicable al caso concreto.*"

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*. *Hermana Kantorowics*, 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 *Kantorowics* es **la fuente 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*. *La justicia*, según este autor, *no es un problema de la racionalidad sino de la voluntad*.^{12 13}
16. Otros jueces y estudiosos norteamericanos ubicados dentro de la *Uamada jurisprudencia sociológica*¹³ como *Benjamín Caráota* y *Roscoe 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*. *Caráota* 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 *Lewellyn* y *Frank*, han concentrado más su atención **en la forma en que se conducen los jueces, cómo piensan y elaboran realmente sus sentencias**; sus análisis son ciertamente elucidadores. *Karl Lewellyn* 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*

¹² 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.

¹³ Cfr. *Luis Recaséns Siches*, *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*, **Porrúa, México, 1980**, pp. 52-57.

¹⁴ Ibid., pp. 67-82.

¹⁴ Cfr. *Benjamin Cardozo*, "The Nature of the Judicial Process", en *Law, 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.

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.¹⁵

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, etc.—, 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 Lógica 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".¹⁶
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".¹⁷
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.¹⁸
21. Recaséns Siches, entre otros autores, ha insistido también en el logotipo de lo humano o logotipo de lo razonable. Para él la Lógica tradicional es útil para el jurista en diversos campos de su tarea, pero la aplicación del Derecho es un aspecto para el que aquélla resulta insuficiente y, a veces, contraproducente. En este caso, el juez incurriría en graves injusticias si actuara como un científico dedicado a las ciencias

¹⁵ Cfr. Luis Recaséns Siches, *Nueva filosofía de la interpretación...* op. cit., pp. 98-99.

¹⁶ Jerome Frank. *Imv and iud Modero Mind*, Brentano's, Nueva York, 193], pp. 100-101.

¹⁷ Hans Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado* (Trad. Eduardo García Máynez), UNAM, Textos Universitarios, México, 1979, p. 173.

¹⁸ Ph. Perelman y L. Olbrechts-Tyteca, *Tratado de la argumentación. La nueva retórica* (Trad. Julia Sevilla Muñoz), Gredos. Madrid, 1989, pp. 30-43.

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*.^{19**}

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 Ja Lógica pero que 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, desafectos y limitaciones*.²¹ 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*.²² 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*^{22*} 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 ésta 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 los intereses primigenios como los intereses fundamentales que aparecen en todo grupo humano**. La segunda la impone la necesidad de **enfrentar los conflic-**

¹⁹ Cff. 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-Perrot, Buenos Aires, 1980. Véase también de Rodolfo Vázquez (comp.). *Interpretación jurídica y decisión judicial*, Doctrina Jurídica Contemporánea. Fontamara, México, 1998.

²¹ Cfr. Ronald Dworkin. *Taking Rights Seriously*. Duckworth, Londres, 1978, p. 103.

²² 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 talsedad son calificativos propios de los juicios empíricos, pues afirman o niegan hechos o circunstancias vinculadas con la realidad y, por lo tanto, verificables.

tos 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*. Y, 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*,²³ concretamente se concentra en el *estudio y análisis de los medios empleados en la elaboración, transformación y aplicación de las normas jurídicas en vigor*.²⁴ Tradicionalmente, la *Técnica jurídica* se divide en **Técnica legislativa** , *abocada al examen específico de la producción legislativa*,²⁵ y **Técnica de aplicación del Derecho** (*técnica jurídica stricto sensu*)²⁶ *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.²⁷

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 los ordenamientos jurídicos conviven con otros sistemas jurídicos que le son contemporáneos, lo cual genera relaciones e influencias mutuas insoslayables que deben ser analizadas.

²³ Respecto 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, capítulo 2, inciso 2.2.2.

²⁴ Véase, por ejemplo: Ismael Rodríguez Campos. Manual de redacción jurídica. Lazcano Garza Editores. México, 2008.

²⁵ 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*.

²⁶ Cfr. Eduardo García Máynez. *Introducción al... op. cit.*, p. 318.

²⁷ Véase sobre la creación del Derecho y las fuentes del Derecho los capítulos 4 y 5 de esta segunda parte del libro, respectivamente.

- **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 *proviénen 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.*^{2*}

71.2.1 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.*²⁹ 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.*²⁰
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 deformar conceptos muy generales en relación con los cuales unificar todo el material obtenido*.³¹ A diferencia del sistema deductivo, que parte de lo general para arribar a lo particular, *en el empírico se procede justo a la inversa, partiendo de lo individual para llegar a lo general.* *⁵¹

²¹ Cfr. el inciso 4.1.1 "La creación del Derecho como un fenómeno complejo", capítulo 4 de esta segunda parte,

²⁹ paí a el desarrollo de este inciso, nos apoyaremos sobre todo en *Teoría dell'ordinamento giuridico* de Norberto Bobbio. G. Giappichelli-Editore, Torino, 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, Torino, 2008.

^v*Ibid.*, p. 81.

⁵¹ *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 manifiestamente 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. Pero 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.

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**.³²
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*. *En norma fundamental es la regla suprema de acuerdo con la cual los preceptos del orden jurídico son establecidos ^ anulados*. Por eso, *el contenido de una norma puede ser, en principio, 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"*.³⁴ 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*.

71.2.2 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,³⁵ 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 **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

³² Cfr. *ibid.*, pp. 80-81.

³³ Cfr. Hans Kelsen. *Teoría general del Derecho...* op. cit., pp. 131-133.

³⁴ Norberto Bobbio. *Teoría del Ordenamiento...*, op. cit., p. 73.

³⁵ Cfr. el capítulo 4. "La creación del Derecho", segunda parte.

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.

- T8 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 las 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, la

*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 delFordinainenlo.... op. cit.. pp. 102-111*

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 por
tación 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* ^v 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.g. sancionar con 10 años de prisión el robo simple y aplicar la misma sanción a quien incurre en un delito sexual como la violación).³⁸
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 tendió 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, por ejemplo 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 que 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 exclusivamente por el hecho de que las normas contradictorias carezcan de validez, 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*.

³⁷ C Ir. Carlos Santiago Niño. *Introducción al....* op. cit. p. 278.

* Clr. ideni.

y] 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 embargo, quizá la necesidad de 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.³⁹
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. "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 previstos 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 de 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".⁴³ 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.

³⁹ Cfr Norberto Bobbio, *Teoría del Ordenamiento...* op. cit., pp. 125-126.

⁴⁰ De acuerdo con Bobbio, la idea del espacio jurídico vacío fue enunciado y defendido por Kart Bergbohm en su libro *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, de 1892. *úmpra*, pp. 143-144.

⁴¹ Doctrina sostenida por E. Zhehuann en su libro *Lücken in Recta*, de 1903. Kart Bergbohm. *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, op. cit., p. 148.

⁴² Cfr. Hans Kelsen. *Teoría general del Derecho...* op. cit., pp 174-175.

⁴³ Norberto Bobbio. *Teoría del Ordenamiento...* op. cit., p 152.

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 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 que no encuadren, 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, etc.), 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 praeter 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. La técnica a que el Derecho recurre para completar las lagunas de la ley se denomina **integración** de la que existen dos tipos:

- 1) **Heterointegración**. 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 *fente 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".⁴¹ 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 presente por el **artículo 19** del mismo ordenamiento: "*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 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 equívoco*, 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

⁴¹ *ibid.*, pp. 129-130.

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

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 Lógica*. En cambio, *la demanda dirigida al juez de atender y resolver todo caso que le sea planteado, es una exigencia de la seguridad jurídica*. Para que un ordenamiento jurídico cumpla con su función 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 **tempo-espacial** de los sistemas jurídicos nos invita a conocer sus *contactos con otros sistemas*. Estos 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 con-

⁴⁵ Para una explicación sobre los *tipos de principios* a que alude la expresión *principios generales del Derecho* puede consultarse también el inciso 4.2.3.2 del cap. 4, como el 5.3.2 del cap. 5.

ducta de asociaciones de delincuentes o las sectas secretas.⁴⁶ En estos casos el ordenamiento jurídico desconoce esos ordenamientos, y *un juez no dudará en castigar conductas asumidas conforme a dichos ordenamientos paralelos.*

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 entre:
- 1) *Ordenamientos jurídicos de dos países o Estados distintos ';*
 - 2) *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 el ámbito de 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, debe distinguirse 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, etc. Este intercambio y relación constantes —que hoy se llama globalización— 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

⁴⁶ Cfr. Norberto Bobbio. *Teoría dell'ordinamento...*, op. cit., p. 189.

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

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 entrambos 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 reemplace, derogue o abrogue a uno viejo, sea por vías ajurídicas* (golpe de Estado, revolución, etc.) *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 aplicarles 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 como 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 período 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.

72.1 Aplicación de las leyes en el tiempo

77. Julien Bonnecase atribuye a las leyes una característica singular, su *permanencia*⁴⁸ Él mismo se pregunta: ¿qué significa este término?, ¿«na 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 infiere de los artículos 9 y 10 del Código Civil Federal. Así reza el primero: "La ley sólo queda abrogada o derogada por otra posterior que así lo declare expresamente o que contenga disposiciones total o parcialmente incompatibles con la ley anterior". 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?*⁴⁹ 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*.

72.1.1 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*:^{*40}

⁴⁸ Cfr. Julien Bonnecase, *Introducción al estudio del Derecho* (Trad. Jorge Guerrero). Temis, Bogotá. 1991. p. 106.

⁴⁹ *Idem*.

⁵⁰ Cfr. Rafael Rojina Villegas, *Introducción y personas. Derecho civil mexicano*. T. 1. Porrúa, México, p. 1975. p. 269.

- 1) *La situación jurídica objeto de estudio* (hecho o acto jurídico, derecho u obligación) *nació y 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**.
 - 2) *La situación jurídica en cuestión, nació bajo la vigencia de la nueva ley*. Es también evidente que **sólo 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 únicamente en las situaciones jurídicas de tracto sucesivo.⁵¹ Es decir, cuando al promulgarse 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) An ley antigua debe regularlos 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 de! 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.⁵² Este se opone a la *retroactividad de la ley si afecta derechos adquiridos*; no sucede así tratándose de expectativas de **derechos**. Baudry-Lacantinerie sustituye los conceptos de **dere-**

⁵¹ *Idem*.

⁵² Cfr. Julien Bonnecase. *Introducción o! Derecho* (Trad. Jorge Guerrero). Editorial Ternis. Bogotá. 1991. p. 110.

chos adquiridos y expectativas de derechos por los de facultades ejercitadas y facultades legales. Bonnacase, 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.⁵³

87. En todas estas teorías es destacable que la *solución perseguida busca, como principio básico, proteger los derechos subjetivos de las personas*. De tal guisa, 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 que 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 En tal virtud, cualquiera que sea la solución a que el juez se acoja, de acuerdo con el sistema jurídico en cuestión, el propósito central será brindar seguridad y certeza jurídicas. Como veremos ahora, *esta circunstancia es la principal que toma en cuenta, también, el Derecho positivo mexicano*.

7.2.1.2 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 hacia el pasado* por el juez o por cualquier otro al que tal función corresponda. Pero, interpretado a contrario sensu el mismo precepto, *es perfectamente posible aplicar retroactivamente una ley si con ello se 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 lo 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".⁵⁵ Sin embargo, *si estos derechos adquiridos se hallan en pugna con el orden público o si se trata de leyes agrarias, de modo específico, sí puede aplicarse la ley retroactivamente*.⁵⁶ 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*.⁵⁷
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

⁵³ *Ibid.*, pp. 110-111.

⁵⁴ Rafael Rojina Villegas, *Compendio de Derecho civil*. T. 1. Porrúa. México. 1979, p. 282.

⁵⁵ Tesis 921. *Semanario Judicial de la Federación*, 1955.

⁵⁶ Cfr. Ignacio Burgoa, *luis garantías individuales*. Porrúa. México. 1990, p. 516 y ss.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 516.

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.*

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, etc.* 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 reconocimiento 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 discipli-

⁵⁸ Marcel Planiol. *Tratado elemental de Derecho civil. T I* (Trad. José M. Cajica Camacho). Cajica. Puebla. 1980. p. 129.

⁵⁹ Or. *idem*.

na jurídica abocada al estudio y resolución de esta clase de conflictos se denomina *Derecho internacional privado*⁶¹

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 país así lo reconozca, o porque su jurisprudencia contempla 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.^{60 61}
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 la Constitución federal, obviamente, la que establece los criterios de validez espacial, los ámbitos de aplicación territorial de los ordenamientos jurídicos estatales y 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

100. 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: “Las 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 aquellos que se sometan a dichas leyes (principio de territorialidad), salvo cuando éstas prevean la aplicación de un derecho extranjero y 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)”

⁶⁰ Véase el inciso 4.2.2.1.1. capítulo 4, segunda parte.

⁶¹ Cfr. Rafael Rojina Villegas, *Compendio de Derecho civil...*, op. cit., pp. 297-298.

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 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 jurídico en cuestión va a surtir sus 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 conflictuales 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 de! 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 operarán 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) *El juez determine que artificiosamente y de modo fraudulento se hubieren evadido principios fundamentales del Derecho mexicano.*
 - 2) *Las 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 í...*]" 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 vulnere 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 Ja técnica en 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, a) '**significado**' *del objeto interpretado*.⁶² Es decir, que **interpretar** constituye una *actividad dirigida tanto a la obtención como a la adscripción del significado de un objeto*, esto es, *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 verse**.
113. Entonces y para saber qué entenderemos por *interpretación jurídica* es menester preguntarnos: *¿sobre qué objeto u objetos versará la interpretación jurídica?* Bueno, pues **puede versar 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*.⁶³
114. Así las cosas, debe quedar muy claro que aquello que se interpreta son, entonces, **textos normativos** cuyo contenido es *la norma o la regla en ellos contenida*, es decir, *su significado*, por ende en este contexto, *la norma o regla en cuestión es el resultado o producto de la actividad interpretativa*. Por ello 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 haya de aplicar la norma obtiene, extrae o asigna —según la posición teórica que al respecto se adopte— ese significado, es decir, su contenido normativo. En suma la regla o normas que adscriben conductas, otorgan poderes, imponen obligaciones, derechos, etcétera*.
115. A mayor abundamiento, *la interpretación jurídica se realiza sobre textos normativos, sobre el discurso del intérprete*.⁶⁴ De tal guisa, ese *discurso* técnicamente estará constituido por los siguientes elementos:

⁶² Cfr. Riccardo Guastini, "La interpretación: objetos, conceptos y teorías", en *Interpretación jurídica y decisión judicial*. Editorial Fontamania, México, 2001. p. 19.

⁶³ Cfr. Gustavo Zagrebelsky, *Manuale di diritto costituzionale, il sistema delle fonti del diritto*, Voi. I, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1994. p. 68.

⁶⁴ Cfr. Riccardo Guastini, "La interpretación...", *op. cit.* 28.

- a) El *enunciado interpretativo*: aquello 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**: que es el *enunciado normativo (la ley, por ejemplo) interpretado u objeto de interpretación.*
- c) **La norma**: que es 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 concepto ‘**persona moraP**’ para referirse a las ‘**personas jurídicas colectivas**’ y no *ala 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*

« Al respecto ha escrito Riccardo Guastini: “La 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 (ya 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. “Im interpretación...”, *op. cit.*, pp. 27-28.

“Éste y otros conceptos de la filosofía del llamado segundo Wittgenstein han sido explicados en el inciso 6.1.1, cap.6. Asimismo puede consultarse para un análisis detallado sobre la aplicación del aparato conceptual wittgensteiniano al Derecho a: M. I. Álvarez Ledesma, “Los conceptos jurídicos fundamentales como el juego del lenguaje del Derecho”. *op. cit.*

*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 moral al jurídico, o del lenguaje vulgar al lenguaje científico del Derecho, generando multitud de confusiones. Un buen ejemplo lo constituye el ya derogado artículo lo. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual utilizaba ambiguamente, como ahora se verá, la palabra ‘individuo’, que es un término propio de un juego del lenguaje distinto al jurídico. Dicho artículo decía textualmente: “En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución (...)” Cabía preguntarse: ¿las personas jurídicas colectivas no gozaban de dicha protección? Esta circunstancia obligó a interpretar tal expresión debiendo indicarse, como lo hizo en su momento la jurisprudencia y la dogmática jurídica mexicanas de la época, que por ‘individuo’ debía entenderse ‘gobernado’, porque ésta es una palabra que sí corresponde al juego del lenguaje jurídico evitando de este modo la ambigüedad. En tal virtud, la protección a que aludía el artículo Iº en cuestión amparaba tanto a las personas físicas como a las personas morales. Asunto, como puede suponerse, nada baladí.
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 balones 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 descifrar 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 *compleción robusta*?: “Para ingresar en la escuela de aviación los aspirantes deben de cumplir con los siguientes requisitos: haber terminado su educación preparatoria, ser altos (¿cuánto? ¿1.80 m? ¿1.95 m?) y de compleción robusta” (¿ser levantadores de pesas, fisicoculturistas?). En la misma Constitución federal mexicana aparece este tipo de términos imprecisos. Verbigracia el artículo 35, fracción II, señala: “Sori 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 incluso intencionadamente por el legislador dada la enorme dificultad de precisar, en la norma, ciertas cuestiones que son de suyo cambiantes y relativas. Así, por ejemplo, el uso del concepto ‘honestidad’ antes citado no puede ser más ejemplificativo. Hart se refiere a esta

⁶⁷ Cfr. Alejandro Tomasini Bassols. *El pensamiento del último Wittgenstein*, México, 1988, p. 16.

⁶⁸ *Idem*.

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"*.⁶⁹

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. La precisión del Derecho es una exigencia que fluctúa entre la seguridad jurídica y la adaptabilidad de éste a una vida social en permanente cambio.*
125. *La cuestión a tratar ahora es la naturaleza de la interpretación jurídica y las reglas generales a las que se encuentra 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.*

73.1.2 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*

* Cfr. Herbert L. A. Hart, *El concepto de Derecho* (Trad. Genaro R. Carrión), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004. p. 159.

¹⁰ Cfr. Gustavo Zagrebelsky, *op. cit.*, p. 69.

¹¹ Cfr. Manuel Hallivis Pelayo, *Teoría general de la interpretación*, Porrúa, México, 2007. p. 55 y ss. También: Riccardo

Guastini, "La interpretación...", *op. cit.*, p. 27.

⁷² Ello explica que a este capítulo lo hayamos intitulado "La aplicación del Derecho", concentrando nuestra atención, primeramente, en la actividad jurisdiccional y en el papel toral que el juez desempeña en la susodicha aplicación.

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 únicamente 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 Guastini¹³ para quien puede hablarse básicamente de dos conceptos de *interpretación jurídica*, a saber: un *concepto restringido 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:

¹³Cfr. Riccardo Guastini. "La interpretación...", op. cit., pp. 21-26.

- 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.*
- e) *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 75}

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 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*,¹⁵ 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/o 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.

⁷⁴ Ibid. pp. 24-25.

⁷⁵ Cfr. Manuel Hallivis Pelayo. *Teoría general de la interpretación*, op. cit., p. 74 y ss. Esta clasificación, en efecto, como dice el anterior autor, está influida por Tarello. Del mismo véase Giovanni Tarello, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè Editore, Milano, 1980. En el mismo sentido Riccardo Guastini. *Estudios sobre la interpretación jurídica* (Trad. Marina Gascón y Miguel Carbonell). Porrúa-UNAM, México, 2014. p. 13.

- * *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*.¹⁶

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 emítente 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 intérpretes.
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.
- * *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*.¹¹

139. La *teoría intermedia* o *mixta*, como la calificamos, es un intento 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. De! 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*.

¹⁶ *ibid.*, PP- 30-31.

¹¹ *ibid.*, pp. 31-32.

- 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.

-] 40. 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*,⁷⁸ En cambio, el sistema jurídico norteamericano tiende, dado el realismo jurídico que lo ha influido a través de jueces como Holmes y Cardozo,⁷⁹ 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.⁸⁰

73.1.3 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*.

⁷⁸ Al respecto ha escrito Manuel González Oropeza: "Por lo que respecto a México, la interpretación judicial está atrapada en la aplicación letrista 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 y 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 caído en desuso desde twice más de un siglo, cancelándose, por tanto, los procedimientos de 'duda de ley' que constituían canales de comunicación entre jueces y legisladores. Por otro lado, 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 decisión judicial*, op. cit., p. 259.

⁷⁹ 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.

⁸⁰ A) respecto véase de Roberto Cipitani, "El Tribunal de Justicia y la construcción del Derecho Privado de la Unión Europea" (Trad. Mario I. Álvarez Ledesma), en *Juripolis. Revista de Derecho y Política de* Departamento de Derecho. Tecnológico de Monterrey. Campus Ciudad de México, núm. 7. México. 2007. pp. 85-111.

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 Zagrebelsky⁸¹ 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.
146. En torno a la regla 1), ya estudiamos en un inciso anterior que *la primera forma de interpretación que debe enfrentarse es la de los signos lingüísticos en que se expresan las leyes y el resto de las normas de un sistema jurídico.* 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 posee su propio 'juego de lenguaje' el cual opera en un ámbito específico o forma de vida, la jurídica, misma que acuña 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'.⁸²
148. En torno a la regla 2), cabe decir que el *intérprete institucionalmente adopta la posición que en materia de interpretación el sistema jurídico le confiere.* Por lo tanto y de acuerdo con lo antes estudiado, el sistema jurídico puede adoptar por una *posición amplia o restrictiva,* dando lugar a las consecuencias que previamente hemos estudiado. En cambio, si el sistema en cuestión opta por la *interpretación jurídica amplia, el margen de discrecionalidad que el juez posee será mayor que el que comparativamente se le asigna por las teorías escéptica e intermedia.* Ahora bien, si la posición adoptada por el sistema jurídico es de *interpretación restringida, el juez se verá constreñido a adoptar posiciones formalistas o cognitivas y, por ende, muy acotadas.*
149. En efecto, si el sistema jurídico en cuestión es de *interpretación restrictiva,* el juez deberá asumir una posición pasiva, partiendo del siguiente axioma: el apli-

⁸¹ Ibid., p. 71 y ss.

⁸² Cfr. M. J. Alvarez. "Los conceptos jurídicos fundamentales...", op. cit.

cador judicial de la ley no es un legislador sino sólo un intérprete. Este principio constituye una salvaguarda de la separación de poderes, cuyo objeto es evitar que el juez transite indiscriminadamente del ámbito de la aplicación del Derecho al de su creación. El juzgador, entonces, *debe constreñirse a descifrar el sentido de la ley*, cuestión esta que es, para García Máynez, el problema central de la interpretación jurídica.⁸³ En esta tesisura y en el marco de la doctrina jurídica tradicional *existen dos métodos de interpretación*, es decir, dos formas de obtener o adscribir significado a una ley que padece de claridad o que carece de un ámbito de aplicación cierto. Dichos métodos son, a saber, el *filológico-histórico* y el *lógico-sistemático*.

- j 50. 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 poder legislativo, luego entonces 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 objetivo que una ley posee dentro de un sistema de normas del que forma parte. Los textos legales poseen 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 los símbolos lingüísticos en que está redactada la propia norma, sino de las conexiones lógico-sistémicas que objetivamente existen entre el texto de esa norma y el resto de las que componen el sistema jurídico en cuestión. La ley no es "querer" sino una formulación puntual de derecho objetivo.^{84 85}
151. La posición *filológico-histórica* debe entenderse como la búsqueda de intención subjetiva del *legislador histórico*. La interpretación filológico-histórica al aludir a la intención del legislador se está refiriendo a *la razón que dio origen a la ley (ratio legis)*, es decir, a su *elemento lógico-político*.⁸⁵ 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. Ésa es, en última instancia, la intención del legislador y, por lo tanto, la interpretación de la norma habrá de orientarse a conocer cuál era la finalidad que el legislador buscaba al crear la norma jurídica en cuestión. 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; las de hoy son análogas a las que motivaron al legislador de ayer?*
152. *¿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, generalmente formalistas, aprovechan ambas formas de interpretación jurídica para conocer el sentido de la ley*. El intérprete parte de la consideración de los *elementos subjetivos* de ésta para terminar, finalmente, en los *objetivos*. *¿Cómo? Veamos*.
153. La *interpretación filológico-histórica*, para conocer la voluntad del legislador, procede así:

⁸³ Cfr. Eduardo García Máynez, *Introducción al...*, op. cit., p. 327.

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ Cfr. Gustavo Zagrebelsky, op. cit., p. 72.

CUADRO 7.1 Interpretación jurídica

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 el caso de que existan dudas o controversia respecto 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 con independencia de las dudas o controversia que pudiera generar.
 Por lo tanto, *cualquier texto normativo y en cualquier situación demanda 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 'V 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; la sujeción del juez a la ley y la 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, la coincidencia de esos significados no está garantizada; todo texto normativo posee una pluralidad de significados, ello depende de las posturas valorativas de los intérpretes; en los sistemas jurídicos modernos no existen legisladores individuales cuya voluntad pueda averiguarse 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 sistemas completos ni coherentes; los jueces ante las lagunas o antinomias, crean Derecho; no hay una línea clara de demarcación entre la actividad normativa del Poder Judicial y la del 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

CUADRO 7.1 Interpretación jurídica (continuación)
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, etc.), como a las acepciones lingüísticas 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 o descifrar el sentido de la ley
Filológico-histórica: el sentido de la ley es la voluntad del legislador. Instrumentos para descifrar o descubrir esa voluntad: <ul style="list-style-type: none"> • Exposición de motivos de la ley. • Debates parlamentarios. • Trabajos preparatorios. <p>Cuando el intérprete busca, en última instancia, la <i>ratio legis</i> (el fin o razón de la ley); las causas o fines que la motivaron, se realiza una interpretación causal-teleológica</p>
Lógico-sistemática: el sentido de la ley es su intención objetiva. <ul style="list-style-type: none"> • Los textos legales tienen una interpretación propia, independiente de la voluntad del legislador. • Los ordenamientos jurídicos son sistemas que poseen su propia lógica interna en relación con la que debe interpretarse la ley.

- 1) Primero se revisa y analiza la *exposición de motivos de la ley*. Ésta 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 legisladores adujeron 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*.

154. 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 u ordenamiento jurídico 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 objetivamente plasmados, obviamente, estos últimos prevalecerán sobre tal intención.*

73.1.4 Interpretación de los actos jurídicos

155. 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 de 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 debe de atenderse el juez? ¿En qué debe basarse su interpretación?*
156. Siguiendo a Bonnecase en este punto, *al juez se 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 su 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".⁸⁶*
157. 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 que 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.*⁸¹ 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 jurídico. La tercera alternativa se sustenta en la idea siguiente: *si es la voluntad la causa suprema de los contratos, la intención común intenta de las partes contratantes prevalece, siempre, sobre el sentido literal de los términos.*

⁸¹ Cfr. Julien Bonnecase. *op. cit.*, pp. 161-162.

⁸² *Ibid.*, p. 163.

158. 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*. La *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 Medal 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”.TM

73.1.5 LOS INTÉRPRETES

159. 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 natural 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 poseen el mismo valor y efectos jurídicos, ¿cuál ha de prevalecer entre todas, sobre todo en casos de contradicción?* Pues bien, *en función de la eficacia jurídica y los sujetos de los cuales proviene*, es decir, *los intérpretes*, la *interpretación* puede clasificarse en: *judicial, científica y auténtica*.
160. 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*.⁸⁹ La *interpretación judicial sólo obliga a 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, cuando se toma en *interpretación jurisprudencial*.
161. 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*.⁹⁰ Efectivamente, 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.
162. Cuando *es el legislador quien establece el sentido y alcance normativo de una ley, mediante otra ley (norma secundaria interpretativa)*, nos encontramos frente

⁸⁸ Ramón Sánchez Medal, *De los contratos civiles*. Porrúa, México, 1980, p. 60.

⁸⁹Cfr. Gustavo Zagrebelsky. *op. cit.*, p. 88.

⁹⁰Cfr. Eduardo García Máynez. *Introducción al... op. cit.*, p. 330.

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 legislatif*), 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, inciso F de la Constitución federal.*⁹¹

7.3.2 integración

163. 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*.

73.2.1 Heterointegración

164. En la **heterointegración** la respuesta a la laguna del ordenamiento se busca *fuera 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, pero también acepta la tesis de la superioridad y, por lo tanto, la supeditación del primero respecto del segundo; consecuentemente, *la supletoriedad (su carácter integrador) también del primero respecto del segundo*. La posterior influencia dominante del *iuspositivismo, que es monista*, niega la existencia de otro Derecho que no sea el positivo y anula, obviamente, cualquier rol heterointegrador a) Derecho natural.
165. La **heterointegración** se da, asimismo, en términos de Derecho positivo. *Los reenvíos hechos por un ordenamiento jurídico a otro ordenamiento jurídico son formas de integración muy comunes en los sistemas de Derecho moderno*. Los casos más frecuentes 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 circunstancia también puede darse *entre el ordenamiento jurídico internacional y los ordenamientos jurídicos nacionales*, más aún cuando la Constitución de un determinado Estado adopta carácter 'abierto' y reconoce la competencia, incluso contenciosa, de organismos o tribunales internacionales.

⁹¹ Artículo 72. inciso F: "En la interpretación, reforma o derogación de las leyes a decretos, se observarán los mismos trámites establecidos para su formación".

166. 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 formales secundarias del sistema jurídico en cuestión a efecto de suplir la deficiencia del ordenamiento jurídico. Sobre tales fuentes, directas e indirectas, nos hemos ocupado extensamente.

73.2.2 Autointegración: analogía y principios generales del Derecho

167. La **autointegración** busca llenar la insuficiencia del ordenamiento jurídico dentro de su propia fuente dominante, ya sea la ley en los sistemas de Derecho iusromanista 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 relativamente 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 operan para los casos sí regulados*, es decir, procediendo por analogía inris vía principios generales del Derecho. Seamos más explícitos.
168. Para entender la *analogía*⁹² 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.
169. 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:
170. 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 supuesto normativo que contemple a sujetos que lleven consigo balones distintos a los de fútbol soccer no están previsto en la norma, ésta se les aplica por analogía, lodo 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.⁹³

⁹²Cfr. Gorski y Tavants, *op. cit.*, p. 232.

-] 71. 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.⁹³ Hablamos de la interpretación extensiva, la mayoría de razón y la analogía *iuris*.
172. La **interpretación extensiva** es una especie de analogía donde las reglas para interpretar una norma o un grupo de normas alcanzan, se trasladan o aplican a aquellos casos no previstos específicamente por el sistema en cuestión. Un ejemplo de interpretación extensiva lo encontramos en el artículo 1859 del Código Civil Federal. Este ordena que las disposiciones legales sobre contratos se apliquen por extensión a todos los convenios y demás actos jurídicos, como los testamentos.⁹⁴
173. 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 abandona el criterio de la semejanza relevante y adopta el de la comunidad de fines, de una misma 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 los efectos jurídicos de aquélla quiere hacerse extensivos, se estaría procediendo por mayoría de razón. Volvamos a nuestro ejemplo. Supóngase la norma que prescribe: "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 hacerse acompañar de animales domésticos está vedado dadas las molestias y problemas que éstos pueden generarle a los paseantes, a mayor razón debe prohibirse la entrada de aquella persona cuya mascota sea un animal salvaje.
174. 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 integrar 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.⁹⁵
175. El segundo procedimiento de autointegración consiste en acudir, precisamente, a los principios generales del Derecho. Éstos ya han sido analizados en cuanto fuente formal indirecta y, específicamente, como fuente supletoria del Derecho mexicano.⁹⁶ 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. Ambos.⁹⁷

⁹³ Cfr. Norberto Bobbio, *Teoría del Ordenamiento...*, op. cit., pp. 176-178.

⁹⁴ 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 este o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos".

⁹⁵ Cfr. Norberto Bobbio, *Teoría del Ordenamiento...*, op. cit., p. 176.

⁹⁶ Véanse los apartados 4.2.3.2 y 5.3.2 en los caps. 4 y 5, respectivamente, de esta segunda parte.

⁹⁷ 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.

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.

176. Así, por ejemplo, cuando el artículo 14 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.
177. Los ordenamientos jurídicos hacen alusión a los *principios generales del Derecho de forma tácita* por virtud, precisamente, de una **remisión general del siguiente tipo**: *"Las 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. *La 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 'laguna' alguna en sentido estricto.
178. 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 juez deducirá de la lógica interna del sistema la norma o criterio inlegadores 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

CUADRO 7.2. Integración	
Integración: técnica para completar las 'lagunas' de un ordenamiento jurídico	
<i>Tipos de integración</i>	
<p>1. Heterointegración: se recurre a fuentes externas al ordenamiento o a fuentes no dominantes</p>	<p>2. Autointegración: se recurre a la fuente dominante por vía de la <i>analogía</i> y los <i>principios generales del Derecho</i></p>
<ul style="list-style-type: none"> • 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. 	<p>Se recurre a la fuente dominante, por ejemplo, buscando en la ley la norma integradora.</p> <p>Existen dos sistemas para ello: <i>analogía</i>: se aplica a los casos no regulados la solución del caso semejante si regulado.</p> <p>Principios generales del Derecho: se aplica el principio lógico-jurídico o axiológico expresamente señalado en la ley o vía <i>analogía iuris</i>; se busca el principio tácito que inspira o guía a la ley.</p>

carácter axiológico (valores o principios), que sirven al juzgador como paradigmas de justicia y legitimidad del orden jurídico en cuestión.

179. 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 los ordenamientos jurídicos*. Como ejemplos de estos principios tenemos los siguientes: *el caso fortuito excusa de mora; es nula la fianza dada por error; a la ley no se dará efecto retroactivo en perjuicio de nadie*, entre otros. Los principios generales del Derecho del segundo tipo se constituyen por el **conjunto de valores internos y externos al 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, por ejemplo. En tal virtud, *los principios generales del primer tipo deberán de ser, a su vez, coherentes con los segundos*.

7.3.3 Interpretación e integración en el Derecho mexicano

180. *A lo largo de este capítulo hemos hecho referencia o alusiones parciales a las reglas vigentes de interpretación e integración del ordenamiento jurídico mexicano. Éstas 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.*
181. 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 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 de que se trata” (norma particular inclusiva)*.
182. 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 'lagunas' 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)*.
183. 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?

-] 84. 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.**¹⁸ 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”.*
185. 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.
186. 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 helero 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.
187. Atendiendo a lo anterior, diremos que en el Derecho mexicano, por tratarse de un sistema de interpretación formalista o cognitiva, los jueces están sujetos en ese ámbito a las reglas puntuales fijadas en la ley y su margen de discrecionalidad es, en principio, mínimo. En suma, el juzgador *interpreta y/o integra con base en los criterios y en el orden de prelación a los que la letra de la ley le ordena acudir.* Veamos concretamente algunos de estos reenvíos. Respecto de la *costumbre* el artículo 1856 del Código Civil para el Distrito Federal ordena: **“El uso o la costumbre 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*

¹⁸ 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.

fuera imposible resolver las dudas por las reglas establecidas en los artículos precedentes, si aquéllas recaen sobre circunstancias accidentales del contrato 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”.

188. El artículo 17 de la *Ley Federal de Trabajo* es muy interesante en materia de *deintegración*, 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”
189. 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*
190. 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, aunque bien puede suceder lo contrario, como de hecho acontece en materia laboral*.
191. 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 arquitectura propia del sistema jurídico mexicano y que buscan hacer del ordenamiento jurídico un sistema de normas y principios coherente y justo*. Vayamos por partes.
192. Si la *interpretación jurídica se dirige a conocer el sentido de la ley*, la vía más segura para conocer o descubrir ese sentido es la *interpretación auténtica, aquella que realiza el propio legislador*. La Constitución mexicana prevé este tipo *sui*

gèneris 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.*

193. 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 diversas 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 aulointegración*, es decir, a la *autointegración acudiendo a la misma fuente dominante, la ley, vía la deducción de sus principios generales*.
194. 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 tendrá que ser consistente y coherente con el resto del ordenamiento jurídico*, no puede tratarse de una voluntad que resulte *incompatible* con las demás normas del sistema jurídico, *alterando, precisamente, la unidad sistémica del ordenamiento*. El juez debe partir, según señalamos antes, de los elementos subjetivos para terminar en los objetivos.
195. 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 *ítemes últimos de la norma*: inducir una conducta social, evitarla, cambiarla, atacar una situación nociva para la sociedad, prevenirla, etc. 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 (armonizar) 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 propia Constitución federal mexicana.*
196. 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 principios generales del Derecho*. Obviamente, la Constitución *no se lefiere a los principios expresamente establecidos en la ley (equidad, justicia so-*

» Esta interpretación resulta *sui géneris*, porque es el propio legislador, como 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? ¿Qué límites tiene?

cial, bien común, etc.), 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 **axiotógico** persiguiendo la realización de los valores superiores que dotan de sentido al sistema jurídico, como veremos más adelante, los llamados derechos humanos.

197. 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 jurídicos EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO

198. 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,¹⁰⁰ la técnica de la interpretación de los contratos se dirige a determinar la *voluntad interna declarada de las partes*.¹⁰¹ Ahora bien, según se desprende del artículo 1859 del mismo Código, estas reglas de interpretación de los contratos rigen, por **interpretación extensiva**,^m 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**.

199. 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* 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.

200. 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.

¹⁰⁰ Véase el apunado 7.3 Interpretación de los actos jurídicos” de este capítulo.

¹⁰¹ Véase el apunado 7.3 Interpretación de los actos jurídicos” de este capítulo.

¹⁰² Véase sobre el concepto de interpretación extensiva el apartado 7J.2.2 de este capítulo.

201 2) Reglas para la eliminación de dudas y ambigüedades de los contratos:

- a) *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.*

202. 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 geniales

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. En su defecto, y dado que el Derecho mexicano no indica a cuál sistema se debe recurrir, el intérprete puede iniciar por:*

5. *La interpretación tológico-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 implícitos 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.*

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”.

203. 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*

73.3.2 El nuevo paradigma de control constitucional EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO

204. Suele darse por sentado el modo y la manera que emplea el sistema jurídico mexicano para hacer efectivas las **exigencias de completud, coherencia y supremacía constitucional**. Ello es así porque el enfoque que predomina para dar cuenta de lo anterior es el del Derecho constitucional. Sin embargo, la mejor forma de hacerlo —en nuestro criterio—, sobre todo por razones didácticas, es explicarlo desde la teoría del ordenamiento jurídico porque ofrece una perspectiva integral. De hecho ya en el capítulo 5, cuando nos ocupamos de las fuentes formales en el Derecho mexicano, se analizó la manera en que se hace *control constitucional* al explicar detalladamente, en el inciso 5.1, las generalidades de la Ley fundamental mexicana. Asimismo, cuando nos referimos a la jurisprudencia, sobre todo a la luz de la nueva Ley de Amparo (DOF del 2 de abril de 2013), abundamos sobre *la trascendental función que dicho juicio cumple, no sólo como garantía de los derechos humanos, sino también, como instrumento clave para velar por la integridad, coherencia y jerarquía de todas las normas que componen el ordenamiento jurídico mexicano.*
205. Pues bien, a más de la función central de proteger derechos humanos que posee el juicio de amparo, es importante entender que *todo tipo de norma jurídica que produce el ordenamiento jurídico mexicano* (como cualquier sistema jurídico del mundo), *a efecto, precisamente, de cumplir con las exigencias anteriores que permitan solventar sus posibles ‘lagunas’, antinomias y problemas de jerarquía entre normas, así como la colisión de leyes con otros sistemas jurídicos y no jurídicos, y evitar también la aplicación retroactiva de la ley en perjuicio de los gobernados, suele pasar un filtro o revisión jurídica.* Éste se denomina precisamente **control de la constitucionalidad**, ya que, como sabemos, **es la Constitución la norma fundamental que permite la unión jerarquizada, coherente y plena de todas las normas** [*leyes, tratados, normas consuetudinarias, normas jurídicas individualizadas y jurisprudencia*], **así como de los principios que conforman un sistema jurídico.**
206. Es, por causa de lo anterior, que resulta fundamental preservar el respeto a la Constitución, *al ser ésta la norma que le da sentido formal y material al ordenamiento jurídico.* Únicamente de ese modo será posible garantizar a todo gobernado la realización de los valores jurídicos y los valores superiores, respectivamente, que se encuentran tanto en el primero como en el segundo estándar valorativos del Derecho mexicano, a saber, *el orden, la seguridad e igualdad jurídicas a través*

de los cuales es posible la realización de los valores fundamentales que salvaguardan los derechos humanos. Toda vez que en el capítulo 5 nos referimos ya con detalle al control de la constitucionalidad, tanto **concentrado** como **difuso**, aquí nos limitaremos, suchamente, a explicar cómo es que este control tiene por objeto, no sólo preservar, según dijimos, los derechos humanos, sino la salud del ordenamiento jurídico mexicano en tanto sistema de normas.

207. Todo gobernado y toda autoridad puede exigir que tanto las *normas generales* (leyes, tratados, reglamentos, decretos, etc.) como las *normas jurídicas individualizadas* (sentencias, laudos, convenidos de particulares, etc.) pasen por el control de la constitucionalidad. A tales efectos existen, en principio, dos tipos de amparo —regulados por los artículos 103 y 107 constitucionales y su respectiva Ley reglamentaria (Ley de Amparo)— con los siguientes propósitos:
- 1) **Amparo directo:** *procede contra sentencias definitivas o laudos y resoluciones que pongan fin al juicio.* De esta manera cualquier gobernado puede exigir que todas las materias jurídicas ventiladas ante los tribunales o cuerpos colegiados arbitrales (con cualquier competencia ya en materia penal o civil y, con ella, las demás), se satisfagan las reglas de aplicación constitucional que estudiamos y analizamos en el inciso 7.3.3 de este capítulo.
 - 2) **Amparo indirecto:** *procede contra leyes, actos que no provengan de tribunales judiciales administrativos o del trabajo, actos de dichos tribunales ejecutados fuera de juicio o después de concluido éste, actos en el juicio que tengan sobre las personas o las cosas una ejecución de imposible reparación, actos ejecutados dentro o fuera de juicio que afecten a personas extrañas a él, y en los términos de las fracciones II y III del artículo 1º de la Ley de Amparo.*
208. Asimismo, existen dos instrumentos más (que también ya explicamos) que sirven para realizar el citado control constitucional. Dichos instrumentos son las *acciones de inconstitucionalidad* y las *controversias constitucionales*. Estas, a diferencia del juicio de amparo, sólo pueden ser promovidas, según mandata la ley, por las autoridades de los distintos niveles de gobierno e incluso los órganos constitucionales autónomos como la CNDH. Tanto las sentencias de amparo —gracias a su nueva Ley— como las resoluciones recaídas a las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad pueden, si versan sobre normas generales, tener efectos de *declaraciones generales de inconstitucionalidad*. Con lo cual se estaría decretando que una norma general (una ley o un reglamento, por ejemplo) viola la Carta Magna mexicana y de ese modo, en favor de todos los gobernados, se determina su invalidez. Consecuentemente, dicha norma es expulsada del ordenamiento jurídico mexicano (deja de existir jurídicamente al declararse su invalidez) y no puede seguirse aplicando: de ese modo se mantiene la coherencia del ordenamiento jurídico mexicano. Estos instrumentos constitucionales se regulan, según sabemos, por el artículo 105 constitucional, fracciones 1 y 11.
209. Así las cosas, el **amparo directo e indirecto**, las **acciones de inconstitucionalidad** y las **controversias constitucionales** conforman lo que se llama control *concentrado de la Constitución*, porque su atención y resolución queda a cargo de un único poder del Estado mexicano (concentrado en él, de ahí su nombre), esto es, el Poder Judicial de la Federación a través de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los demás tribunales de amparo.
210. Ahora bien, en México, gracias a una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se implantó el llamado *control difuso de la constitucionalidad*.

Como su nombre indica, aquí el objetivo es llevar a cabo de modo difuminado y no sólo concentrado, el cuidado de los derechos humanos contenidos tanto en la Constitución federal mexicana (*bloque de constitucionalidad*) como en los tratados internacionales firmados y ratificados por el Estado mexicano (*bloque de convencionalidad*). De este modo, todos los tribunales del país¹⁰³ (y ya no exclusivamente los del Poder Judicial de la Federación antes citados) son responsables de mantener la vigencia de los derechos humanos plasmado en los respectivos bloques de constitucionalidad y convencionalidad. Sin embargo, estos tribunales **no poseen facultades para hacer declaración de inconstitucionalidad alguna, se circunscriben a inaplicar la norma que consideren vulnera los derechos humanos.**

211. Finalmente, *gracias a la reforma constitucional en derechos humanos del año 2011 y en particular a la nueva redacción de su artículo 1º*, todas las autoridades del Estado mexicano están obligadas a una **interpretación que dé lugar a la aplicación de la norma más favorable a las personas** (principio pro persona), **sin inaplicación o declaración de inconstitucionalidad alguna**. Lo anterior, en atención al respeto y la salvaguarda, también, de los derechos humanos catalogados en el bloque de constitucionalidad y convencionalidad contenidos, respectivamente, en la Constitución federal y los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.
212. Ahora bien y como resultado de una apertura paulatina del sistema jurídico mexicano a *fuentes formales externas de normas jurídicas (tratados internacionales)* y **el reconocimiento de la competencia de tribunales de carácter supranacional** (Corte IDH y Corte Penal Internacional), la aplicación (interpretación e integración) del Derecho mexicano actual ha experimentado cambios sustanciales y debe ser vista en una perspectiva global y distinta.
213. Para empezar, tal apertura paulatina viene dándose, al menos desde finales del siglo XX¹⁰⁴ y pasa por varias decisiones de política pública del Estado mexicano¹⁰⁵ que al respecto se han adoptado y que son, principal aunque no exclusivamente, las siguientes:

a) *La ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en 1981*, * 101

^m A saber, el resto de los tribunales federales, o sea. Juzgados de Distrito y Tribunales Unitarios de proceso federal y Tribunales Administrativos, así como los tribunales locales o del fuero común judiciales, administrativos y electorales. El control difuso está regulado por las siguientes disposiciones constitucionales: 1º, 133, 116, 104 y por lo dispuesto por los tratados internacionales de derechos humanos firmados y ratificados por el Estado mexicano.

¹⁰¹ Véase para una explicación detallada de dicha apertura paulatina: M. I. Álvarez Ledesma. *“Los derechos humanos en el sistema jurídico mexicano —o del sinuoso camino en búsqueda de la justicia—”, op. cit.*, pp. 17-65.

¹⁰⁵ Esta apertura del Estado mexicano, antes que impulsada por una genuina convicción y comprensión de la importancia de los derechos humanos en cuanto criterio de justicia y legitimidad política de los Estados democráticos modernos (criterio surgido después de la Segunda Guerra Mundial y formalizado en la Carta Constitutiva de la ONU en junio de 1945). ha sido empujada por presiones internacionales que han condicionado la incorporación de nuestro país a los mercados internacionales a cambio de dar pruebas objetivas de avances en temas como democracia y derechos humanos. Esto explica que, por ejemplo, el presidente Ernesto Zedillo, ante la exigencia de la Unión Europea para aceptar que se firmase con ella un tratado de libre comercio, concedió la inclusión de una “cláusula de democracia y derechos humanos”. Ésta tuvo como resultado, por ejemplo, la ratificación de la competencia consultiva de la Corte IDH. Ya antes, otro tanto había sucedido con el presidente Carlos Salinas, quien por los mismos motivos, pero en su caso, ante la perspectiva de una posible firma de un tratado de libre comercio con Estados Unidos y Canadá, que a la postre concretó, impulsó la creación, vía decreto presidencial, de la entonces llamada Comisión Nacional de (los) Derechos Humanos. Sí. sin el artículo -Tos”.

- b) la aceptación de la competencia contenciosa de la Corte IDH en 1998',
- c) la ratificación del Estatuto de Roma el 20 de junio de 2005 y, con ello, el reconocimiento de la competencia de la Corte Penal- Internacional para conocer de crímenes de genocidio, lesa humanidad y de guerra sucedidos en México',¹⁰⁶
- dy la firma, en el año 2005, del Protocolo Facultativo de la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de las Naciones Unidas, el cual establece un mecanismo obligatorio de supervisión internacional para erradicar conductas sobre las que versa el Protocolo;
- e) la aceptación y procesamiento de la sentencia condenatoria al Caso Rodilla Pacheco emitida contra el Estado mexicano el 23 de noviembre de 2009 por parte de la Corte IDH. Más allá de la importancia de esta sentencia en sí misma considerada (por tratarse de un caso de desaparición forzada que constituye una violación a derechos humanos lesa humanidad), ésta impuso en su párrafo 339, al Poder Judicial mexicano¹⁰⁷ la obligación de ejercer un "control de la convencionalidad" *ex officio*. Es decir, la obligación de aplicar, junto con el tradicional control concentrado, el ya referido control difuso teniendo como base, y esto es lo más importante, los derechos humanos consagrados por el ordenamiento jurídico mexicano y los tratados internacionales que versen sobre esa materia, firmados y ratificados por México. En especial, y de ahí el nombre que la Corte IDH dio a este tipo de control difuso, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y todos los demás instrumentos convencionales, es decir, los tratados internacionales aceptados *motu proprio* por el Estado mexicano.

214. Por último, hay que tener muy en cuenta (por lo que enseguida se explicará para efectos de la aplicación del Derecho en México de acuerdo con estos nuevos criterios) que la Corte IDH en la sentencia de marras, estableció, según se ha transcrito en la cita previa, que en esta aplicación obligatoria (*ex officio*) del "control de la convencionalidad", "[...] el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana". En suma, que en la aplicación del control difuso al que están sujetos todos los jueces de) sistema jurídico mexicano, deberán considerarse no sólo los tratados interna-

¹⁰⁶ La ratificación del Estatuto de Roma por parte del Estado mexicano fue *sui generis*, toda vez que la intervención de dicha Corte sólo procede, según la modificación hecha al texto del artículo 21 constitucional en su parte conducente, de la siguiente manera: "El Ejecutivo Federal podrá, con la aprobación del Senado en cada caso, reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional". Esta forma de ratificación recibe el nombre de *resena encubierta* y es rechazada por el Derecho internacional.

¹⁰⁷ Reza, textualmente, el párrafo 339 de dicha sentencia de la Corte IDH: "En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un "control de convencionalidad" *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana".

- dónales en derechos humanos, en especial la Convención Americana, sino la jurisprudencia de la Corte IDH, es decir, sus sentencias y opiniones consultivas.
215. Más aún, los jueces en el sistema jurídico mexicano están sometidos al llamado y ya explicado *Corpus iuris del derecho internacional de los derechos humanos*, como criterio fundamental de interpretación establecido por la Corte IDH en su Opinión Consultiva OC-16/199. Al respecto y con puntualidad ha escrito el juez mexicano de dicha Corte Eduardo Ferrer Mc-Gregor: “*El ‘control difuso de constitucionalidad’ constituye un nuevo paradigma que deben ejercer todos los jueces mexicanos. Consiste en el examen de compatibilidad que siempre debe realizarse entre los actos y normas constitucionales, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), sus protocolos adicionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), único órgano jurisdiccional del sistema interamericano de protección a los derechos humanos, que interpreta de manera ‘última’ y ‘definitiva’ el Pacto de San José. [...] Se trata de un estándar ‘mínimo’ creado por dicho tribunal internacional, para que en todo caso sea aplicado el Corpus iuris interamericano y su jurisprudencia en los Estados nacionales que han suscrito o se han adherido a la CADH y con mayor intensidad a los que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH [...]; estándar que, [...] las propias Constituciones o la jurisprudencia nacional pueden válidamente ampliar, para que también forme parte del ‘bloque de constitucionalidad/convencionalidad’ otros tratados, declaraciones e instrumentos internacionales, así como informes, recomendaciones, observaciones generales y demás resoluciones de los organismos y tribunales internacionales.*”^m
216. Es por razón de todo lo anterior que los criterios de aplicación del Derecho mexicano han cambiado sustancialmente y si bien siguen siendo válidas las reglas explicadas en los incisos anteriores, hoy día y en última instancia, éstas deben superar el siguiente examen de compatibilidad:
- 1) Todas las autoridades están obligadas a aplicar e interpretar la ley, siempre y en los diferentes ámbitos de su competencia, considerando la **norma más favorable a las personas**, armonizando lo que establece el Derecho mexicano y el bloque de convencionalidad (*corpus iuris del derecho internacional de los derechos humanos*);
 - 2) Los jueces de todos los niveles y de todas las materias al aplicar la ley (interpretar e integrar) deben hacer, obligatoriamente, control difuso de la convencionalidad. Ello los obliga a elegir la norma más favorable a las personas e inaplicar la que no lo es;
 - 3) Todos los gobernados podemos hacer uso del amparo directo e indirecto para impugnar sentencias y actos de autoridad —o de autoridades paralelas que pueden ser particulares— si éstos no satisfacen los bloques de constitucionalidad y de convencionalidad (*corpus iuris del derecho internacional de los derechos humanos*);
 - 4) Las autoridades facultadas al efecto podrán emplear las acciones de inconstitucionalidad y las controversias constitucionales con la misma base del punto 3;

^m Eduardo Ferrer Mc-Gregor. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano, p.340, http://www.conatrib.org.mx/html/Paneles/Paneles/PanelVIII_Interprela%CC%83nControlDifusoConvencionatid_EduardoFerrer.pdf

- 5) Todo gobernado o grupo de gobernados, agotados los recursos de jurisdicción interna, o siendo el recurso jurisdiccional ineficaz o no existiendo éste en el sistema jurídico mexicano, podrá acudir en vía supletoria ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y ésta, en su caso, ante la Corte IDH. Ambas aplicarán directamente el bloque de convencionalidad y el corpus inris del derecho internacional de los derechos humanos.

Este es el nuevo paradigma de aplicación del Derecho mexicano.

RESUMEN

Hmü - íHh h BHHHHHHHHHÜÜ

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 lógica 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 rea! 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. Kantorowicz entendía la actividad judicial como eminentemente creadora, por eso ante una laguna del orden jurídico el juez debe acudir al

Derecho Ubre, 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 Cardozo 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 ésta regulada 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 inisma 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 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 ya 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'.

Cienos 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 prime-

ro. 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 reemplazado por uno nuevo. Este reemplazo puede tener verificativo por vías ajurídicas o extra-jurídicas, 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 torno 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, etc.). 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 ordenamiento 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 normativo.

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 'V' 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 emite 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 escéptica de la interpretación, según el caso; interpretar es tanto una actividad de conocimiento como una actividad de decisión discrecional; los textos normativos poseen una irreducible 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 íntima 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 íntima 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, etc.) o a fuentes distintas a la dominante en un sistema jurídico (en el nuestro, a la costumbre, a la jurisprudencia o la doctrina). Se alude a la autointegración si la insuficiencia se satisface bus-

cando 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 llenarla '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 de! 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 expresa 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. Di-

chas 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.

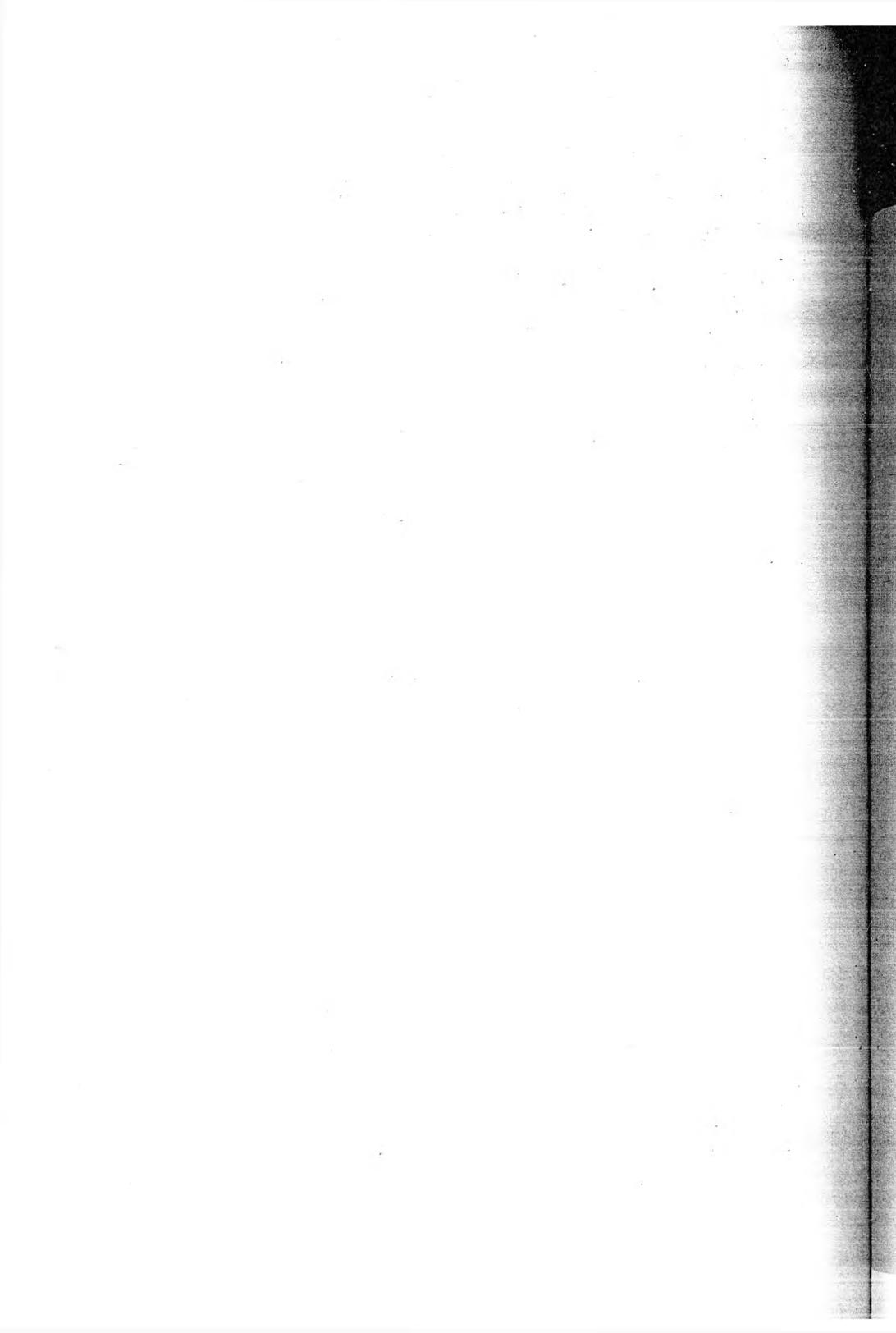
A la interpretación e integración de los actos jurídicos el ordenamiento mexicano hace extensivas las reglas generales que prescribe para los contratos en los artículos 1851 a 1859 del Código Civil Federal. Las reglas de interpretación de los contratos descansan, fundamentalmente, en la búsqueda de la intención de los contratantes; la integración en la analogía legis.

Luego de la reforma a la Constitución federal en materia de derechos humanos del año 2011, ésta acepta expresamente, en su nuevo artículo primero, el carácter de fuente autoaplicativa a los tratados internacionales firmados por el Estado mexicano en esa materia. Y luego de haber experimentado el sistema jurídico mexicano una paulatina apertura a la competencia de tribunales supranacionales, como la Corte IDH y la Corte Penal Internacional, es posible hablar de un nuevo paradigma de aplicación del

Derecho en México. Éste hoy se basa en dos tipos de control constitucional, el concentrado o tradicional (que se realiza a través del juicio de amparo, las acciones de inconstitucionalidad y las controversias constitucionales) y el difuso, producto de una sentencia de la citada Corte IDH que obligó al Poder Judicial mexicano a hacer control difuso de la convencionalidad. Es decir, distribuir entre todos los jueces del sistema jurídico mexicano el control de la constitucionalidad con base en la aplicación armónica de los derechos humanos contenidos en la Constitución federal (bloque de constitucionalidad) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sus protocolos facultativos, la jurisprudencia de la Corte IDH (sentencias y opiniones consultivas) y el Corpus iuris del derecho internacional de los derechos humanos (bloque de convencionalidad). Sin embargo, las declaraciones de inconstitucionalidad sólo pueden darse en el marco del control concentrado y la inaplicación en el marco del control difuso. Todas las autoridades, en cambio, tienen la obligación de aplicar la norma jurídica que mayor protección ofrezca a las personas. En última instancia, todos estos filtros productos del nuevo paradigma de aplicación del Derecho mexicano, deberán ser superados por sus reglas tradicionales de aplicación con dos propósitos: promover, respetar, proteger y garantizar derechos humanos, por una parte. Y, por la otra, salvaguardar la completitud, coherencia y adecuada jerarquía de las normas en el ordenamiento jurídico mexicano teniendo como base formal y material de su unión como sistema de normas y principios, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos vigente. Finalmente, luego de agotados los recursos de jurisdicción interna puede acudir a instancias internacionales, concretamente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y, si ésta lo decide, a la Corte IDH, la cual puede emitir una sentencia vinculatoria contra el Estado mexicano.

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 *B 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 justa
 - 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
 - 8.2.20 Dworkin: los derechos en serio
 - 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 sistémicas para su realización
- Resumen: El acceso a la justicia y las dificultades intrínsecas o sistémicas de su realización

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 “**Ei 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 Ronald Dworkin.

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 de 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 al respecto cuatro preguntas, la *tercera* de ellas es la que, precisamente, intitula este inciso: *¿el Derecho debe ser justo?* La respuesta que dimos a esta pregunta fue la siguiente: *el Derecho no debe ser justo para ser Derecho, pero sí debe o debería serlo para gozar de plena validez material 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 de! 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 moralmente que pueda resultarse 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*.

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.*
- " *ha 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.*

- 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 electiva cuenta de la *existencia de un sistema de Derecho*. Esta investigación se moverá exclusivamente en la *dimensión fáctica*, señalándonos cuáles 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**.

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 posee 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*, lo cual hacen también la moral u otras tornas 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, la *paz social*.
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*

¹ Consúltense el inciso 0.2 del capítulo I en la primera parte de este libro.

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 (contraer matrimonio, arrendar un inmueble, comprar, vender, etc.) y la prohibición de otras (interferir la propiedad de otro, matar, robar, por ejemplo). 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, las convicciones políticas personales, verbigracia).
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 se sigue una mayor facilidad para ordenar, brindar seguridad jurídica y, por supuesto, volver más consistente la aplicación del Derecho.
13. Ahora bien, *el orden, la seguridad e igualdad jurídicos son valores instrumentales porque no se justifican por sí mismos*. En otras palabras, *estarán siempre en función de algo, son valores que dependen de otros valores, principios o parámetros que les otorguen un sentido último del que por sí mismos carecen*. No puede

² Para el estudio del Derecho en el marco de la Teoría del ordenamiento jurídico véase el inciso 7.i.2.1 del último capítulo de la segunda parte de este libro.

entenderse ni justificarse el orden por el orden mismo o la igualdad por la igualdad misma, *ya que adolecen de una finalidad propia en virtud de la cual adquieren sentido*. Recuérdese que son valores instrumentales y, por lo tanto, *al servicio de algo*, en este caso los valores u objetivos superiores perseguidos por el Derecho.

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, respectivamente, 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 necesitará 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 *eminente formal*, ambas normas poseen 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* que rigió en Sudáfrica 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 es superior a las demás (por su inteligencia, fuerza física, bondad, etc.)*, en este caso en particular, superior a la negra. En el segundo caso, se parte de una *consideración valorativa distinta, a saber, la idéntica igualdad y dignidad que, se reconoce, poseen todas las personas con total independencia de su raza*.
18. En el supuesto 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. Esos valores están siempre en función de otros que a éste le otorgan sentido así como a su labor ordenadora-pacíficadora, aseguradora e igualadora; tales valores constituyen o se agrupan en el llamado 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 dichos 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; o de lo que para otros será siempre *mo- l alniente* vigente y exigíole, como los principios de justicia del Derecho natural o el principio de utilidad, por ejemplo.
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 agola en, o se circunscribe a sus propios valores instrumentales (o sea, 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 encuentra justificada), 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 a un caso concreto la norma que dice: *"Todas las personas de raza negra deberán obtener un salvo-conducto 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 face*, 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 jacto* ni que sus normas, en la generalidad de los

¹ 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 todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de los garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución 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 [...]".

casos, *dejen deser obedecidas*, así sea que dicha obediencia se sustente en razones 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 garantizados*

- 94 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. A su vez, esa suposición se confirma con la *pretensión de justicia* que enarbola todo sistema jurídico.¹***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. *Im 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

¹ Aquí la obediencia aparece, según los propios términos de Max Weber como "(...) que lo acción del que obedece (t)un-
aire como si el contenido del mandato se hubiera convertido, por sí mismo, en máxima de su conducta: y eso única-
mente 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: "Pera 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 por él y eso en grado considerable ". Véase Max Weber. *Economía y sociedad* (H
(Trad. José Medina Echavarría et al.). FCE. México. 1984. pp. 172 y 25. respectivamente. It

⁵ La pretensión de justicia de la que hablamos coincide con la idea de la pretensión de corrección esbozada por Roben
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. Roben Alexy. *Teoría de la argumentación jurídica* (Trad. Manuel Alianza e Isabel
Espeso), Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1989. p. 208. En otra parte el mismo Alexy ha dicho: "La 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. Los sistemas de normas que no tienen esta pretensión,
implícita o explícitamente, no son sistemas jurídicos ". Véase Roben Alexy. "Sobre las relaciones necesarias entre el
Derecho y la moral" (Trad. Wisiano Orozco). *Derecho y razón práctica*. Distribuciones Fontamare. México. 1992. p. 51.

ordenar, asegurar e igualar, lo hace necesariamente, respecto de un grupo de valores determinado 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 pública 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 y principios. 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,*⁶ La realización de dichos valores 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.* Y esta transformación y cambio permanentes, incluso, afecta también a las concepciones objetivistas de la justicia, como la idea de Derecho natural, por ejemplo. 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, etc.) *habrá siempre rasgos comunes e identidades en la valoración, así como valores que permanecen casi inalterados desde antiguo.*

⁶ Cfr. Enrique R. Alfútilión y José Vilanova. Introducción ni Derecho. Abeledo-Perroi. 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 una elección defines y, por consiguiente, la aceptación del valor de los fines elegidos, valorados. De modo (pie 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, por el contrario, no se llega nunca, por más i/ne el valor esté dando siempre sentido a la conducta. Un fin es un estado al (pie se llega y que, una ve: alcanzado, es preciso abandonar. ya (pie la libertad creadora de la vida no puede detenerse". Ul supra.

⁷ Véase al respecto el capítulo 3 "El Derecho y la moral", ele 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.

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. Lo razonablemente 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 situacioncd.⁶ 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 ayuda 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 determi-

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

Segundo estándar

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

⁶ Cfr. Risieri Frondizi. Introducción o los problemas fundamentales del hombre, FCE, Madrid. 1977. p. 764. Véase lo dicho en torno a los valores, el inciso 1.3 en el capítulo 1 de la primera parte de este libro.

⁹ Sobre las vicisitudes de adoptar una posición "racional" véase los artículos de Javier Mirgerza. 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. 19-67.

liante. 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 (le los posibles puntos de vista desde los cuales puede procederse al análisis ético del Derecho.*

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 partícipes del sistema jurídico en cuestión que analizan la justicia e injusticia del Derecho *con respecto de los mismos valores que éste protege y promueve (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. Roben Alexy, por ejemplo, describe así esta última: "*La 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 confiere. El juez es el centro de la perspectiva del participante. Si otros particulares, por ejemplo, teóricos del derecho, abogados o ciudadanos interesados 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.*" 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 sistema jurídico, sino que se pregunta cómo son lomadas, 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

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 torno 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**", misma 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 significara lo mismo si lo emite un observador externo que si lo emite un insider, es decir, mi hijo/a identificado con ese derecho. Cambiará también si por derecho entendemos un ordenamiento jurídico concebido como tal todo o una norma aislada. Su alcance dependerá a su vez de <lite> 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. Pero no son demasiados si se piensa que ha habido quien ha sugerido la posibilidad de que sean nada menos que sesenta y cinco. (Alexy, 1989)". Véase Francisco Laporta. "Derecho y moral: vindicación del observador crítico y aporte 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 *Idem.*, p. 32.

¹² *Idem.*

cuestión y lo analizará desde la segunda dimensión valorativa 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 residenciales 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, etc.] 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 y, por ende, injusta si el segundo estándar valorativo 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 antinomia o contradicción axiológica que es, como sabemos, una antinomia impropia.¹
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 satisfaría 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 inmótales, int luso por la misma persona",²
39. Para un observador del régimen jurídico tipo *apartheid*. la norma que prescribe: "Las personas de raza negra deberán obtener un salvoconducto puro transitá por las zonas residenciales", le resultará además de discriminatoria, injusta o inmoral. 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.º 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

¹ Véase sobre las antinomias impropias el inciso 7.1.2.2 del capítulo 7.

² Francisco Laporta. "Derecho y moral: vindicación...", op. cit., p. 107.

do 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 *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 emite 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 falta 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*... Estallamos 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*.

¿e sus normas. Un sistema jurídico que procura mantener el aislamiento rehuye el análisis comparado, porque probablemente teme que sus márgenes de libertad y seguridad, en términos de distintos sistemas jurídicos, resulten 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 sistemática de un ordenamiento jurídico (su coherencia, plenitud, jerarquía, por ejemplo) 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. Asimismo, la concreción de un sistema internacional (universal y regional) de promoción y protección de los derechos humanos

CUADRO 8.3 El doble punto de vista de la justicia

El observador y el participante

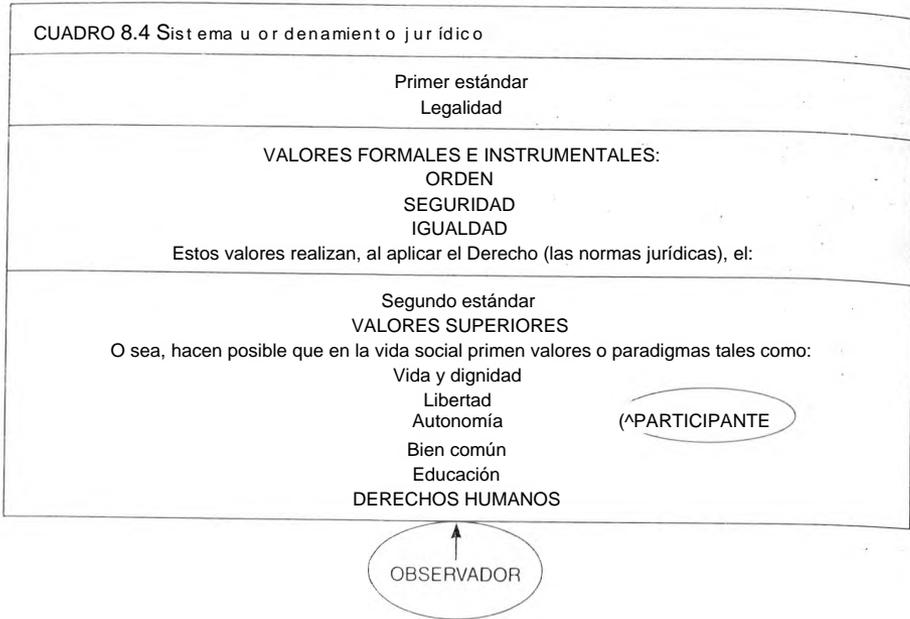
La tesis del DEV no ignora que los valores que componen el *sev* pueden ser considerados desde un doble punto de vista moral, a saber:

Punto de vista interno (PVI)

Como participantes 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.



constituiría, para los Estado democráticos y modernos de derecho, un *punto ele vista externo* aceptado y consensado por gran parte de la comunidad mundial de naciones.¹⁵

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 juridico 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, *identificándola 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

¹⁵ La *Porla* 30018 al respecto: "Lo que, desde el sialo wni, los ilusinidos Halaron de defender la posibilidad de adundes < nía as fiende al poder político y la legislación rigente, y pora hacer sitio a esa posibilidad fue para lo que advirtieron que el dei et lto podía ser inmoral y que decirlo con toda claridad no constituía ninguna contradicción en los términos. No na pan... i, poi ello, snpetjino vindicai tina re... más a un observador externo capaz de dar semillo a tina denuncia que se me antoja extremadamente elucidadora y necesaria. Al fin y al cabo, aunque todo mando viva en el seno de algún ordenamiento jurídico, la mayoría lo lun e" en el papel de sujeto paciente o, lo que es lo mismo, de meto observador extraño que sufre o disfruta como destinatario la regulación jurídica en cuestión. Animarle a que ose decu : "Mus bien, eso será (U)A. luí. /n ro" i s una pelicela inmoralidad . me parece aceptar un legado de la Ilustración tpte merece ser transmitido incesantemente Idem.

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".¹⁶

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' v el comienzo nuevo, ni persigue una generalización sino la atención y respeto a lo particular".¹⁸
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 otorga 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, va 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 t/ue no luy razón para distinguirlos o para decir que uno es más importante que el otro. Creo que esta impresión es"¹⁵

¹⁶ Norben Brieskorn. *Filosofía del Derecho* (Trad. Claudio Gancho). Herder. Barcelona. 1993. p. 207.

¹⁷ CIV. 7/10n.

¹⁸ Norbert Brieskorn. *Filosofía del Derecho, op. cu., p. 207, Las cursivas son del autor.*

*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 "*²¹

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 reunirlos principios que constituyen la justicia.²¹ 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 robots en sustitución de los seres humanos. *La 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 valora Uva 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 Injusticia: *¿cuáles son los valores o principios que la constituyen?, ¿son esos valores los que debemos considerar como necesarios de un segundo estándar valorativo de Derecho?, ¿es posible identificarlos?* Hemos hecho mención reiteradamente al carácter relativo del concepto de justicia por ser éste un valor cultural que se produce en el tiempo. Sin embargo, la justicia deberá tener siempre como punto de referencia a ser humano, su respeto, su mejora y su realización.

²¹ John Rawls. *Justicia como equidad* (Trad. Miguel Ángel Rodilla), Tecnos. Madrid, 1986. p. 18.

²² *Ibid.*, p. 19.

²³ A reserva del análisis más detallado que hacemos adelante de la teoría rawlsiana. basta decir por ahora que la concepción de justicia a que aquí se hace alusión 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 linios 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 Injusticia comi) un complejo de bienes: libertad, igualdad y recompensa por servicios que contribuyan al bien común ". Véase John Rawls. *Justicia como equidad*, op. cit., p. 19.

Con todos sus avatares, la historia de la *justicia* ha sido la *historia de la lucha por la reivindicación del ser humano y de la humanidad como valores centrales*. El *humanismo* es su expresión ideológica más distinguible.²²

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 ,xvn y xviii²³ 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*. *¹¹

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.**
 - **Para autores como Norbert Brieskorn...** "la equidad es la justicia en un caso particular; [...]jet esfuerzo por introducir un plus en los factores a favor del interesado, exonerarlo y hacerle más llevadera ja '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.**
- e Un Derecho justo propicia relaciones jurídicas equitativas.

²² Para Gregorio Peces-Barba, arribar al concepto de *derechos humanos* requirió de un proceso histórico-social que los incubió. Dicho proceso podría resumirse en tres momentos: 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 operó 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.

¹¹ 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 de este concepto de derechos humanos que no estando al servicio de la persona humana se concreta en un momento ípico a partir del tránsito a la modernidad sin que con anterioridad se pueda hablar sino de precedentes. No es (sólo) en la Edad Antigua y en la Edad Media no hubiera una conciencia de la dignidad del hombre, pero sólo en el tránsito a la modernidad se empieza a pensar que para ser digno a esa dignidad y el desarrollo de las personas hay que hacerlo a través de la teoría de los derechos fundamentales. Véase supra p. 23. 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. Concencia 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, concerta, 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 Viitorio Mathieu, evocar los derechos humanos es referirse a "(...) cienos derechos /lie pertenecen al hombre en cuanto tal, sea cuales fueren las particularidades accidentales de su posición en sociedad".²⁴

60. Hoy día puede afirmarse que el concepto 'derechos humanos' comporta, ya en la crítica a una autoridad, ya en una prolesta 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,

²⁴ Viuorio Mathieu. "Prolegómenos a un estudio de los derechos humanos desde el punto de vista de la comunidad internacional". *Los fundamentos filosóficos (fe los derechos humanos* (Trad. Graziella Baravalle). Serbal/UNESCO, Barcelona. 1985. p. 3S.

se constituyen en un argumento de peso para el cuestionamiento de su legitimidad y fines.²⁵

- 6) 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 cuyos principios se han traducido históricamente en normas de Derecho nacional e internacional en cuanto parámetros de justicia y legitimidad política. Vayamos por partes.*
62. Los *derechos humanos*, según se desprende de lo anterior, poseen una *doble faz*.²¹ 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, universalidad, libertad e igualdad humanas*.²² Estos principios predicán, 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 por el que hayan optado.*
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 *Bill of Rights inglesa de 1688*, la *Declaración del Buen Pueblo de Virginia en 1716* 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 insti-*

²⁵ Los derechos humanos, desde una visión multidimensional, pueden definirse como: *“Aquellos 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, como el de autonomía moral, dignidad humana y universalidad, que se han traducido históricamente en normas de derecho nacional e internacional en cuanto parámetros de justicia y legitimidad política”*. Véase de nuestra autoría: *Voz ‘Derechos humanos’*, en *Diccionario analítico de derechos humanos e integración jurídica*. Mario I. Álvarez Ledesma y Roberto Cippitani (coords.), *op. cit.*, pp. 198-2018.

²⁶ Cfr. Luis Prieto Sanchis. *Estudios sobre derechos fundamentales*. Debate. Madrid. 1990. pp. 17-18.

²⁷ Una fundamentación ética detallada de estos principios se encuentra en el libro de Carlos Santiago Niño. *Ética y derechos humanos*. Paidós. Buenos Aires. 1984.

- liu ión política, sean más respetados; con el fin de que las redamaciones de ios ciudadanos, fundadas desde ahora en principios simples e incontestables se dir jan siempre al mantenimiento de la constitución y a la felicidad de todos”.²⁵
65. Lü primera justificación de los derechos limitanos se debe, precisamente, al ius naturalismo. Para éste dichos derechos derivan de la naturaleza humana. Jacques Maritain lo explica así: “Hay que considerar ahora que la les- natural y la iüz, i la conciencia moral en nosotros no prescriben solamente hacer o no hacer cierta cosas; reconocen asimismo derechos, en particular derechos vinculados a la mis ma naturaleza del hombre. Ixt persona humana tiene derechos por el hecho de ser persona, un lodo 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. Ii dignidad de la persona haitiana: esta frase no quiere decir nada si no significa que por la ley natural la persona tiene derecho de ser respetado y, sujeto ele derecho, posee derechos”.^M
66. In realidad, no es sino a partir de 1789, gracias al afán universalista de la Declaración francesa, que el concepto de *derechos humanos* ha sólo 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.*^{* 1} 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”.¹¹ 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)”.¹²
67. La influencia del iuspositivismo es determinante al propicia: 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 xvm, xix y xx. Los *derechos humanos* asumen, entonces, *informa 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 ios 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 (*moral rights*), a su noción legal (*legal rights*). 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.

* Cfr. *Declaración de los Derechos de 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.

²⁵ Jacques Maritain. *Los derechos del hombre y la Ley natural* (Trad. Hedor F. Miri). Levalián. Buenos Aires. 1970. p. 70.

^M Cfr. Eusebio Fernández. *Teoría de la justicia y derechos humanos*. Debate. Madrid. 1984. p. 101.

¹¹ *Ibid.*, pp. 100-101.

¹² *Ibid.*, p. 101.

69. Este paso tiene **dos momentos históricos clave**. El **primero**, según se señaló, es el que tiene verificativo en 1789 con la *Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*. Este documento manifiesta una *ambición universalista* ausente en otros documentos contemporáneos del mismo género." La 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*.
70. El **segundo** momento clave se produce hasta el fin de la Segunda Guerra Mundial, cuando a partir de 1945^M 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 Riego 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 competido 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*. Éstos *buscan proteger y reivindicar la libertad de conciencia, creencia religiosa, la integridad física, seguridad jurídica y la libertad de*

⁷⁹ Cfr. José Castán Tobeñas. *Los derechos del hombre*. Reus. Madrid, i 976. p. 93 y ss.

⁸⁰ La Carta de las Naciones Unidas firmada en 1945 plasmó en siete ocasiones los conceptos '*derechos mínimos*' 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. Este artículo en su parte conducente reza así: "[...] *Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o llaman a torio, y en el desarrollo*) 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 de Marco Gerardo Monroy Cabra. *Los derechos humanos*. Temis. Bogotá. 1980. p. 44 y ss.

⁸¹ Cfr. Antonio Enrique Pérez-Luño. "Concepto y concepción de los Derechos Humanos". *Doxa* 4. Alicante. 1987.

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 Medievo.*

75. Más adelante, con los grandes movimientos revolucionarios del siglo xviii y con el surgimiento de una nueva forma de legitimidad política, la soberanía popular 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 súbdito, 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 xviii nacen los **derechos sociales** *como una nueva categoría de los derechos del ciudadano.*³⁶ Del mismo modo como los derechos políticos devienen del principio de libertad, *los derechos sociales se sustentan principalmente en la idea filosófica de igualdad,*³⁷ 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 finales del siglo xx y en lo que va de este xxi aparecen *nuevas necesidades y sus correspondientes exigencias, producto del avance tecnológico y la globalización.* 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 intolerancia, religión o fundamentalismo, 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

³⁶ Imrc Szabo. "Fundamentos históricos de los derechos humanos y desarrollos posteriores", en *luis dimensiones internacionales de los derechos humanos* (Trnd. Hernán Sabaté y María José Rodellar). Serbal/UNESCO. Barcelona. 1984. p. 47.

³⁷ C. Ir. Antonio-Enrique Pérez Límio. "El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales", en *Anuncio de Derechos Humanos*. Núm. I. Universidad Complutense. Facultad de Derecho. Instituto de Derechos Humanos, enero de 1982. Madrid, p. 75.

- 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 fines 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, esencialmente, un asunto moral y no sólo, ni sobre lodo, jurídico, es decir, que son derechos en sentido moral: justamente, derechos morales*".³⁸
80. Efectivamente, el término '**derechos morales**', sobre todo en español, suena contradictorio. Si los derechos son '**jurídicos**' y la moral no es derecho,³⁵ ¿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*".⁴⁴ 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*.⁴¹
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*.⁴⁷ 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 iusnaturaUsmo y iuspositivismo*".⁴³

³⁸ Alfonso Ruiz 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.

³⁹ Acosta Ruiz Miguel: "Es posible que en castellano —y, en general, en el lenguaje jurídico europeo-continental— la expresión 'derechos morales' resulte algo llamativo por 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 eso 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.

⁴⁰ Eusebio Fernández. *Teoría de la justicia...* op. cit., p. 108.

⁴¹ Cfr. *idem*.

⁴² Cfr. Eusebio Fernández. *Teoría de la justicia...* op. cit., p. 109.

⁴³ *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 ipse id misma tiempo que insiste en su especial importancia e imilicnabilidad 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 ese supuesto, su existencia es parcial e incompleta, pero también es cierto iuc. si no aceptamos esa existencia moral previa, no es posible ni criticar a cualUpier ordenamiento jurídico, porque no los ratmocc ni garantiza, ni defender su incorporación al Derecho positivo). *Ul supra*."

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 él 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'.

Los derechos humanos constituyen un concepto multidimensional que se mueve, básicamente, en tres dimensiones, con funciones distintas. Esta multidimensionalidad también delata su origen, su tránsito histórico y su función actual, en cuanto a criterio de justicia y legitimidad política.

CUADRO 8.8 Definición de los derechos humanos

Dimensión filosófica	<i>Aquellas exigencias éticas de importancia fundamental que se adscriben a toda persona, sin excepción, por razón de su autonomía moral y dignidad humana.</i>
Dimensión político-jurídica	<i>Exigencias sustentadas en valores o principios de validez universal que se han traducido históricamente en normas de derecho nacional e internacional en cuanto parámetro de justicia y legitimidad política.</i>

CUADRO 8.9 Derechos humanos y multidimensionalidad

Filosófica	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Los derechos humanos originalmente como 'derechos naturales' nacen en la filosofía política de los siglos xvii y xviii (Hobbes, Locke y Rousseau).</i> • <i>Su objetivo era construir un nuevo concepto de legitimidad política, de justificación del poder, basado en la salvaguarda de esos derechos naturales</i>
Práctica	<ul style="list-style-type: none"> • <i>La praxis política del siglo xviii construye las Declaraciones políticas del siglo xviii.</i> • <i>Declaración del Buen Pueblo de Virginia 1776, Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano 1789.</i> • Paso del lenguaje filosófico al lenguaje ideológico
Jurídica	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Para dotar de eficacia a los derechos naturales de las Declaraciones de derechos se convierten al Derecho positivo vía su plasmación en la Constitución.</i> • Se convierten en normas de eficacia reforzada. • <i>Significan el paso del lenguaje ideológico al jurídico.</i> • <i>El paso de los moral rights a los legal rights.</i>

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, *¿existe un consenso²¹ en cuanto a la relevancia*

21

Autotes como Anee] Sánchez de i.i 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 realizaron

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.

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, enseñada 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 hemos, muy seguramente, injustamente omitido. 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 justificar 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 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 Hesíodo y por los pensadores presocráticos del llamado período cosmológico helénico.** 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.

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 sobre su contenido. Al reflexionar sobre la 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 comenzó a disentir". Véase Ángel Sánchez de la Torre, *Teoría y experiencia de los derechos humanos*. Gregorio del Toro. Editor. Madrid. 1985. p. 7.

* Antonio Truyol y Serra, siguiendo la clasificación que Guillermo Windelband hace de la filosofía antigua, denomina, con base en su preocupación filosófica mayor, a los distintos períodos de la filosofía helénica. Así, al primer período lo denomina *cosmológico* por centrar su atención en el "cosmos". Del mismo modo a los sofistas. Sócrates y las escuelas socráticas los ubica en el período *antropológico*. A Demócrito, Platón y Aristóteles en el período *sistemático*. Véase de A. Truyol y

86. En el pensamiento de la Antigüedad helénica predomina un enigma radical *el $\dot{\iota}\epsilon\dot{\iota}$ movimiento, el cambio de todo cuanto nos rodea*. La reflexión filosófica se dirige 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*".⁴¹
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"**.^{41'}
88. Homero, el poeta-educador,⁴⁹ 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 observan la justicia*.⁵⁰ 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.⁵¹
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*.⁵¹

Será a. *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.

⁴¹ Cfr. *ibid.*, pp. 102-103. Guido Fassó ha dicho que: "Esta indagación acerca de la esencia absoluta, universal, de las cosas, en el primer período 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 repelida 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 período 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 período carezca de interés para la historia de la filosofía del Derecho". Véase Guido Fassó. *Historia de la filosofía del Derecho. I. Antigüedad y Edad Media* (Trad. José F. Lorca Navarrel). Pirámide. Madrid. 1980. p. 19.

⁴⁹ Amonio Truyol y Serra. *Historia de la filosofía del Derecho y del Estado...* op. cit., p. 102.

⁵⁰ Cfr. *idem*.

⁵¹ 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, "< manifestación clásica". *Ul. 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. N.º 6. UNAM. 1976.

^{51'} Cfr. Guido Fassó. *Historia de la filosofía del Derecho. I. op. cit.*, p. 20.

^M *Idem*.

^N *Idem*.

y constante de la verdad arcana como en las opiniones ilusorias de los mortales en las cuales no habita la auténtica certeza [...]”⁶³

94. A Heráclito (1535-470 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...^w 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.^{65 *}

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 fisonómica y en la igualdad como base de la democracia (*demokratía*)^f

Para Esquilo (525-456) toda injusticia comporta necesariamente la justicia como destino manifiesto, quien ejerció la violencia la sufrirá más tarde.⁶⁷

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.^{68 *}

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. 444-1*), 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”.^w Si bien es difícil una valoración en conjunto de la sofística, señala Truyol y Señá,⁷⁰ 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.

97. Junto a Protágoras hay otros sofistas importantes como Gorgias, Hippias, Calicles y Trasímaco. Las principales ideas de la sofística en torno 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

⁶³ Clr. José Cortés Gran. *Historia de la filosofía del Derecho*, op. cit. p. 63.

⁶⁴ Clr. Amonio Truyol y Serrn. *Historia de la filosofía del Derecho y del Estado*,... op. cit. pp. 106-107.

⁶⁵ Clr. Guillermo Fraile. *Historia de la filosofía*, op. cit. p. 175.

⁶⁶ Clr. *Antología de autores griegos*,... op. cit. p. 42.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 54.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 64.

⁶⁹ Clr. Wilhelm Di ti hoy. *Historia de la filosofía* (Truel. Eugenio Imuz). FCE. México. 1975. p. 40.

⁷⁰ Clr. Amonio Truyol y Serrn. *Historia de la filosofía del Derecho y del Estado*, op. cit. pp. 115-119.

efecto, para la sofística sólo hay un principio permanente e inmutable de justicia: *la naturaleza fphysis*). De donde *absoluta es lo “justo por naturaleza” no lo ‘justo por ley’*.¹¹

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 vinculada 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 debernos contestar a una injusticia con otra injusticia* y Sócrates mismo dio el buen ejemplo: fue condenado injustamente a morir tomando la cicuta.¹¹ 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, inclusive 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

⁷¹ Cfr. Guido Fassò. *Historia de la filosofía del Derecho*. 1. op. cit., p. 31.

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 un 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 existió 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 *vii 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 *tiariani*. En verdad, Platón habla sobre esto de pasada en el *Entidemo*, 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 te harán beber la cicuta! Sócrates responde: ‘Porque me gusta aprender’. Si *hov los hombres descubrieran el pláceme 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, *filo-sofia*), 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. Milano. 1993. pp. VII-VIII. (La traducción es nuestra.)

¹¹ Cfr. Platón. “Apología de Sócrates”. *Diálogos*. Porrúa. México. 1975.

diálogos especialmente dedicado a este tema, *La República o de lo Justo*,¹⁴ esb
 ¿a su concepción de la justicia. Para Platón *la justicia es una virtud que*^{puel(e)}
referirse tanto al individuo como al Estado. En relación con este último la ^{JUS-}
justicia consiste en la armonía o equilibrio que debe existir entre los diversos esta-
meatos, grupos o dase que lo componen. En relación con el individuo, *la justj*
cia viene a ser la relación armónica entre sus diferentes virtudes.

101. Según la teoría platónica, en el Estado conviven tres estamentos, a saber: los *sci*
bios, 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 *trabajadorés*
o artesanos, a cuya responsabilidad quedan encomendadas las labores de soste-
 nimiento de la ciudad. *¿Cuándo es posible dicha relación armónica entre tales*
estamentos? Platón piensa que a cada estamento corresponde una virtud: *los sa-*
bios 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 jus-*
tos, quienes hacen posible el Estado justo. Congruente con tal presupuesto, nues-
 tro 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 volun-
 tad 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 *te justicia como virtud in-*
dividual y la *justicia como cualidad de las instituciones sociales*, es decir, la
justicia social. Sin embargo, el predicado es distinto del platónico. El concepto
 de justicia aristotélica en tanto virtud del hombre individualmente considera-
 do, es el del denominado "término medio". En efecto, *Injusticia 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 a medio camino entre lo que resulta demasiado y lo que
 resulta poco.

¹⁴ Cf. Platón. *La República o de lo justo*. Diálogos, op. til., pp. 433-621. Battaglia, respecto del significado de la Repú-
 blica platónica y su concepto de la justicia, opina: "El intelectualismo dominante de Sócrates (la tititidail 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 alea, se eleva tan alto que tu acción aparece en una esfera inferior, sin posibilidad de adecuación.
 Se engendra de tal modo el inundo de la República, realmente contemplativo por no ilceir utópico. El problema centrili
 que en esta grandiosa obra Platón plantea esci ile la justicia. Injusticia es la virtud por excelencia, vii tini suprema a la
 atal se le confía en el organismo de la vida la taren de asegurar el orden entre las partes, de tal moda que etnia ima
 cumpla su cometido y manifieste su 'virtud'sin 'umidir el campo de la otra. Se puede definir como relación armónica
 elitre las vahas parles y es idéntica tanto en el individuo conto en el Estado, leyéndose más claramente en el Estado por-
 que está inserita en grandes caracteres, en tamo que en el individuo está inscrita ron caracteres pequeños. El Estado
 exige que catín uno ejecute lo que le coi responde con relación til último frm de este cuerpo monti". Véase Felice Batlaelia.
 C tirso de filosofía del Derecho. Vol. i. Introducción y bosquejo (Traci Francisco Elias de Tejedá y Pablo Lucas Venid).
 Reus. Madrid. 1951. p. 135.

- Q4. *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 junción 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.*¹¹
- 105: Aristóteles se refiere también a una '**justicia correctiva**' o '**sinálgmática**', 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. *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.*^{11'}
106. Como se ve, *te justicia correctiva o sinálgmática aparece en dos aspectos distintos. Cuando preside las relaciones voluntarias, es decir, las que surgen del interés mutuo de las partes que en ellas participan para generarse —por eso Aristóteles las llama pacíficas—.* El objetivo de la justicia en este tipo de relaciones es hacer posible la *igualdad*, entendida ésta como *paridad de derechos y obligaciones.* Tal sería, por ejemplo, el caso de los contratos, donde la justicia 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**'.⁷¹

8.2.5 La justicia en Roma: üipiano y Cicerón

107. *Roma fue un pueblo de juristas, una civilización que otorgó un papel protagónico 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 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.*^{72, 73}

⁷⁸ Cfr. *ib id.*, p. 143.

⁷¹ *Ibid.*, p. 144.

⁷ *Ibid.* CIV. Norberi Brieskorn. *Filosofía del Derecho*, op. ni., pp. 110-113.

⁷⁴ Aldo Schiavone. "Il Giurista". *L'uomo romano*. Andrea Giardini (ed.). Editori Laterza. Bari. 1990. p. So.

108. Sin embargo, aunque Roma fue un pueblo de juristas y hombres con un oran sentido pragmático, no lúe una civilización con una proclividad especial a la ^{cs} Reculación filosófica. R. H. Barrow opina que el romano "(...) *se mantenía firme e incommovible sobre una base limitada de derecho y de deber— una mente con sciente del derecho—, negándose a extraviarse en cosas que estaban más allá de la facultad de comprensión del hombre [...]*"⁷⁹ En el ámbito jurídico la filosofó, 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. P_{or} ello, aquí nos limitaremos al estudio brevísimo de dos pensadores romanos, VU *piano* y *Cicerón*, esie último, sin duda, el gran filósofo del Derecho romano.⁸⁰
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 (*lustilia est constuns et perpetua voluntas ius suuin cuicjue tribuendi*).⁸¹ Esta concepción posee un par de elementos que son dignos de destacar. El de la *justicia como volición*, como la intención permanente, constante y peipetua, 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*⁸² 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, siium caique tribuere)*.⁸³
110. *Cicerón* (106-43 a.C.) es considerado como el intermediario entre la filosofía anega 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.⁸⁴ 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 la leyes positivas sino en la ley natura! que es suprema, igual en todos los tiempos, anterior a cualquier ley escrita y al Estado*, sin ésta sería imposible distinguir entre una ley buena y una mala.
111. Cicerón decía: "*La justicia es reina y señora de todas las virtudes*".¹⁵ Su objeto principal es que *ninguno haga daño a nadie* y que use las cosas comunes como * 1 * * 4

⁷⁹ R- H- Barrow. *Los romanos* (Trad. Margarita Villegas de Robles). FCE. México. 1978. p. 145.

⁸⁰ Los juicios sobre Cicerón como escritor y filósofo han sitio 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.

⁸¹ Ulpiano. ! 10. pr.. D.. de iustitia el iure. 1.1. y pr... de mstitin el iure. 1.1.

⁸² Cfr. Norberl Brieskom. *Filosofía del Derecho*, op. cil.. p. 206.

⁸³ Ulpiano. *Digesto*. 1.1. 10. 1. Una interpretación cuidadosa de los tria inris praecepta la realiza Ángel Sánchez de la Torre en su libro: *Los principios clásicos del Derecho*. Unión Editorial. Madrid. 1975. Este autor, en su texto, ha dicho: "Las Iria iuris praecepta constituyen, a nivel de la configuración de la conciencia colectiva de grupo humano civilizada, la imedintización de los criterios convivena'ales 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 progresa a través de la dimensión de vida humana que sea susceptible de ser organizada provechosamente en el ámbito del grupo considerado". Ut stipra. p. 167.

⁸⁴ Cf' José M. Rodríguez Panlagua. *Historia del pensamiento jurídico*. Facultad de Derecho. Universidad Complutense. Madrid. 1980. p. 60.

⁸⁵ Cicerón. *De Officiis*. 3.6. Obras completas (Trad. Martínez Herranz. Gayo Arias. Aldo Berli). Colección los Clásicos. Eial'. Madrid. 1973.

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'**.⁸⁷

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*.⁸⁷ 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 Hipona (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 medievo que tiene como máximo pensador a santo Tomás de Aquino.⁸⁸ Para comprender el concepto que de **justicia** elabora Agustín de Hipona, 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. Ésta 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.⁸⁹ Por consecuencia, *la tarea del legislador se concreta en acomodar la ley eterna a las circunstancias terrenales, particulares y cambiantes*.
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 concierta*, 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*

⁸⁷ Cfr. Guillermo Fraile. Historia de la filosofía, op. cit., p. 659.

⁸⁸ «F! propio Cicerón lo explica así en un pasaje célebre de su obra De República -Im recia razón, amjnmw a la naturaleza, grabada en nulas las corazones, inmutable, cierna, ana voz enseba y prescribe el bar,, apane del mal que prohíbe, y ora can sus mandatos, ara can sus prohibiciones, jamás se dirige ináililmente a los buenas ni queda unpaicnie ame las malas. Esta ley na puede ser contradicha, ni derogada en parte, ni abrogada! no podemos vemos c remas de su cumplimiento por el pueblo ni por el Senado; na hay que buscar para ella oltio comentador ni intérprete; no es umí ley en Roma y oirá en Atenas, sino una. sempiterna e inmutable entre todas las gentes y en todos los tiempos: ano seta siempre sn emperador y maestro, que es Dios, su inventor, sancionado! y publicado! y el hombre no puede dest conocerla sin renegar de sí mismo, sin despojarse de sn carácter humano y sin atraer sobre sí la más cruel el expiación, aunque haya logrado evitar todos los demás suplicios". Citamos de *Sobre la República*. Obras completas, op cit., p. 1462.

⁸⁹ Cfr. Jean Jolivet. "La filosofía medieval en Occidente" (Trad. Lourdes Ortiz). Historia de la filosofía. Voi. 4. Siglo XXI

Editores. México, pp. 16-26.

⁹⁰ Cfr. José M. Rodríguez Paniagua. *Historia del pensamiento jurídico*, op. ele. pp. 67-69.

olía asociación de *Iwwbres con fines abyectos*, como una sociedad de ladrones por ejemplo. “*Si se prescindie de la justicia* —escribió san Agustín— *¿qué son los reinos sino grandes latrocinios?*”⁹¹ 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. *La guerra es justa si tiene por objeto desliacbr una injusticia es decir, cuando las armas constituyen el único medio para hacer frente a la injusticia que priva entre los pueblos.*⁹²

8.2.7 Santo Tomás: justicia y bien común

116. *Santo Tomás de Aquino (1224-1274)* también conocido como el *Doctor Angélicas*, elabora su filosofía con base en el pensamiento aristotélico dándole a éste 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, mantiene 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 *teñ-ón 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.*⁹²
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 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 otdenada en vista del bien común.*⁹³ Esta discriminación entre las dos clases de leyes justas permite entender por qué santo Tomás afirma que si *una lev positiva o humana*, interesada sólo en asuntos humanos, *llegara a contrariar * IV.*

⁹¹ San Agustín. *La ciudad de Dios —De cimate Dei—* (Trac!. Santos Santamaría del Río). 2a ed Tecnos Madrid >010 IV. 5.

⁹² tir. Amonio Truyol y Sena. *Historia de la filosofí del Derecho y del Estado*, up. cit., p. 270.

⁹³ Cli. Guillermo Fraile. *Historia de in filosofía*. T, II (2o). Biblioteca de Autores Cristianos. Madrid. 197.S. pp. 468-470.

⁹⁴ Cl r. *idem*.

la ley natural debe seguir siendo obedecida, ya sea por razones de conveniencia o simplemente para conservar el orden social y la obediencia a la autoridad legítima, esto último con evidente acento socrático.⁹⁴

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 clímax 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.⁹⁵ 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 secularizador; 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*.⁹⁶
121. Considerado el iniciador del movimiento *Elugo 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 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.⁹⁷
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

«Cfr. Felice Battaglia, *Curso de filosofía del Derecho...*, op. cit., p. 176.

» Cfr. Amonio Trujol y Sena. *Historia de la filosofía del Derecho y del Estado. II. Del Renacimiento a Kant*. Biblioteca de la Revista de Occidente, Madrid, 1976, p. 139.

» "Los varios y complejos motivos [...] producen en los siglos XVII y XVIII un gran florecimiento de las doctrinas filosóficas políticas y filosóficas 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 estos siguen direcciones especulativas distintas y mire 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

^{1.7} Cfr. Miquel Villoro Toranzo. *Lecciones de filosofía del Derecho*. Porrúa. México. 1973. p. 264 y ss.

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 *hasta que surge el Estado es que puede hablarse de justicia*, porque *donde no hay ley no hay justicia 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 al Estado.^{98*}

123. *Benito 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*.⁹⁹
124. *John Locke (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*. Dichos derechos 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'.¹⁰⁰
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 procurar la seguridad y la paz común. Puffendorf *distingue* entre Derecho y 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 ya 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.¹⁰¹

⁹⁸ Cfr. Thomas Hobbes. *Leviatán* (Trad. Manuel Sánchez Sano), FCE, México, 1982, Partes I y II. Cfr. Harry Burrows Acton. "Hobbes y el hobbismo" (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.

⁹⁹ Cfr. Sylvain Zac, "Spinoza", *Racionalismo...* op. cit., pp. 88-98.

¹⁰⁰ *Idem*.

¹⁰¹ Cfr. Carl Joachim Friedrich. *La filosofía del Derecho* (Trad. Margarita Álvarez Franco). FCE. México. 1969. pp. 168-171

26. *Cristian Tomasio (1655-1728)* es el último representante que aquí estudiaremos de la Escuela clásica del Derecho natural. Para nosotros su aportación fundamental es 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, 'Ta 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 *ium* son *coercibles*.¹⁰²

8,2.9 La justicia en los clásicos españoles del Derecho natural

127. Durante el primer tercio del siglo xvt y buena parte del xvñ 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.¹⁰³ 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*.^m De entre los varios neoscolásticos españoles prestaremos aquí atención a las ideas de *Francisco de Vitoria, Domingo de Soto y Francisco Suárez*.
128. *Francisco de Vitoria (1492/3-1546)* perteneciente a la orden de Santo Domingo y profesor de 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 ínter gentes*. Aprueba la idea de la *guerra justa* cuando *constituye 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.¹⁰⁵ Vitoria se mantiene en la línea de la *ley natural* como *fuerza y guía de las leyes positivas*, si éstas son contrarias a aquélla no tienen el carácter ni fuerza de ley, son *injustas*.¹⁰⁶

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.

»» Cfr. A. Truyol y Serra: op. cit., pp. 561-52 y J. Corts Grau: op. cit., p. 435.

^mw Ibid.

ⁿ Cfr. A. Truyol y Serra. op. cit., pp. 54-58.

¹⁰⁶ Cfr. J. Corts Grau. op. cit., p. 439.

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 ture*. De Soto ve en la *justicia unci 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 circunstancias, 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*.¹⁰⁷
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, vía penetración 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.¹⁰⁸

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 xviii 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*.¹⁰⁹ Y, ¿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*,¹¹⁰ *centra el valor de las acciones no en las acciones mismas sino en sus efectos*. A falta de una consecuencia positiva no hay utilidad, y no habiendo ésta no hay

¹⁰⁷ 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.

¹⁰⁸ Cfr. J. I. Corts Grau, *op. cit.*, pp. 493-501.

¹⁰⁹ Cfr. F. Battaglia, *op. cit.*, 327. Véase, también: C. J. Friedrich, *La filosofía del Derecho*, *op. cit.*, pp. 128 y ss.

¹¹⁰ Cfr. C. S. Niño. Introducción **al...**, *op. cit.*, pp. 391 -392. Niño 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*.

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**, etc., *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 famoso ejemplo de dos hombres que impulsan, sin previo acuerdo, un bote de remos y que, si desean llegar a alguna parte, forzosamente tendrán que ponerse de acuerdo y remar en la misma dirección.
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. La paz y el orden son consecuencia de injusticia*.¹¹
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'*.¹²
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*.¹³ Por lo que hace a su visión utilitarista Mili piensa que *para alcanzar la propia satisfacción debe que-*¹¹¹

¹¹ G. Fraile: *Historic...* Toma III, op. di., capítulo XX111.

¹² Cfr. C. J. Friedrich, op. rii., p. 148.

¹³ Cfr. Isaiah Berlin. *John Stuart Mill y los lines de la vida* (Trad. Natalia Rodriguez Salmones). Alianza Editorial. Madrid. 1986. p. 9.

rene y promoverse también la satisfacción ajena. Es la adaptación psicológica de Jas y personas nos impulsa a procurar, inseparablemente, no sólo los bienes propios sino los del resto de los hombres, adaptación psicológica que conforma la llamada '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*¹¹⁴ 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".*¹¹⁵ ¿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: *"La única libertad que merece este nombre es la de buscar nuestro propio bien, por nuestro camino propio, en tanto no vivemos a los demás del suyo o les impidamos esforzarse para conseguirlo"*.¹¹⁶
138. La doctrina de Mili previene no sólo contra los riesgos del **despotismo** sino, incluso, del **perfeccionismo**, pues 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). 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"*.¹¹⁷

8.2.11 Rousseau: el contrato social

139. *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 denunciado 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.

¹¹⁴ C. B. John Stuart Mili. **Sobre la libertad** (Trad. Pablo de Azcárate). Alianza Editorial. Madrid. 1986.

¹¹⁵ J. S. Mili. *Op. cit.*, p. 66.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 69.

¹¹⁷ *Ibid.*

40 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 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*.¹⁸

41 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. Éste 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*.¹⁹

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 Derecho¹²⁰ 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.¹²¹ 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

¹⁸ Cfr. Juan Jacobo Rousseau, *El contrato social* (Trad. Daniel Moreno), Porrúa, México, 1982.

¹⁹ 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 Sauz Guijarro y Pablo Velasco Martínez), en *Racionalismo, Empirismo, Ilustración*, Historia de la Filosofía. Tomo 6. Siglo XXI Editores, México, 1976.

¹²⁰ El análisis detallado de la *diferenciación entre Derecho y moral*, de acuerdo con Kant, la hicimos en el inciso 3.1.3. capítulo 3. primera parte, de esta obra.

¹²¹ Cfr. J. M. Rodríguez Paniagua. *op. cit.*, p. 137.

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: “*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*”.²² ¿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, entre otros derechos fundamentales, buscan en última instancia que las personas no 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 *atribulo 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 a! arbitrio, que es el proceder caprichoso y no racional*.¹²³
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.¹²⁴

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

²² C. 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.*

¹²³ Cf. Karl Lasser, *El concepto del Derecho en Kant* (Trad. Alejandro Rossi), Universidad Nacional Autónoma de México, 1959, p. 51.

¹²⁴ Cf. r. *ihiiil*.

en relación con el iusnaturalismo cabría llamar pendular, el *historieismo 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 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*.²⁵

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*.¹²⁶

8.2.14 Stammier: el Derecho justo

149. Corresponde a *Rudolf Stammier* (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 *Stammier*, 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*.²¹
150. *Stammier* 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? *Stammier* 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*.²
151. Según *Stammier* lo inevitable de la pregunta sobre la justicia del Derecho indica en que *cualquiera que actúe de forma crítica no podrá esquivar el pregunta: ¿se 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

¹⁵ *J., an 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 refiere a una constante en la evolución jurídica, *el espúlu de las leyes*, título homónimo de su obra capital. Véase Giorgio del Vecchio, *Filosofía del Derecho*, op. cit., pp. 76-82.

¹²⁶ Cfr. *Federico Carlos de Savigny*, *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho*, op. cit. En este punto hemos seguido el análisis que de la obra de *Stammier* 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 *Stammier* aparece en el libro ya citado de *José Ma. Rodríguez Paniagua*. *Historia del pensamiento jurídico*, pp. 213-222.

¹²⁸ *Ib id.*

la existencia de un juicio independiente de la expresión positiva del Derecho >or 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 dados. Es injusto, en cambio, cuando no cumple con lates criterios o va no se corresponde con los mismos.*¹²⁹

8.2.15 Del Vecchio: el sentimiento de justicia

152. La obra de *ffiorgio 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* "F.l Derecho natural es. pues —acota el propio autor— *el criterio que permite valorar el Derecho Positivo y medir la intrínseca justicia del mismo*".¹³⁰ Conviene decir que el filósofo italiano achaca al lusnaturalismo clásico el haber atribuido al Derecho natural una *verdad fenoménica que no te 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"*.¹³¹
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.¹³²
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 a! Derecho: jamás se ha dado*

¹²⁹ *Ibid.*

¹³⁰ "G.org.o del Vecchio. *Filosofía del Derecho*. np. cit., p. 526. Véase también del mismo autor. *Supuestos, concepto y paucipio del Derecho* (Trad. Cristóbal Masso Escotén. Bosch. Barcelona. 1962.

¹³¹ Del Vecchio. *Filosofía.... op. cit.* p. SIS.

¹³² C Ir. *Giorgio del Vecchio. Los principios generales del Derecho, op. cit.*

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. ¹³³

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 nacionalsocialista, 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*”.¹³⁵ Pues bien, en el primer Radbruch, el Radbruch iuspositivista, *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.”*¹³⁶
157. En el ensayo antes citado, *la transformación experimentada por Radbruch es sustancial*, ya que acepta una excepción fundamental a la regla antes citada, 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.¹³⁷ 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”.¹³⁸ 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 abocamos al estudio de la posición kelseniana en torno a la *justicia*.¹³⁹ ¿Poi qué?

¹³³ Del Vecchio. *Filosofía...*, op. cit.

¹³⁴ Cfr. Gustav Radbruch. *Filosofía del Derecho* (tráfl. J. Ivíeaina Cnavuñia). Revista de Derecho Privado. Madrid, 1935. Véase Gustav Radbruch. *Introducción a la filosofía del Derecho* (Trad. Wenceslao Roces), Fondo de Cultura Económica. México. 1985, pp. 31-42.

¹³⁵ “*Bajo la mi pies ion el nacionalsocialismo, a fines de 1945 —Radbruch, explica Lothar Kuhlen— escribía: “La ley es la ley dice el jurista... La ley vale porqas ley y es ley cuando en la generalidad de los casos tiene el poder de imponerse a los individuos. 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. [...] partes enteras del derecho nacionalsocialista no hirieron nunca la dignidad del derecho. [...] 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. cit., p. 181.*

¹³⁶ Ralf Dreier, “*Derecho y moral*”, en *ibid.*, p. 81.

¹³⁷ *Clr. ibid.*, p. 82.

¹³⁸ *Ibid.*

¹³⁹ véase de este libro el capítulo 3 de la primera parte, denominado El Derecho y la moral.

Recordemos que *Hans Kelsen (1881-1973)* piensa que [...] "*En tanto injusticia es una exigencia de la moral, la relación entre la moral y el derecho queda comprendida en la relación entre justicia y derecho*".¹³⁰ 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 de) 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 nacido en Praga Y formado en Austria evadió enfrentar directamente el problema de la *justicia*, 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 de! 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*".⁴¹ 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 amorala. 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 (unción 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*.⁴¹ "*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*".¹⁴³

8.2,18 Hart: la justicia como la más pública y jurídica de las virtudes

161. El análisis que de *justicia* realiza *II. 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*

⁴¹ H. Kelsen. *Teoría pura...* op. di., p. 72.

¹³⁰ Hans Kelsen. *¿Qué es la justicia?* (Trad. Ernesto Garzón Valdés). Distribuciones Fontamara México 199* > nn 75-76

¹³¹ C'fr. *ibid.*

¹⁴³ H. Kelsen. *¿Qué es la justicia?* op. cu., pp. 84-85.

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 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".¹⁴⁴

- 1.6.2. Hart define a la justicia como "la más pública y jurídica de las virtudes".¹⁴⁵ ¿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".¹⁴⁶ 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.^{145 * 147}
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".^{148 * 150}

8.2.19 Rawls: Sa 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)*.¹⁴⁹ 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.¹⁴⁰ 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 tra-

¹⁴³ H. L. A. Hart. *El concepto de Derecho. op. cit.*, p. 196.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 208.

¹⁴⁶ *Ibid.*

¹⁴⁷ Cfr. *ibid.*, p. 199.

¹⁴⁸ *Ibid.*

¹⁴⁹ » John Rawls. *A Theory of Justice*. The Belknap Press of Harvard University, Cambridge, Massachusetts: 1980.

¹⁵⁰ Cfr. *ibid.*, p. viii.

bajo 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.

166. Rawls coloca a la *justicia*, de nueva cuenta, en un sitio protagónico, considerándola como "(...) *la primera virtud de las instituciones sociales...*"¹⁵¹ 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, etc. 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.¹⁵² *
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*¹⁵³ 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*)¹⁵⁴ y donde ninguno conozca ('*velo de ignorancia*')155 * 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*.¹⁵¹ 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, piensa 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*".¹⁵¹ Es decir, las personas podrán gozar y ejercer libertades tales

¹⁵¹ J. Rawls. *op. cit.*, p. 4.

¹⁵² Cfr. *ibid.*, p. 7.

¹⁵³ 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*". *Ut supra*.

¹⁵⁴ *Ibid.*, pp. 12 y ss. Cfr. Chandran Kukathas y Philip Pettit, *Rawls. A Theory of Justice and its Critics*. Stanford University Press. Stanford, California. 1990. pp. 17-34.

¹⁵⁵ Cfr. J. Rawls, *op. cit.*, p. 12.

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 303.

¹⁵⁷ *Ibid.*, pp. 60 y 302.

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.*

-] 70. 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".¹⁵¹
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 el acceso a una universidad, por ejemplo. Este condicionamiento del segundo principio *enfatisa 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, entre otras. 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^{158 159} 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.* "¹⁶¹
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

¹⁵⁸ *Ibid.*, pp. 60-61 y 302-303.

¹⁵⁹ 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.

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 302.

defina la **injusticia** en términos muy simples, como “[...] *las desigualdades que no redundan en el beneficio de todos*”.¹⁶⁷

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.¹⁶⁵ La trascendencia del esfuerzo de este autor radica, entre otras 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.

8.2,20 Dworkin: ios derechos en serio

176. Indudablemente, el pensamiento iusfilosófico de *Ronald Dworkin* se ha convertido es uno de los más influyentes del siglo xx y de lo que va de la presente centuria;¹⁶⁷ varias son las razones. Para empezar, si bien es cierto que no fue el primer autor en hablar de la importancia de los ‘*principios*’¹⁶⁴ su mérito indudable consistió en colocarlos a la par de las normas jurídicas y sostener, contrariamente a lo señalado por Hans Kelsen o H. L. A. Hart, que *los sistemas jurídicos, además de estar compuestos por normas —reglas de comportamiento—, cuentan con políticas públicas y, sobre todo, con estándares de corrección, a saber, los aludidos ‘principios’*. *Éstos resultan especialmente determinantes porque sirven para auxiliar a los jueces en la resolución de los casos difíciles*; esto es, aquellos donde existe incerteza debido a la pluralidad de normas aplicables o la presencia de antinomias.¹⁶⁵ El impacto de esta afirmación, argumentada en lo que hoy constituye un icónico artículo dirigido contra el normalismo kelseniano y

¹⁶¹ J. Rawls. *op. cit.*, p. 62.

¹⁶² Cfr. Kukathas y Pettit, *op. cit.*, p. 60.

¹⁶³ El pensamiento de Dworkin es amplio y complejo, aquí se hará alusión sólo a dos aspectos de éste: su posición en torno los ‘*principios*’ y a su tesis de ‘*los derechos en serio*’. El primero porque tiene que ver con la cuestión de las relaciones entre el derecho y la moral, mismas que han sido abordadas introductoriamente en el Capítulo 3 de este libro; y el segundo, porque constituye, en nuestro criterio, un razonamiento central para la determinación de lo que debe entenderse, para Dworkin, por un sistema jurídico justo.

¹⁶⁴ Autores como Giorgio del Vecchio, Ángel Sánchez Alatorre, Esser, Larenz, entre otros, y desde sus distintas trincheras iusfilosóficas, habían ya hablado tanto de *principios peñeros del derecho*, como de ‘*principios*’. simple y llanamente. El enorme mérito de Dworkin consiste en explicar la singular importancia de los principios como protagonistas de los sistemas jurídicos. Su concepción, por ende, va más allá de la idea tradicional de circunscribir a tales principios una tarea exclusivamente integradora. Para un referencia más precisa sobre esta circunstancia, véase Mario I. Álvarez Ledesma, voz ‘*Principios generales del Derecho*’, en Diccionario Histórico Judicial de México. Ideas e Instituciones. Tomo II P-Z. Suprema Corte de Justicia de la Nación. México. 2010. pp. 1427-1433.

¹⁶⁵ Señala textualmente Dworkin: “[...] *cuando los juristas razonan o discuten sobre derechos y obligaciones jurídicas, especialmente en aquellos casos difíciles en que nuestros problemas con tales conceptos parecen agudizarse más. echan mano de estándares que no funcionan como normas, sino que operan de manera diferente, como principios, directrices políticas y otros tipos de pautas. Argumentaré que el positivismo es un modelo de y para un sistema de normas, y sostendré que su idea central de una única fuente de derecho legislativa nos obliga a pasar por alto los importantes papeles de aquellos estándares que no son normas*”. Ronald Dworkin. *Los derechos en serio* (Trad. Martha Guastavino). Planeta. Buenos Aires, p. 72.

haitiano (*¿Es el Derecho un sistema de normas?*);¹⁶⁶ implicó dos cuestionamientos de fondo que cimbraron las teorías iuspositivistas más importantes de) siglo pasado, suscritas, ni más ni menos, que por los ya citados juristas.

177. El primer cuestionamiento toma forma en el momento en que Dworkin, al sostener que un elemento ineludible de los sistemas jurídicos son los **'principios'**,^{11,7} *está afirmando consecuentemente que un ingrediente fundamental de los ordenamientos jurídicos lo constituyen estándares de corrección identificables, precisamente, de la manera contraria a aquella en que, según Kelsen, se determina que algo es norma jurídica, esto es, por su contenido y no por su forma de producción. Ello quiere decir que si en el Derecho, además de diversas clases de reglas o normas, existen estándares de corrección, que no son otra cosa que criterios valorativos, parámetros éticos o morales, la idea kelseniana de la separación entre el derecho y la moral y su irrelevancia nietológica para identificar y explicar a un sistema jurídico (la famosa Teoría pura del Derecho), se derrumba. En suma, ni hay tal separación tajante entre derecho y moral, ni los sistemas jurídicos son exclusivamente un conjunto de reglas o normas de diferente tipo.*
178. El segundo cuestionamiento, basado en el mismo argumento acerca de la existencia de los principios, *descalifica, por extensión, uno de los conceptos centrales, sino es que el central, de la teoría haitiana, a saber, la famosa regla de reconocimiento (rule of recognition)*. Recordemos que esta *regla secundaria*¹⁶⁸ es el criterio hartiano determinante para establecer cuándo estamos frente a un sistema jurídico y cuándo no. Por lo tanto, aquélla constituye un elemento objetivo importantísimo que sirve, sin embargo, de acuerdo con Dworkin, *sólo para dar cuenta de la existencia (validez) de las normas jurídicas, pero no para hacerlo respecto de los principios*. La *rule of recognition* de Hart también queda, al parecer, herida de muerte.¹⁶⁹
179. Amén de lo anterior, Dworkin considera, conteste con todo lo dicho y de ahí que se le asigne el calificativo de neo-iusnaturalista.¹⁷⁰ *que las personas no sólo poseen los derechos que un sistema jurídico les asigna, existen 'derechos morales' que incluso están reconocidos en la Constitución de los Estados Unidos de*

¹⁶⁶ Ronald M. Dworkin. "¿Es el Derecho un sistema de normas?" (Trad. Javier Sáiz; de los Terreros), en *Filosofía del Derecho* (comp.t. Breviarios 288. FCE. México. 1980.

¹⁶⁷ "Llamo 'principio' —señala Dworkin— a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad. *Ibid.*

^m En el Capítulo 1 de este libro se explicó que para Hart, lo que distingue a un sistema jurídico es, básicamente, la existencia sistémica (interactuante) de dos clases de reglas: *reglas primarias* (reglas de comportamiento, que otorgan derechos y deberes), y, *reglas secundarias*, las que pueden ser de *cambio* (qué reglas entran al sistema y cuáles salen o se derogan); *adjudicación* (reglas que establecen cuándo se viola una norma, cuál es el castigo y quién decide ambas cosas) y de *reconocimiento* (reglas que determinan cuáles son las normas que pertenecen a un sistema jurídico). Véase, al efecto, el inciso 1.1.2.1 de dicho Capítulo.

^m No es éste el espacio para explicar las distintas respuestas que el iuspositivismo brindó a las críticas de Dworkin, Un espléndido análisis de tales respuestas y sus efectos en la teoría moderna del derecho se encuentra en la ya citada obra de Rafael Escudero Alday. *Los calificativos del Positivismo Jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral*. Thomson-Civitas. Madrid. 2004.

¹⁷¹ El propio Dworkin alude a la '*verdad del iusnaturalismo*' cuando sostiene que el razonamiento jurídico, especialmente en los llamados '*casos difíciles*', depende del razonamiento moral y, por lo tanto, ambos no pueden separarse como pretende, precisamente, del iuspositivismo.

Norteamérica¹⁴ Así las cosas, la relación entre el derecho y la moral no es ni necesaria, ni conceptual, sino fáctica, pues es imposible en la práctica separar el razonamiento jurídico del razonamiento moral. En consecuencia, *la función central que deben desempeñar los sistemas jurídicos es la de proteger tanto los derechos legales como esos otros derechos individuales de carácter moral*¹⁷² que están presentes tanto en la ley como en el razonamiento de los jueces, sobre todo en los casos difíciles. Estos derechos se deben detentar y ejercer Sun frente a los intereses de la mayoría y los posibles intentos de ésta (incluso democráticamente) por anularlos o suprimirlos.¹⁷³ Tales derechos constituyen lo que Dworkin llama 'cartas de triunfo social' (como los derechos humanos, por ejemplo) **que el sistema jurídico, para ser justo, debe garantizar frente a cualquier clase de pretensión.**¹⁷⁴ **Únicamente cuando un sistema jurídico puede garantizar los derechos de los individuos frente a supuestos objetivos sociales y las pretensiones de las mayorías, el sistema jurídico en cuestión se está tomando en serio los derechos.**¹⁷⁵ De otro modo, los sistemas jurídicos terminan por convertirse en un obstáculo para el progreso moral y, por ende, no podrán ser calificados de justos. Concluye Dworkin: "El Gobierno no conseguirá que vuelva a ser respetado el derecho si no le confiere algún derecho a ser respetado. Y no podrá conseguirlo si descuida el único rasgo que distingue al derecho de la brutalidad ordenada. Si el Gobierno no se lome los derechos en serio, entonces tampoco se está tomando con seriedad el derecho".¹⁷⁶

CUADRO 8.10 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. La Ley (Themis) como decreto de carácter sagrado.
- **Hesiodo:** Ensalza la idea del Derecho (Diké) que se opone a la arbitrariedad (hybris). La justicia como fuerza racionalizadora y ordenadora de la realidad.
- **Anaximandro:** La justicia es el retorno de todas las cosas a su primer principio, conforme a la ley de estricta justicia que rige el curso del universo.

(continúa)

¹⁴ Escribe, textualmente, Dworkin: "La Constitución funde problemas jurídicos y morales, en cuanto hace que la validez de una ley dependa de la respuesta a complejos problemas morales, como el problema de si una ley determinada respeta la igualdad inherente de todos los hombres". R. Dworkin. *Los derechos en serio*, op. cit., p. 277.

¹⁷² Dworkin, al comentar la idea de la posición original de Hart, reconoce la existencia de derechos naturales de la siguiente manera: "Parece ajeno suponer, pues, que la teoría profunda que respalda la posición original debe ser algún tipo de teoría basada en derechos. Hay otra manera de expresarlo, que hasta ahora he venido evitando. Debe ser una teoría que se base en los conceptos de derechos que son naturales, en el sentido de que no son producto de ninguna legislación, convención o control hipotético. Si he evitado esta formulación es porque, para muchas personas, tiene asociaciones metafísicas que la descalifican". *Ibid.*, 267.

¹⁷³ Escribe al respecto Dworkin: "La institución de los derechos es, por consiguiente, crucial, porque represento la promesa que la mayoría hace a las minorías de que la dignidad y la igualdad de éstas serán respetadas". *Ibid.*, p. 303.

¹⁷⁴ Señala Dworkin expresamente: "[...] podemos decir que la justicia como equidad descansa sobre el supuesto de un derecho natural de todos los hombres y todas las mujeres a la igualdad de consideración y respeto, un derecho que poseen no en virtud de su nacimiento, sus características, méritos o excelencias, sino simplemente en cuanto seres humanos con la capacidad de *Iwcer planes y de administrar justicia*". *Ibid.*, p. 274.

¹⁷⁵ Esta idea, la de tomarse los derechos en serio, es central en el pensamiento de Dworkin acerca de la justicia. Ello explica que, su obra principal reciba, precisamente, ese nombre: *Taking rights seriously* (Los derechos en serio).

¹⁷⁶ R. Dworkin. *Los derechos en serio*, op. cit., 303.

CUADRO 8.10 Repaso histórico de algunas doctrinas sobre la justicia (continuación)

- **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 es un 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 es igualdad fisonomía) y la igualdad es la base de la democracia.*
- **Esquilo:** *Toda injusticia comporta necesariamente la justicia como destino, manifiesto.*
- **Sófocles:** *Existe un posible antagonismo entre leyes humanas y divinas. Las leyes humanas no son válidas si se oponen a las divinas.*
- **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, Hippias, Calicles, Trasímaco:** *Las leyes 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.

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 abstractos.

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 aquel que tiene a su cargo la comunidad.

CUADRO 8.10 Repaso histórico de algunas doctrinas sobre la justicia (continuación)

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 si.*

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 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: *Libertad es afirmar la soberanía del individuo sobre sí mismo. Mi 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.

CUADRO 8.10 Repaso histórico-de algunas doctrinas sobre la justicia (continuación)

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, esta 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, no 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.

19. Dworkin: Los derechos en serio

Cuando un sistema jurídico es capaz de garantizar los derechos de los individuos ('cartas de triunfo social') frente a supuestos objetivos sociales o pretensiones de las mayorías, el sistema jurídico en cuestión se está tomando en serio los derechos y por ende está actuando justamente.

8.3 Acceso a la justicia

180. 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 lo justo 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 minusvalorar y hasta ignorar en sus efectos.

181. Afortunadamente, esta *proclividad a pensar que el Derecho todo lo puede 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.
182. 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 ja justicia* 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.
183. 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.
184. 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*.¹¹¹ En efecto, *el Derecho no es un fenómeno que se verifique en un ámbito atemporal, y jamás se presenta solo o aislado*.TM
185. 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 por qué se dan unos y otros, cómo se generan y caracterizan, resultará prácticamente imposible determinar, y en su momento implementar, las medidas preventivas y correctivas

¹¹¹ Véase, respecto a estos factores lo dicho en el capítulo I de este libro, inciso 1.4.

TM Véase Norberto Robbio. *Teoría del Ordenamiento jurídico*, op. cit., p. 189.

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, harto 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.

186. 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 vaiorativo del Derecho* (a.e.v.).
 - 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

187. Ahora bien, el tema del *acceso a la justicia* —y la problemática que conlleva— pueden ser conceptuados, entendidos y estudiados, al menos, desde una tercia de puntos de vista desde otras tantas disciplinas. El primero podría ser desde la *Dogmática jurídica* en general o desde el **Derecho positivo de los derechos humanos**,¹⁷¹ 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*

¹⁷¹ 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 coord. académico. San José. 2000.

que poseen los gobernados consistente en la facultad de acceder, en forma individual o colectiva y 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

188. 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.
189. Para empezar se trata de un derecho que se consagra en una *garantía*, en tanto estatuto técnico instrumental, que por supuesto debe poseer nivel constitucionales 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. Además, puede ser ejercido en forma individual o colectiva, como es el caso de llamada class action, en el Derecho sajón o las acciones colectivas, precisamente por ello así nominadas, en los sistemas de impronta iusromanista.*
190. 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.*
191. 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.*
192. 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 falta 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 disuadirá cualquier potencia! 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.
193. 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 cotnple-*

lo de acciones, ya individuales, ya colectivas, alternas, jurisdiccionales y lo no jurisdiccionales. 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.*

- j 94 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.*
- 195 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.*
196. 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 Injusticia, *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.
197. 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, etc. 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.¹⁸⁰ 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 ese tema suele tratarse.
198. 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.*¹⁸¹

¹⁸⁰ Un ejemplo arquetípico de este tipo de análisis de encuentra en obras como la de John Elster. *Justicia local De que maña las instituciones distribuyen bienes escasos y cargas necesarias*— (Trad. Elena Alterman). Gedisa. Barcelona. 1994.

¹⁸¹ Cfr. John Rawls. *A Theory of Justice, op. cit.* pp. 4. 7. 60. 61. 302 y 303. Véase también la Conferencia V "Pondad de lo justo e ideas del bien" en J. Rawls. *Liberalismo político* (Trad. Sergio René Madero Báez). FCE. México. 1996. pp. 171-199.

199. Esta consideración previa nos permite coincidir, asimismo, con **la afirmación y** 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*.
200. Aceptar un concepto de justicia de este tipo implica conceder en que ésta posee una *naturaleza referencia! o paradigmática*, esto es, que las conductas o acciones humanas y el desempeño de las instituciones sociales son justas o injustas 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, dilémicos o especialmente difíciles*.^{*2}
201. Obviamente, es en el análisis de los elementos, valores, criterios de utilidad o razonabilidad 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 pi opuesto 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.
202. 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 Injusticia 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* ⁵

Alejandro Tomasín, en uno de sus trabajos ha escrito respecto del *lenguaje valorativo* algo que resulta fundamental “La idea del mundo incorpora la idea de finalidad. El hablante no es una mera máquina cargada con un “programa” para la consultorio., de oraciones. El hablante no es meramente un hablante, es también un sujeto. Con el sujeto empero apatece la alea del punto de vista. deposición única frente al mundo. El mundo se vuelve entonces para el sujeto Nada de esto, como ^S’be’hus s’bra’ 1105 compromete con el idealismo, en ninguna de sus versiones. Ahora bien, lo que con el sujeto-hablan,e aparece es precisamente la idea del valor del mundo, de los hechos, del sentido de las cosas Es pues ^{im} ^p ^{es} ^{si} ^{bl} ^{se} ^{me} ^{se} ^{el} ^{valor}. Una cosa es que la expresión del valor sea algo difícil de aprehende, y otra que sea evitablon unante .A. Tomasín. Fe . en *Nuevos ensayos de filosofía de la religión*. JHG Editores. México 1999 p 99
 R. esperto de los valores y su inserción en un sistema jurídico puede consultarse de Luciano Parejo Alfonso. *Constitución y valores del ordenemelo*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid. 1990.

tesitura de calificar o no a un Estado como de Derecho, la eficacia del acceso a la justicia será determinante.

203. Repasemos ahora el predicado de la *Tesis del doble estándar valorativo del Derecho* (dev) 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.

8.3.2 Justicia y doble estándar valorativo del Derecho

204. Partiremos del siguiente concepto de Derecho: *sistema de normas y principios (identificables por una forma de producción los primeros, 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).
205. 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*.
206. 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 (heterónimo, coactivo, cuyas normas pertenecen al sistema por virtud de norma suprema, etc.)¹⁸³ 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.
207. 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 y no otra, de ser sujeto a la pena capital), pero que constituyen, a fin de cuentas, una garantía jurídica.¹⁸⁴

¹⁸³ Norteño Bobbio ha definido el ordenamiento jurídico como *una totalidad ordenada compuesta por normas compatibles unidas en relación con una norma fundamental*. Cf. N. Bobino, *op. ni.*, pp. 80 y sig.

« Ernesto Garzón Valdés respecto de la *seguridad jurídica* ha escrito, en el mismo sentido de lo establecido aq. que.

• () *cualquiera que sea la concepción moral que se sustente, has un calor que, odo sistema jurídico positivo nene qm respetar: el de la seguridad jurídica (entendida en el doble sentido de la convivencia pacífica y de la previsibilidad de ha norma, jurídicas). U, tastana presenta una enorme variedad de sistemas en los que el respeto de la equidad (o d 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, na habría, pues, conflicto alguna entre seguridad e njusnea. La cuestión es sabe, s, erice algún sistema jurídico-político en el que la violación de toda justicia vuelve imposible también la seguridad en el doble senado de la palabra. Un sistema tal tendría que utilizar un procedimiento formal y materialmente arbitrario para*

208. De tal suerte, parece incontestable que la *seguridad jurídica* otorgada por el Derecho permite saber, con razonable antelación y certeza, que es lo que un gobernado puede hacer y qué es lo que, a su vez, la autoridad tiene permitido llevar a cabo.
209. 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 iguala a los sujetos 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*.
210. *Estos tres valores —orden, seguridad e igualdad jurídicas— resultado 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*.
211. Cuando el Derecho, y esta consideración es de especial importancia, se aplica por vía de su legalidad —independientemente de cuáles 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.
212. 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?
213. En efecto, estas preguntas son insoslayables. La creación y aplicación de normas jurídicas no puede hacerse sin consideración alguna a valores o principios,¹⁸⁵ 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.

la aplicación de sanciones, horror, toda diferencia entre los jurídicos, entre culpables y los inocentes y has, a manifestar una cierta tendencia a ensogar 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, omisiones sino que, por razones de raza o religión, fueron considerados desuertos de la represión estatal. Estas disposiciones —sin duda represión de barbarte— permitan, con todo, identificar a las personas en su propia mente, garantizaban una cierta seguridad jurídica. E. Garzón Valdés "Derecho moral". en *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, op. cit., pp. 25-26

¹⁸⁵ La llamada *tesis de la subsunción* sostiene que la aplicación y concepción del Derecho se pueden llevar a cabo al maren (e cualquiera consideración valorauva. Se Halaría, pues, siguiendo criterios *bobbians*, de una forma de iuspositivismo

- 914 Ciertamente, 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* *I valores, principios, aspiraciones sociales, paradigmas*) constituyen el *segundo estándar valorativo del Derecho* (SEV).
- 9)5. 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 paradigmas caminan paralelos al PEV y constituyen la razón de ser de éste, lo explican y justifican.¹⁴
- 9)6. 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 poi una

ideológico, o sea. prácticamente inexistente a no ser para efectos de disputas teóricas. Al electo vease de Norbert Hoexter *En defensa del positivismo jurídico*, op. cit., p. 11.

... 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 imy forma de construir una teoría de los valores y un ordenamiento que presan, leudo del duerna 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 que sirven de base al poder como valores superiores se insertan en el Derecho como valores superiores, es decir, como normas básicas que orientan y dirigen y fundan la producción de otras normas en la cadena de validez que supone el ordenamiento jurídico. En el ordenamiento jurídico superior la idea plasmada en el artículo 1.1 de la Constitución española de 1978... se sitúan en un sistema normativo, del Derecho, ocupan en el Ordenamiento un puesto de norma básica material y que, con ese sentido, corrige la idea de ordenamiento dinámico de Kelsen. sólo basado en dimensiones formales, de normas que sirven en otras normas y normas que ejecutan los órdenes de producción emanadas de las primeras. Necesariamente la aceptación de valores superiores del ordenamiento lleva consigo el ajuste del ordenamiento a la realidad, de un ordenamiento, o corregido que, suma contenidos de moralidad legal, jurídica. ... 1. Lo idea de valores superiores, de normas en coordinación con la idea de Poder, como hecho fundante básico, que mantiene casa upo, al Derecho, su validez y su eficacia, distribuye en una dimensión fáctica y otra jurídica la compleja idea humana de regla y de conocimiento. que está a caballo entre lo normativo y lo realidad social. Recoge bien la idea de un poder, como mi conjunto de instituciones, de fuerzas sanas, 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 núcleo de esta idea, el núcleo de la idea unificada, en lo representado, 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, jurídica, pot superar la antítesis Derecho Natural-Derecho Positivo. Los valores superiores son las principios del sistema que aun, en la comunicación entre el Derecho fundante básico y la norma básica material ... 1. Los valores superiores solo 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, político y jurídico, superan la idea positivista de que los principios son sólo internos y « deducen del sistema de Derecho pasturo y superan la idea inhumana, distante de que los principios son sólo estemos y que se completan como ideas prácticas en su orden normativo ajeno al del Derecho positivo, del Derecho Natural. Frente a esos valores superiores, los valores superiores, mas son ideas, la misma idea, en los valores sucesivas de su dimensión, jurídica, jurídica. Clr. op. cu., pp. 114.*

parte priven de la vida a alguien, sancionándolos (*igual*): 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.

217. Esta forma de funcionamiento del Derecho puede explicar varias 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 cjué 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 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.I.

218. 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

<p>CUADRO 8.10.A El Derecho EN TÉRMINOS DE LA Tesis DEL DOBLE ESTÁNDAR Valorativo (DEV)</p>
<p><i>Primer Estándar Valorativo (PEV)</i> Legalidad</p>
<p>— Valores formales e instrumentales — La legalidad al realizarse produce: ORDEN SEGURIDAD IGUALDAD estos valores están en función del...</p>
<p><i>Segundo Estándar Valorativo (SEV)</i></p>
<p>— Valores superiores— Los establece cada grupo social o quién o quiénes detentan el poder. En su caso, son creados y/o aceptados o determinados por un entorno dado (<i>'forma de vida'</i>) VIDA Y DIGNIDAD HUMANAS LIBERTAD AUTONOMÍA BIEN COMÚN EDUCACIÓN, es decir, —Derechos Humanos—</p>

CUADRO 8.10.A.1 El Derecho en términos de la Tesis del Doble Estándar Valorativo (DEV)	
<p>Primer Estándar Valorativo — Ordenamiento jurídico—</p>	<p>A.1 La justicia bajo el esquema del Doble Estándar Valorativo del Derecho.</p> <p>A.1 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).</p> <p>Se trata de un Derecho, sistema u ordenamiento jurídico ESTÁTICAMENTE JUSTO</p>
<p>—Valores formales e instrumentales— ORDEN SEGURIDAD IGUALDAD Estos valores realizan al aplicar el Derecho (las normas jurídicas) el...</p>	
<p>Segundo Estándar Valorativo</p> <p>—Valores superiores— De este modo, a través de la legalidad, se hace posible que en la vida social primen valores o paradigmas tales como... VIDA Y DIGNIDAD HUMANAS LIBERTAD AUTONOMÍA BIEN COMÚN EDUCACIÓN, es decir, —Derechos Humanos—</p>	

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.

219. El esquema A.1 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.
220. 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.

8.3.3 El acceso a la justicia y las dificultades **extrínsecas**, tácticas o sistémicas para su realización

221. De manera esquemática hemos establecido que la justicia se produce cuando el ordenamiento jurídico o la mera legalidad (PEV) coincide con los paradigmas o va-

- lores 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.
222. Sin embargo, este modelo es sólo teóricamente posible puesto que en la realidad el Derecho no se desenvuelve, 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. *Lo cierto, es que todas las circunstancias a que pudieran dar lugar estos factores afectarían, necesariamente, el acceso a la justicia.*
 223. 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 pauta respecto del tipo de medidas con las que el problema puede ser sino solucionado al menos administrado.
 224. 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.
 225. 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.
 226. 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 y principios 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.
 227. 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;^{K1}*
 - B.1) *El sistema de administración de justicia (el sistema judicial) adolece de altos grados de incompetencia profesional por parte de sus titulares o por falta de instrumentos eficaces de defensa (carencia, por ejemplo y entre otros múltiples supuestos, de un defensorio de oficio competente para los sectores más marginados de la sociedad o para casos de urgencia):*

^{K1} Sobre el lema de la corrupción puede consultarse el número 10 de "Isonomía", Revista (teoría y filosofía del Derecho). México. ITAM. abril de 1999. Ahí se contienen a) respecto trabajos de González Annichaslegui, Nora Rabolnikol, Silvn-Her/oe Márijítez, Susan Rose-Ackerman y José Ramón Cossío.

- 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, al unísono, los tres factores anteriores.*

Esquemáticamente el modelo se podría presentar de la siguiente manera:

<p>Primer Estándar Valorativo — Ordenamiento jurídico—</p>	<p>8.10.B Un Derecho no</p>
<p>—Valores formales e instrumentales— ORDEN SEGURIDAD IGUALDAD</p> <p>La legalidad se ve impedida de realizar los valores superiores del sistema o realiza otros por causas tales como la CORRUPCIÓN, Y/O INCOMPETENCIA PROFESIONAL DE LAS INSTITUCIONES Y PARTICIPES DEL SISTEMA JUDICIAL (funcionarios y abogados postulantes)</p>	<p>PUEDE SER JUSTO (A. 1)</p> <p>(aunque teóricamente existan elementos -A-) por causa de un sistema de administración de justicia o judicial</p> <ul style="list-style-type: none"> • B.1 Corrupto • B.2 Incompetente profesionalmente • B.3 Con incompetencia o falta de ética de los abogados postulantes • B.4 Todos los factores actuando al unísono
<p>Segundo Estándar Valorativo</p> <p>—Valores superiores— O sea, hacen posible que en la vida social primen valores o paradigmas tales como: VIDA Y DIGNIDAD HUMANAS LIBERTAD AUTONOMÍA BIEN COMÚN EDUCACIÓN, es decir, —Derechos Humanos— Por lo tanto, sólo excepcionalmente hay Acceso a la justicia.</p>	

228. 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 dolados

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.

c) 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.**

2.9 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 puede ser justo, es decir, no puede verificarse A.1), dado que el acceso a la justicia se ve impedido porque:

<p>Primer Estándar Valorativo Ordenamiento jurídico</p>	<p>8.10.C Un Derecho no PUEDE SER JUSTO (A. 1)</p>
<p>—Valores formales e instrumentales— ORDEN SEGURIDAD IGUALDAD La legalidad se ve impedida de realizar los valores superiores del sistema o realiza otros por causas de un sistema político que induce la CORRUPCIÓN del aparato de justicia o condiciona sus decisiones a intereses espurios ("políticos").</p>	<p>(Aunque teóricamente existan elementos -A-) por causa de un sistema que sea: CORRUPTO (C.1) y/o</p>
<p>Segundo Estándar Valorativo</p>	<p>CAREZCA DE VOLUNTAD POLÍTICA EN FAVOR DE LA JUSTICIA (C.2).</p>
<p>—Valores superiores— En consecuencia, resulta especialmente difícil que, a través de la legalidad, en la vida social primen valores o paradigmas tales como: VIDA Y DIGNIDAD HUMANAS LIBERTAD AUTONOMÍA BIEN COMÚN EDUCACIÓN, es decir, —Derechos Humanos— Solo excepcional o selectivamente se realizará el Acceso a la justicia.</p>	<p><i>Lo que se traduciría, entre otras acciones, en las siguientes:</i> ° 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 impartición de justicia.</p>

- C.1) *£7 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.*

930 En este esquema los factores anteriores darían lugar a una serie de acciones típicas de C.1 y C.2. a saber:

- 1) *Los 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, esquemáticamente, se muestra en la página anterior.

- 231 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 pañ tiendo 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.*
232. 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,¹⁸⁸ 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.*
233. A un tercer modelo de sistema jurídico afectado por causas extrínsecas se le denominará modelo **D** y se enunciará así:

En 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 identificar 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, entre otros— con efectos negativos contundentes para el acceso a la justicia y los derechos humanos:*

D.2) *Que en amplios sectores de la población se padezcan grados de pobreza y imaginación que impidan conocer o acceder a las vías jurisdiccionales y*

¹⁸⁸ Para los lemas de transición democrática y consolidación democrática puede verse de Emilio Rabasa: „molida, -hin ilanoa-unad en Jurípolis Revista de Derecho y Política del Departamento de Derecho. Monterrey. Campus Ciudad de México. México. Diciembre. 2005. pp. 01 -11.

¹⁸⁹ *Ln icón ti </> la Tecnológico Ite*

no jurisdiccionales de insida o. en su caso, controlar servicios jurídicos eficientes y honestos que puedan defender adecuadamente ios derechos e intereses de tales sectores, sobre lodo cuando el Estado no posee un sistema de defensores de oficio competentes i 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.

- 234. 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.*
- 235. 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, etc.), 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).
- 236. *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 par-*

<p>Ni siquiera hay acceso a la Legalidad o sea, no puede darse el</p>	<p>8.10.D Un Derecho no PUEDE SER JUSTO (A.1)</p>
<p>Primer Estándar Valorativo — Ordenamiento jurídico—</p>	<p>(Aunque teóricamente existan elementos -A-) por causas culturales y/o socioeconómicas:</p>
<p>—Valores formales e instrumentales— ORDEN SEGURIDAD IGUALDAD</p>	<p>« D.1 Un ESTADO ÉTICO o PERFECCIONISTA</p>
<p>Segundo Estándar Valorativo</p>	<p>y lo</p>
<p>—Valores superiores— Es sumamente difícil que en la vida social de amplios sectores de la población primen valores o paradigmas tales como: VIDA Y DIGNIDAD HUMANAS LIBERTAD AUTONOMÍA BIEN COMÚN EDUCACIÓN, es decir, —Derechos Humanos— La justicia es prácticamente Imposible</p>	<p>* D.2 <i>Una población o amplios sectores de ella carentes de recursos económicos, o de información para conocer o acceder a las vías legales de solución a su problemática legal o para contratar servicios jurídicos.</i></p>

neniar 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.

237. Esie modelo de injusticia socioeconómica *da lugar al surgimiento de modos de autocomposición ilegales o "alternativos" al sistema jurídico*, toda vez que a éste no tiqnen 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 tali3n, ley del más fuerte, mafias, grupos de choque, pandillerismo, pistolización de la población, etc. Todas estas formas de descomposición social afectan, también, 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 en la página anterior.

8.3.4 El acceso a la justicia y las dificultades intrínsecas o sisémicas de su realización

238. 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.
239. En efecto, nos hallamos frente a *un cuarto modelo de sistema jurídico afectado, en este caso, por causas sisémicas* y al que denominaremos modelo E, mismo que puede ser planteado en los siguientes términos:

tjn 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 reilejaría 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 vez más se ven vulnerados los valores de orden y seguridad jurídicas;*
- E.3) *El ordenamiento jurídico padece de un formalismo-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 tina 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, x 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.*
240. 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 normalidad 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:

<p>Primer Estándar Valorativo — Ordenamiento jurídico—</p>	<p>8.10.E Un Derecho no PUEDE SER JUSTO (A. 1)</p>
<p>—Valores formales e instrumentales— ORDEN SEGURIDAD IGUALDAD la legalidad se convierte en un obstáculo.</p>	<p>cuando el ordenamiento jurídico (el sistema jurídico) es TÉCNICAMENTE DEFECTUOSO... • E.1 Con antinomias o contradicciones.</p>
<p>Segundo Estándar Valorativo</p>	<p>• E.2 Plagado de 'lagunas' y sin ofrecer soluciones de integración adecuadas.</p>
<p>—Valores superiores— Excepcional o circunstancialmente puede hacerse posible que en la vida social primen valores o paradigmas tales como: VIDA Y DIGNIDAD HUMANAS LIBERTAD AUTONOMÍA BIEN COMÚN EDUCACIÓN, es decir, —Derechos Humanos—</p>	<p>• 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.</p>

241. Finalmente, procede analizar un quinto modelo de sistema jurídico afectado por *cansas 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.1), 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.1) *El 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).*

242. 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.

243. 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 des-

- tinatario 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.*
244. 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.
245. 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 permitieran 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.
246. 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.
247. 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.*
248. Es precisamente en este supuesto donde entendemos que convergen justicia del Derecho y legitimidad del poder. Efectivamente, el Derecho con la política, la

<p style="text-align: center;"><i>Primer Estándar Valorativo</i> — Ordenamiento jurídico—</p>	<p>8.10.F Un Derecho no PUEDE SER JUSTO (A. 1)</p> <p>Porque el ordenamiento jurídico (el sistema jurídico) es visto como injusto</p> <ul style="list-style-type: none"> • F.1 Con antinomias de principio y/o valoración.
<p style="text-align: center;">— Valores formales e instrumentales —</p> <p style="text-align: center;">ORDEN SEGURIDAD IGUALDAD</p> <p>La legalidad es sólo un medio de la injusticia</p>	
<p style="text-align: center;"><i>Segundo Estándar Valorativo</i></p>	
<p style="text-align: center;">— Valores superiores —</p> <p>Se rechazan uno, varios o todos los valores o principios del sistema. El SEGUNDO ESTÁNDAR VALORATIVO es obstáculo del Acceso a la justicia.</p>	
<p style="text-align: center;">—Justicia y legitimidad política convergen—.</p>	

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 se plasma en el esquema de la página anterior.
249. Este esquema de acceso a la justicia permite 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 su sola presencia 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 igualdad 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 em-

bargo, 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.

A firmar 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 prudentes.

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 Injusticia 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 adecuación 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 tino 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 arma, 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 xviii, 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 paso 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 predicán, en términos muy generales, que los seres humanos son fines en sí mismos, intrínsecamente valiosos, 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 ('themisj como un decreto sagrado. Hesiodo transforma a 'themis' en 'diké', la justicia como sanción divina es ahora producto de una formulación racional. La justicia es sobre todo igualdad. Esta será la idea sobre la que se asentará la democracia griega. La justicia pasa de ser un mandato divino a ser la fuerza racionalizadora y ordenadora de la realidad.

En los presocráticos la idea de justicia se vincula con el universo ('kosmosj, por ello Anaximandro habla de una justicia cósmica, el retorno de 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 x 2) y 9 (3 x 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 Injusticia 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 ('isonomíaj; 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 ('physisj 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, aun una injusticia que cometerla.

La justicia es para Platón 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 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 pite-

de 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 delimitan 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 clímax la filosofía iusnaturalista, imprimiéndole un acento racionalista y secularizado!: 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: Hugo 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

loche derechos que son inalineables, 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 comporta 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 'libertad individual y la tolerancia'. 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 uno 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 aquel 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 lo 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 Hart, 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. Hart 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, etcétera).

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 incomprensión 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.

Para Ronald Dworkin los sistemas jurídicos se componen tanto de normas como de principios. Éstos, a diferencia de las primeras, se identifican por su contenido y no por su forma de producción, además cumplen una función esencial: ser parámetro de corrección, un estándar para la resolución de casos difíciles cuando éstos se presentan a jueces y abogados. Dworkin rechaza, por lo tanto, la separación entre derecho y moral, porque ambos razonamientos son inescindibles y están presentes defecto, incluso, en las Constituciones de los Estados.

Asimismo, la función central de los sistemas jurídicos es garantizar las llamadas 'cartas de triunfo social', que son los derechos humanos o individuales (de orden moral o natural) 'no sólo jurídico) con que cuentan las personas para protegerse de las pretensiones de las mayorías o de supuestos programas colectivos. Cuando un sistema jurídico actúa garantizando tales derechos, se dice que se toma los derechos en serio y, por lo tanto, puede ser calificado de justo.

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 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 forma individual o colectiva y 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 referencial o paradigmática para determinar la corrección o incorrección de conductas o accio-

nes humanas y el desempeño de las instituciones sociales.

La Tesis del doble estándar valorativo, del derecho (DEV) 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. Éstos 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).

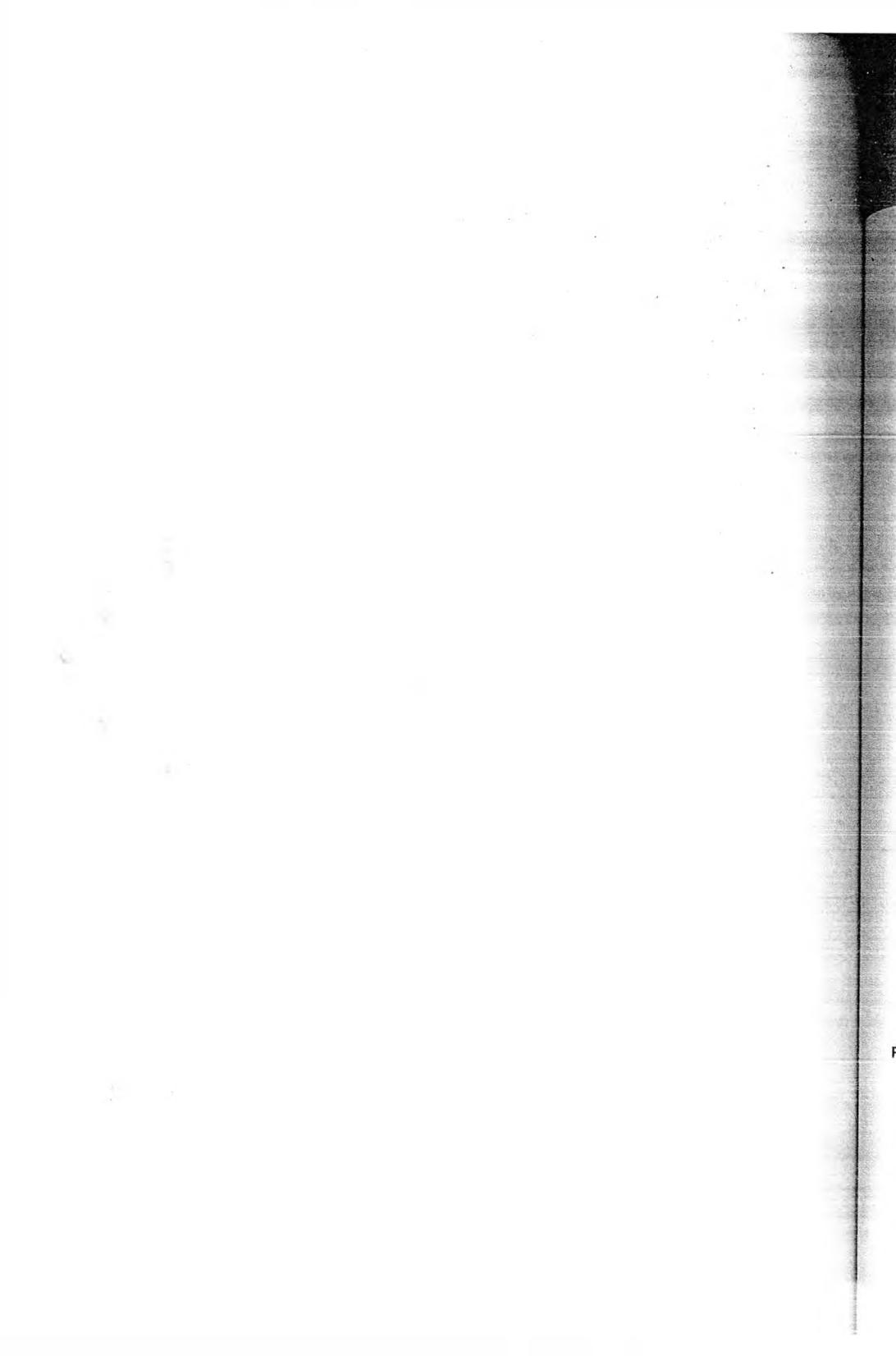
Un sistema jurídico será justo si el pev (ordenamiento jurídico o la mera legalidad) ordena, asegura e iguala los valores o principios perseguidos por el sistema u ordenamiento jurídico (SEV). O sea, que la legalidad —vía su normatividad coactiva— sirve efectivamente para realizar los objetivos últimos 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 cuando 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 agrupar, por razones de método, en tres esquemas. Tales

causas y sus respectivos esquemas son: 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

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, en 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 generis* 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 mejor comprensión de tales 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 inquiriremos: *¿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 sí 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. *¿EUo 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.*”²
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 irán: 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.”*³ Por ello, el tema de la obediencia al Derecho no interroga sobre si el Derecho obliga jurídicamente —lo cual resulta obvio si una norma jurídica es creada conforme a los requisitos impuestos por los procedimientos del sistema en cuestión (*fuentes formales*)—, sino sobre si el Derecho obliga ética o moralmente. En suma, *no nos enfrenta-*

¹ Cfr. Elias Díaz. *De la maldad estatal y la soberanía popular*. Debate. Madrid, 1984. p. 77.

² *Íbid.*, pp. 77-78.

³ ó li Norben Hoerster. "El deber moral de obediencia al derecho". *En defensa del positivismo jurídico* (Trad. Jorge M. Seña). Gedisa Editores. Barcelona. 1992. p. 147.

mos 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 el financiamiento 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?*⁴
6. Ihering en su libro clásico *La 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 fin 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: lo 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* (Truel. Carlos Raúl Yujnovsky). EDISAR. Buenos Aires. Véase en especial la tercera parte, denominada. "La ciudadanía", p. 145 y ss.

⁵ R. von Ihering. *La incha por el derecho* (Trad. Adolfo Posada Biesca). Porrúa. México. 1989. pp. 1-4.

7. Es en virtud de lo anterior, que *el lema de la obediencia al Derecho se inscribe en el ámbito de la llamada obligación política*, misma que 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) 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, etc. 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 colorativo) 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 presupuesto de

⁶ Eusebio Fernández. *Estudios de ética jurídica*. Debate. Madrid. 1990. p. 111.

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 *objección 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.⁷ * * 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.⁹
12. Ejemplos de *desobediencia civil* son la negativa al pago de impuestos, el bloqueo de la vía pública, la toma pacífica de instalaciones gubernamentales, etc. 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 11 * * * * Tal es el caso de la negativa a pagar impuestos como modo de protesta contra una ley o contra acciones o políticas públicas 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: "*Quienes 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 sí 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.¹⁷

⁷ Hay en efecto, como bien advierte Jorge F. Maleni Peña, diferencias sustantivas entre la *acción revolucionaria* y 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 sí pretende. Véase Jorge F. Maleni Peña, *Concepto y justificación de la desobediencia civil*, Ariel, Barcelona, 1988, pp. 47-48. Para la distinción entre *desobediencia civil*, *objección de conciencia* y otras figuras que aquí no hemos analizado, véase *ibid.*, "Delimitación conceptual de la desobediencia civil", capítulo 3, pp. 47-59.

* 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. Iva de entenderse 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 advertir que en la firme opinión de los disidentes no se están respetando las condiciones de la cooperación social.* Véase John Rawls, *Teoría de la justicia*, pp. 134-135.

"La justificación de la desobediencia civil". *Justicia como equidad* (Trad. Miguel Ángel Rodilla), Tecnos, Madrid, 1986, p. 90.

"Cfr. *ibid.*, p. 174.

¹¹ *Ibid.*, p. 175.

> 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

14. Por *objección de conciencia* emendemos 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.¹³ 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 flagrantemente 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 *desobediencia civil y objeción de conciencia.*¹⁴ 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 objetor 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 * 14

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.

¹³ Cf. *ibid.*, p. 177.

¹⁴ Para Rawls la distinción entre una y otra figura es más teórica que práctica. Este autor señala: "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 lo contraposición de ambas como inedia de elucidar la interpretación de 'la desobediencia civil y su función en una sociedad democrática'. Cf. John Rawls, "Teoría de la desobediencia civil", *op. cit.*, p. 181.

realizar el servicio militar.^{14 15} Mientras la desobediencia civil puede traducirse en actos de protesta colectivos de quienes mantienen la misma doctrina política o concepción 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.*¹⁶
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 dedíclicamente 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. Por que 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”.¹⁷
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.* En 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*

¹⁴ Un interesante análisis de este tema lo realiza Gregorio Cámara Villar en su obra *La objeción de conciencia al servicio militar*, Civitas, Madrid, 1991.

¹⁶ “Los 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 lo 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 Tomuschat, “El derecho a la resistencia y los derechos humanos” (Trad. Jaime Riera Rehren). *Sobre la resistencia a las violaciones de los derechos humanos*. Serval/UNESCO. Barcelona, 1984, pp. 15-16.

¹⁷ 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 solo podrán ser ejercidas dentro del respeto del orden. Pero si el orden se vuelve opresivo la libertad tiende a ejercerse fuera de este orden”. Véase “Sanciones políticas y jurídicas contra las violaciones de los derechos humanos”, en *Sobre la resistencia...* op. nt., p. 165.

por causa del notorio atraso intelectual, apartamiento de las vías de comunicación o miserable situación económica de un gobernado.¹⁸ Éstos si bien son supuestos distintos a 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 diferentes, 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 conio 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*. Amén 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 suele 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 ten-¹¹

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".

¹⁹ Cfr. R. Dworkin. "¿Es el Derecho un sistema de normas?" (Trac. Javier Sáiz de los Terreros). *La filosofía del Derecho*. Breviarios. 7SS. ECE. México. 1980. pp. 76-77.

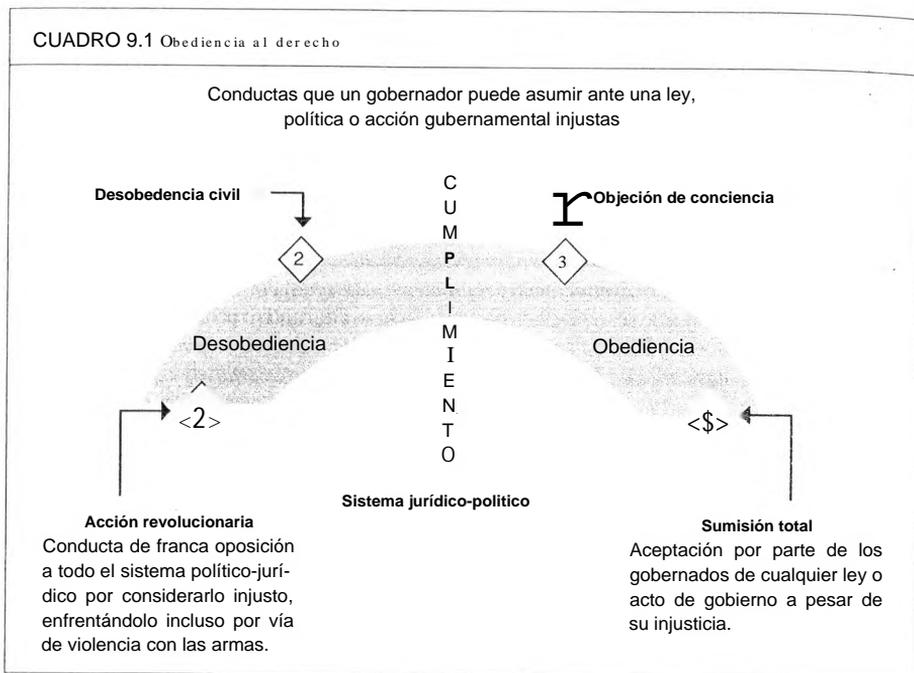
drá como límite objetivo la violación de normas de orden público, en cuyo caso no cabe la discrecionalidad.

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 baludías.*
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 armas 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 objeción 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 colisionan con leyes que autorizan el aborto en otros supuestos más allá de los tradicionales (por ejemplo, de embarazos involuntarios por causa de violación o en los que está en peligro la vida de la madre), 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 Derecho dado el carácter relevante que tiene*

para algunos sistemas políticos la libertad de conciencia en tanto sector irreducible de la libertad individual.

27. Las distinciones entre desobediencia civil y objeción de conciencia que en teoría parecen diáfanas en la práctica a veces no resultan tanto, *porque quienes llevan a cabo tales acciones, sobre todo los desobedientes civiles, suelen mezclar razones de conciencia crítica con razones políticas y de moral social para justificar sus conductas. Un ejemplo paradigmático que además nos servirá para ilustrar todo lo dicho, es la actitud de desobediencia civil que adoptara Henry David Thoreau —hombre excepcional, filósofo y escritor norteamericano del siglo pasado.*²⁰

CUADRO 9.1 Obediencia al derecho



²⁰ Henry David Thoreau es prácticamente un desconocido para los mexicanos a pesar de haber sido el único intelectual norteamericano de su época que tuvo la valentía de alzar la voz en contra de una guerra injusta, provocada por el gobierno de su país, que no sólo costó la vida de muchos hombres, sino que exigió como botín una riquísima porción del territorio mexicano (Texas, Nuevo México y California.). En la memoria de México no existe Thoreau. Ojalá estas líneas sirvan de algún modo para corregir apenas en algo esa grave omisión. Sobre la vida de Thoreau véase Roben D. Richardson. J. R. *Henry David Thoreau. A Ufe of the mind*, University of California Press. USA. 1986: así como el prólogo que realizó Henry Miller a una edición de *Walden* y la *desobediencia civil* (Trad. Carlos Sánchez-Rodrigo, en Ediciones del Colal. Barcelona. 1976, el cual se refiere a Thoreau en estos términos: "Tan sólo hay cinco o seis hombres, en la historia de América, que para mí tienen un significado. Uno de ellos es Thoreau. Pienso en él como mi verdadero representante de América, un carácter que, por desgracia, hemos dejado de forjar. De ninguna manera es un demócrata, tal como lo entendemos. Es lo que Lawrence llamará 'un aristócrata del espíritu', o sea. lo unis raro de encontrar sobre la faz de la tierra: un individuo. Está más cerca de un anarquista que de un demócrata, un socialista a un comunista. De todos modos. no le interesaba la política; era un tipo de persona que, de haber prolfenecio, hubiera provocado la no existencia de gobiernos. Esta es. a mi parecer, la mejor clase de hombres que una comunidad puede producir. I es por eso que siento hacia Thoreau un respeto y una admiración desmesurados. El secreto de su influencia, todavía tatem, es muy simple. Él fue hombre en cuerpo y alma, con un pensamiento v una conducta de perfecto acuerdo. Asumió la responsabilidad de sus illiciones v de sus afirmaciones". Ut snpra. p. 6.

CUADRO 9.2 Comparativo de desobediencia civil y objeción de conciencia	
Desobediencia civil	Objeción de conciencia
1. <i>Acto ético-político ante leyes o actos de gobierno considerados injustos.</i>	Incumplimiento de un precepto legal o administrativo que suele argüir razones religiosas o de moral crítica para no obedecer al Derecho.
2. <i>Illegal</i>	<i>Legal</i>
3. <i>Público</i>	<i>Privado (excepcionalmente pública)</i>
4. <i>No violento</i>	<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>
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 objetar de conciencia violar la 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. servicio social suslulatorio).</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.	

28. Thoreau, a quien se considera el creador de la tesis de la desobediencia civil —que después emplearían 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 de Norteamérica 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 (pie el pueblo no habría autorizado esa medida".²¹ A continuación y sucintamente analizaremos los principales argumentos en los que *Thoreau* fundó su desobediencia.

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 de, qué mejor, 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".²²
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."²³ 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 servicio. 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".²⁴
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 id Estado fundamentalmente con sus cabezas, y como casi nunca hacen distinciones morales, son capaces de servir tanto al diablo, sin pretenderlo, como a Dios".²⁵ ¿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".²⁶
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

²¹ Henry David Thoreau. *Desobediencia civil* (Trad. Ma. Eugenia Díaz). Tecnos. Madrid. 1987. p. 30.

²² Henry David Thoreau. *Desobediencia civil*, op. cit., p. 31.

²³ *Ibid.*, p. 32.

²⁴ *Ibid.*, pp. 32-33.

²⁵ *Ibid.*, p. 33.

²⁶ *Idem.*

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 ofender, 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 esleír 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”*.²¹

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 fijar 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 ja 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”*.²¹
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 sí es su deber al menos, lavarse las manos de él. Y si no se va a preocupar más de él, que, por lo menos, en la práctica, no le dé su 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”*.³⁹
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 tal 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”*.²⁰ 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*

²¹ Henry David Thoreau. *Desobediencia civil*, op. cit., p. 39.

³⁸ *Ibid.*, p. 34.

²⁰ *Ibid.*, p. 38.

³⁰ *Ibid.*, p. 41.

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 esclavos⁵¹?

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 lian facilitado un sustituto directamente con su propia lealtad e indirectamente al menos con su dinero".⁵²
37. Henry D. Thoreau aceptaba, empero, 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;⁵³ "(...) 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?"⁵⁴
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 es posible." Pero la oposición a) pago de impuestos no puede ser absoluta, explica Thoreau: "Nunca me he negado a pagar el impuesto de carreteras porque estoy deseoso de ser un buen vecino, como de ser un mal súbdito; y respecto del mantenimiento de las escuelas, estoy contribuyendo ahora a la educación de mis compatriotas".⁵⁵ Es decir, según Thoreau, que la desobediencia civil posee también un carácter politizante y pedagógico 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; a tales efectos, escribió: "Bajo un gobierno que encarcela a alguien injustamente, el lugar que debe ocupar el justo es también la prisión. Hox. 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"⁵⁶

⁵¹ *Ibid.*, p. 33.

⁵² *Ibid.*, p. 38.

⁵³ Cfr. Henry David Thoreau. *Desobediencia civil*, op. cif., p. 53.

⁵⁴ *Idem.*

⁵⁵ Cfr. Henry David Thoreau. *Desobediencia civil*, op. cil., p. 44.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 51.

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 Ubre 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".³⁷

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"*,³⁸
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 obedecerá! 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 obe-

CUADRO 9.3 Henry D. Thoreau y su tesis de la desobediencia civil

<p>Antecedentes</p>	<p>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).</p>
<p>Argumento central de la tesis de Thoreau</p>	<p>"¿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 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".</p>

³⁷ *Ibid.*, p. 43.

³⁸ *Ibid.*, p. 53.

decer el Derecho siempre por razones de moral crítica y en todos los casos? Éstas son las preguntas, de nuevo planteadas a la luz de la tesis de Thoreau, que ahora enfrentaremos de manera directa.

9.2 Algunas respuestas al problema de la obediencia al Derecho

42. Las respuestas iusfilosóficas 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 Peña 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 indiscriminado 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 indistintamente 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 correlati-* **

³⁹ Jorge F. Malem Peña. *Concepto y justificación...*, op. cit., p. 17.

⁴⁰ Hay autores como 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 tiene una tradición seria de Tomás 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.

va (como un vendedor con un comprador y viceversa), sino en el *opuesto jurídico* según han evidenciado autores como Hohfeld y Gutiérrez y González.⁴¹

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[®]

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, etc.); que son *asumidos con independencia de su contenido*, pues suelen nacer de la posición, la función, el oficio o papel que una persona desempeña, 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.⁴²
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, principalmente, 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 ja necesidad moral de desobedecer la ley o el acto gubernamental controvertido*.⁴⁴

⁴¹ Véase los incisos 6.2.4 y Ó.2.8.2 del capítulo 6. segunda parte de este libro.

⁴² J. Cfr. Jorge F. Malem Peña. *Concepto y justificación...* Op. Cit., p. 19. Sobre este lema consúltese de A. I. Molden. "La obligación de las promesas". *Los derechos y las personas* (Trad. Celia Haydée Paschero), FCE. México. 1992. pp. 65-107.

⁴³ *Ibid.* pp. 20-22.

⁴⁴ Sin embargo, ¿podrían los deberes ciudadanos de obediencia a la ley (ornarse 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

49. En el próximo apartado plantaremos, 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 en forma negativa a tal cuestionamiento, sino que afirma la existencia de un fundamento ético absoluto para su desobediencia* (tesis de González Vieén). 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 iusfilósofo español Felipe González Vtén, 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 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
<ul style="list-style-type: none"> • <i>Nacen de actos voluntarios</i> • <i>Requieren de acciones individuales</i> • <i>Son interpersonales</i> • <i>Se dan entre sujetos bien determinados</i> • <i>Su contenido está individualizado</i> • <i>Son correlativas —reciprocidad de derechos y deberes</i> • <i>Ejemplo: las promesas</i>
Características de los deberes
<ul style="list-style-type: none"> • <i>Son independientes de los actos voluntarios que los pudieron originar (como el deber de respetar a los demás seres humanos, sus propiedades o posesiones)</i> • <i>Son asumidos con independencia de su contenido, porque suelen nacer de la posición, función o papel que una persona desempeña (los deberes de los hijos respecto de los padres)</i> • <i>Ejemplos de uso de esta expresión: "debes respetar a los demás", "debes estudiar".</i>

decir que el 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, etc. 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 plenamente voluntaria su nacionalidad, ¿dicha persona tiene no sólo el deber sino la obligación de obedecer el Derecho de ese Estado? ¿Torna el voto ciudadano y el goce de otros derechos

9.2.2 El fundamento ético absoluto para desobedecer al Derecho: González Vicén

- 5) 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"*. ⁴¹
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* 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 de alternativas de comportamiento*. De tal guisa, exclusivamente cuando nos referimos a los imperativos de la conciencia ética individual podemos hablar efectivamente de una *obligación*.
53. *La 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*, ⁴⁹ Y dado que sólo ésta puede imponer legítimas obligaciones, en el supuesto caso de una colisión entre el Derecho y la conciencia ética individual el resultado no puede ser otro que la desobediencia. *"La 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 ausencia de una obligación ética de cumplir el Derecho, *no debe necesariamente inferirse la inexistencia de razones para obedecerlo, o que la desobediencia ética sea un sinónimo de anarquía?*
54. En efecto en tomo 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 re-*

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.

⁴¹ Felipe González Vicén, "La obediencia al derecho". *Estudios de filosofía del derecho*. Facultad del Derecho. Universidad de La Laguna, 1979, p. 387.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 388.

⁴⁷ Cfr. Felipe González Vicén, "La obediencia al derecho. Una anticrítica", en *Sistema*, núm. 65. Madrid, marzo de 1985, p. 102.

"Felipe González Vicén. "La obediencia al derecho". *op. cit.*, p. 386.

⁴⁴ Cfr. F. González Vicén, "La obediencia al Derecho. Una anticrítica", *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 anticrítica", *op. cit.*, p. 103.

*Illiciones 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 le voy a obedecer por éstas 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, etc. 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. La desobediencia ética al Derecho es 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".*⁵³
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.

⁵² *ibid.* Véase John Rawls. "Legal Obligation and the Duty of Fair Play". *Law and Philosophy* (Sindney Hook. ed. I. Nueva York. 1964.

"//></>. p. 104.

⁵⁴ La tesis de Felipe González Vicén dio pie a un rico debate en el seno de la comunidad iusfilosófica 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 loma de posición la realiza Ensebio Fernández en su libro *La obediencia al Derecho*. Cirilas. Madrid. 1987. pp. 91-111 y

⁵⁵ Elias Díaz. *De la maldad estatal...* <>p. cit., p. 80.

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 *moral crítica versus 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**.⁵⁷

59. La posición de Elias Díaz, como vemos, está motivada 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 política 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 libertad que es presupuesto para la auténtica expresión de la voluntad individual y social sin la cual no hay verdadera comunidad humana”*.⁵⁸
60. Manuel Atienza, 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 habría 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.⁵⁹
61. Una crítica más en la que Manuel Atienza y Eusebio Fernández 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 actuar 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

⁵⁶ *Idem*.

⁵⁷ Cfr. Elias Díaz. *De la maldad estatal...* op. cit., p. 79.

* //?/<./ p. 85.

⁵⁹ CIV. Manuel Atienza. "La filosofía del Derecho de Felipe González Vicén". *./ lenguaje de! derecho (Homenaje Genaro R. Carrió)*. Abeledo-Perrol. Buenos Aires, 1983. p. 68 y ss.

sólo hecho de que alguien arguya imperativos éticos, esto es, 'individual-hisóricos para desobedecer al Derecho no justifica su "razo nubilidad", ya que es necesario que tales imperativos ético-individuales se sometan a las pruebas de racionalidad imparcialidad y libertad."

62. En lomo 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 Elias Díaz (y otro similar de Atienza)⁶² en el sentido de que *"si la conciencia individual puede fundamentar la desobediencia a! 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: **recaltar 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.** *"[...] Límite —subraya Muguerza— que descubriríamos al preguntarnos quién se halla en ese caso autorizado para determinar cuándo una decisión colectiva 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"*.⁶⁴
64. Asimismo —piensa Muguerza— existe *otro límite infranqueable*. 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 posee por el sólo hecho de ser tal. De tal guisa, 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' y, 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 impera-*

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 (Una intrusión en un debate)", en *Sistema*, núm. 70. Madrid, enero de 1986. pp. 29 y 40.

⁶² Véase párrafo 60.

⁶³ t Muguerza. "La obediencia al Derecho...", op. *cit.*, p. 30.

⁶⁴ *ibid.*, p. 34.

⁶⁵ *ibid.*, p. 36.

livo 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 disidencia⁶⁶ 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 mareo. Para González Vicén, la desobediencia ética no hace, en definitiva, sino prolongar la línea milenaria de la ‘actitud socrática’⁶⁷”

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 (...) La 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”⁶⁸

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, sí hay un fundamento ético para su desobediencia”.

- González Vicén emplea 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: la conciencia individual.
- Sí existen, empero, **razones para el cumplimiento del Derecho**: si gozamos de las ventajas de una sociedad organizada debemos también cumplir sus exigencias (principio de **faimess/moral/fy of law**). **No obstante ello, ninguna de estas exigencias 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 sí hay siempre un límite infranqueable: **los imperativos de conciencia de cada individuo.**

Crítica de Elías 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.*

⁶⁶ *Ibid.* p. 37.

⁶⁷ *Ibid.* p. 39.

⁶⁸ *Idem.*

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*.¹ Para demostrar su posición, dicho 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?*² A su vez, los argumentos serían los referidos *a las consecuencias reales o a las consecuencias hipotéticas que, respectivamente, traería consigo uní desobediencia o violación al Derecho*.¹
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*. Éste 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*.⁷² ¿Por qué?
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”*.¹¹ Parece claro, piensa Hoerster, **que hechos ilícitos como viajar en un transporte público sin pagar el respectivo boleto, ocupar ilícitamente una casa o hasta cometer un homicidio, no son razones causales suficientes 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*.¹¹
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 **consecuencias negativas 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”*.¹⁵

¹¹¹ Norbert Hoerster. "El deber moral de obediencia al Derecho", *op. cit.*, pp. 147-158.

⁷⁰ *Ib id.*, p. 147.

⁷¹ *Idem*.

⁷² Cfr. Norbert Hoerster. "El deber moral de obediencia al Derecho", *op. cit.*, pp. 148-150.

¹¹⁸ Norbert Hoerster. "El deber moral de obediencia al derecho", *op. cit.*, p. 150.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 151.

⁷⁵ *Idem*.

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*: 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”).¹⁶ Es decir, del hecho de que una acción al generalizarse resulte caótica no significa necesariamente que sea mala. Piénsese en el caso de un objetar 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 votar) de participar en las elecciones*”¹⁷ Supóngase ahora un club juvenil que para su recreo ha construido una cabaña en la montaña. Uno de sus más de cien miembros, B, usa la cabaña pero no realiza ninguna actividad para su mantenimiento aunque, gracias al número de miembros, su desidia no se nota. *¿Acaso B no actúa moralmente de modo incorrecto con independencia de las consecuencias prácticamente nulas de su actuar?*¹⁶
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 beneficiarían, 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

¹⁶ Cfr. Norbert Hoerster, “El deber moral de obediencia ni derecho. *op. cit.*”, pp. 151-152

¹⁷ *Ihú.*, pp. 152.

¹⁸ Cfr. *Ihú.*, pp. 152-15.2.

sirve al bienestar de los ciudadanos y a la justicia social, cómo hace uso de los medios coactivos, etc. *“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 *fairplay* 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?*⁸⁰ Hoerster piensa que sería un 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 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 a! 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 obediencia 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, etc.) dada su naturaleza interna y personalísima, *su prohibición resulta inútil*.^{*11}

¹⁹ Norbert Hoerster. "El deber moral de obediencia al derecho", np. cit., p. 154-155.

⁸⁰ Ibid., p. 157.

⁸¹ Idem.

⁸² Idem.

Un individuo siempre tiene la posibilidad de decidir, inclusive por razones morales que para otros parecieran estrambóticas, no obedecer la ley, asumiendo las consecuencias jurídicas y de moral positiva que ello acarree.

CUADRO 9.6 Norbert Hoerster: un deber prima facie de obediencia al Derecho

Norbert Hoerster plantea que existe un deber prima facie de obediencia al Derecho.
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**
2. El de 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.

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 este argumento 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 más 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*,*⁸⁴ 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 c/ue un sistema jurídico es suficientemente justo cuando lia sido elaborado contractualmente y, además, reconoce, respeta y garantiza el ejercicio de los derechos humanos fundamentales”.⁸⁵
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 que tenemos de ser justos y en el mismo plano que otras obligaciones morales derivadas”.⁸⁶ 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”⁸⁷
81. Para comprender cabalmente la tesis central del autor, misma que se resumiría en lo anteriormente expresado, conviene analizar otros de sus 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 obedecerá las leyes; de la segunda, y en ello se distingue de la obligación legal de obedecer las leyes, por su motivación moral”⁸⁸ F Sin embargo, Fernández García hace hincapié en que *la obligación política no debe confundirse con una forma o tipo peculiar de obligación moral*.⁸⁹
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**,

⁸⁴ Cfr. Eusebio Fernández. *La obediencia al derecho*, op. cit.

⁸⁵ *Ibid.* p. 7. I - Para una crítica a la tesis de H. Fernández puede consultarse de Juan Ramón de Páramo su recensión al libro *La obediencia al Derecho*, en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 6. Instituto de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 1988-89, pp. 497-500.

⁸⁶ Cfr. *Ídem*.

⁸⁷ Eusebio Fernández. *La obediencia...* op. cit., p. 26.

⁸⁸ *Ucm*.

⁸⁹ Eusebio Fernández. *La obediencia* _____ op. cit., p. 60.

⁹⁰ *Ibid.* p. 61.

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*.⁹⁰ 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, etc.—, *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 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*.⁹¹
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*”.⁹² 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 influir en su aceptación, respeto y obediencia*”.⁹³
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*”.⁹⁴ Con esta afirmación se hace hincapié en la naturaleza firialística 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*.⁹⁵
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*

⁹⁰Cfr. *ibid.*, p. 134.

⁹¹*Ibid.*, pp. 137-149.

⁹²Eusebio Fernández. *La obediencia...* op. cit. p. 140.

⁹³*Idem.*

⁹⁴Eusebio Fernández. *La obediencia...* op. cit. p. 173.

⁹⁵Cfr. *ibid.* pp. 176-177.

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 acola: "*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. La 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*".¹¹
88. Fina 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, estamos en condiciones de estudiar este tema a la luz de la *Tesis del doble estándar valorativo del Derecho*.

CUADRO 9.7 Obligación moral de obedecer al Derecho según Fernández

Eusebio Fernández afirma que existe una obligación moral de obedecer al Derecho justo:
electivamente 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 coliereme de normas y principios, en cuclillo 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 (PEV) o, simplemente, el valor de lo jurídico.*

¹¹ *Ibid.*, p. 177.

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 Junción 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 dados.*¹ 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.

CUADRO 9.8 Doble estándar valorativo del Derecho
Primer estándar Sistema u ordenamiento jurídico Legalidad
VALORES FORMALES E INSTRUMENTALES: ORDEN SEGURIDAD IGUALDAD Estos valores están en función de:
Segundo estándar
VALORES SUPERIORES Los establece cada grupo social, quién o quiénes detenten el poder; son valores influidos por la cultura y la historia Vida y dignidad Libertad Autonomía Bien común Educación, etcétera

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 jurídicamente porque jue dolada de validez, precisamente de juridicidad, dado que ha sido elaborada con base en el proceso de producción* (norma de reconocimiento, según Hart), *estatuído al efecto por el ordenamiento en cuestión*. Siguiendo el esquema anterior dicha obligatoriedad jurídica se explicaría así;

¹ Respecto a los valores que el Derecho incorpora Gregorio Peces-Barba ha escrito: "*La obligación jurídica. en amulo ul sistema jurídico interiorizo entines, indure una dosis Je inorcildidul. lo moralidad legal ionio, de contenidos ile lo llantidid obligacón político v punte sinninisirn nilones inórales, puede incluir dimensiones éticas, paro que jumo o lo fuerza se encunare el consenso, to aceptación imliciduat de lo normo*". Nosotros llamamos a esa moralidad incorporada al ordenamiento segundo estándar valorativo Véase de! anterior amor: "Desobediencia civil y objección tío conciencia", *op. o...* p. 161

CUADRO 9.9 Obligatoriedad jurídica

Primer estándar

Sistema u ordenamiento jurídico

Legalidad

Ordenamiento jurídico vía

Normas sobre producción jurídica (reglas secundarias de cambio y adjudicación) generan **normas jurídicas** (supuestos jurídicos) que gozan de *coacción* y (a veces) de *sanción* para *asegurar* su cumplimiento. Su validez e identificación como normas jurídicas dependen de la norma de reconocimiento.

Las normas jurídicas generan:**ORDEN****SEGURIDAD****IGUALDAD**

El gobernado, cuyas acciones u omisiones exteriores se ubican en las hipótesis de ley, *debe obedecerla*, es decir, *está obligado jurídicamente*. A falta de cumplimiento voluntario el gobernado puede ser coaccionado a cumplir y, en su caso, sancionado.

Estas normas que en su caso coaccionan y sancionan **se hallan en función** del:

Segundo estándar**VALORES SUPERIORES**

Valores superiores del sistema u ordenamiento jurídicos que se traducen en *principios* (estándares de corrección)

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 con algunos valores del sistema u ordenamiento jurídicos con los cuales el individuo no coincide. En efecto, si el enfrentamiento fuese tan radical que el individuo no sólo rechazara la mayoría de los valores superiores protegidos por ese régimen sino hasta su primer estándar valorativo, o sea, el orden establecido (la legalidad), su conducta caería en los extremos ya analizados: *su actitud o es revolucionaria o de 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 valo-*

rativo 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 la mayoría de la sociedad en un momento y lugar determinados. En este caso, se da por sentado que él o los ciudadanos que se oponen a la norma considerada injusta, coinciden en lo esencial con *SEY* 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 pueden esquematizarse ambos casos.

<p>CUADRO 9.10 <i>Objeción de conciencia y desobediencia civil a la luz del doble estándar</i></p>	
<p>Primer estándar Sistema u ordenamiento jurídico Legalidad</p>	
<p>Objeción de conciencia Ciudadano (conciencia individual) Versus</p>	
<p>Segundo estándar</p>	
<p>VALORES SUPERIORES Por tanto, el ciudadano incumple por razones de conciencia y vía actos pacíficos individuales la NORMA JURÍDICA, ACTO O POLÍTICA PÚBLICA LEGALES. Se reconoce legitimidad al sistema jurídico y político en su conjunto consecuentemente, se acepta, de ser el caso, la sanción.</p>	
<p>Segundo estándar</p>	
<p>VALORES SUPERIORES</p>	
<p>Desobediencia civil Ciudadano (conciencia individual) Versus Norma jurídica, acto o política gubernativa legal</p>	
<p>Segundo estándar</p>	
<p>VALORES SUPERIORES En tal virtud, se <i>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/o realizando actos políticos y pacíficos de resistencia.</i> Se reconoce la legitimidad al sistema legal y político en su conjunto y por lo tanto, se acepta la sanción.</p>	

95. Sin embargo, éstas 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);*
- 3) *personal por parte del ciudadano: como la objeción de conciencia (OC) o proponiendo mejores formas de regulación o de técnica jurídica (N) o recurriendo a la acción revolucionaria (R) o a la sumisión total (S).*

Dicho *ciudadano*, en cada caso, puede manifestar dos tipos de coincidencias:

Con el *régimen jurídico* en cuestión, ya con su *primero* y *segundo estándares colorativos*, 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 básicas en la obediencia al Derecho							
	CIUDADANO —conciencia individual— coincidencia con		SISTEMA POLÍTICO- JURÍDICO cumple con		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

96. 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 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 dadas las violaciones al procedimiento, por ejemplo. Ahora bien, *la violación de la legalidad puede conculcar el segundo estándar valorativo o puede no hacerlo, dependerá de cada caso concreto*. Normalmente, 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 los derechos humanos que salvaguardan los valores superiores protegidos por el Derecho y el sistema en cuestión.
99. *¿Cuál ha de ser la respuesta ciudadana para el caso 2?* Existen 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, etc., *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 en cuestión.
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 irreprochable 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 torne más eficiente para que el Derecho satisfaga y cumpla mejor con su función y objetivos. Esta

- conducta no implica ni justifica tipo alguno 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 piensa, no vulnera la Constitución, amén de que tal medida es vista cómo 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.* Dicho 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 sacrificar 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, v 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, constituye 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.

La obediencia al Derecho

El tema de la obediencia al Derecho plantea un Es decir, enfrenta la cuestión de si los dudada-problema de carácter ético antes que jurídico, nos están obligados también moralmente a obe-

decer 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, lidia 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-político 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 total por parte de los gobernados a cualquier ley o acto de gobierno, a pesar de su injusticia. En los regímenes democráticos de Derecho pueden asumirse conductas que se encuentran en el medio de la revolución y la sumisión, a saber, la desobediencia civil y la objeción de conciencia.

La desobediencia civil es un acto ilegal público, no violento, de conciencia pero de carácter político, realizado con el fin de provocar un cambio en la legislación o en la política gubernativa. Se trata de un acto de resistencia que no

niega validez al sistema político-jurídico sino a ciertas leyes o actos gubernamentales. Se clasifica en directa, si implica la violación de la misma ley calificada de injusta, e indirecta si se opta por actos de resistencia que no comportan la violación de la ley impugnada.

Por objeción de conciencia se entiende el incumplimiento de un precepto legal o administrativo arguyendo razones de conciencia. A diferencia de la desobediencia civil no invoca las convicciones de la comunidad ni la violación del segundo estándar valorativo del Derecho, sino sólo los valores morales personales. No pretende ser un acto político aunque indirectamente pueda tener tal efecto, pues su objetivo es satisfacer la conciencia del hombre virtuoso. Ciertos sistemas constitucionales aceptan la objeción de conciencia como un acto lícito.

Un ejemplo paradigmático es la desobediencia civil llevada a cabo por el creador mismo de esta tesis, nos referimos al intelectual norteamericano del siglo xx, Henry David Thoreau. Tesis que ha sido empleada por muchos líderes sociales a lo largo del siglo pasado como Gandhi y Luther King. Thoreau se opuso, vía la desobediencia civil, al gobierno norteamericano, negándose a pagar "el impuesto de los votantes", toda vez que consideraba inmoral no sólo el esclavismo tolerado por sus autoridades, sino que su gobierno dedicara lo recaudado para hacer la guerra a México. Los argumentos centrales en que Thoreau fundó su desobediencia son los siguientes: 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 cada hombre tiene derecho a asumir es la de hacer 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 diferentes 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, etc. 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 justificaría 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.

Eusebia Fernández si 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 gene-

ral 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 fácie.

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 lema. 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, trátase 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 ser considerados injustos por alentar contra el segundo estándar valorativo de! propio Derecho. En 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

- Ackerman, Bruce A.**, *Social Justice in the Liberal State*, Yale University Press, New Haven and London, 1980.
- Aftalión R., Enrique y Villanova, José**, *Introducción al Derecho*, segunda edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992.
- Alchourrón Carlos y Buiygin, Eugenio**. *Sobre la existencia de las Normas Jurídicas*, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 39. Distribuciones Fontamara, 1997.
- Alexy, Robert**.
Concetto e validità del diritto (Trad. Fabio Fiore), Biblioteca Einaudi, 21, Torino, 1997.
Derecho y razón práctica (Trad. Wistano Orozco), Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, Distribuciones Fontamara, México, 1993.
"Rechtsregeln und Rechtsprinzipien", en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft, 25, 1985.
Teoría del discurso y derechos humanos (Trad. Luis Villar Borda), Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, No. 1, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 1995.
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.
"Zum Begriff des Rechtsprinzips", en *Rechtstheorie*, Beiheft, 1, 1979.
- Almansa Pastor, José Manuel**, *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.
- Andrade Sánchez, Eduardo**, *Derecho constitucional*, Oxford University Press, México, 2008.
- Álvarez Ledesma, Mario I.**,
"Acceso a la justicia" en *REVISTA URBE et IUS. Construyendo ciudadanía*, No. 13, Asociación Civil URBE et IUS, Buenos Aires, invierno 2014.
Acerca del concepto 'derechos humanos' McGraw-Hill, Colección Jurídica, México, 1998.
Conceptos jurídicos fundamentales, McGraw-Hill, Colección Jurídica, México, 2009.
"Derechos humanos", en *Diccionario analítico de derechos humanos e integración jurídica* (Mario I. Álvarez Ledesma y Roberto Cippitani, coordinadores), ISEG, Roma-Perugia-México, 2013.
"Derechos Humanos y Políticas Públicas: La función de los Derechos Humanos en las Políticas Públicas" en *Políticas Públicas y Derechos Humanos en México* (Andrea Rossi y Luis Eduardo Zavala, coordinadores), Escuela de Graduados en Administración Pública y Política Pública, Tecnológico de Monterrey, México. 2010.
"Estado de Derecho o Derecho de Estado" en *Elector*, año 1, No. 3, mayo-junio, México. 1994.
"Los conceptos jurídicos fundamentales como el juego del lenguaje del derecho" en *Wittgenstein en Español III* (Alejandro Tomasini Bassols, coordinador), Biblioteca Universidad Veracruzana, Xalapa. México, 2012.

- Los derechos humanos en el sistema jurídico mexicano —o de! sinuoso camino en búsqueda de la justicia— en *La libertad de cátedra y de investigación en el ámbito de los derechos humanos* (Alfredo Félix Buenrostro Cebados, coordinador) Universidad Autónoma de Baja California. México, 2014.
- Principios generales del derecho en *Diccionario histórico judicial de México. ideas e instituciones*, tomo II, P-Z, Suprema Corte de Justicia de la Nación México, 2010.
- Realidad y Derechos Humanos en *Los derechos humanos desde la perspectiva univeitaría* (Alfredo Félix Buenrostro Cebados, coordinador) Universidad Autónoma de Baja California, México, 2013.
- “Sobre el artículo 1º de las Constituciones de 1857 y 1917” en *Junpolls*. 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.
- “Sucintas reflexiones en torno al Derecho de la Sociedad del Conocimiento” en *Società della Conoscenza e Cultura dell'Integrazione* (a cura di Roberto Cippitani), Studi Tematici di Diritto e Processo. Università degli Studi di Perugia Perugia 2012.
- Validez en *Diccionario histórico judicial de México: ideas e instituciones*, tomo 111. P-Z, Suprema Corte de Justicia de la Nación. México, 2010.
- Alvarez Ledesma, Mario I. y Cippitani, Roberto (coordinadores), *Diccionario Analítico de Derechos Humanos e Integración Jurídica*, Istituto per gli Studi Economici Giuridici: “Gioacchino Scaduto”, Roma-Perugia-México, 2013.”
- Ara Pinilla, Ignacio, *Las transformaciones de los derechos humanos*. Tecnos Madrid 1990.
- Arellano García, Carlos, *Derecho internacional privado*. Editorial Porrúa. México. 1981.
- Aristóteles, *Obras* (Trad. Francisco de P. Samaranch), segunda edición, colección Grandes Culturas. Editorial Aguilar, Madrid, 1973.
- Assuma, Giorgio y Riflero, Gaia Mari Giovanni. *Nozioni di Diritto dell'Unione Europea*, Editoriale Artemide, Roma, 2006.
- 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 I*, Editorial Tecnos. Madrid, 1991.
- Balines, 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, Hans. *Ensayos sobre el cambio del pensamiento medieval al moderno. En busca del humanismo cívico florentino* (Trad. Miguel Abelardo Caroncho Ocampo), Fondo de Cultura Económica, 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), Fondo de Cultura Económica. México, 1978.
- Battaglia, Felice.**
Curso de filosofía del Derecho, volúmenes I al 111, Instituto Editorial Retís, 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), Fondo de Cultura Económica, México, 1977.
- Berlín, Isaiah.**
John Stuart Mill y los fines de la vida (Trad. Natalia Rodríguez Almones), Alianza Editorial, Madrid, 1986.
Sobre la libertad (Trad. Pablo de Azcárate), Alianza Editorial. Madrid. 1986.
Bielsa, Rafael. *Los conceptos jurídicos y su terminología*, Editorial de Palma, Buenos Aires. 1987.
- Binnmore, Ken.** *Natural Justice*. Oxford University Press, New York, 2005.
- Blánquez Fraile, Agustín,** *Diccionario español-latino y latino-español*, tomos I y 111. Editorial Ramón Sopena, Barcelona, 1975.
- Bobbio, Norberto,**
Derechos lógicos (Trad. Alejandro Rossi), Centro de Estudios Filosóficos. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1965.
Teoría DeU' Ordinamento Giuridico, G. Giappichelli-Editore, Torino, 1960.
Teoría general del Derecho (Trad. Eduardo Rozo Acuña). Madrid. 1995.
El problema del positivismo jurídico (Trad. Ernesto Garzón Valdés), Biblioteca de Etica. 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, Nitela.** *Dizionario di Política* (Red. Giantianco I asquino), Unione Tipografico-Editrice, Torino, 1976.
- Bodenheimer, Edgar.** *Teoría del Derecho* (Trad. Vicente Herrero). Fondo de Cultura Económica. 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 estudio Derecho (Trad. Jorge Guerrero), segunda edición. Editorial Temis. Bogotá, 1991.
Im escuela de la exégesis en Derecho civil (Trad. José M. Cajica Jr.). Cajica. Puebla, 1956.
- Borja Soriano, Manuel,** *Teoría general de la obligaciones*, octava edición. Editorial Porrúa. México. 1982.
- Brieskorn, Norbert.** *Filosofía del Derecho* (Trad. Claudio Gancho), Editorial Herder, Barcelona, 1993.
- Briseño Ruiz, Alberto,** *Derecho individual del trabajo*. Haría, México. 1785.
- Brotons Remiro, Antonio,** *Derecho internacional público* (tomos I y II). Editorial Tecnos, Madrid, 1987.
- Brufran Prats, Jaime,** *Teoría fundamental del Derecho*, cuarta edición. Editorial léenos, Madrid. 1990.
- Burgoa Orihuela, Ignacio,**
Derecho constitucional mexicano, tercera edición. Editorial Porrúa. México, 1977.
El inicio de amparo. Editorial Porrúa. México. 1992.
Garantías individuales. 25a. edición. Editorial Porrúa. México. 1993.

- Burrows Acton, Harry**, "Hobbes y el hobbismo" (Traci. Isidro Gómez Romero, Joaquín Sanz Guijarro y Pablo Veiasco Martínez), *Racionalismo, empirismo, ilustración, Historia de la filosofía*, volumen 6, Siglo XXI, México, 1976.
- 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**. *La 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.
- Carbonell, Miguel**. *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G: Estudios Doctrinales, No. 197, México, 1998.
- Carduza, **Benjamin**, "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.
- Carrió, Genaro R.**, *Notas sobre Derecho y lenguaje*, cuarta edición, Abeldo-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*. Editorial 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. Álvarez 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.
- Coello Nuno, Ulises**, "¿Qué es una Constitución abierta?" en www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/.../art3
- 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, ¹⁹⁵⁹e ESTUDIOS Filosóficos' Universidad Nacional Autónoma de México, México.
- Corsale, Massimo**, *Certeza de! Diritto e Crisi de Legittimità*, seconda edizione. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1979.
- Córsicos 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.
- Chávez Carillo, Raúl**. *El ABC del juicio de amparo conforme a la nueva ley*. Editorial Porrúa, séptima edición, México, 2014.
- De Crescenzo, Luciano**, *Socrate*, Arnoldo Mondadori Editore, Milano, 1993.
- De Garay, Luis**. *¿Qué es el Derecho?*, cuarta edición. Editorial Jus. México, 1976.

- De Giorgi, Raffaele**, *Temi di Filosofia del Diritto*, Collana Scienza del Diritto, Edizioni Pensa Multimedia, Lecce, 2006.
- De la Garza, Sergio Francisco**, *Derecho financiero*, Editorial Porrúa, México, 1981.
- De Páramo, Juan Ramón**.
Fl.L.A. Hart y la teoría analítica del Derecho, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.
 Recensión del libro de Eusebio Fernández, *La obediencia al Derecho*, en *Ayuntamiento de Derechos Humanos*, No. 5, Instituto de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Editorial de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1988-89.
- Del Vecchio, Giorgio**,
Filosofía del Derecho (Trad. Luis Recaséns Siches), novena edición, Bosch, Barcelona, 1981.
Los principios generales del Derecho (Trad. Juan Ososno Morales), Bosch, Barcelona, 1970.
Supuestos, concepto y principio del Derecho. Trilogía (Trad. Cristóbal Masso Scafocet), Bosch, Barcelona, 1962.
- Del Palacio Díaz, Alejandro**, *Lecciones de teoría constitucional*, segunda edición. Claves Latinoamericanas, México, 1989.
- De Pina, Rafael**,
Derecho civil mexicano, volumen 1º, novena edición, Editorial Porrúa, México, 19 lis.
Diccionario de Derecho, octava edición, Editorial 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 (Trad. J. Mesía y Manuel Poley), tomo II, Madrid, 1879.
- Díaz-Aranda, Enrique**, *Teoría del delito (Doctrina, jurisprudencia y casos prácticos)*, Straf, México, 2006.
- 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 iusnaturalista", 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, Wilhelm**, *Historia de la filosofía* (Trad. Eugenio Ímaz), Breviarios 50. Fondo de Cultura Económica. México, 1975.
- Dreier, Rail**. "Derecho y moral" (Trad. Carlos de Santiago), en *Derecho y filosofía* (Ernesto Garzón Valdés, compilador), Distribuciones Fontamara. México. 1988.
- Dworkin, Ronald M.**
El imperio de la justicia (Trad. Claudia Ferrari), Editorial Gedisa, Barcelona, 1992.
 "¿Es el Derecho un sistema de normas?" (Trad. Javier Sáiz de los Terreros), en *Filosofía del Derecho* (compilación), Breviarios, 288, Fondo de Cultura Económica. México, 1980.
Justice in Robes, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge. Massachusetts, London, England, 2006.

- Taking Righu Seriously* (New Impression With a Reply of Critics). Duckworth London. 1978.
- Lister, Jon. *Justicia Local. De qué modo las instilaciones distribuyen bienes escasos v cargas necesarias* (Trad. Elena Alternan). Gedisa Editorial. Barcelona. 1994.
- Lsser, Joseph.** *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado* (Trad. E. Valentina Fiol), Bosch, Barcelona. 1961. '
- Escobar Valenzuela, Gustavo.** *Ética, introducción a sus problemáticas \ su historió.* segunda edición. McGraw-Hill/Interamericana de México. Méjico. 1990.
- Escudero Alday, Rafael.** *Los calificativos deI positivismo jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral.* Cuadernos Civitas, Thomson-Civitas Madrid 2004.
- Esquilo.** *Prometeo Encadenado* (Trad. David García Pérez). Instituto de Investigaciones Filológicas. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2013.
- Fagothey, Austin.** *Ética. Teorici y aplicación* (Traci. Carlos G. Otlenwaelder). quima edición. McGraw-Hill/Interamericana, México. 1991.
- Farnsworth, Alian E.,** *Introducción al Sistema Legal de ios Estados Unidos* (Traci. Horacio Albedo), Zavalia, Buenos Aires. 1990.
- Fassó, Guido .***Historia de la filosofía del Derecho, i. Antigüedad y edad media* (Trad. 1980 J°Sé / L01Ca NaVarrete, se°unda edición. Ediciones Pirámide, Madrid.
- Faundes Penafie!, Juan jorge,** "Corpus iuris internacional de derechos humanos" en *Diccionario analítico de derechos humanos e integración jurídica* (Mano I. Álvarez Ledesma y Roberto Cippitani, coordinadores), ISEG. Tecnológico de Monterrey: Università degli Studi di Perugia, Roma-Perugia-México. 2013.
- Feinberg, Jori** (compilador). *Conceptos morales* (Trad. José Andrés Pérez Carballo). Breviarios 396. Fondo de Cultura Económica, México. 1985.
- Fernandez, 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.
Im obediencia al Derecho. Editorial Civitas, Madrid. 1987.
- Fernández Fernández, Vicente.** *El juicio de amparo en la jurisprudencia.* Porrúa - Tecnológico de Monterrey, México. 2007.
- Ferrajoli, Luigi.** *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal arad.* **Perfecto** Andrés Ibáñez et al.), Trotta, Madrid. 2006.
- Ferreí -McGregor, Eduardo,** "Interpretación conforme y control difuso de convencionuahdad. **Ei nuevo paradigma para el juez mexicano**", [http://www.conatrib.org.mx/html/Paneles/Panele.s/PanelVIII- Interpretaci%C3%B3nConformeControlI\)ifuso Convencionalidad_EduardoFerrer.pdf](http://www.conatrib.org.mx/html/Paneles/Panele.s/PanelVIII- Interpretaci%C3%B3nConformeControlI)ifuso Convencionalidad_EduardoFerrer.pdf)
- Ferrero, Guglielmo.** *Potere -I Geni Invisibili della Citò-*, Collana Argomenti. Sbarco Edizioni. Milán, 1986.
- Finch, John,** *Introducción a la icona del Derecho* (Trad. Francisco Laporta) Editorial Labor. Barcelona, 1977.
- Fix-Fierro, Héctor.** *Los derechos políticos de los mexicanos.* Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Estudios Jurídicos. No. 95. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2006.
- Flores Gómez González, Fernando.** *Introducción al estudio del Derecho v Derecho civil,* sexta edición. Editorial Porrúa. México. 1990.
- Flores Irejo, Fernando.** *Bioderecho.* Editoria! Pomi a. México. 2004

Fraile, Guillermo,

Historia de la filosofía I. Grecia y Roma, cuarta edición, corregida y actualizada por Teófilo Urdanoz, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1976.

Historia de la filosofía II (2º). 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.

Franco* Rigalt, Antonio, *Derecho aeroespacial*, Editorial Porrúa, México, 1981.

Frank, Jerome, *Law and The Modern Mind*, Bretano's, Nueva York, 1931.

Friederich, Cari Joachim, *La filosofía del Derecho* (Trad. Margarita Álvarez Franco), Breviarios, 179, Fondo de Cultura Económica, 1969.

Fronidzi, Risieri,

Introducción a los problemas fundamentales del hombre, Breviarios, 160, Fondo de Cultura Económica, México, 1977.

¿Qué son los valores? Introducción a la axiología, cuarta edición, Breviarios, 135, Fondo de Cultura Económica, México, 1974.

Gallino, Luciano, *Diccionario de sociología* (Trad. Stella Mastrangelo y Lorenzo Alegría), segunda edición, Siglo XXI, México, 2001.

García-Huidobro, Joaquín, *Filosofía y retórica del iusnaturalismo*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002.

García Máñez, Eduardo,

La definición del Derecho, Ensayo de perspectmsmo jurídico, Stylo, México, ms.

Introducción al estudio del Derecho, 44a. edición, Editorial 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. Editorial Porrúa, México, 1991.

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.

"Derecho y moral", en *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo* (Rodolfo Vázquez, compilador), Gedisa Editorial, Barcelona 1998.

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, Madrid, enero de 1986.

Gómez Lara, Cipriano, *Teoría general del proceso*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1980.

Gómez Robledo, Antonio, *El ius Cogen internacional (Estudio Hiswncó-Crítico)*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1982.

Góngora Pimentel, Genaro David, *El voto jurisdiccional y mi disenso en el Máximo Tribunal*, tomos 1,11 y III, Editorial Porrúa, México, 2007.

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 Amuchastegui, 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, Tiranlo blanch alternativa, Valencia, 2004.

Iritis Blanc y ios orígenes del socialismo democrático, Centro de Investigaciones Sociológicas/Siglo XXI de España Editores. Colección "Monografías", No. IFM 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 **Tavants, P.V.**, *Lógica* (Trad. Augusto Vidal Roget), Editorial Gnjalbo, México, 1960.

Guastini, Riccardo,

Estudios sobre la interpretación jurídica (Trad. Marina Gascón y Miguel Carbo-nell), segunda edición, Porrúa-UNAM, México, 2000.

"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, Fondo de Cultura Económica, México, 1986.

Gutiérrez y González, Ernesto,

Derecho de las obligaciones, 10a. edición, Editorial Porrúa, México, 1995.

El Patrimonio, Editorial Porrúa, México, 2013.

Habermas, Jürgen. *Problema de la legitimación en el capitalismo tardío* (Trad. José Luis Etcheverry). Amorrortu Editores, Buenos Aires, 1973.

Hallivis Pelayo, Manuel, *Teoría general de la interpretación*, Editorial Porrúa México, 2007.

Hampshire, Stuart, *Dos teorías de la moralidad* (Trad. Juan José Utrilla), Fondo de Cultura Económica, México, 1984.

Hart, Herbert Lionel Adolphus,

El concepto de Derecho (Trad. Genero Carrió), Editora Nacional, México, 1980.

El concepto de Derecho (Trad. Genero 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, Fondo de Cultura Económica, 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, Fondo de Cultura Económica, 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, *Teogonía* (Trad. Paola Vianello de Córdoba), Bibliotheca Scriptorum Graecorum et Romanorum Mexicana, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1978.
- Hierro S. Peşcador, 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 Gedtsa, Barcelona, 1992.
Problemas de ética normativa (Trad. Ernesto Garzón Valdés), Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, No. 16, Distribuciones Fontamara, México, 1992.
- Hóffe, Otfried, *Estudios sobre teoría del Derecho y otros ensayos* (Trad. Jorge M. Seña), Distribuciones Fontamara, México, 1992.
- Hohfeld, Wesley Newcomb. *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, USA, 1992.
- Holmes, Stephen y Cass K. Sunstein. *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, W.W. Norton & Company, New York-London, 2000.
- 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 Creai Debate and Searchfor Meaning*, volumen IH, University Press of America, Education for Reflective Leadership, Hubert H. Humphrey Institute of Public Affairs, University of Minnesota, USA, 1988.
- Ihering, V.R., *La lucha por el Derecho* (versión española de Adolfo Posada y Biesca), segunda edición facsimilar, Editorial Porrúa, México, 1989.
- Jaeger, Werner. *Paideia, Los ideales de la cultura griega* (Trad. Joaquín Xirau y Wenceslao Roces), segunda edición, Fondo de Cultura Económica, México, 1980.
- Jolivet, Jean, *La filosofía medieval en occidente* (Trad. Lourdes Ortiz), *Historia de la filosofía* (Brice Parain, Director), volumen 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, Editorial Porrúa, México, 1978.
Crítica de la razón práctica (Trad. Francisco Larroyo), Editorial Poirúa, México, 1983.
- Kelsen, Hans,
 "Contribuciones a la teoría pura del Derecho" (Trad. Eduardo Vásquez, R. Ines W. de Ortiz, Jorge A. Bacqué, Ma. Isabel Azaretto y Eugenio Buluygin). *Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política*, Distribuciones Fontamara, México, 1992.
Teoría general del Derecho y del Estado (Trad. Eduardo García Máynez). 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 G., *Historical Introduction to Anglo-American Law* (hiA Nulshell), West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1990.

Klukkhhohn, Clyde, "Valué and Valúes Orientations Theory of Action" en *Toward a General Theory of Action*, Talcott Parsons and Edward A. Shills, Harvard University Press, Cambridge, 1971.

Klug, Ulrich, *Problemas de la filosofía y de la pragmática del Derecho* (Trad. Jorge M. Seña), Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, No. 1, 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, Lothar, "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.

Kukuthas, 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.

Lasalle, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, Colofón, México, 1990.

Lastra Lastra, José Manuel, *Fundamentos de Derecho*, McGraw-Hill, Serie Jurídica, México, 1994.

Latorre, Angel, *Introducción al Derecho*, octava edición, Editorial Ariel Barcelona, 1991.

Levi H., Edward, *An Introduction to Legal Reasoning*, The University of Chicago Press, Chicago & London, 1949.

Levi, Lucio, "Legittimità" en *Dizionario di Polittico* (Diretto da Norberto Bobbio e Nicola Matteucci), Redatores Gianfranco Pasquino, Unione Tipografico-Editrice, Torino, 1976.

Legaz y Lecambra, Luis.

Filosofía del Derecho. Bosch, Barcelona, 1978.

Libertad, Librería Jurídica Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1952.

Lewellyn, Karl IN., "Karl K. Lewellyn on the Function of Precedent!", en *Law. Justice and the Common Good* (Edited by Sidney Hyman). Hubert H. Humphrey Institute

- of Public Affairs, University of Minnesota, University Press of America, USA, 1988.
- Lillich, Richard 8.**, *International Human Rights. Problems of Law, Policy and Practice*, Advisory Board, Little, Brown and Company, Boston-Toronto-London, 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 11, No. 11, Universidad Anáhuac. México, 1983.
- Luizzi, Vincent**, *A Naturalistic Theory of Justice*, University Press of America, USA, 1981.
- Lumia, Guiseppe**, *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*, Editorial Porrúa, México, 1982.
- Machotka, Otakar**, *The Unconscious in Social Relations*, Philosophical Library, New 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*, Editorial Porrúa, México, 1982.
- Maritain, Jacques**, *Los derechos del hombre y la ley natural* (Trad. Héctor F. Miri), Editorial Leviatán, Buenos Aires, 1970.
- Margadant S., F'loris Guillermo**, *Introducción a la historia del Derecho mexicano*, tercera edición, Editorial Esfinge, 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, Fondo de Cultura Económica, México, 1975.
- Melden, A. I.**, *Los derechos y las personas* (Trad. Celia Haydée Paschero), Fondo de Cultura Económica, México, 1992.
- Merryman, John Henry**, *Im tradición jurídica romano-canónica* (Trad. Carlos Sierra), Breviarios 218, Fondo de Cultura Económica, México, 1971.
- Mili, John Stuart**, *Sobre la libertad* (Trad. Pablo de Azcárate). Alianza Editorial, Madrid, 1986.
- Minda, Gary**, *Postmodern Legal Movements. Law and Jurisprudence at Century's End*, New York University Press, New York and London, 1995.
- Monroy Cabra, Marco Gerardo**, *Los derechos humanos*. Temis, Bogotá. 1980.
- Moore. Edward George**, *Principia Etllica* (Trad. Adolfo García Díaz), Instituto de Investigaciones Filosóficas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1983.
- Montesquieu**, *Del espíritu de las leyes* (Trad. al español del autoi), Editorial Lex Nova, Valladolid, 2008.

- Morineau, Óscar, *El estudio del Derecho*, Editorial Porrúa, México, 1953.
- Moto Salazar, Efraín. *Elementos de Derecho*, 36a. edición, Editorial Porrúa, México 1990.
- Moulakis, Afhanasios** (editor), *Legitimacy/Legitimate* (Proceedings of the Conference Held in Florence June 3 and 4, 1982), Series C, Political and Social Sciences European University Institute, Walter de Gruyter, Berlin-New York 1986.
- Mugerza, Javier**,
La Obediencia al Derecho y el Imperativo de la Disidencia (Una Intrusión en un Debate), en *Sistema*, No. 70, Revista de Ciencias Sociales, Enero, Madrid, 1986
- ff *razón sin es Pera'na. Siet** "abajos y un problema de ética, Taurus Ediciones Madrid, 1977.
- Muñoz Conde, Francisco**, *Teoría genera! del delito*, Temis, Bogotá, 2004.
- Nagel, Ernest**, *La estructura de la ciencia. Problemas de i a lógica de la investigación Científica* (Trad. Néstor Migue'z), tercera reimpresión, Edictones Patdós Ibérica, Barcelona, 1991.
- Nakhnikian, George**, *El Derecho y las teorías éticas contemporáneas* (Trad Eugenio Bulygm y Genaro Carnó), segunda edición. Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, Distribuciones Fontamara, México, 1993.
- Narvaez Mora, Maribel**, *Wittgenstem y la teoría del derecho. Una senda para el convencionalismo jurídico*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales Madrid Barcelona, 2004.
- Niño, Carlos Santiago**,
Algunos modebs 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.
- m *ImTMDllcaon al andáns' del Derecho*, tercera edición. Editorial Ariel, Barcelona. 1987.
- ohl'Hermán**. *Introducción a la ética. Las experiencias éticas fundamentales* (Trad. Mariana Frenk), Fondo de Cultura Económica. México, 1986.
- O'Donnell, Daniel**. *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos-fecnologico de Monterrey, EGAP, México, 2007.
- Olive, León**. *Estado, legitimación y crisis. Crítica de rtes teorías del Estado capitalista* . L *de su** *presupuestos epistemológicos*, Siglo XXL 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, Omar**, *Manual de Derecho marítimo*, Editorial Pomía México 1981
- Oppenheim, Félix EL**
Ética y filosofía política (Trad. Alfredo Ramírez Araiza y Juan José Utrilla), Breviarios 252, Fondo de Cultura Económica, México, 1976.
Conceptos políticos. Una reconstrucción (Trad. Ma. Dolores González Soler) Tecnos, Madrid, 1987.
- Otfried, Hoffe, *Estudios sobre teoría del Derecho y otros ensayos* (Trad. Joroe M Sena), Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política. No. 19. Distribuciones Fontamara, México, 1992.
- Ovina **Mandujano. Manuel**. *Teoría del Derecho*, séptima edición. Editorial Duero México. 1990.

- Palacios Treviño, Jorge**, *Tratados, legislación y práctica en México*, Secretaria de Relaciones Exteriores, México, 1986.
- Parejo Alfonso, Luciano**, *Constitución y valores del ordenamiento*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.
- Passerin D'Entrèves, Alessandro**, *La Dottrina Dello Stato*, Giappichelli Editore, Torino, 1967.
- Pastor Ridruejo, José A.**, *Curso de Derecho internacional público*. Tecnos, Madrid, 198b.
- Pattaro, Enrico**, *Elementos para una teoría del Derecho* (Trad. Ignacio Ara Pimán), Editorial Debate, Madrid, 1991.
- Paulet, Jean-Pierre y Santandreu, Eliseo**, *Diccionario de economía y empresa* (Irad. Ana García Bertrán), segunda edición, Gestión, Barcelona, 2000.
- 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, 1988-89.
Énea, poder y Derecho, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, No. 85, Distribuciones 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, Ciborio, Iñiguez de Ozoño, Santiago y Llamas, Ángel**, *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 Bobo, Francisco J.**, *Introducción al estudio del Derecho*, novena edición, Editorial Porrúa, México, 1988.
- Perelman Ch. y Olbrechts-Tyteca, L.**, *Tratado de la argumentación. La nueva retórica* (Trad. Julia Sevilla Muñoz), Editorial Credos, Biblioteca Románica Hispánica, Manuales 69, Madrid, 1989.
- Pérez-Luño, Antonio-Enrique**,
 "Concepto y Concepción de los Derechos Humanos en *Doxa* 4, Alicante, 1981.
 "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, 1981-82.
- Pereznieto Castro, Leonel y Ledesma Mondragón, Abel**, *Introducción al Estudio del Derecho*, segunda edición, colección de Textos Jurídicos Universitarios, Haría, México, 1992.
- Pinto, Mélica**. "El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos" en *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*, Argentina, Centro de Estudios Legales y Sociales-Editorial del Puerto, 1997.
- Planiol, Marcel**, *Tratado elemental de derecho civil*, tomos 1 y 11 (Trad. José M. Cape Camacho), Editorial Cajica, Puebla, 1980.
- Platón**, *Diálogos*, decimoséptima edición, Colección "Sepan Cuantos...", No. 13, Editorial Porrúa, México. 1978.
- Popitz, Heinrich**. *Fenomenología del Potete* (Trad. Paolo Volonte), 11 Mul.no, Bologna, 1990.

- Porrúa Pérez, Francisco, *Teoría del Estado*, duodécima edición, Editorial 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 filosofía del Derecho*, Textos Universitarios, Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, México 1982.
- Pngpelat Martí, Francesca.** "Principios y Normas" en *Anuario de Derechos Humanos*, No. 6, Instituto de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Editorial de la Universidad Complutense, Madrid, 1990.
- Dugliese, Mario,** *Instituciones de Derecho financiero*, Editorial Porrúa, México, 1976
- Rabasa Gamboa, Emilio,** "Teoría de la consolidación democrática" en *Jurípolis*. Revista de Derecho y Política. Departamento de Derecho, División de Humanidades y Ciencias Sociales, Tecnológico de Monterrey, Campus Ciudad de México, México, diciembre, 2005.
- Rabasa Gamboa, Emilio y Ramírez Marín, Juan,** *Problemas actuales del Derecho social mexicano*, volumen 11, Porrúa-Tecnológico de Monterrey, México, 2007.
- Rabasa, Oscar,** *El Derecho angloamericano*, Editorial Porrúa. México, 1982.
- Rabossi, 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.
- Radbruch, Gustav,**
 "Filosofía del Derecho" (Trad. J. Medina Echavam'a), *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1933.
Introducción a la filosofía del Derecho (Trad. Wenceslao Roces). Breviarios 42, Fondo de Cultura Económica, México, 1985.
- Rangel Couto, Hugo,** *El Derecho económico*, Editorial Porrúa, México, 1980.
- Rangel Hernández, Laura.** "Sentencias condenatorias al Estado mexicano dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y sus implicaciones en el orden jurídico nacional" en *IUS, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, año V, número 28, julio-diciembre de 2011.
- Raphacl, David Daiches.** *Filosofía moral* (Trad Juan José Utrilla), Fondo de Cultura Económica, México, 1986.
- Ratti, Giovanni Battista,** *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*, G. Giappichelli Editare, Turín, 2008.
- Rawls, John,**
Teoría de Injusticia (Trad. Ma. Dolores González Soler), Fondo de Cultura Económica, 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), Tecnos, Madrid, 1986.
 "Legal Obligation and the Duty of Fair Play" en *Law and Philosophy*, Sidnev Hook. New York, 1964.
Liberalismo político (Trad. Sergio René Madero Báez), Fondo de Cultura Económica, México, 1996.
- Reale, Miguel,**
Filosofía do Direito, Edtcao Saraiva, Sao Paulo, 1953.
Teotia Tridimensional do Direito. Edicao Saraiva, Sao Paulo. 1968.

Recaséns Siches, Luis,

- Introducción al estudio del Derecho*, novena edición, Editorial Porrúa, México, 1991.
iusnaturalismos actuales comparados, Selección de Publicaciones e Intercambio, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1980.
Nueva filosofía de la interpretación del Derecho, Editorial Porrúa, México, 1980.
Tratado general del filosofía del Derecho, séptima edición, Editorial Porrúa, México, 1981.

Rezek, José Francisco, *Direito Dos Tratados*, Forense, Río de Janeiro, 1984.

Richárdson, Jr., Robert D., *Henry David Thoreau. A Life of the Mind*, University of California Press, USA, 1986.

Rivera Rodríguez, Isaías, *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 María,

- 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, Editorial Porrúa, México, 1979.
Introducción y personas, Derecho civil mexicano, segunda edición, tomo I. Editorial Porrúa, México, 1975.
Introducción al estudio del Derecho, segunda edición, Editorial Porrúa, México, 1967.

Roldan Xopa, José, *Derecho administrativo*, Oxford University Press, Colección Textos Jurídicos Universitarios, México, 2008.

Ross Alf *El concepto de validez y otros ensayos* (Trad. Genero R. Carrio y Osvaldo Paschero), Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, No. 7, Distribuciones Fontamara, México, 1991.

Rousseau, Juan Jacobo, *El contrato social* (Trad. Daniel Moreno), Editorial 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.

San Agustín, *La Ciudad de Dios -De civitate Dei-* (Trad. Santos Santamaría del Río), segunda edición, Tecnos, Madrid, 2010, IV, 5.

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 Medal, Ramón, *De los contratos civiles*, Editorial Porrúa, México, 1980.

Sánchez Vázquez, Adolfo, *Ética*, vigésimo primera 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, Uberto, *¿Qué es el positivismo jurídico?* (Trad. Jean Hennequin), Fditona Caípa, Puebla, 2001.

- Schiavone, Aldo**, "Il Giurista", *L'uomo Romano* (Andrea Giardina, editora), Editori Laterza, Bari, 1993.
- Sen, Amartya**, *La idea de la justicia* (Trad. Hernando Valencia Villa), Santillana Ediciones Generales, Madrid, 2009.
- Seoane, José Antonio y Rivas, Pedro**, *El último eslabón del positivismo jurídico. Dos estudios sobre Joseph Raz*, Colección filosofía, derecho y sociedad 8, Editorial Contares, Granada, 2005.
- Sepúlveda, César**, *Derecho internacional*, Editorial Porrúa, México, 1980.
- Serra Rojas, Andrés**, *Derecho administrativo*, tomos 1 y 11, Editorial 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 Camegie para la Paz Internacional), Fondo de Cultura Económica, México, 1985.
- Sosa Morato, Beatriz y Rabasa, Emilio** (coordinadores), *Problemas actuales del derecho privado Mexicano*, volumen I, Editorial Porrúa-Tecnológico de Monterrey, México, 2005.
- Stammler, Rudolff**, *Filosofía del Derecho* (Trad. Wenceslao Roces), Reus. Madrid, 1930/
- Starobinski, Jean**, "Jean-Jacques Rousseau" (Trad. Isidro Gómez Romero, Joaquín Sanz Gujarró y Pablo Velasco Martínez) en *Racionalismo, empirismo, ilustración, Historia de la Filosofía*, tomo 6, Siglo XXI Editores, México, 1976.
- 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.
- Tarello, Giovanni**, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè editore, Milano, 1980.
- Tena Ramírez, Felipe**.
Derecho constitucional mexicano, décima edición, Editorial Porrúa, México, 1980.
Leyes fundamentales de México 1808-1982, undécima edición, Editorial Porrúa, México, 1982.
- Thibau, A.F.J., "Sobre la Necesidad de un Derecho Civil General para Alemania" (Trad. José Díaz García) en *La Codificación*. Aguilar, Madrid, 1970.
- Thierry, Hubert**, *L'évolution du Droit International. Cours Général de Droit International Public*, Académie de Droit International, Recueil des Cours (Hague Academy of International Law), tomo 222, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1991.
- Thompson, José** (coordinador académico), *Acceso a la justicia y equidad. Estudio de siete países de América Latina*, Banco Interamericano de Desarrollo-Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2000.
- Thoreau, Henry David**,
Desobediencia civil y otros escritos (Trad. Ma. Eugenia Díaz), Tecnos, Madrid, 1987.
Walden y la desobediencia civil (Trad. Carlos Sánchez-Rodrigo), Ediciones del Cotal, Barcelona, 1976.
- Tomasini Bassols, Alejandro**,
Enigmas filosóficos y filosofía wittgensteiniana, Grupo Editorial Interlínea, México, 1995.
El pensamiento del último Wittgenstein. Problemas de filosofía contemporánea. Trillas. México, 1988.

Lenguaje y anti-metafísica. Cavilaciones rivittgensteinianas, Interlinea / .NBA, .

México, 1994. tur, Fditores, México, 1999.

Nuevos ensayos de filosofía de la religión (derechos humanos" (Trad. Tomuschal. Chris.i.n, "El Derecho . I. «SKene, » o <

Jarme Riera Rehren) eo *Sot.*, 1< resistencia a las violaciones de los derechos hu- manos, Serbal, UNESCO. Barcelona, 1984

Travieso, Juan Antonio. *Garantías fundan, entites de emos humanos. Conflic- tos. Paradigmas. Aplicación de sistemas jund,eos* inf, Hammurabi,

José Luis de Palma, editor Argentara, 1W, investi, aones; problm, as (Trad.

Treves, Renato. *La sociología del Derecho. Ongenes,* 8

Manuel Atienza).Ariel, ^Tnuove frontiere dell'eguaglianza, 11 Mulino, Sa-

Trujillo, Isabel. *Giustizia globale. Le nu J* ggi, Bologna, 2007.

Truyoi y Serra, Antonio, OS , y n, octava edición,

Historia de la filosofía del Derecho y del Estado, tom

Alianza Universidad **Textos**, Madrid, 198A

Los derechos humanos. Alianza Editorial, a Madrid 1987.

Tulián, Domingo Carlos, *Movimiento socia^ l. onciencia* l. Mysteria Realidad jurídica. a. Buenos Aires, *Los derechos humanos.* Editorial Humanitas/bOio

1991.

Urdanoz, Teófilo. idealismo y espiritualismo, Biblioteca *Historia de la Filosofía IV. Stglo XIX. Kan., idealismo y*

de Autores Cristianos.M^r.djW. lismo, materialismo y positivismo, Kier- *Historia de la Filosofía V. Siglo XIX. socia,* Madrid. 1975.

kegaard y Nietzsche, Biblioteca de Autores Cristianos,

Ursúa-Cocke, Eugenio. *Elementos del sistema jurídico angto* anglosa, Editorial Porrúa.

México, 1984. estudio del Derecho, Editorial Herrero,

Vallado Berrán, Fausto E.. *Introducción al estudio*

México, 1961. -ni Fnsavos sobre un debate contempo-

Vázquez, Rodolfo (compilador), *Derecho y mora.. Ensayos*

raneo, Gedisa Editorial. Barcelona • 1998 Letteratura italiana Einaudi,

Vico, Giambattista. *Scienza Nuova* (a cura di Polo KossiJ,

Rizzoli, Milano, 1959.

Vinogradoff, Paul. *Introducción al Derecho* (Trad. V ce, i nte Herrero), cuarta edición,

Breviarios 57. Fondo de Cultura Económica, México, 1980.

Villero Toranzo, Miguel, cmttrial Porrúa México, 1973.

Lecciones de filosofía del Derecho, Ed.tona Poiro^ ^

Teoría general del Derecho Editona o - l P trúa Méx, Editorial Porrúa, México, *Introducción al estudio del Derecho*, tercera edición,

1978. ... tundirás contra las violaciones a los derechos

Van Minh, Tran. " Sanciones políticas y-jurídicasicónes, #11 Colaciones de humanos" (Trad. Jaime Riera Rehren) en ^ejnes^

los derechos humanos. Serba!, UNES, CO, ona, *investigación jóg;cg* (Trad. Pedro García

Von Wright, G. I!.. Norma y ornon. Uno <

Perrero). Tecnos. Madrid, 1970. ia civil #11 #w t/emorrorm (Trad. Carlos

Walzer, Michael. *Obediencia y desobedienc*

Raúl Ujnovsjy). Edisar, Buenos Aires: 1976

Weber, Max, *Economía y sociedad.* Es. bozo de sociología colupensiva (Trad. José

Medina Echavarría. Juan Roura Parellam, 8, Eduardo García Maynez

y José Ferrater Mora), segunda edición. Fon do de Cultlira Económica, México,

- Wittgenstein, Ludwig**, *Philosophical Investigations* (Trad. G.E.M. Anscombe), Prentice-Hall, Nueva Jersey, 1958.
- Witker, Jorge**, *Derecho económico*, colección Textos Jurídicos Universitarios Haría, México, 1985.
- Witker 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.
- Zac, Sylvain**, "Spinoza" (Trad. Isidro Gómez Romero, Joaquín Sanz Guijarro y Pablo Velasco Martínez) *Racionalismo, empirismo, ilustración. Historia de la filosofía*, volumen 6, Siglo XXI, México, 1976.
- Zagrebelsky, Gustavo**, *Manuale di Diritto Costituzionale. Il Sistema Delle Fonti del Diritto*, volumen I, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1994.
- Zitelmaon, E.**, "Lücken im Recht", en *Karl Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, 1903.

índice analítico

A

Abrogación, 19,21
Abstracción, 155, 187
Acceso a la justicia, 198
Acción(es)
 de inconstitucionalidad, 209,
 212-213,222,249,351-
 352,354,362
 revolucionaria, 452-453,
 455,461-463,480,482.
 484-485,487
Acto
 antijurídico, 272,275,278,
 296
 de pensamiento, 130-131
 de voluntad, 130-131,139
 en sentido estricto, 283-284,
 297
 ilícito, 253,274,276,278,
 283-285,289-291,293-
 295,297-299
 jurídico, 146,152, 168-170,
 175-176,187-188,253,
 256,265,271,275,282-
 283,285-286,297-299
 lícito, 276,283-284,286-
 297
 validez de un, 272,285-287,
 298
Acuerdo(s), 225,231,235,238,
 242,247
 institucional, 235
 interinstitucional, 235,238
Aftalión, Enrique R.,40,73,
 144,149,372
Alcérreca, Luis G., 163
Alchourrón, Carlos E., 18
Alexy, Robert, 135, 177-178,
 371,374
Almansa Pastor, José M., 163
Álvarez Ledesma, Mario I., 49,
 193,195-196. 198,230,
 274,383,414

Amparo, 195,209,211-213,
 215,222,229,242,244-
 246,249
 directo, 351,354
 indirecto, 351,354
Análisis
 económico del Derecho, 420
 ético. 374-375,438
Analogía, 301,314-315, 340-
 346,349,357,361-362
Anaximandro, 391,416,441
Andrade Sánchez, J. Eduardo,
 161
Antinomia(s), 301,310-311,
 326,331-332,336,350,
 356,360
 de principio, 312,343,357
 de valoración, 312,357
 impropias, 312,357
 parcial-parcial, 311-312,357
 propias, 311-312,357
 total-parcial, 311,357
 total-total, 311,357
Aplicación de las leyes, 301 -
 308,310,312-313,316-
 325,327,329-330,332-
 336,338,341,344-345,
 350-360,362
Aprobación
 de una ley, 225-228,232,
 234-235,238,250-251
 senatorial, 235
Aquino, Tomás de, 122
Arbitrariedad, 30,41,55
Arellano García, Carlos, 161
Aristóteles, 8,39,365,389,
 394-396,417,442
Atienza, Manuel, 469-470
Auctoritas moral, 214
Autointegración jurídica, 301,
 315,340-343,345-347,
 349,361-362
Autonomía, 9,13,15,53

Axiología jurídica, 75,91,377,
 440

B

Balaguer Callejón, Francisco,
 149,151,154
Ballesteros, Jesús, 69
Balmes, Jaime, 9
Barker, Stephen F., 303
Barrow, R. H., 396
Battaglia, Felice, 27, 394,399,
 402
Bentham, Jeremías, 101,116,
 118,123,130,138,365,
 402-403,418,444
Berlin, Isaiah, 403
Bielsa, Rafael, 256
Bien común, 365
Bienestar social, 411,439
Bioderecho, 163, 187
Blánquez Fraile, Agustín, 85
Bloque de constitucionalidad/
 convencionalidad, 195,
 209,214,221,249
Bobbio, Norberto, 22-23,30,
 40,43-44,49-50,69,73-
 74,97,104, 117-120,
 122-124,177,309-311,
 313,315,317,342,348,
 420,425,438
Bodenheimer, Edgar, 77,83
Bodin, Jean, 28-29
Bonnet, Julien, 303, 319-
 320,338
Borja Soriano, Manuel. 239,288
Bovero, Michelangelo. 69
Bravo Gala. Pedro. 28
Briceño Ruiz, Alberto, 162
Briksorn, Norbert, 378-379,
 395-396
Brufau Prats, Jaime, 38
Buenas costumbres, 278,286,
 293,297

- 3ulygin, Eugenio, 18, 26
 úrgoa, Ignacio, 321
- C**
 Támara
 de origen, 226-227, 232-233, 250
 revisora, 226-227, 232, 250-251
 Tanetti, Elias, 25
 rapacidad jurídica, 253, 256, 262-264, 268, 275, 287, 290, 295, 298
 de ejercicio, 262, 264, 266, 291, 295-296
 de goce, 262, 264, 295-296
 'arbonell, Miguel, 186
 Jardoza, Benjamín, 305, 333, 356
 'arpizo, Jorge, 192
 Jarcío, Genaro R., 13-15, 26, 59, 81, 254, 256, 270
 lanas de triunfo social, 416, 419, 446
 'aso Radilla, 194, 213, 215, 353
 lastán Tobeñas, José, 385
 lastro, Juventino V., 195
 licerón, 99, 121, 365, 395-397, 417, 442
 'jencía
 del Derecho, 67, 71, 86, 89, 91
 jurídica, 57, 60, 63, 67, 72-75, 84, 86, 90-91, 96, 98, 100, 109-110, 114, 125, 132, 137
 'ippitani, Roberto, 151, 274, 333, 383
 'ircular, 225, 231, 250
 'udadanía, 264-265
 oacción, 3, 16, 19-27, 30-32, 37, 41, 46, 54-55, 60, 63, 66, 71, 77, 80-83, 90, 274-275, 279, 286, 297, 302, 366-367, 370, 425, 437, 451, 467, 471, 479-480, 485-487
 institucionalizada, 144, 186
 cello Nuño, Ulises, 186
 oercibilidad, 23, 25, 82, 106, 137, 155-156, 165, 187
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 199, 214-215
 Competencia jurídica, 253, 287, 298
 objetiva, 287-288, 298
 subjetiva, 287, 298
 Conceptos jurídicos
 fundamentales, 253-258, 268, 269-270, 273-274, 286, 295, 297-298
 Condición, 281-282, 297-298
 Conducta ético-política, 452-453, 455-456, 461, 482, 484-485
 Consecuencias normativas, 3, 32-34, 55
 Constitución, 19-21, 35-36, 46, 49, 54
 abierta, 185-186, 189, 194-196, 249
 Política de los Estados Unidos Mexicanos, 191-196, 209, 211-214, 216, 218-223, 225-231, 234-235, 237-240, 242, 244-245, 247, 249-252, 321-323, 325, 328, 338, 340, 343-344, 346-347, 350-352, 359, 362
 parte dogmática, 194, 249
 parte orgánica, 216, 223, 250
 y derechos humanos, 193-198, 209, 212-216, 221-224, 229, 231, 242, 249
 y garantías de protección, 194-195, 198-199, 209, 221-222, 224, 231, 242, 249
 y garantías sociales, 209, 223, 249
 rígida, 220
 Teoría de la, 143, 181-186, 189
 Contradicción de tesis, 229, 234, 242-243, 245, 252
 Contrato social, 365, 386, 399, 404-406, 411, 418, 444
- Control
 concentrado de la constitucionaiüdad, 216
 constitucional, 301, 350-354, 362
 difuso de la constitucionaiüdad, 194, 213-214, 216
 Controversias constitucionales, 209, 213, 222, 236, 242, 247, 249, 351, 354, 357, 362
 Convención
 Americana sobre Derechos Humanos, 193, 197, 199, 213-214
 de Viena, 166-167, 188, 236-238, 251
 Convencionalismos sociales, 3, 5, 10-11, 13, 24, 37, 41, 144, 146, 164
 Convenios ejecutivos, 196, 234, 235
 Convivencia social, 6-10, 12, 15-16, 19, 22, 26, 28, 32, 36-37, 39-40, 44, 46, 49, 50, 52-53, 73, 78-79, 81-83, 88, 92
Corpus inris, 196, 214-215, 248-249
 Corte Interamericana de Derechos Humanos, 193, 196, 213, 216, 222-223, 247, 249-250
 Corts Grau, José, 99, 391-392, 401-402
 Cosentini, Francesco, 86, 146, 166, 179
 Costumbre, 5-6, 11, 24, 41, 46, 53, 146, 148, 164, 247
 jurídica, 143, 152-154, 164-165, 167-170, 172, 179, 187-188, 191, 238-241, 251
 delegada, 165-166, 238-240, 251
 delegante, 165
 derogatoria, 165-166
 Crescenzo, Luciano de, 393
 Criterio de proclividad, 197, 221
 Cultura, 9

D

Daño, 276, 289-290, 292-294, 298-299
 moral, 291

Debates parlamentarios, 337, 347, 361

Deber, 450, 461, 464-466, 469, 472-475, 483-486

jurídico, 253, 256, 268-273, 275, 288, 291, 296, 298.

454, 469, 484, 487

lato sensu, 464

stricto sensu, 464

prima facie, 449, 466, 472, 474-476, 483, 486-487

Declaración

de inconstitucionalidad, 20

Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, 375, 385, 440-441

Declaratoria general de

inconstitucionalidad, 211-213, 222, 244, 246, 249

Decorum, 401, 443

Decreto, 223, 224, 226-227, 231, 233, 250

Delito, 256

D'Entreves, Passerin, 101

Derecho

administrativo, 160-161, 163, 187

aéreo, 162-163, 187

agrario, 162-163, 187

aplicación del, 301-310, 312-314, 316-327, 329-330, 332-336, 338, 341, 343-

345, 350-360, 362

ámbito espacial y temporal, 301-302, 311, 316, 318, 357

problemática, 302

significado, 301-302, 331, 336

trascendencia, 301-302

bancario, 161, 163, 187

bursátil, 161, 163, 187

caracteres del, 3, 13

científico, 152, 179

circunstancias del, 3, 49-53

civil, 150, 160.-161, 163, 187
 como ciencia, 67, 71, 86, 89, 91

como fenómeno cultural, 3, 50
 como fenómeno económico, 51

como fenómeno histórico, 3, 51

como fenómeno político, 51, 54

como fenómeno social, 3, 50-51, 57-58, 64-65, 67-68, 71-72, 78, 82, 90

como norma jurídica, 57, 64-65, 67-68, 72, 74, 78, 85, 90

como sistema, 60, 65, 73, 77-85, 89, 91-93

como valor, 57, 64-65, 67-68, 74-75, 78, 90

comparado, 73-74, 91, 377, 440

concepto provisional del, 58, 60, 64, 78

constitucional, 160-161, 181-184, 187, 189

creación de), 143-144, 146-148, 150, 152, 154, 169, 175, 181, 183, 185-187, 189

formalización, 143, 145-148, 150, 170, 183, 186

incorporación, 146-148, 150

validación, 146-148, 150, 165, 167, 170, 186

definición, 57-61, 63-67, 73, 77-84, 90-92

convencionalismo verbal, 61, 66

enfoque científico, 62-63, 65-66, 90

posición teórica, 62-63, 65-66, 90

realismo verbal, 61, 66

de la seguridad social, 163, 187

de la Unión Europea, 317, 333

diferencias con la moral, 105, 110, 113, 116, 126, 130, 136-137

dimensión

axiológica del, 74-77, 83-84, 87-89, 92

fáctica del, 68, 70, 72, 76-77, 81-84, 90-92

normativa del, 65, 71, 73, 76-77, 82-83, 85, 88, 92

doble estándar valorativo del, 365, 367, 370-371, 374, 421, 424-425, 439, 447

e Historia, 63, 66-71, 91, 96, 99

ecológico, 163, 187

económico, 163, 187

escrito, 191-192, 223, 228, 234, 249

exterioridad del, 105

extranjero, 317, 322-325, 359

Filosofía del, 65, 67-68, 70, 72-75, 77-78, 86, 91, 95-96, 99, 101, 105, 128

financiero, 162-163, 187

fuentes del, 143, 147-152, 154, 166, 170-171, 175, 186

competencia, 143, 151, 156

formales del, 143, 145, 147, 150-154, 167-169, 171, 173-174, 178-180, 183, 185-189, 191-192, 247-248

directas del, 143, 152-154, 166, 168, 171, 187, 191, 223

indirectas del, 143, 150, 152-153, 168, 170, 187, 191, 241, 247

históricas, 150, 186, 192

jerarquización, 143, 150-151, 156, 167, 185, 230

materiales del, 147, 150, 186

reales, 147, 150, 186

supletorias, 153, 165, 176, 188, 211, 215, 238-240, 247-248, 251

función del, 3, 6, 12, 26, 46, 50, 53

- Derecho (*continuación*)
 original del, 3, 7-8, 10,
 12-13, 16, 19, 22, 26, 37,
 39, 43, 46, 50-54, 58, 81 -
 82, 302, 307, 316, 355
 independiente, 296
 injusto, 450-453, 460-462,
 469, 485
 internacional, 143, 145, 149,
 153, 161-163, 166-168,
 180, 185-188, 309, 315,
 317, 323, 340, 343, 353-
 355, 357-358, 362
 de los derechos humanos,
 196-198, 209, 213, 215,
 221, 223, 234, 236, 249-
 251
 iusromanista, 191-192, 249
 justo, 449-452, 460, 463,
 466, 476-478, 483, 485-
 486
 laboral, 162-163, 187
 marítimo, 160, 163, 187
 mercantil, 160, 163, 187
 mexicano, 191-196, 198,
 209, 213-216, 218, 223-
 225, 228-229, 234, 236,
 238-241, 245, 247-253,
 261, 264, 274, 278, 285,
 290-292, 294-299, 301,
 303, 314-315, 317-319,
 321, 323-326, 333, 342,
 344-355, 357-359, 361 -
 362, 365
 natural, 84, 88-89, 93, 95-
 104, 118, 120, 122, 135-
 136, 365, 370, 372, 397,
 399-401, 406, 408, 418-
 419, 443-444
 objetivo, 85-87, 89, 93
 omnipresencia del, 4, 11
 penal, 160-163, 187
 positivo, 68, 80-81, 84, 87-
 89, 91, 93, 95, 97, 99 -
 103, 109-110, 112-114,
 116, 118-119, 122-123,
 126, 135-
 146, 150, 152-154, 156,
 158, 160, 165-167, 179-
 181, 183, 186, 188-189,
 191-192, 195, 234, 238-
 241, 252, 381, 383-385,
 387, 400, 407-409, 418-
 419, 421, 425, 427, 440,
 444, 446, 464
 mexicano, 153
 principios generales del, 143,
 152-153, 168, 170-171,
 174-178, 187, 188, 191,
 194, 196-197, 211, 221,
 234, 239, 245-249, 252
 privado, 151, 158, 160-163,
 176, 187, 272, 297
 procesal, 160-163, 187
 público, 145, 158-163, 166-
 168, 182, 187, 272-273,
 287, 297
 romano, 158, 174
 social, 162-163, 165, 187
 subjetivo, 85-87, 89, 93, 253,
 256, 268-273, 278, 288,
 296
 dependiente, 272
 independiente, 272
 Teoría General del, 67, 71 -
 72, 74-75, 81, 91, 253-
 254, 256-259, 270-271,
 276, 281, 286, 295
 tesis de la indefinición, 60, 90
 turístico, 163, 187
 vigente, 81, 87-89, 93
 y Antropología, 63, 66-69,
 71, 91
 y Ciencia Política, 67-69, 71,
 91
 y desarrollo económico, 421
 y Economía, 67-68, 70-71,
 91
 y Etimología, 58, 85, 88
 y Filosofía, 95-96, 99, 101,
 105, 127, 128
 y justicia, 365-366, 370-372,
 374-377, 379, 389-394,
 396-402, 404, 407-410,
 414, 416-418, 423-425,
 428, 430-432, 434-435,
 437, 439-440, 442-447
 y lenguaje normativo, 3, 13-
 15, 53, 55
 y poder político, 3, 5, 11, 22-
 23, 25-32, 41-42, 46-47,
 50-52, 54
 y Psicología, 63, 67-69, 71,
 91
 y realidad, 4, 11, 20-21, 35,
 46, 53
 y Sociología, 63, 66-72, 91
 y su relación con la moral,
 95-97, 100-101, 103,
 105, 108-115, 121, 123-
 125, 129, 133-137, 139
 y Teoría del Estado, 68-69,
 71, 91
 y vida cotidiana, 3-5, 11
 Derecho(s)
 de acción, 271, 296
 de! obligado, 272, 296
 del pretensor, 272, 296
 dependiente, 296
 humanos, 193-199, 209,
 212-216, 221-224, 229,
 231, 237, 242, 249, 265, '
 273-274, 289, 365, 370,
 377, 381-388, 399-400,
 406, 409, 413, 416, 421-
 422, 424, 434, 440-441,
 443-444, 446, 451, 455,
 457, 476-477, 483, 487
 de los pueblos, 386, 441
 económicos, sociales y
 culturales, 209, 221, 249
 individuales, 384-385,
 400, 416, 441, 443, 446
 morales, 387, 402, 415-
 416, 441
 obligación especial de
 atención a sus
 violaciones, 194, 197-
 199, 215, 221, 249
 obligación general de
 respeto, 197, 221, 249
 políticos, 386, 413, 441
 sociales, 385-386, 413,
 441
 Derogación, 19-21, 24
 Desobediencia civil, 449-464,
 466-472, 474-475, 477-
 479, 481-487
 directa, 453, 485
 indirecta, 453, 485
 Despotismo, 404
 Díaz, Elias, 27, 30, 65, 72-74, 77,
 83, 133, 450, 468-471

- Dignidad humana, 369, 375, 381,383-385,387-388, 397,401,406,409,416, 423,425,431,433-434, 440,444
- Diké,390-391,416
- Dilthey, Wilhelm, 392,406
- Dimensión
axiológica, 74-76,83-84,87-89,92,96
fáctica, 68,70,72,76-77, 81- 84,90-92,96,367, 427
normativa, 65,71-73,76-77, 82- 85,88,92,96,125, 367
- Discrecionalidad, 456
- Discusión de una ley, 225-226, 250
- Doble estándar valorativo, 3,43, 46-47,365,367,370-371,374,383,421,424-425,439,447,449,478-479,481,487
- Doctor Angelicus, 398,417,443
- Doctrina, 143,152-153,161, 168,173,176,179-181, 183-184, 187-188
tradicional, 143, 147-150, 155,166,169,174, 187
- Dogmática jurídica, 72,74,91, 421
- Dolor, 403,444
- Dreier, Ralf, 42,409
- Dworkin. Ronald, 31.35. 80. 175-176,307,365,414-416,419,446,456
- E**
- Economía, 173-174
- Eficacia, 274-275,282,297, 365-367,371,384,420, 425,427,439,441,450-451,480,485,487
jurídica, 3,5-6, 18-23, 31, 51-52,54
reforzada, 23,37,41,46
- Elster, John, 423
- Emancipación, 265,296
- Equidad, 365,378-380,411, 415-416,421,425,440
- Escepticismo ético, 103,111, 116,120,138
- Escobar Valenzuela, Gustavo, 37
- Escuela
clásica del Derecho natural, 365,399,401,406,418, 443
de la Exégesis, 303,355
del Derecho Libre, 305
Española del Derecho natural, 401
Histórica, 147,187
- Espacio jurídico vacío, 313,357
- Espíritu del pueblo, 148, 187
- Esquilo, 392,417,442
- Esser, Joseph, 176-177
- Estado, 3,26-27,29-31,54
de Derecho, 42
de interdicción, 266, 296
de naturaleza, 399-400,405, 412,443
mexicano. 191-195,197-198,209,212-213,215, 218,221-223,225-227, 229,233,236,238,242, 249,250
- Estructura lógica de las normas jurídicas, 3, 32-34,54-55
- Excusa de sanción, 455
- Exposición de motivos, 337,347, 361
- Externalismo ético, 122
- F**
- Factores
extrínsecos, 49-50,56,365, 419- 421,429-430,432-433,435,446-447
intrínsecos, 49,56,365,375, 420- 421,429,435,437, 446-447
- Facultamiento, 268-270,273, 296
- Facultas agendi*, 272
- Fagothey, Austin, 164
- Farnsworth. E. Allan, 172-173
- Fassò, Guido, 99,390-391,393
- Federación, 218,223,228,234, 250
- Fernández
Eusebio, 65,69,75,100,384, 387,449,452,466,468-470,476-478,483,486
Fernández, Vicente, 242
García, Eusebio, 27
- Ferrer-McGregor, Eduardo, 214
- Ferrero. Guglielmo, 8
- Filosofía del Derecho,65,67-68, 70,72-75,77-78,86,91, 95-96,99,101,105,128
Historia de la, 96,99
- Flores
Gómez González, Fernando, 264
Trejo, Fernando, 163
- Floris Margadant S., Guillermo, 192
- Forma
de gobierno, 216,218-219, 223
jurídica, 145, 147,159
- Formulación normativa, 330, 336,359
- Fraile, Guillermo, 391-392,397-398,401,403,405-406
- Francoz Rigalt, Antonio, 162
- Frank, Jerome, 305-306, 356
- Friedrich, Cari Joachim, 69,400, 402-403
- Fronzizi, Risieri, 37-38,44, 373
- Fuerza. 11,20,22-23,25-28. 30-31,41,44,46,51-52, 54-55
legitimada de la autoridad, 144-145, 152,156,274, 297
obligatoria, 225,227,231, 233,238,240,242-243, 245-246,252
- G**
- Gallino, Luciano, 69
- Gandhi, Mahatma,459,485
- Garantías sociales, 192-193,209, 216,221,249
- García
Máynez. Eduardo, 15,25,39, 60,65,71,75,78,83,85, 105,125,147. 156,159. 165, 168,225,228,258,

- García (*continuación*)
 272-273,281-282, 304.
 306.308.335.339
 Trinidad, 7,62,72, 145
 Garza, Sergio Francisco de la. 162
 Garzón Valdés, Ernesto, 30,40,
 42.410.425
 Geiger, Theodor, 103
 Generalidad, 155,187
 Gény, François, 304,355
 Giner, Salvador, 218
 Gómez
 Lara, Cipriano, 287-288
 Robledo. Antonio, 237
 Góngora Pimentel, Genaro
 David, 245
 González
 A. Carrancá, Juan, 402
 Ma. del Refugio, 70
 Oropeza, Manuel, 333
 Vicén, Felipe. 39-40,449,466-
 471,474,478,483.486
 Gregorio Cámara Villar, 455
 Grocio, Hugo, 399,418,443
 Guastini, Riccardo, 326-327,
 329-331
 Guerra justa, 365. 397-398,401,
 417,442-443
 Gutiérrez y González, Ernesto,
 159,269,278,288-289,
 293-294
- f
- labermas,Jürgen,31
 lábitos, 164-165,172, 188
 lacer humano, 5,8-9
 lallivis Pelayo. Manuel, 329,
 331
 lans, Kelsen, 95,108-117, 119-
 120. 123-128. 130-131.
 137-139
 art. Herbert L. A., 10-12,18,
 26.41-43. 115. 120.
 128-130, 145.260.272.
 328-329,365.410-411.
 414-416.419.445
 auriou. André, 27, 183. 195
 echo
 jurídico. 3.5-6. 11,32-35.55.
 256.261.281-283.289.
 297
- voluntario, 284
 Heller, Hermann, 27. 69
 Heráclito, 391 -392,417,442
 Hernández Vega, Raúl, 31
 Hervada, Javier. 77,83
 Hesíodo,391,416
 Heterointegración jurídica, 301.
 315,340-341.343.345-
 346,361-362
 Hillmann, Karl-Heinz, 69
 Hipona, Agustín de, 121
 Hipótesis normativa. 3
 Historicismo jurídico, 365,406-
 407,418,441,444
 Hobbes, Tomás, 399-400,418,
 443
 Hoerster. Norbert, 8, 116-117,
 119-120.427,449-450.
 466.472-476.478.483-
 484,486
 Höffe, Otfried, 70
 Hohfeld. W. N., 256. 269-270.
 288
 Homero, 389-390,416,441
 Honestum, 401,443
 Humanismo, 381,387,399
 Hume, David, 365,402-403,418,
 444
- I
- Ignorancia de una ley, 227,
 233
 Igualdad, 173-174.367-371,
 375-376,380,383,385-
 386.390.392.394-395,
 402.405,411-413.416-
 417,419,422-423,425-
 427,429,439,441-442.
 445-447
 jurídica, 3,36,40.42-46,50.
 52,55-56
 matemática, 391.417,44)
 Ihering. Rudolf von, 451
 Imperativo
 categórico, 405-406,444
 de la disidencia, 470-471
 Incapacidad, 266,291.296
 legal. 266.296
 natural. 266.296
 Incoercibilidad. 106-108. 137
- Incompetencia, 270
 Inconstitucionalidad
 acciones de, 209,212-213.
 222.249
 Declaratoria general de, 2) 1
 213.222.244.246.249
 Indemnización, 289-291.294-
 295.298-299
 Individualismo ético, 471
 Iniciativa de ley, 216, 225-226,
 232,250
 preferente, 226, 232,250
 Inmunidad, 269-270
 Insolidaridad.471
 Integración jurídica, 301,308,
 314-3)5,325-326,340.
 342-344,346,348-350,
 352.357.361- 362
 Interés(es), 37-39,55
 primigenios, 9-13, 15-16, 19,
 22,24,26-27,32,37-39,
 46,50,52-55,80-81,92
 Internalismo ético, 123
 Interpretación
 auténtica, 339-340, 346-347,
 349.361- 362
 científica, 339,361
 conforme, 196,214,221,229,
 249
 en sentido amplio, 330-331,
 333-334,336,359-360
 en sentido estricto, 329-331,
 334.336.343.359- 360
 extensiva, 342, 348, 361
 filológica-histórica, 335,
 338.347.349.361- 362
 judicial, 335-336,339,360-
 361
 jurídica, 301.303-308.311.
 314-316,325-340,342-
 349.352.354.357.359-
 362
 lógico-sistemática, 335,337,
 347.349.361- 362
 teoría cognitiva, 331,333,
 336-337,345,360
 teoría escéptica, 331-333,
 336,360
 teoría intermedia, 331-333
 Interrupción. 242.244,252
 Invalidez jurídica. 275

- bonomía, 41 7
 lus,395,401,418
 mietati, 167
 lu.snaturalismo, 95-97,99-104,
 108,115.116, 118. 120-
 123,127,135-138
 deontológico. 101-103, 122-
 124.136
 ontológico, 100,102-103,
 112.121.123.136
 luspositivismo, 95-97, 100-104,
 115-1)6.118-124,128-
 129,134.136,138
 ético-utilitarista, 122. 138
 metodológico, 102, 104, i 10,
 112,123-124.126,134,
 137
 lustum.401,443
- J**
 Jaeger, Werner, 390, 391
 Jolivet, Jean, 397
 Juego de lenguaje, 254-255,
 261,295,327-328,334-
 345
 Juicio de amparo, 195,209,211,
 213,215.222,229,242,
 245,249-351,362
 Jurídicamente vinculante, 20-21,
 55
 Jurisprudencia, 143, 146, 148,
 150.152-153, 161.168.
 170-175,180,187-188,
 191. 196.212.214.220,
 228,234,238,241-248,
 252
 sociológica, 305, 356
 Justicia, 3,7. 18-19. 21.23,31-
 32,35,37,39,41-42,
 44-47,49,51-53,56,95.
 97.99-103,111-114.
 116-118. 120-125.133-
 138,365-367,370-385,
 388-426,429-434.437-
 447,450.452-455.460,
 463,474.483-485.487
 acceso a la, 365.419-424.
 429-430,432-438.446-
 447
 como equilibrio. 365,379-380,
 390,393-394.417.442
- como virtud, 380, 394,396.
 403,410-412,417-419,
 424,442,445-446
 moral.365,402,418,443,
 446
 conmutativa, 395,442
 correctiva, 395,417,442
 distributiva, 395,417,442
 e incompetencia profesional,
 430-431
 garantía a la, 421 -422
 judicial, 395,442
 pretensión de, 371
 relativa. 410.419.444-445
 sinalagmática, 395,417,442
 teoría de la, 379,420,423
 y antinomias, 368,375,414,
 435,437
 y corrupción, 376,383,421,
 430-432,440
 y Derecho, 365-366, 370-
 377,379,389,391-394,
 396-402,407-410,414,
 416-418,423-425,428,
 430-432,434-435,437.
 439-440,442-447
 y plenitud. 368, 377.436
 y pobreza. 434
 y religión,434
 y voluntad política, 376.432.
 447
- K**
 Kalinowski, Georges, 70,130-
 131
 Kant, Immanuel, 105, 136-137,
 365,399.405-406,408,
 411.418,443-444
 Kantorowics, Hermann, 305.
 355
 Kelsen. Hans, 25-26,77,83,158.
 169-170, 181,225,257-
 260.270-272.276,281.
 296-297,306,310.313.
 356-357,365,372,409-
 410.414-415.419.427.
 438,445
 Kempin Jr., Frederick G., 151
 Kluckhohn. Clyde, 39
 Kriele. M., 26,28, 30
 Kuhlén. Lothar. 88.409
- Kukathas, Chandran ,412,414
- L**
 Lagunas jurídicas, 301,305,
 313-315,326,331-332,
 336,340-341,343-344,
 350,357,360-361
 Laporta, Francisco, 42,45, 105,
 126,134,155,374-375,
 378
 Larenz,Karl,407,414
 Larios Velasco, Rogelio, 73
 Lassalle, Ferdinand. 182
 Lastra Lastra, Manuel, 184
 Legalidad, 31,36,44-46,55-56,
 96,121,123-125,134,
 370-372,420,422-423,
 426-437,439.447.452-
 453,480,482-484,487
 Legaz y Lecambra, Luis, 101
 Legislación, 143, 150,152-154,
 166-169,172.174,181.
 187-188,191-193,223.
 228.231,235,239.241.
 250
 Legitimidad, 3,5,27, 30-31,51,
 54.452.477.481.483-
 484
 contractualista, 477
 Lenguaje
 jurídico, 3, 13-16.42,53
 normativo, 3.13-15,40,53.
 55.279,297
 prescriptivo, 279,297
 Letra de la ley, 303,315, 343-
 346,349,361
 Levi. Lucio, 30
 Lewellyn, Karl, 305. 356
 Ley(es). 150-160. 164,168,
 170. 172,174,187-188,
 211.223-228.231-234.
 239,242,247,250-252.
 390.392.397-398,404-
 405,451.460.464.466
 ámbito
 espacial de validez. 157
 material de validez, 158,
 187
 temporal de validez. 157
 aplicación de las. 301-308,
 310,312-313.316-325,

- Ley(es) *(continuación)*
 327,329-330,332-336,
 338,341,344-345, 350-
 360,362
 en el espacio, 301,308-
 309,311,316-319,322-
 323.325.356- 358
 en el tiempo, 301,305,
 308-309,311,316,318-
 320.325.356- 358
 aprobación de una, 225-228,
 232,234-235,238,250-
 251
 clasificación, 156, 159
 de Amparo, 209, 211-212,
 242-246,252
 discusión de una, 225-226,
 250
 eterna, 392, 397,-398,417,
 442-443
 humana, 397-398,417,442-
 443
 ignorancia de una, 227, 233
 iniciativa de, 216,225-226,
 232.250
 preferente, 226,232,250
 jerarquía de una, 191,223,
 228-229,234,240,243,
 247.251
 natural(es), 97-99,384, 390-
 391,396-399.401.417-
 418,442-443
 permanencia, 319-320
 promulgación de una, 227-
 228.233.251
 publicación de una, 225,
 227-228,232-233,236,
 242,250-251
 retroactividad, 301,318-321,
 343,358
 sanción de una, 225,227,
 232-233.250
 vigencia de una, 225,228,
 232-233,250-251
- Libertad, 365,367-370,372,
 377,380.383,385-386,
 400,403-406,410.412-
 414,418-419.438-441,
 443-445
- Libre albedrío, 8-9, 13,53
- Lluch, Richard B., 150
- Lisser, Karl, 406
- Llewellyn, Karl N., 172
- Locke, John, 399-400,411,418,
 443
- Lógica jurídica, 70,73-74, 91
- Lumia, Giuseppe, 6,26,77,83
- Luna Arroyo, Antonio, 163
- Luther King, Martin, 459, 485
- M
- Machotka, Otakar, 39
- Malem Seña, Jorge F., 453,455,
 464-465
- Manifestación de voluntad. 260-
 261,283,285,289.297-
 298
- Mans Puigarnau, Jaime M., 175-
 176
- Mantilla Molina, Roberto L., 160
- Maritain, Jacques, 384
- Márquez González, José
 Antonio, 99
- Martínez
 Echeverri, Hugo, 70
 Echeverri, Leonor, 70
 Vera, Rogelio, 162
- Mathieu, Vittorio, 382
- Mayoría de razón, 314,333,342,
 344,361
- Metaética,424
- Método silogístico, 302-303,
 306,355
- Mili, John Stuart. 365.402-404,
 418,444
- Mora, 275,294, 299
- Moral,95-97,99-101,103-117,
 121,123-139,271,274,
 279,292.365-367,371 -
 377,385.387,389,394,
 401-402.405-406.408-
 411,414-416.418-419.
 425,434,439,442-446
- ideal, 106, 108, 118, 132,
 134,137
- interioridad de la, 105
- pública, 3,5-7, 10-14,16-24,
 27,29,37,40,46,50,53,
 55,144,146,149,152,
 156,164-165, 186, 188
- social, 106-108,117-118,
 137
- Moralidad, 374,404,412,413,
 415,419,423,427,437,
 444,445,446
- Morineau, Oscar, 258-259,268,
 275
- Moto Salazar, Efraín,227
- Muguerza, Javier, 373,470-471 -
- Municipio, 216,220,223
- Muñoz Conde, Francisco.,161,
 284
- N
- Nakhnikian, George, 65
- Narváez Mora, Maribel, 255'
- Naturaleza
 del hombre, 384, 397. 403,
 408,444
 social, 6,8,36,46
- Neoscolástica española, 401
- Nino, Carlos Santiago, 4,15,59,
 61-62,74,99-100,102,
 108,118-119,121-122,
 133,136,138,383,402
- Nivel de conocimiento
 filosófico, 68,75,84,90
- Norma, 11,14-23,26,31-36,
 41,43-47,49,53-54
 estructura lógica de las, 3,32-
 34,54-55
 general
 excluyente, 313-314,329,
 344,357.361
 inclusiva, 314,346,357
 jurídica, 3-6,10-23,25-28,30-
 37,39-47,49-55,143,
 145-154, 156,161,164-
 165,167-171,173-178,
 180,183,185-188,253,
 256,258-259,262,264,
 268-269,271-276,278-
 279,284-285,293-299
 condicional, 272,281
 costumbres, 280-281
 definitoria, 279-280, 297
 directiva, 280,297
 ideal, 280-281.297
 incondicional, 281,297
 individualizada, 143,
 152-153,168-171. 180,
 187-188. 191.230,240-
 241,251,294

- Norma (*continuación*)
 moral, 280-281,297
 prescriptiva, 279-280
 particular inclusiva, 313-314,344,349,357,361
 sobre producción jurídica, 143,153-154,156,173,186,191,225,231,241
- Nueva Retórica, 306,356
- Nulidad ,157,169-170,275,286,298
- O
- Obediencia, 365,371,393,399,417,437-438,442,447,449-452,454-455,457,460-461.463-480,482-487
- Objeción de conciencia, 449,451-455,457-458,463-464,468.473-474,479,482,484-487
- Objeto
 directo. 285,298
 indirecto, 285,298
- Obligación, 449,451,455,460,463-467,469-471,474,476-477,479,484-486
 ética, 449-451,467,469,471,484,486
 jurídica, 253,268-270,275-276,278-279,284-285,288-291,293-296,298-299,449-450,452,473,479-480,485
 legal. 476
 moral, 449-452,463,465-467.472-478,480,483,486
 política, 449,451 -452,476,479,485
- Obligatoriedad. 3, 18,21,26,30-32,45,54,78,81-83,88,92,96-97, 101-04,119,123-127,130-131,133-35, 137-139, 146,155-156,164-166,183,187.189.365,367,370-371,439
- Observador, 365, 374-378.439-440
- Olbrechts-Tyteca. L., 306
- Olivé, León, 31
- Ollero Tassara, Andrés, 74-75
- Olvera de Luna, Ornar, 160
- Ombudsman, 214
- Ontología jurídica, 73-74,91
- Oppenheim, Félix E., 98
- Opuesto jurídico, 269-270,288
- Orden,367-371,376,391,394,397,399,418,425-427,429,434-436,439,447
 jurídico, 3,13,31-32,36,40-46,49-50,52,55-56
- Ordenamiento jurídico, 12,16-19,21,36,40-41,44-45,47,49,55-56,301,307-318,322-325,333-334,338.340- 351,353,356-362
 coherencia del. 301,310,312-313, 344,348,350-351,356,361-362
 como sistema, 301,308-310,312-316,318,321-323,329-331,333-335,337-338.340- 358,361-362
 abierto, 301,316,322,325,340,356-357
 completitud del. 301,362
- Órgano legislativo, 154,187
- Ovalle Favela, José, 16!
- Ovilla Mandujano, Manuel, 149
- P**
- Palacio Díaz. Alejandro del, 181,209
- Palacios Treviño, Jorge, 235
- Paniagua, José Ma. Rodríguez, 147-148
- Páramo, Juan Ramón de, 145
- Parejo Alfonso, Luciano, 424,427
- Parménides, 391,417,442
- Partícipe, 365, 374-375, 377,439-440
- Patria potestad,265-266,269,291,296
- Paulet, Jean-Pierre, 70
- Paz social, 41,50. 55, 367
- Peces Barba, Gregorio, 38,50,58.65,104-106. 112.
- 116,177,182-183, 381,384,427.464,479
- Peniche
 Bollo, Francisco J., 192,238
 López, E., 224,225
- Perelman, Chaim, 306,356
- Pérez Luño, Antonio-Enrique, 209,385
- Perfeccionismo, 404
- Perjuicio, 280,290, 294
- Persona
 física, 259,261-262,264,284,287,289,295,298
 jurídica, 253, 256.258-265.268-269,273,287-288,295-296,298
 colectiva, 259-262,266,295
 individual, 259,261 -262
 moral, 259-262,266-268,274,284,292,295-296,299
- Pettit, Philip,412,414
- Physis, 97-99, 136
- Pina. Rafael de, 67, 150,224-225
- Pinto, Montea, 197
- Pitágoras, 391,417,441
- Placer, 403,444
- Planiol, Marcel, 322
- Platón. 43.365,389,393-394,396,417,442
- Plenos poderes, 235
- Poder
 Ejecutivo, 199,212-213,219,222,224-227.231-235,238,242,249-251
 Judicial, 211-213,215,219-220,224.229,242,245,250
 Legislativo, 219,223-225.227,231-233,250
 político, 3,5,11,22-23,25-32.41-42,46-47,50-52.54
 Polis, 390,416
 Política jurídica, 73,75
 Porrúa Pérez, Francisco, 27
 Positivismo jurídico. 95,97.104,115-117, 119-124,136, 138

- Potestad*, 269-270, 287 298
 Pound. Roscoe. 305,356
Precedente judicial, 172-174
 Presocráticos, 365,389, 392, 4)6,441-442
 Pretensión de justicia. 37]
 Previsibilidad, 173-174
 Prieto Sanchis, Luis. 18,383
 Primer estándar valorativo 43
 45-49,55-56,365,367.
 370-371,375-377,380,
 415,427-430,433,439.
 440,447-480,482,487
 Principio(s), 3, 17,24,32,35-
 37,39-40,42,45-49,54.
 55,63,66,78-80,83-84,
 87,89-90,92-93
 de clausura, 313,357
 de compatibilidad, 301 30),
 312,325,356
 de equidad, 247-248
 de la división de poderes, 212,
 216,219,223,250
 de no aplicación
 extraterritorial, 317,319.
 322-325,357-359
 de no retroactividad, 156.
 175, 181,222,247-248,
 301,318-321,343,358
 de plenitud hermética, 307,
 315,348,356
 de supremacía
 constitucional, 184-185,
 189,213,218,229,236,
 238,250-251
 de territorialidad, 322-324
 de tratamiento de igualdad
 473,475
 generales del Derecho. 143,
 152-153. 168,170-171,
 174-178, 187-188, 191.
 194, 196-197,211,221,
 234,239,245-249,252.
 301,314-316,333, 340-
 347,349-350,361-362,
 378,408,414
 axiológicos, 36-37,43-47
 55-56,178,188
 lógico-jurídicos, 3,36 40
 43,45-47,55-56,178 ,
 188
expresos, 36
 implícitos. 247-248
 pro persona, 196-197,221,
 229,249
 tácitos, 36,248
 Privilegio, 268-270, 273, 296
 Proceso legislativo, 149, 153,
 154,168,184-185, 187,
 189, 191-193,223,225-
 228,231- 234,250
 Promulgación de una ley 227
 228,233,251
 Protágoras, 392,417,442
 Providencias judiciales, 224,23)
 Publicación de una ley, 225,227-
 228,232- 233,236 742
 250- 251
 Puffendorf, Samuel, 400,418,443
 Pugliese, Mario. 162
 Puigpelat Martí, Francesca 80
 178
R
 Rabasa, Oscar. 151
 Rabossi, Eduardo. 117
 Radbruch, Gustav, 365,409 419
 445
 Ramón de Páramo, Juan, 476
 Rangel
 Couto, Hugo, 163
 Hernández, Laura, J93
 Raphael.D. D.,8,40
 Ratio legis, 314,335,337 347
 361
 Rawls. John, 62,365,379-380,
 411-414,419,423,445.
 453-454,468
 Razón, 371,373, 392-393 397.
 400,403,405-406, 417-
 418,442-444
 de conciencia. 456,460
 Reale, Miguel. 65
 Realismo jurídico, 304,333
 escandinavo, 103
 Recaséns Siches. Luis. 6-9,39,
 65,68,71,75-76,99,
 101, 119,303-307,356
 Reglamento, 224,231 250
 Reglas
 de adjudicación, 10-13,20.
 40-41,53. J45. 147
 de comportamiento, 4, J0)-
 12. 15-16,26,31,53
 de conducta, 3,6-7, 10, 12-
 16-20-23,25-26. 31-32
 35-37,40,53,55, 144-"
 146,152,164,186
 de reconocimiento. 10-13,18
 21,24,41,46,53, 145
 147,167,186
 primarias, 3, 10-12,37 40-41
 44,46-47,53,55,145,170"
 secundarias. 3, 10-13,20-21,
 24,32,37,40-41,44,46-
 47,53,55,145. 147 17n
 186
 Regulación en el Derecho
 mexicano, 357
 Reiteración de criterios, 212,242-
 246,252
 Relación
 correlativa, 269-270
 Derecho-Moral, 95-97, J00-
 01. 103,105,108-115,
 21,123-125, 129 j33.
 37. 139
 Relativismo
 ético, 111. 113-1,4, 116-117
 120,127-129,410
 histórico y cultural, 372-373
 Religión, 3. 5-7, 10-13. 16,24,
 29,37,41,46,53, 144.
 146,165,186
 Remiro Brotons. Antonio. 167-
 168,236,289
 Remisión general. 247
 Representación, 266
 República, 218. 250
 democrática. 218. 220. 250
 federal, 218,223,228. 230.
 234,250
 representativa, 218,220,250
 Resistencia civil. 450,453,455.
 457,472,475,481,484-
 486
 Resoluciones
 administrativas, 152,168-169
 188
 judiciales, 152. 169. 178 188
 Respeto, J 73-174
 Responsabilidad jurídica. 253
 282,290-295, 298-299

- Retroactividad de la ley, 301, 318-322,343-344,358
- Revisión jurídica, 350
- Revolución mexicana, 192, 221. 249
- Robo famélico, 455-456
- Rodríguez
 .Campos, Ismael, 308
 Cepeda, Bartolo Pablo, 65,67
 Paniagua, José María, 38.396-397,405,407
 Rodríguez, Joaquín, 161
- Rojina Villegas,Rafael, 33,77, 83,159-160,256,276. 278,283,285-286.319, 321,323
- Ross, Alf, 81,97, 104. 146
- Rossi, Alejandro, 73
- Rousseau, Juan Jacobo, 365. 404-405.411.418.444
- Ruiz Miguel, Alfonso, 387
- S**
- San Agustín de Hipona. 365, 397-398.417.442-443
- Sánchez
 Alatorre, Ángel, 174
 de la Torre, Ángel. 388.396
 Medal, Ramón, 339.348
- Sanción, 253,256,264,271-272. 274-276,280.284,290. 294-297.299
 de una ley, 225,227,232-233. 250
- Sandler, Héctor Raúl. 72-73
- Santandreu, Eliseo, 70
- Santiago Niño, Carlos, 257.260. 276,279.303-304.312
- Santo Tomas de Aquino, 365. 398,417,443
- Savigny, Federico Carlos de. 147-148,259-260.365, 406-407.418.444
- Schiavone, Aldo, 395
- Schmill, Ulises, 70
- Schreiber, Rupert, 132
- Secretaría de Relaciones Exteriores. 234-235. 238. 251
- Segundo estándar valorativo. 43. 45-48.56.365.370-371. 374-377,380-381,385, 427-430.432-433,437. 439.440,447,479-480, 482,487
- Seguridad, 367.-371.376-377, 400.411.418.425- 27, 429.439,443.447
 jurídica, 3,36,40-46. 50,52. 55-56,368-369.385, 409.419.422.425- 426. 435-436. 439, 445-446
- Semejanza relevante ,314,341-342,357,361
- Sentencias, 153. 169. 171 173. 180.188
- Sentido de la ley, 301.303. 309. 314.327.333,335-339, 345-347.355,360
- Sepúlveda, César, 161
- Ser social. 7. 9
- Serra Rojas. Andrés, 224
- Silogismo. 303-304, 355
- Sistema(s)
 deductivo. 309-310. 356
 dinámico, 310
 empírico, 309,356
 jurisdiccional, 214-215,222, 231
 no jurisdiccional. 199.215. 222
 normativos, 143-144. 146-147,149,152.164.175. 180,184.186
 sincrónico. 228, 251
 sucesivo. 228,251
 y ordenamiento jurídico, 301,308-310.312-316. 318.321-323,325,329-331,333-335,337-338, 340-358.361-362
- Soberanía. 3.27-31.41.46.51-52.54.181.183-186. 189
 externa, 30.54
 interna, 29.54
 nacional.216.218.223.250
- Sociedad civil. 400,405,418. 443
- Sócrates, 365.389-390.393-394, 417.442,452,472.475
- Sofistas. 389-390,392-393.442
- Sófocles, 392,417,442
- Solón, 392.417.442
- Sorensen, Max, 166-167
- Soriano, Ramón, 70
- Soto, Domingo de, 401-402.418, 443
- Spinoza. Benito. 399-400.418. 443
- Stammler. Rudolf, 77,83,365, 407,418.444
- Starobinski, Jean. 405
- Stone, Julius, 65
- Suárez, Francisco, 401-402. 418,443
- Sumisión. 452-453,480.482, 485,487
- Supervivencia,6-9, 13, ¡9,28, 38,51-54
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, 199,212,215-216,222,228-229.234. 242-46,249,252
- Supuesto, 256
 jurídico, 270,281,297
 normativo, 3, 32-35.55
- Sustitución. 242-245,252
- Szabo. Imre, 193, 386
- T**
- Técnica
 de aplicación del Derecho. 308,324,335.354-356
 jurídica, 72,74,91,308. 356
 legislativa, 308,356
- Tena Ramírez, Felipe. 184, 192
- Teoría
 de la Constitución, 143. 181-186.189
 de la democracia, 390,392. 424.446
 de la ficción. 259.261
 de la justicia. 379.420.423. 446
 de la libertad individual en sociedad, 404
 de la naturaleza de la relación, 160.176
 del Derecho, 74.77.91
 del interés en juego, 160
 del ordenamiento jurídico. 301.356.358

Teoría (continuación)

- General del Derecho, 67, 71-72, 74-75, 81, 91, 253-254, 256-259, 270, 271, 276, 281, 286, 295
- Pura del Derecho, 95, 109-110, 112-117, 123-124, 126, 131, 137-138
- Tridimensional del Derecho, 57, 64-65, 67-68, 71, 75-76, 90, 92, 365
- Uérmino
- extintivo, 282, 297
 - medio, 365, 394, 417, 442
 - suspensivo, 282, 297
- ésis
- de la coincidencia, 176
 - de la congruencia, 454, 457, 460-463, 484-485
 - de la ley, 119, 123, 138
 - de la neutralidad, 116-120, 122-125, 129, 138
 - de la separación
 - absoluta, 116, 125, 129, 138
 - débil, 176-177
 - estricta, 176-177
 - de la subsunción, 119, 123, 129, 138
 - del legalismo, 119-120, 123, 138
 - del mandato, 129-130
 - del subjetivismo, 116-118, 120, 122-123, 129, 138
- libaut, A. F. J., 148
- úerry, Hubert, 180
- lompson, José, 421
- ioreau, Henry D., 449, 458-466, 468, 470-471, 484-485
- lerancia, 373, 403, 410, 419, 444-445
- masini Bassols, Alejandro, 254-255, 328, 424
- masio, Cristian, 399, 401, 418, 443
- inuschat, Christian, 455
- ibajos preparatorios, 337, 347, 361
- icto sucesivo, 320, 358
- tados internacionales, 143, 151-154, 161, 166-168, 187-188, 191, 194-197, 209, 212-215, 221, 223, 228-230, 234-238, 242, 249-251
- bilaterales, 167
 - multilaterales, 167
- Trèves, Renato, 69
- Truyol y Serra, Antonio, 87, 97-98, 381, 389-392, 398-399, 401
- Tulián, Domingo Carlos, 381
- U**
- Ulpiano, 365, 395-396, 402, 417, 442-443
- Universalidad, 155
- Ursúa-Cocke, Eugenio, 151
- Uso, 195, 239-240, 247, 251
- Utilitarismo, 365, 370-371, 402-403, 418, 444
- V**
- Vacatio legis*, 193, 228, 233, 251
- Validez, 365-366, 369-371, 376-377, 409-410, 415-416, 420, 424-425, 427, 437, 439, 445, 450-451, 453, 469, 479-480, 485, 487
- formal, 3, 17-19, 21, 30-31, 36, 41, 43-47, 53-55, 78, 81-83, 92, 97, 101, 113, 116, 118, 121, 125, 133, 135, 139
 - jurídica, 3, 11-12, 17-21, 31-32, 46, 54, 63, 74, 82, 143, 145-146, 149-150, 152, 157-159, 165-166, 169, 183-187
 - material, 3, 17, 19-21, 30-31, 35-36, 45-47, 51, 54, 96-97, 101-104, 108, 118-119, 121, 123-127, 130-131, 133-139
- Vallado Berrán, Fausto E., 61, 149
- Valor erga omnes*, 172, 211, 213, 244, 246
- Valor(es), 3, 6, 19, 29, 32, 36-52, 54-56
- instrumentales, 32, 43-47, 368-370, 380, 439, 447
 - superiores, 67, 74-75, 81-82, 84, 91-92
 - y dependencia, 39
 - y jerarquía, 39
 - y polaridad, 39
- Vecchio, Giorgio del, 7, 9, 35, 51, 58, 77, 83, 165, 174-175, 365, 407-409, 414, 419, 444
- Verdad legal, 307
- Veto
 - derecho de, 227, 233, 251
- Vico, Juan Bautista, 407, 444
- Vida social, 3-13, 15-16, 19-22, 24-27, 29, 31-32, 35-37, 40, 42-44, 47-48, 50-53
- Vigencia de una ley, 225, 228, 232-233, 250-251
- Vilanova, José, 40, 73, 144, 149, 372
- Villoro Toranzo, Miguel, 62, 64, 72, 78, 83, 85, 257, 399
- Vinculatoriedad, 169-170
- Vitoria, Francisco de, 401, 418, 443
- Voluntad
 - interna declarada, 338-339, 348, 361
 - popular, 218, 236
- W**
- Walzer, Michael, 451
- Weber, Max, 25, 125, 371
- Welzel, Hans, 101
- Wendell Holmes, Oliver, 305
- Windelban, Guillermo, 389
- Witker Velázquez, Jorge, 73, 163
- Wittgenstein, Ludwig, 254-255, 295
- Wright, G. H. von, 279-280
- Y**
- Yavich, L. S., 27
- Z**
- Zac, Sylvain, 400
- Zagrebsky, Gustavo, 154, 326, 329, 334-335, 339, 345

K
230
A 58
2015
(Copied)

Alvarez Ledesma, Mari») I.
Introducción al derecho / Mario I
Alvarez Ledesma