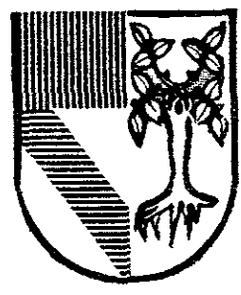


308909 25
2ej

UNIVERSIDAD PANAMERICANA

FACULTAD DE DERECHO



HACIA UN HUMANISMO JURIDICO
POSTMODERNO

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
JOSE LUIS HERRERA VACA

DIRECTOR: DR. ROBERTO IBAÑEZ MARIEL

CIUDAD DE MEXICO

VERANO DE 1999

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

232296



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

A Dios por la oportunidad de vivir.

A mis padres por su ejemplo y cariño.

A Bety y Pablo por su alegría y entusiasmo.

A Rafa por su fortaleza.

A Rebeca por su amor.

A Luis Felipe, Juan Carlos y Ricardo por su amistad y compañía.

A Salvador Cárdenas por sus enseñanzas.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO 1. LA MODERNIDAD DEL DERECHO EN SU PERSPECTIVA HISTÓRICA	3
1.1 La función del Derecho	4
1.1.1. Dos formas de concebir al Derecho.....	5
1.1.2. La función social del Derecho.....	10
1.1.3 .El individualismo moderno	15
1.2 LA IGUALACIÓN DE LO DISTINTO O LOS ORÍGENES DEL ESTADO MODERNO	18
1.2.1. El Derecho debe distinguir las diferencias.....	20
1.2.2. El aislamiento de la persona como consecuencia del individualismo	23
1.3 DEL CASUISMO AL SISTEMA	27
1.3.1. Breve comentario al casuismo Indiano	28
1.3.2. El sistema jurídico moderno	31
1.4 LEYES, CÓDIGOS Y CONSTITUCIONES	35
1.4.1. La monarquía absoluta.....	37
1.4.2. La ley como forma de la administración pública.....	41
CAPÍTULO 2. LA MODERNIDAD FRAGMENTADA	45
2.1 LA RUPTURA DEL <i>WELFARE STATE</i>	46
2.1.1. El Estado de Bienestar en México.....	47
2.1.2. La felicidad moderna	50
2.1.3. La ley como sistema autorreferencial	52
2.1.4. Los medios y las formas sin contenido.....	54
2.2 PLURALISMO JURÍDICO.....	56
2.2.1. Del sistema legal autorreferencial a la pluralidad jurídica	58
2.2.2. Algunas fuentes vivas del Derecho.....	62
2.2.3. La transformación de la tradición jurídica moderna	71
2.3 LAS ÉTICAS Y CORPORACIONES COMO PARTE DEL ORDEN JURÍDICO MEXICANO	75
2.3.1. Un aspecto de la realidad moderna en Hispanoamérica.....	77
2.3.2. El caso de Chiapas	83

CAPÍTULO 3. EL DERECHO INTELIGENTE.....	87
3.1 LA DEMOCRACIA A PEQUEÑA ESCALA.....	88
3.1.1. Localismo Participativo.....	90
3.1.2. El municipio postmoderno.....	93
3.2 EL ORDEN JURÍDICO POSTMODERNO.....	95
3.2.1. El necesario contenido ético del Derecho.....	97
3.2.2. El bien común.....	100
3.2.3. La subsidiariedad legal.....	108
3.2.4. <i>Potestas y Auctoritas</i>	111
3.2.5. Aspectos <i>jurídico-políticos</i> Postmodernos: la globalización y el regionalismo.....	114
3.3 EL JURISTA.....	118
CONCLUSIONES.....	121
BIBLIOGRAFÍA.....	124

INTRODUCCIÓN

El objetivo del presente trabajo es plantear el papel del humanismo en el Derecho, dentro de los cambios que éste ha sufrido debido a la crisis del Estado Moderno.

Nuestro propósito es llevar al cabo este análisis exclusivamente en el plano de la Filosofía del Derecho. Las referencias a cuestiones circunstanciales y a vigencias históricas, sólo tiene valor ilustrativo.

El punto de partida de esta investigación es la crisis del Estado moderno a partir de la década de los ochenta, y sus incidencias en el concepto de Derecho.

A partir de este supuesto trataremos de explorar las posibilidades de un concepto postmoderno del Derecho

La Modernidad en su aspecto *jurídico-político* se materializó en esa institución a la que hoy llamamos *Estado Moderno*; concepto que analizaremos ampliamente en el presente trabajo, ya que es la manifestación más palpable tanto del Derecho como de la política, tanto, que hoy se confunde Estado y Derecho.¹

Una vez analizados los conceptos de la política y del Derecho, y habiendo visto sus consecuencias, presentaremos ciertos aspectos de la Modernidad que en nuestra opinión, presentan cierta obsolescencia, y en consecuencia, necesitan ser actualizados a las nuevas realidades.

¹ Para Groppali A. en Doctrina General del Estado, Porrúa Hnos. y Cía, México, 1990, p. 13: "Entre Estado y derecho no puede existir otra relación sino de interdependencia." Oppenheim, por su lado menciona que "Derecho y Estado son conceptos inseparables. Yo poseo derechos, en tanto que miembro del Estado" Cf. Oppenheim en Carpintero F., Los inicios del positivismo Jurídico en Centroeuroa, Actas, Madrid, 1993.

Sin lugar a dudas, los cambios del mundo actual han dado lugar a nuevos enfoques sobre la concepción del hombre y de la sociedad, y éstos a su vez, han influido en los cambios de las organizaciones y de las comunidades que integran el Estado; a estos cambios y a sus repercusiones en el campo del Derecho, es a lo que llamaremos *Postmodernidad*. Para Maurice Beuchot, la Postmodernidad es evasiva y múltiple, y se resiste a ser plenamente caracterizada y clasificada, sin embargo, se caracteriza por su oposición a los principales dogmas de la modernidad, el racionalismo y la Ilustración.² Pero esta Postmodernidad no es sólo una crítica, es también una propuesta, pues como dice Alfonso de Toro, la Postmodernidad está muy lejos de ser un fenómeno del 'desencanto', 'nostálgico', 'historizante', 'reaccionario', 'globalizante-igualizante', más bien es lo contrario: es la posibilidad de una nueva organización del pensamiento y del conocimiento en una forma realmente 'abierta'.³

En efecto, en lo que a nuestro tema respecta, también han ocurrido cambios en la ciencia jurídica, y en consecuencia, han surgido prácticas jurídicas innovadoras, que en ocasiones no están acordes al sistema jurídico actual, por lo que es un fenómeno interesante que debe analizarse para poder llegar a conclusiones prácticas que permitan tener un mejor orden en la sociedad. Incluso, será necesario replantear la función y el contenido del Derecho.

Lo que pretendemos con esta tesis, es proponer algunos modos de convergencia entre el humanismo que ha inspirado por siglos a la cultura occidental y estas ideas nuevas llamadas postmodernas.

Por la índole misma de este trabajo, quedarán fuera de nuestro análisis un sinnúmero de problemas teóricos y prácticos que no nos es posible abordar aquí. Nos limitaremos, por tanto, a unos cuantos temas que a nuestro juicio resultan especialmente ilustradores y relevantes en el aspecto jurídico y político de nuestra sociedad.

² Cf. Beuchot M. *Postmodernidad, Hermenéutica y Analogía*, Miguel Ángel Porrúa, México, 1996, p. 7.

³ Toro Alfonso de, *Postmodernidad y Postcolonialidad*, Editorial Iberoamericana, Madrid, 1997, p. 12

CAPÍTULO 1. LA MODERNIDAD DEL DERECHO EN SU PERSPECTIVA HISTÓRICA

Lo que hace a una época o etapa histórica distinta de otra, es la cultura. Esta cultura está conformada por las manifestaciones sociales de los hombres en una época determinada.

La filosofía jurídica nos señala lo que el hombre ha pensado sobre lo que debe ser lo justo y lo equitativo a través de los tiempos; mientras que el Derecho es la manifestación concreta y específica de los ideales culturales de justicia y equidad que tiene una sociedad en un momento determinado.

La época que actualmente vivimos es la llamada Modernidad, que como toda época histórica, marca con su impronta la cultura; ha influido, por tanto, en la concepción de lo justo y lo equitativo, y por ende, en el Derecho, dándole ciertas características propias.

En este capítulo primero, abordaremos algunas concepciones, y el trasfondo de las mismas que se han elaborado sobre el Derecho en la Modernidad, así como otras formas de concebir a aquel.

Además, hablaremos de la metamorfosis que ha experimentado el mundo jurídico; al pasar de una concepción aporética del Derecho –antes de la Modernidad-, a una concepción apodíctica del mismo –característica de la Modernidad-.

Las continuas referencias a la política que se harán, obedecen, a la vinculación que existe entre teoría del Estado y los conceptos fundamentales del derecho, y del mismo modo, entre acción política y vida jurídica.

1.1 La función del Derecho

Para hablar del Derecho, debemos definirlo y relacionarlo con el hombre, ya que como habíamos señalado, el Derecho es, en buena medida, un producto cultural. En este subcapítulo, explicaremos brevemente lo que entendemos por Derecho, la función social de éste y la disparidad de estos conceptos con el ideal moderno del Derecho.

Igualmente hablaremos de las formas que hay para entender el Derecho, sus peculiaridades y las razones que nos hacen pensar que la mejor manera de concebirlo es esa forma de pensamiento problemático llamado *aporético*, por sobre ese otro, de carácter sistemático que se denomina *apodictico*. Estas razones son, como veremos a continuación, básicamente la realidad y la práctica.

Nos detendremos de modo especial en la necesaria relación entre Derecho y sociedad, ya que esto será importante para fortalecer posteriores argumentaciones sobre los fines y medios del orden jurídico actualmente.

El Derecho consiste básicamente en resolver problemas, ya sea dando a cada quien lo suyo o buscando un orden social justo.

1.1.1 Dos formas de concebir al Derecho

Siendo el Derecho un término equívoco, es necesario dar una definición que facilite la lectura de esta tesis.

Nosotros entendemos por Derecho *stricto sensu* lo suyo de cada quien. El término <lo suyo> es una traducción del <*ius suum*> de la definición romana de la justicia. Ulpiano define la *iustitia* como <la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su Derecho>: *constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*. Y al ser el Derecho lo suyo de cada quien, la justicia es dar a cada quien *lo suyo*.⁴

El dar a cada quien lo suyo, implica que no a todos les corresponde lo mismo, porque lo suyo es de *uno*, no de *todos*. De allí deriva la exigencia del Derecho de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales.⁵

Sin embargo, en este aspecto, la Modernidad ha hecho especial énfasis en destacar la igualdad en menoscabo de la desigualdad natural existente entre las personas, no obstante que en la realidad cada persona es diferente y en consecuencia, cada relación humana es distinta. Al ser cada relación humana irrepetible, se debe otorgar un trato especial a cada persona para ser adecuado a la realidad.

Cicerón, dice que la justicia consiste en el <*suum cuique tribuere*>. <Lo suyo> equivale, pues, a <su Derecho> y la idea que expresa es la de dar a cada uno aquella cosa que le corresponde en virtud de una determinada relación jurídica: la cosa que le es debida, que se le adeuda. Lo suyo es una cosa.⁶

⁴ Vid Iglesias J., Derecho Romano, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1990, p. 98.

⁵ Es exigencia propia de la justicia, el dar a cada quien según sus responsabilidades, necesidades y circunstancias.

⁶ Hervada J., Introducción Crítica al Derecho Natural, Minos, México, 1985, p. 39.

Por Derecho, en *lato sensu* nos referimos al orden social justo. Este orden social es responsabilidad del hombre, pues es el único que tiene los medios y los fines para llevar al cabo dicho orden.

Lo anterior es lo que el Derecho es, según la visión aporética del mismo. Sin embargo hay otra visión que señala que el Derecho es una norma coercible por el poder político que se origina por la libre voluntad de los hombres aislados. Esta otra visión es la denominada apodíctica.

Etimológicamente aporía se refiere a un problema sin solución, procedente del griego aporía (de *a*, sin, y *poros*, salida), este término significa, en sentido propio, dificultad para salir; en sentido figurado, duda, problema sin solución. Aristóteles, que desarrolla 14 aporías en el lib. II de su *Metafísica*, entiende la aporía como dificultad o incertidumbre que surge de la igualdad -al menos aparente- de los razonamientos contrarios (Tópicos VI, 6, 145 b).⁷

Aporética es uno de los calificativos aplicados al escepticismo, dado su afán de dudar de la certeza de cualquier afirmación, mientras que aporía significa proposición sin salida lógica; dificultad lógica insuperable en el análisis de los resultados obtenidos en la explicación descriptiva del conocimiento.⁸

La aporía en la práctica del Derecho, es resolver conflictos: "Esta Aporética, que ya tendría sus precedentes en Aristóteles, es la ciencia pura de los problemas; precedida de la fenomenología, que analiza y describe los fenómenos..."⁹ Por ello, la manera aporética de entender el Derecho se refiere a la problemática real y cotidiana de la vida bajo criterios de justicia, equidad y prudencia. "El término *aporía* designa precisamente una cuestión que es acuciante e ineludible, la <falta de camino>... La tópica pretende suministrar datos para saber

⁷ Gran Enciclopedia Rialp, Madrid, 1979, tomo 2, p.504.

⁸ Diccionario Enciclopédico Espasa, Espasa-Calpe, Madrid 1979, tomo 2, p. 852.

⁹ *Idem*.

cómo hay que comportarse en una situación semejante a fin de no quedar detenido sin remisión, es por tanto, una *técnica del pensamiento problemático*.¹⁰ Son los juristas los responsables de aplicar la aporética y quienes deben de responder sobre la mejor manera de resolver estos problemas humanos.¹¹

La apodíctica, en cambio, es el método para proponer soluciones ideales tomando en consideración el objeto de estudio: es, por definición, un planteamiento intelectual. En el campo del Derecho, la respuesta a un problema se da de acuerdo a presupuestos legales que prevén situaciones generales, y que no necesariamente están en concordancia con las circunstancias particulares del caso. Apodíctico es la forma más perfecta de demostración positiva, que muestra como la verdad de la tesis, tiene su raíz en la esencia misma del objeto considerado.¹² Los juicios de la justicia además requieren de la prudencia y equidad adecuada a las circunstancias.

La apodíctica es una construcción racional abstracta que se aplica por medio del método científico, en la cual se concibe el Derecho como una ciencia exacta y no como una ciencia humanística. La diferencia entre una ciencia exacta y una humanística es mucha, ya que mientras que en la primera se considera al hombre y a sus circunstancias como *constantes* en un sistema o ecuación por resolver, mientras que en la segunda, se entiende al ser humano como una persona con libertad, dignidad y *vivo*.

Dicho en otras palabras, podemos decir que mientras la apodíctica ordena a la sociedad por medio de reglas formuladas y aplicadas de manera racional y general, la aporética entiende al Derecho como el instrumento que guarda el orden social mediante una solución prudente y *ad casum*.

¹⁰ Vid. Viehweg T., *Tópica y Jurisprudencia*, Taurus, Madrid, 1964, p. 49.

¹¹ D'Ors A., *Una Introducción al Estudio del Derecho*, Escuela Libre de Derecho, México, 1989, p. 18.

¹² Cf. *Diccionario Enciclopédico Espasa*, Espasa-Calpe, Madrid, 1979.

Hoy en día, en la Modernidad en que vivimos, prevalece la visión apodíctica del Derecho; caracterizada por ser la ley la única fuente del Derecho, por el monopolio del Derecho por parte del Estado y por la desvirtuación del orden social por control.¹³

En los siguientes párrafos, haremos una breve referencia a épocas históricas en las que la tópica y el casuismo --visión aporética del Derecho--, fueron el método principal de solución de controversias.

En breve referencia, y sin pretender ahondar en tan apasionante tema, nos referiremos al Derecho Romano. En Roma, en la época del Derecho Clásico las innovaciones en la ciencia jurídica, se debieron en gran medida, a los pretores que superan los estrictos moldes jurídicos y se muestran abiertos a la invención; surgen las acciones pretorias que se dan para casos particulares y concretos, buscando una mejor solución al caso específico, por sobre una solución general u obsoleta.

Otra muestra de tópica y jurisprudencia es el Derecho Canónico, y si bien no es exclusivo de una época histórica, sí es un ejemplo de un orden jurídico que busca dar soluciones adecuadas a cada caso. Conceptos como la *aequitas*, que suple las deficiencias del Derecho positivo al tomar en cuenta el tiempo, las personas, las causas y los lugares; o como la *dissimulatio* y *tolerantia*, que permiten incluso en algunos casos el comportamiento evasivo de un superior eclesiástico ante un acto ilícito para evitar una ilicitud mayor, hacen del Derecho Canónico un Derecho flexible y efectivo que busca dar soluciones muy específicas a problemas muy concretos.¹⁴

Finalmente, como último ejemplo de un Derecho tópico, podemos señalar a la Baja Edad Media como otra época histórica en la cual el casuismo como método de solución de

¹³ Vid Carpintero, F. *op. cit. supra* nota 1.

¹⁴ Grossi P. El Orden Jurídico Medieval, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 213.

controversias jurídicas y de gobierno, prevaleció sobre el idealismo.¹⁵ Sobre esta época hablaremos nuevamente cuando hablemos del casuismo en las Américas.

En estas tres concepciones del Derecho anteriormente señaladas, la manera de resolver los problemas se basaba en un casuismo jurídico, mismo que resuelve conflictos reales ayudado por reflexiones intelectuales. Adelantándonos un poco, diremos que ésta es quizás la diferencia más notable entre casuismo y legalismo, ya que mientras que el casuismo toma problemas de la realidad, los analiza y da una respuesta adecuada a la realidad; el legalismo plantea problemas jurídicos y los resuelve intelectualmente para después aplicarlos a la realidad, esta respuesta va de acuerdo con la norma, no necesariamente de acuerdo con la realidad.

¹⁵ A manera de un simple ejemplo de lo que Derecho y gobierno significaban e implicaban en la baja Edad Media, lo que refleja parte del pensamiento político de aquella época, citaremos los consejos que el Quijote, daba a Sancho, cuando éste va a gobernar la insula de Barataria: "...has de poner los ojos en quien eres, procurando conocerte a tí mismo, que es el más difícil conocimiento que puedes imaginarte. Del conocimiento saldrá no hincharte... de acompañar la gravedad del cargo que ejercitan con una blanda suavidad que, guiada por la prudencia, los libre de murmuración maliciosa, de quien no hay estado que se escape...préciate más de ser humilde virtuoso, que pecador soberbio...Hallen en tí más compasión las lágrimas del pobre, pero no más justicia que las informaciones del rico; procura descubrir la verdad por entre las promesas y dádivas del rico, como por entre los sollozos e importunidades del pobre... Cuando pudiere y debiere tener lugar la equidad, no cargues todo el rigor de la ley al delincuente; que no es mejor fama la del juez riguroso que la del compasivo... Si acaso doblares la vara de la justicia, no sea con el peso de la dádiva, sino con el de la misericordia... Cuando te sucediere juzgar algún pleito de algún enemigo, aparta las mientes de tu injuria y ponlas en la verdad del caso. No te ciegue la pasión propia en la causa ajena; que los yerros que en ella hicieres las más de las veces serán sin remedio, y si le tuvieren, será a tu crédito y aun de tu hacienda...Sé templado en el beber, considerando que el vino demasiado ni guarda secreto ni cumple palabra..." y algunos otros consejos atinentes que más que de loco parecen de prudente. Miguel de Cervantes Saavedra, El Ingenioso Hidalgo Don Quijote de la Mancha, Editorial del Valle de México, S.A., México, 1975, p. 600 y ss.

1.1.2 La función social del Derecho

Primeramente debemos decir que nuestro punto de partida es el hombre como ser social por naturaleza, ya que a partir de esta consideración, desarrollaremos el presente.

El hombre es social por naturaleza y por ello se vincula necesariamente con las demás personas; esta convivencia no es anárquica, sino armónica, por ello necesita estar normada por medio de reglas o patrones de conducta.

Estas reglas de conducta buscan mejorar al hombre en diversos aspectos y por ello son normas de diversos tipos, sin embargo, hay que aclarar que no todo comportamiento humano es susceptible de ser normado por el Derecho. Hay normas religiosas, de educación o morales que son reglas que buscan perfeccionar al hombre, pero que no son Derecho, por ejemplo: la norma religiosa es aquella referida al vínculo del hombre con Dios, en la que hay una responsabilidad estrictamente interior de quien la obedece o la viola; hay otras normas de educación o de convivencia social que son convencionalismos sociales que prescriben y proscriben ciertos patrones de comportamiento normalmente llamados *buenas maneras*; también hay normas morales que distinguen lo bueno de lo malo.

Abundaré un poco más sobre la norma moral, ya que esta puede llegar a confundirse con la norma jurídica. Como mencionamos, la norma moral distingue lo bueno de lo malo y las consecuencias de acatar el libre albedrío es la realización de la naturaleza humana, además de los sentimientos de satisfacción y de tranquilidad internos. Por su parte, la norma jurídica distingue lo justo de lo injusto y las consecuencias de acatar el juicio prudente, son el perfeccionamiento de la naturaleza social del individuo, el progreso y la paz social, siendo éstas consecuencias que impactan directamente a la sociedad.

La norma jurídica distingue lo justo de lo injusto y busca ordenar a la sociedad en base a la justicia; y si bien la norma jurídica no excluye la búsqueda del bien, se inclina más por una solución justa que por una solución bondadosa. En efecto, el Derecho busca lo justo antes que lo bueno.¹⁶ Además, el Derecho está sancionado por el poder público, normalmente su forma es la de una ley, y sobre todo, la norma de Derecho se distingue de las demás normas por la relación jurídica que implica y su orientación, ya que toda norma de Derecho se vincula con la justicia y la equidad, siendo un medio fundamental para alcanzar el bien común.¹⁷

Después de la anterior diferenciación que nos indica, entre otras cosas, la necesidad social del Derecho a diferencia de la contingencia social de la norma moral, hablaremos sobre los presupuestos del Derecho y su finalidad.

Como presupuestos del Derecho, podemos mencionar la alteridad que implica la limitación de un hombre solo para alcanzar su pleno desarrollo social, material y espiritual. Como finalidad del Derecho nos encontramos con la justicia y con el orden social justo.

El Derecho es la expresión de la necesidad que el ser racional siente de acomodar su vida a un orden jurídico —a normas— para alcanzar sus fines sociales.¹⁸ Como hemos señalado, la realidad del Derecho, es una realidad esencialmente social, que requiere de dos personas como mínimo, que necesita de una alteridad: *frente a otro como yo*.

¹⁶ Entre otras diferencias que más adelante señalaremos, esta es una diferencia del derecho con la moral.

¹⁷ La justicia tiene límites y debe ser atemperada por la equidad y la prudencia. Recordemos la frase clásica de *suum ius summa injuria*. El mundo jurídico no es excluyente ni autorreferencial, pues es un mundo encarnado. Esta vinculado a una sociedad particular, en un tiempo determinado, en una nación específica y en unas circunstancias propias. La equidad es así el principio humanizador de la ley y de la justicia. Para algunos es la caridad aplicada al Derecho. Para otros es la filantropía desarrollada en un Estado de Derecho laicista. Pero al igual que la justicia, la equidad es parte de la formación de un hombre virtuoso, es propia del hombre sensato, del hombre prudente —diría el Quijote—, ya que es fruto de su libre albedrío y de la realidad. La equidad matiza a la justicia, para no volverla aberrante, para no volverla descarnada. La equidad es el conjunto de principios orientadores de la recta razón que en un caso concreto se pronuncia por una respuesta humana antes que por una solución justa. Sólo con equidad se puede construir una sociedad justa y ordenada.

¹⁸ Vid Posada A., *Tratado de Derecho Político*, España, 1935, tomo I, p. 117.

En esta alteridad, existe una relación de deuda entre por lo menos dos personas: una que sea deudora y otra que sea acreedora. Es así como el Derecho sólo es y sólo puede ser en sociedad: *ubi societas ibi ius*, lo que no es sino la descripción de una realidad, una necesidad social y un hecho social.¹⁹ Este hecho social es connatural a toda sociedad política, ya que toda forma de agrupación social genera por ineludible necesidad de las cosas, un conjunto de normas, ya sea para organizarse o para disciplinar el comportamiento de los individuos que la forman.²⁰

Siendo el Derecho un fenómeno esencialmente social, preguntarnos ¿cuál es su función?, será equivalente a inquirir ¿cuál es su función social? Desde este punto de vista, el Derecho puede estar referido a la justicia conmutativa, a la justicia distributiva, o a la justicia legal, sin embargo hay un valor común: la justicia y la convivencia humana ordenada.

Si el Derecho busca ordenar a la sociedad, dando lo justo a cada quien, y si el orden en la sociedad lleva a la paz y a la adecuada convivencia, la realización del Derecho no puede llevar a otro fin que el bien común, y siendo la política toda actividad que busca el bien común, es evidente el estrecho vínculo que el Derecho guarda con la política.²¹

Este vínculo es aún más evidente en nuestros días, ya que la fuente del Derecho más socorrida en nuestros días es la ley, misma que emana del poder público. A este respecto, quisiera hacer dos precisiones: una norma jurídica por ser ley no se convierte *ipso facto* en Derecho justo y que no sólo el Derecho emanado del poder público ayuda a la consecución del bien común.

¹⁹ Hervada J., *op. cit. supra* nota 6, p. 36.

²⁰ Groppali A., *op. cit. supra* nota 1, p. 206.

²¹ La definición de política dice que es política toda actividad tendiente al bien común, de ahí que el Derecho al ordenar a la sociedad sea la columna vertebral de la labor política. El Derecho es el instrumento ideal para ordenar a la sociedad hacia el bien común, y al ser el jurista quien debe dar mejores respuestas –más justas y equitativas– para solucionar problemas sociales, él es, en mi opinión, el principal llamado a gobernar.

La ley, además de evidenciar la estrecha relación entre Derecho y política, también evidencia el carácter escrito del Derecho, por ello, se dice que el Derecho es una ciencia de textos: una ciencia hermenéutica.²²

El Derecho como fenómeno social que se plasma por escrito está compuesto de principios, reglas, directrices o normas jurídicas que orientan, proscriben ciertas conductas del mismo hombre. De todos los seres conocidos, es el hombre, el único ser que se puede *autoimponer* reglas de comportamiento, y no sólo puede, sino que necesita de normas para vivir organizadamente y para poder alcanzar sus fines tanto materiales y como espirituales.

A pesar de la finalidad social del Derecho, hoy nos encontramos con un desvío del Derecho: la instrumentalización de éste por el poder público para estar al servicio de la clase gobernante y de los poderosos, cuando el principio fundamental del poder político es que todo poder legítimo ha sido instituido única y exclusivamente para utilidad de los ciudadanos y no de los que gobiernan.²³ Ya que lo que debe promover el Derecho como instrumento de la comunidad política para alcanzar el bien común, es la impartición justicia, y la protección de los más débiles de la sociedad... pero la evidencia nos demuestra que el Derecho se aleja cada vez más de su finalidad social. La supuesta igualdad moderna se desdibuja cuando por los mismos excesos de ésta, hay más desigualdad que nunca.

Hay un proceso que va en aumento y es preocupante, algunos lo llaman un *fruto amargo* de la Modernidad: es la acumulación de riqueza en pocas manos y el empobrecimiento de cada vez mayor número de seres humanos. Este fenómeno va contra la igualdad esencial del hombre, impide la justicia social y rompe definitivamente cualquier intento de alcanzar el bien común. Desde el Concilio Vaticano II la Iglesia se pronunció al respecto de la siguiente manera: “Las excesivas diferencias económicas y sociales entre miembros y pueblos de una

²² Albert, R. *Elementos formativos del Derecho en Europa*, Madrid, 1982, p. 25.

²³ Vid. Carpintero F., *Del Derecho natural medieval al Derecho natural moderno: Fernando Vázquez de Menchaca*, Universidad de Salamanca, 1977, p. 135 (citando a Fernando Vázquez en el cap. 1, número 10 de sus *Controversias ilustres*).

misma familia humana, escandalizan y se oponen a la justicia social, a la equidad, a la dignidad de la persona humana, no menos que a la paz internacional.”²⁴ El Derecho debe buscar nuevas maneras de redistribuir la riqueza. Ya que aún y cuando se diga *todos somos iguales ante la ley*, sabemos que no es cierto, y por ello es necesario favorecer al más desprotegido, aplicando el principio de subsidiariedad, lo cual pudiera no ser justo legal hoy en día, pero sería más justo y equitativo.

²⁴ Los Documentos del Vaticano II, Obra Nacional de la Buena Prensa, México 1966, p. 222 y 223.

1.1.3 El individualismo moderno

En este apartado, nos ocuparemos del individualismo moderno como punto de partida del Derecho que actualmente vivimos.

En nuestra opinión, se ha desdibujado tanto el origen, como el fin social del Derecho. Dicha tergiversación ha sido más patente desde hace dos siglos aproximadamente, en que el comunitarismo -que no socialismo- fue desplazado por el individualismo.²⁵

Este cambio ha sido consecuencia de las ideas ilustradas; de la Modernidad, que han roto las relaciones que el individuo tenía como parte de la sociedad con otros individuos, y lo ha dejado sólo frente al poder público. Se dejó atrás a la sociedad orgánica y se avanzó hacia un individuo *libre y autosuficiente*.

El Derecho que en la Edad Media era un Derecho corporativo y estatutario, edad en la que se reconocía que el Derecho de los individuos les era dado y otorgado en la medida en que pertenecían al cuerpo intermedio que les permitía protección y desarrollo, en la Modernidad, dejó de serlo en aras de un Derecho de individuos protegidos por sus propios derechos.²⁶ Una manifestación de ello se puede observar en el tema de las garantías individuales, mismas que están basadas en el contrato social, el cual a su vez, parte de individuos aislados para explicar la realidad.

El punto de partida de la Modernidad jurídica es la desvinculación del hombre respecto de su sociedad: los hombres se ponen de acuerdo para establecer las reglas de la convivencia, cediendo parte o el total de sus derechos individuales a la colectividad, lo cual significa un giro completo a la concepción del hombre y del Derecho que había anteriormente. La Modernidad

²⁵ *Vid Redemptor hominis*, 14 que habla de considerar al hombre completo; como individuo y como miembro de la sociedad: "en la plena verdad de su existencia, de su ser personal y a la vez de su ser comunitario y social."

²⁶ Grossi P., *op cit supra* nota 14, p. 90.

en su individualismo concibió al hombre como un ser aislado y desvinculado de los demás hombres. Lo proyectó como un ente derivado de una gimnasia intelectual que lo extirpó de la realidad social.

Se habían vivido milenios bajo la premisa de que el hombre es un *zoom politikon*; un animal social por naturaleza, se entendía que el hombre estaba inmerso en una sociedad de la que naturalmente formaba parte, se entendía que la persona era miembro de la sociedad. Esta sociedad era un todo orgánico, en la cual había partes como partes tiene el cuerpo, y se respetaban las relaciones y los vínculos naturales en ese todo orgánico, y estas relaciones debían ser reguladas por el Derecho.²⁷

El planteamiento del hombre solitario coincide con la postura apodíctica del Derecho, coincide y es complementario, ya que ambos planteamientos son entelequias mentales que se sustentan en un análisis *asocial* del hombre, lo que en la práctica, en el ambiente político se tradujo en el fortalecimiento del Estado Moderno a costa de los cuerpos intermedios. En el Estado Moderno, tenemos derechos por ser individuos, ya que nuestras prerrogativas se encuentran vinculadas únicamente a nosotros mismos frente al Estado, pues ya no hay esa relación con otras personas u organismos que engendre normas jurídicas.²⁸

El Estado Moderno se convirtió en la organización política frente a la cual se encuentra la persona con sus garantías individuales sola. En nuestra opinión, nunca antes se había dado

²⁷ Vid Santo Tomás de Aquino, Suma Teológica, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid 1974, q13 a7. En filosofía hay distintos tipos de relación. Relación es la posición de un ente con respecto a otro. "Otras relaciones hay que son reales por ambos extremos, y esto sucede cuando dos cosas se relacionan entre sí por algo que se encuentra realmente en una y otra, como se ve en todas las que derivan de la cantidad, v.gr., grande y pequeño, mitad y doble, etc. pues en ambos extremos se encuentra la cantidad. Lo mismo se ha de decir de las que se fundan en la acción y pasión, como las que hay entre motor y móvil, padre e hijo, etc."

²⁸ Vid Brugger W., Diccionario de Filosofía, Editorial Herder, Barcelona, 1975, p. 443. La relación es el <conducirse> de un ente con respecto a otro. Una relación supone el sujeto, el término, y el fundamento de la relación misma; en la relación de paternidad el sujeto es el padre; el término el hijo, y la generación, el fundamento. Y así como en filosofía se analiza especulativamente la relación de paternidad, jurídicamente también se analiza prácticamente para resolver problemas reales. Por ello el Derecho al dar respuesta a los problemas planteados debe tomar en cuenta las relaciones existentes entre las personas, para evitar dar una solución desvinculada de las circunstancias de las personas involucradas.

tan grande y tan generalizada expropiación de derechos a la persona y a los grupos sociales como en el Estado Moderno.

Con el individualismo moderno, el Derecho nos permite hacer todo lo que podamos, no importa que esté vinculado al bien común o a un orden social, o si es justo y equitativo: todo vale, ya que el único límite es el Derecho positivo que el Estado concede a otro individuo. Se puede hacer lo que se quiera, en tanto no se vulneren los derechos de los demás individuos que también pueden hacer lo que se quiera, con la misma única limitación.

1.2 LA IGUALACIÓN DE LO DISTINTO O LOS ORÍGENES DEL ESTADO MODERNO

El primer elemento que debemos estudiar a fin de comprender las limitaciones de la explicación de los fenómenos apuntados, es el que se refiere a la formación de los distintos órdenes jurídicos en cada uno de los Estados Modernos. Esto es así en tanto que, como enseguida veremos, los mismos fueron el resultado de una serie de valores, ideales, aspiraciones, etc., que en conjunto tuvieron la pretensión de imponer igualdad de todos los hombres y, a partir de ahí, lograr importantes grados de homogeneidad social.²⁹

Como hemos apuntado en el apartado de la función social del Derecho, tanto en la Edad Media como en épocas anteriores, la visión tópica y aporética del Derecho prevaleció sobre la apodíctica. La tópica entiende que no hay dos casos idénticos, que las circunstancias no son iguales ni se repiten, por ello debe dar dos respuestas adecuadas a dos situaciones diferentes.

Sin embargo los tiempos cambian y las ideas también. La aspiración de las ideas ilustradas trajo como consecuencia una nueva manera de entender al Derecho, fundamentalmente apodíctica, dejando atrás a la aporética. A partir de estos cambios, el Derecho se hizo un sistema y se dan soluciones generales como respuestas a los problemas particulares.

La sistematización del Derecho debe ser una herramienta para la formación de los juristas, debe ser un manual para aprender el Derecho, pero la solución al caso debe ser *ad hoc* a las circunstancias.

²⁹ Cossío J. R., La Ciencia Jurídica Contemporánea y la Dificil Explicación del Derecho Indígena, Revista del Senado de la República, número 11, Rayuela, México, 1998, p. 34 y 35.

La Modernidad pone especial énfasis en el aspecto individual del hombre, por sobre la parte comunitaria y social de éste. Lo mismo pasa con el Derecho Moderno que promueve un Derecho igualitario para todos, el cual no reconoce las diferencias naturales entre los hombres.

1.2.1 El Derecho debe distinguir las diferencias

Como hemos dicho, el Derecho soluciona controversias. El dar una respuesta adecuada a cada problema, implica saber que cada problema es distinto y que cada solución también lo es. Sin embargo, en el Estado Moderno, ha habido una mayor inclinación para dar soluciones uniformes a problemas similares, y no una solución específica a un problema concreto.

Como es sabido, la Modernidad jurídica es, en muchos aspectos, consecuencia de las ideas ilustradas que promovieron el aislamiento del individuo y la eliminación de las diferencias naturales entre los hombres. Las palabras *igualdad*, *legalidad*, *libertad* y *fraternidad* adquirieron una nueva dimensión.

1. La igualdad consistió en hacer *tabula rassa* de las diferencias existentes entre los seres humanos, sin matizar ni elaborar distinciones; se trata igual a todas las personas. Tiene igual responsabilidad, iguales derechos y obligaciones un abogado y un ingeniero, un doctor y una indígena, ya que la manera moderna de entender el Derecho es aplicar la ley con igualdad, no importando las diferencias naturales y normales como son la educación, el sexo o la posición social.
2. La legalidad es fácil de apreciar, pues estamos inmersos en ella. La ley es la única fuente del Derecho, en la práctica y no se reconoce a *nada ni nadie por encima de la ley*. Este es un lema moderno comúnmente aceptado, que resulta sin duda muy revelador de un modo apodíctico de pensar el Derecho. La norma jurídica abstracta, general e impersonal se ha vuelto un recipiente sin contenido, el formalismo es un fenómeno directamente vinculado a la legalidad, ya que mientras que la norma cumpla con los requisitos formales para su creación, es Derecho. Con lo anterior, se deja de lado la intrínseca bondad, justicia o conveniencia de la ley y del Derecho. al mismo tiempo que se ha hecho un mito de la ley y se ha limitado el papel de los

juristas en la solución de problemas, pues los juristas ya no pueden inventar soluciones ya que están limitados a interpretar la ley.

3. La libertad fue desarrollada de manera negativa, es decir, no tener ningún tipo de cortapisas ni límites a la posibilidad de acción. Se desvinculó la libertad de los fines y valores que le son intrínsecos, para hacerla un valor absoluto y autorreferencial. Pero el hacer *lo que uno quiera* sin ningún límite y sin criterios axiológicos, lleva directamente a la anarquía. Y la solución que se maduró en el pensamiento moderno, fue *hacer lo que uno quiera, mientras no se ataque la libertad del otro*. Con lo anterior, el Estado creó *esferas* de protección jurídica para las personas –garantías individuales-. Se pretendió garantizar que nadie afectara tu esfera de libertad individual, protegida por el Derecho positivo, siempre y cuando no afectes Derechos de otros. De esta manera, la sociedad quedó estructurada, si así se le puede llamar, a partir de miles de pequeñas esferas jurídicas individuales. La tutela y protección de los derechos de las personas quedan bajo la égida del Estado, ya que como hemos señalado reiteradamente, la manera de concebir al Derecho en la Modernidad es a partir de sujetos aislados que se vinculan artificialmente y cuya ligazón contractual es necesaria para evitar los abusos que tendría el dejar al hombre vincularse naturalmente con otro hombre.³⁰
4. Finalmente, detengámonos brevemente en el último principio revolucionario francés: la fraternidad. Esta idea en nuestra opinión no ha recibido tanto impulso como las otras mencionadas. Una fraternidad bien conceptualizada y fundamentada, puede ser el contrapeso al individualismo, siempre y cuando parta de un humanismo, ya que la fraternidad vincula y une a los hombres, mientras que el individualismo los aísla y separa.

³⁰ Muchas de las consecuencias nefastas de la Modernidad tomaron como punto de partida que *el hombre es el lobo del hombre*, que el hombre es un ser malo por naturaleza que debe ser controlado por el Estado.

El concepto de fraternidad puede llevar a un Derecho equilibrado entre individualismo y comunitarismo, esto porque la fraternidad lleva a la solidaridad, la cual es requisito indispensable para que se promueva positivamente el bien común.

La fraternidad entre los hombres lleva a una convivencia humana tradicional que deja de lado la coexistencia de hombres desvinculados entre sí.³¹ Esta convivencia se basa en un interactuar provechoso para todos los integrantes del grupo social, ya que implica la comunicación de bienes y de ideas que es la base para la satisfacción de las necesidades vitales de las personas.

Una vez analizados los conceptos básicos del discurso moderno, nos damos cuenta de éstos influyeron directamente en la concepción del Derecho, haciéndolo igual para todos, restringiendo la jurisdicción de los jueces, expropiando fuentes del Derecho y acabando con el orden jurídico medieval, siendo que el Derecho debe reconocer las diferencias existentes para poder dar una solución *ad hoc* al caso concreto.

³¹ Vid Giussani Luigi La Educación es un Riesgo, Encuentro, Madrid, 1991

1.2.2 El aislamiento de la persona como consecuencia del individualismo

La Modernidad dejó a un lado la tradición filosófica occidental de corte *aristotélico-tomista*, y la sustituyó con propias ideas, que al paso del tiempo han creado una nueva tradición filosófica: la moderna. Esta nueva filosofía introduce, como hemos señalado en apartados anteriores, el valor de la individualidad como fundamental.

Desde nuestra perspectiva, esta filosofía moderna no distinguió entre individuo y aislamiento, entre crítica y criticismo; entre poder y autoridad; entre absolutos y relativos: los confundió. El no distinguir ideas ni conceptos distintos, llevó a una nueva manera de plantear y regular las relaciones humanas y a una nueva manera de entender y aplicar el Derecho.

En este apartado me referiré sobretodo al aspecto individual de la persona que propone la Modernidad, que se basa en hacer de lado la proyección social y la natural vinculación del hombre con sus semejantes; el fundamento de las relaciones entre los hombres ya no es la naturaleza social, sino elementos subjetivos y potestativos que definen los términos y son la base de las relaciones jurídicas.

La Modernidad propone al individuo como el origen del orden jurídico, a diferencia de la Edad Media en que las personas vinculadas eran el origen del Derecho: se aisló al individuo para elaborar, a partir de un análisis científico, una teoría del Derecho, prescindiendo en gran medida de la observación de la realidad social particular como fuente para crear el Derecho. A la par de este análisis que adoptó el método científico de las ciencias exactas para analizar al hombre y el Derecho, se reforzó el individualismo al expropiar a los cuerpos intermedios la facultad de dictar sus propias normas jurídicas. Esta expropiación era necesaria para el fortalecimiento del Estado Moderno.

Con estas reformas comentadas en párrafos anteriores, ya no hay cuerpos intermedios que dicten normas jurídicas o que puedan defender los intereses de sus agremiados frente al Estado: nos encontramos frente a un absolutismo jurídico total en el que la defensa de los intereses de la persona corresponde al mismo Estado. Así, por ejemplo, para proteger a la persona en sus derechos humanos en contra de actos del mismo Estado, debemos acudir al órgano estatal de impartición de justicia para que interprete la ley que el órgano estatal legislativo dictó. Lo anterior no puede menos que llamar la atención cuando se hace un análisis jurídico, por simple que este sea, respecto a situación mencionada ya que el Estado dicta lo que son derechos humanos, el mismo Estado dicta las reglas procedimentales de procedencia de una demanda de derechos violados, el Estado es juez y parte, y la determinación que tome será *verdad legal*, que si es incorrecta o injusta, en el mejor de los casos será revisada por otro órgano estatal. De ejemplo expuesto, nos percatamos del absolutismo jurídico tan flagrante que existe en la Modernidad. Si bien el impartir justicia es función esencial del Estado, bien pudiera delegarse parte de ésta en órganos autónomos o en la sociedad civil, o bien no entrometerse de manera alguna y dejar esta tarea a otras instancias de la sociedad. Lo anterior no debe escandalizarnos, pues ya hay ejemplos en la realidad: ¿no es el Instituto Federal Electoral un colegio de personas de la sociedad civil que califican elecciones?, ¿no es cada vez más socorrido el arbitraje comercial? o ¿no sancionan las universidades a sus mismos agremiados? Son hechos que demuestran que no es posible ni lógica ni jurídicamente el acaparamiento de todas las fuentes del derecho en manos del Estado.

Algunas consecuencias jurídicas del individualismo moderno las acabamos de señalar, sin embargo, no quisiera dejar pasar por alto otra consecuencia que si bien no incide directamente en el mundo jurídico, sí afecta indirectamente: me refiero al aislamiento del individuo en la Modernidad. Este individualismo exagerado desemboca en una soledad muy grande y profunda, aun a pesar de que pudiera parecer que las relaciones humanas hoy en día parecen cada vez más fáciles y de que la capacidad de los medios de comunicación es asombrosa. Sin embargo, la soledad y el aislamiento del individuo continua, pues lo que el ser humano necesita es *comunicación humana*, no sólo *comunicación cibernética*. Hay medios de

comunicación mas no comunicación en sí; hay transmisión de datos fríos mas no calor humano, lo que no deja de ser una paradoja en nuestros días en que tanto nos ufanamos de la comunicación que llega a todos los rincones del planeta.³²

El individualismo moderno dispersó a las personas que antes se encontraban unidas en sus grupos naturales: gremios, universidades, ciudades, etc. para otorgarles su nuevo *status* de *ciudadano*. El Estado Moderno pretendió hacer *tabula rassa* de todos los individuos, dejando de tomar en cuenta a que sociedades intermedias pertenecían, con la consecuente imposición o desconocimiento --en el mejor de los casos- de los estatutos personales y orgánicos vigentes.

Este cambio de una sociedad organizada en cuerpos intermedios a individuos vinculados directamente con el Estado, no fue siempre pacífico; los cambios para eliminar a los grupos intermedios se hizo por medio de la revolución las más de las veces.³³

La desvinculación y aislamiento del individuo respecto de su sociedad o de su gremio, se debió a la necesidad que tiene el Estado Nacional de no tener impedimentos ni interlocutores para tratar con el individuo y poder tener mayor margen de acción.

El aislamiento del individuo obedece también a la necesidad estatal de garantizar su propia subsistencia: el Estado desvinculó jurídicamente a los individuos de la sociedad civil,

³² He aquí uno de los grandes problemas modernos: la incapacidad de comunicarse entre las personas. La floreciente industria psicológica se halla en auge debido a la necesidad que sienten las personas de ser escuchadas y comprendidas. Pero también muchas ocasiones se busca autojustificar la propia conducta, y que mejor que alguien que *sabe* de esos comportamientos ayude a justificar y defender tales comportamientos. Sin embargo debemos recordar que la de los psicólogos es una profesión de la cual viven y que en más de una ocasión dan al *paciente* un tratamiento menos efectivo que otro que implique la posibilidad de *perder al cliente*, olvidando que el hombre es el material más delicado que existe sobre la Tierra. Por otro lado, en muchas ocasiones se va a oír lo que se quiere oír, y no necesariamente se va a reconocer las propias limitaciones y defectos. No obstante ser la Iglesia *Madre y Maestra* en cuestiones de humanidad, debemos reconocer que *ha perdido terreno* en este frente. Los curas han sido reemplazados por *profesionales de la conciencia* que no tienen un compromiso sobrenatural ni en ocasiones ético siquiera. Debo reconocer, sin embargo que hay muchos casos que realmente buscan sincera y éticamente ayudar a las demás personas, ojalá sea la mayoría.

³³ Vid Bravo Lira, B., en su opúsculo denominado El Absolutismo Ilustrado en España e Indias bajo Carlos III (1759-1788). De la visión Judicial a la Visión Administrativa del Gobierno con Motivo de un Bicentenario, Revista Chilena de Historia del Derecho, núm. 14, separata, Editorial Jurídica de Chile, 1991

de tal manera que el hombre deja de ser parte de un cuerpo social, tal para convertirse en un *sujeto* de derechos y obligaciones que está directamente ligado al Estado. Consecuencia de lo anterior, fue el ya mencionado absolutismo jurídico y la expropiación de los estatutos jurídicos sociales, con lo cual el Estado Moderno no tiene más referencia ni punto de comparación jurídica que él mismo: el Estado se vuelve autorreferencial.

La denominación política y social del hombre también cambió, pues dejó de ser parte del gremio de los constructores, de los médicos, del ejército, de la universidad para convertirse en *ciudadano*.

Este individualismo jurídico moderno trajo como fruto el rompimiento del vínculo jurídico existente entre la persona y su grupo social al cual pertenecía, con lo cual se eliminaron las diferencias entre las personas para convertirse todos en iguales ante la ley, principio consagrado en nuestra Carta Magna. Todos somos *formalmente* iguales ante la ley: hombres, mujeres, niños, ancianos, pobres o ricos; sin embargo sabemos que *materialmente* todos somos diferentes ante la ley: el banquero no es igual que el sindicalizado, ni el político es igual que el vendedor ambulante.

Como simple ejemplo de esta igualación llevada al extremo, se ha llegado al absurdo de permitir contraer *matrimonio* a seres humanos del mismo sexo: desdeñando las diferencias naturales que en la realidad se dan.³⁴

³⁴ El discurso ilustrado es muy revelador de los excesos cometidos por el racionalismo y el individualismo. El discurso es que gracias a los grandes *adelantos* en materia de *Derechos Humanos* que inspiran a las legislaciones de países *avanzados*, que buscan *liberarnos* de *enajenaciones* hoy se permite al hombre ser *verdaderamente libres* y ejercer su *opción sexual* contrayendo *matrimonio* con un ser de su mismo sexo.

1.3 DEL CASUISMO AL SISTEMA

El casuismo está vinculado a la concepción de una solución real, concreta y específica a problemas jurídicos, esta concepción fue la que inspiró durante cientos de años el Derecho, especialmente durante la vigencia del llamado Derecho Romano Clásico (siglos I a.C.-III d.C.) y del denominado *Ius Commune* en la Edad Media (siglos XII-XV). Estos derechos además, gozaban de una pluralidad de fuentes jurídicas, enalteciendo el derecho de los juristas – *jurisprudencia*- como un derecho independiente del poder público, haciendo del casuismo un derecho sumamente eficaz y justo.

El sistema jurídico, por su lado, plantea un monopolio de fuentes del Derecho por parte del Estado, consecuentemente Derecho de los juristas ya no es vinculativo, además plantea la disolución del Derecho Privado en el Derecho Público, y la visión apodíctica como una forma única y excluyente de entender y resolver conflictos jurídicos, lo que ha devenido en un sistema lento e injusto, al decir de la opinión generalizada de la sociedad.

Hubo un enfrentamiento entre las dos concepciones del Derecho: “la visión tópica frente a la sistémica, la pluralidad frente a lo singular; la multiplicidad de normas frente al legalismo; la justicia frente a la norma; la diversidad frente a la uniformidad; la visión horizontal de las fuentes jurídicas frente a la jerarquía; la compleja frente a la simple; en fin... la humana frente a la geometría.”³⁵ El resultado, ya lo sabemos: el sistema prevaleció.

El Estado Moderno dicta el Derecho, es el único *validado* para dicho fin, por lo cual el sistema en el cual está organizado, se vuelve autorreferencial y el Derecho deviene por consecuencia natural, en un sistema cerrado.

³⁵ Arenal Fenocho Jaime Del, Las virtudes del Jurista, Escuela Libre de Derecho, 1994, p.12.

1.3.1 Breve comentario al casuismo Indiano³⁶

En el presente apartado, pretendemos dar una somera reseña del orden jurídico indiano. Sobra decir que el tema excede con mucho a los objetivos del presente trabajo, y que si lo menciono es sólo como mera referencia.

La idea es ilustrar, aunque sea limitadamente, la forma en que el orden jurídico indiano resolvía problemas bajo una concepción aporética del Derecho.³⁷

Primeramente, diremos que fue un orden jurídico nuevo, y no podía ser de otra manera, pues las realidades que tenía que ordenar eran completamente nuevas. También fue un orden jurídico original, ya que las figuras jurídicas peninsulares fueron adaptadas, cuando no transformadas radicalmente, por las autoridades indianas, pues “se traslucía una mayor estima por la propia experiencia surgida del ejercicio del gobierno que por las cédulas y leyes provenientes de la Península...”³⁸ También fue un orden jurídico creado *ad hoc* a las nuevas exigencias de la sociedad americana, ya que en la respuesta a los casos, se tomaba el derecho que mejor respondiera a la situación particular.

El orden jurídico indiano fue creado principalmente por el *poder judicial*; por los jueces y por las audiencias.³⁹

Siguiendo a Tau, este orden jurídico es una experiencia jurídica original y nueva, que tiene tres fundamentos: la diversidad, la mutabilidad y la distancia.

³⁶ Para una mayor disertación sobre el particular, *Vid* Dougnac Rodríguez A., Manual de Historia del Derecho Indiano, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 1993.

³⁷ Siglos XVI y XVII principalmente, bajo la monarquía de los Austrias.

³⁸ Tau Anzoátegui V., Casuismo y Sistema, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1992, p. 96.

³⁹ Viñas Mey El Régimen Jurídico y la Responsabilidad en la América Indiana, UNAM, México, 1993, p. 2.

1. La diversidad se explica por el cambio entre culturas y por el medio físico. Las diferencias que existen entre el *Nuevo Mundo* y el *Viejo Mundo*, son enormes, incluso entre las mismas regiones de América. De ahí que no puedan tener un mismo tratamiento jurídico los pastores en los Pirineos que un fundo minero en Zacatecas o los pescadores de Maracaibo.

2. La mutabilidad del Derecho se entiende como una característica que atiende al cambio de circunstancias. Por ser muy ilustradora, citaré textualmente la transcripción que del padre Acosta hace Tau: "...las cosas de las Indias no duran mucho tiempo en un mismo ser, y cada día cambian de estado, de donde resulta que con frecuencia hay que reprobar en un punto como nocivo lo que poco antes era admitido como conveniente... Por lo cual es asunto arduo, poco, poco menos que imposible, establecer en esta materia normas fijas y duraderas; porque como es uno el vestido que conviene a la niñez, y otro el que requiere la juventud, así no es maravilla que, variando tanto la república de los indios en instituciones, religión y variedad de gentes, los predicadores del evangelio apliquen muy diversos modos y procedimientos de enseñar y convertir."⁴⁰

3. El último fundamento que Tau menciona respecto a esta experiencia jurídica indiana es la distancia. Una distancia que hace inaplicable para las Américas el Derecho utilizado hasta la fecha en la Península, pues no es lo mismo gobernar, prevenir y resolver problemas en un territorio relativamente pequeño -España tiene 504.811,5 kilómetros cuadrados-⁴¹ que en un territorio inmensamente más grande -20.451.198 kilómetros cuadrados.-⁴² Como es fácil imaginar, la complejidad y vastedad indiana derivó en perplejidad y finitud del Derecho normalmente usado por la Corona Española, por ello fue necesario la creación de fuentes jurídicas nuevas, que

⁴⁰ Tau Anzoátegui, *op. cit. supra* nota 38, p. 110 (citando a Acosta, proemio (I, 54-56). Hay diferencias de forma en la traducción castellana de esta edición).

⁴¹ Datos tomados del Diccionario Enciclopédico Espasa, Espasa Calpe, Madrid, 1979, tomo 10, p. 730.

⁴² Grolier, Rand McNally & Company, Atlas Mundial, Estados Unidos de Norteamérica, 1970, p. 138, 139 y 153.

implicaban el gobernar en América misma, sin estar a expensas de un derecho ajeno o lejano; Motolinía acertadamente, resumía la idea anterior al decir que “una tierra tan grande y remota y apartada, no se puede desde lejos gobernar.”⁴³

⁴³ Tau Anzóategui V., *op cit. supra* nota 38, p. 112 (citando a Altamira y Crevea, Autonomía, 24).

1.3.2 El sistema jurídico moderno

El sistema jurídico es una manifestación de la transformación radical que sufre la cultura occidental, en la cual se sustituye al realismo y por el idealismo y al humanismo por el racionalismo. Las repercusiones sociales y políticas de este cambio son de gran trascendencia, y los frutos de 200 años de sistema jurídico, los vivimos y sufrimos hoy en día. En este apartado me referiré al acontecer en Hispanoamérica básicamente.

Dentro de estas repercusiones, encontramos la reducción de fuentes del Derecho; se pasa de una rica pluralidad de fuentes jurídicas al monopolio estatal como única fuente del Derecho, con la consiguiente falta de creatividad y parcialidad del Derecho.

En la teoría política, la idea de comunidad y de sociedad orgánica se deja de lado para acceder al Estado Moderno con la respectiva modificación de la teleología y deontología política: “Los antiguos deberes del rey se transforman en fines del Estado. Y el monarca mismo se coloca en una posición, en cierto modo subalterna frente a él. Deja de ser la cabeza de la comunidad para convertirse simplemente en la cabeza del Estado.”⁴⁴ De ello se puede derivar que ya no existe una responsabilidad personal del gobernante, tampoco hay un todo orgánico con una cabeza que coordina y dirige, ya que fue sustituido por un ente superior, omnicompreensivo, impersonal, frío, cuantificador y calculador: el Estado Moderno.

Abundando un poco sobre los deberes de los gobernantes, nos damos cuenta que los antiguos oficios que en la política implicaban una responsabilidad y entrañaban una relación jurídica y moral personal: *officium est quod homo homini debet in genere*; “oficio es lo que un hombre debe en general a otro” –dice Bártolo-, ahora se convierten en atribuciones, funciones y responsabilidades de oficinas y de secretarías.

⁴⁴ Bravo Lira, B. *op. cit. supra* nota 33, p. 18.

Esta transformación implicó para el jurisconsulto y los gobernantes dejar un *oficio* y adoptar una *oficina*, con el ya mencionado detrimento de la responsabilidad personal y el alejamiento de la realidad.

El sistema jurídico moderno es absoluto, ya que ni los gobernantes ni los juristas han podido cuestionar o de apartarse de los dictados del Derecho por parte del Estado: “Los juristas, debían, en primer lugar, aceptar que el Derecho establecido por el legislador tenía toda la legitimación para serlo -dogmática jurídica- en segundo lugar, que el Derecho se limitaba a aquellas normas generales que hubieran sido establecidas por el propio legislador -única fuente del Derecho- en tercer lugar, que el Derecho estaba ordenado a manera de sistema, de modo tal que todo el problema encontraba solución en él y sólo en él; en cuarto lugar, que no correspondía al jurista formular críticas o plantear nuevas soluciones a los problemas que enfrentaba y, finalmente, que si el Derecho se encontraba escrito, el estudio que de él se hiciera debía limitarse a exponer o precisar los sentidos que pudieran derivarse de los textos.”⁴⁵

Cuando de deja de lado el humanismo y se adopta el sistema como forma de gobernar, el gobierno se vuelve administración, y el casuismo se torna legalidad.

Las repercusiones en política son que el gobierno busca *eficientar* su gestión, mide su bondad con números fríos, con estadísticas y con rendimientos; pasa a segundo plano la situación humana de los gobernados, las circunstancias, la justicia y la equidad.

La teleología política, como señalamos al principio de este apartado, también se modificó, el cambio en la teleología de la sociedad civil o Estado, es un cambio muy importante; ya que la finalidad influye en la naturaleza de la comunidad política y determina los medios para alcanzar dicha finalidad: el bien común ya no es el fin de la sociedad civil, el crecimiento económico sí lo es. La fortaleza del Estado se debe medir por su acercamiento al

⁴⁵ Vid Cossío, J. R., *op. cit.* nota 29, p. 39 y ss.

bien común y a la justicia, siendo éstos fruto de gobernar, no de administrar. La razón es que para gobernar hace falta la prudencia , mientras que para administrar hace falta la competencia.

En un sistema lo que más importa es la interconexión entre los diversos factores que lo integran y los logros del sistema como tal. Cualquier elemento, mientras sea cuantificable, es apreciado y tomado en cuenta; si no es cuantificable no es relevante. Con esta nueva manera de pensar se dejan fuera criterios como el bien común, la justicia, la equidad, el orden, la paz, la armonía, la prudencia o la virtud; conceptos y principios que son indispensables para gobernar bien. Estos conceptos y principios son sustituidos por otros como eficiencia, control, legalidad, porcentajes, sistema, procedimientos o economía.

En el plano jurídico, el casuismo fue sustituido por el sistema, como orden jurídico; se deja de hacer hincapié en la solución adecuada de los conflictos particulares y concretos, y se hace mayor énfasis en la ley como método universal y siempre válido de resolver problemas. La impartición de justicia que aspiraba a ser equitativa, prudente y adecuada, ahora busca la *verdad legal*, seguir el procedimiento y actuar *dentro del marco de la ley*.

Tantas sustituciones de finalidades y de los medios tradicionales obedecen a que no son medibles cualitativa ni cuantitativamente, a diferencia de lo moderno que aplicando el método racional tasa todo en base a rendimientos. Es por ello que el P.I.B. -Producto Interno Bruto- es más relevante para el estadista de fin de milenio que el mejoramiento en la calidad de vida del ciudadano; el hombre de Estado pone mayor atención a la balanza de pagos que a la disminución de la corrupción; el gobernante vigila más de cerca el IPC -Índice de Precios y Cotizaciones- de la BMV -Bolsa Mexicana de Valores- que el mejoramiento de la cultura; las energías se centran más en firmar tratados de libre comercio que en una mejorar la distribución de la riqueza.

El método de estudio se elige en función del objeto a observar y no a la inversa. La Modernidad, que estudió al hombre en función del método científico, no eligió correctamente

el método de estudio, y consecuentemente sus conclusiones no toman en cuenta la realidad humana ni individual ni social.

El objetivo de la ciencia moderna es llegar a conclusiones válidas universalmente mediante el método científico. La política, influida por la filosofía moderna puso a lo ideal sobre lo real; se creyó, no sin equivocación, que las ciencias humanas se dirigen a medir objetos pasivos y estáticos, variables mecánicas o materia simplemente, siendo que el ser humano es capaz de motivarse, de ir en contra de la lógica, de sobreponerse y de perseverar. Esto el humanista lo sabe, sin embargo, la crítica racional, la ponderación del saber teórico, la idea de la unificación y la búsqueda de la certeza y seguridad han tenido mayor impacto en el mundo jurídico y político que el humanismo.⁴⁶

Cuando se desvincula al hombre de su naturaleza libre, y se le somete a las ciencias exactas, se consuma una castración formal de su libertad. Pero más allá de todo, podemos encontrar como su fundamento filosófico, la radicalización o subjetivación de la libertad humana, entendida como desvinculación y autonomía, desligada de cualquier esencia metafísica y de lazos estables que antes eran vistos como naturales.⁴⁷

Para finalizar este apartado y evidenciar que hoy el Derecho es una norma sin contenido, citaré la definición que de Derecho se da en Volumen III del Diccionario Jurídico Temático de Rafael I. Martínez Morales, misma que transcribo: “sistema de normas de conducta dirigidas, por igual, a los individuos de una sociedad, con el fin de establecer las bases de su convivencia...” Las palabras *sistema*, *igual* e *individuo* son elementos de la definición ya analizados en esta tesis cuya trascendencia permiten comprobar que el Derecho dista de ser un orden social justo y equitativo aun siquiera en papel.

⁴⁶ Tau Anzóategui V., *op. cit. supra* nota 38, p. 107.

⁴⁷ Llano Cifuentes A., La Nueva Sensibilidad, Editorial Espasa Calpe, Madrid, 1988, p. 29.

1.4 LEYES, CÓDIGOS Y CONSTITUCIONES

La Modernidad jurídica en su perspectiva histórica culmina con la legalidad. La forma que el sistema jurídico moderno adoptó para regir son las leyes, los códigos y las constituciones. Nos referiremos en este apartado a constituciones, a leyes secundarias, a reglamentos, a códigos y, en general a toda norma expedida por un órgano estatal en funciones materialmente legislativas.

Kelsen concibió el orden jurídico como un sistema representado por una pirámide invertida cuyo vértice superior es la constitución y de la cual todas las demás normas jurídicas emanan y adquieren validez. Siendo esta teoría, la base de la legalidad, que se pudiera resumir en los axiomas: *por arriba de la constitución, nada, subordinado a ella, todo y toda actuación de la autoridad debe estar prevista en ley.*

La ley es una norma jurídica impersonal, abstracta, general, coercible e imperativa. Siempre y cuando el procedimiento sea el correcto para crear una ley, habrá ley, ya no importa que la norma jurídica sea conveniente o inconveniente, justa o injusta, es Derecho por el mero hecho de cumplir las formalidades requeridas para ser ley.

Por lo que se refiere a la codificación, ésta es un intento racional de contener todo el Derecho que sobre una materia puede haber: se pretendió establecer la totalidad de casos y de hipótesis que en la vida pudieran preverse, dando soluciones constantes y valederas universalmente a cualquier problema humano *parecido* que pudiese surgir. Sin embargo, no es posible encapsular la riqueza de la vida en una ley. Como ejemplo de lo anterior, señalaremos una realidad de hoy en día que nunca antes se había dado: la inseminación artificial.

Tanto la inseminación artificial como sus consecuencias no están previstas en la ley, lo que impide dar soluciones justas a los problemas como ¿Quién es el hombre que debe tener la

patria potestad?, ¿quién hereda?, ¿quién debe mantenerlo en caso de abandono?, etc. infinidad de cuestiones no previstas por el derecho positivo, pero que se presentan en la realidad, y los jueces acostumbrados a no inventar el Derecho, se encuentran limitados para dar respuestas adecuadas, justas y equitativas a los casos planteados.

El mismo legislador de principios de siglo, sabía de las limitaciones propias de la ley, por ello señaló en unos de los primeros artículos del Código Civil para el Distrito federal en materia común y para toda la República en materia federal vigente, que ningún juez puede excusarse del conocimiento de un asunto por insuficiencia de la ley, lo cual si bien es un acierto, no es suficiente para garantizar sentencias justas y equitativas en una sociedad.

Recalamos que el mayor valor de los códigos sustantivos debe ser como manuales y formadores de un criterio jurídico que ayude a que un jurista dé soluciones adecuadas a casos específicos, no como limitantes a las resoluciones de los jueces.

El desarrollo y adopción de la ley como único fundamento jurídico será el tema sobre el cual versarán los subsecuentes apartados.

1.4.1 La monarquía absoluta

La forma de gobierno común europea previa al Estado Moderno, era la monarquía, misma que fue desplazada por los Estados Nacionales. Las *repúblicas modernas* desplazaron al *ancient regine*.

Considerando a la monarquía absoluta como una consecuencia del racionalismo, y siendo el absolutismo una construcción jurídica del poder, podemos fácilmente deducir las similitudes que hay entre política y orden jurídico. Las modificaciones que sufrió el orden jurídico señaladas en los apartados *Del casuismo al sistema* y *El sistema jurídico moderno*, son también relevantes y aplicables al caso de la monarquía, pero para evitar inútiles repeticiones, simplemente hago la anterior mención. Sin embargo, hablaremos brevemente de la monarquía absoluta por parecemos el principio de la transformación del orden jurídico y político *tradicional* por el *moderno*, y para señalar, aunque sea someramente, las repercusiones que hay en la concepción del poder.

Decir absolutismo no es sinónimo de poder ilimitado del soberano; es más bien al contrario, un poder limitado jurídicamente. Así, las prerrogativas mayestáticas, *las iura majestatis*, son fundamentadas y jurídicamente acotadas. El término absoluto, se refiere a la radicación de todo el poder en manos del monarca, no a la amplitud del mismo.

Como antecedente remoto de la limitación jurídica del poder del rey, podemos mencionar que en Inglaterra, en el siglo XIII: “Juan sin tierra... debió aceptar las enérgicas exigencias de sus vasallos para que firmara la ‘Carta Magna de la Libertades de Inglaterra’, documento que establecía una serie de garantías contra la autoridad de los reyes.”⁴⁸

⁴⁸ Romero J.L., *La Edad Media*, Breviarios, Fondo de Cultura Económica, México, 1993, p. 66.

Algunos límites jurídicos a la potestad del rey en Iberoamérica, fueron las ordenanzas, instrucciones y reglamentos de oficinas de la administración pública, una vez transformado el *oficio de rey en oficina gubernamental* y los deberes del monarca en fines estatales.

Se impusieron las ideas fundamentales de la monarquía ilustrada y los ideales modernos en la *praxis* política, ya sea mediante la revolución, o mediante las reformas: “En cuanto al modo de realizar estos ideales (ilustrados), se perfilan dos directrices principales: o bien se acude a las reformas o bien a una revolución. La revolución es radical. Alienta pretensiones fundacionales. Quiere empezar de nuevo. Partir de cero. Por eso es intolerante. Intenta hacer tabla rasa del pasado. Liberar a los pueblos de sus creencias y costumbres. Para ello se acude a la violencia. Es decir, intenta imponer desde arriba, por fuerza, los ideales ilustrados. Convierte así los dictados de la razón en abusos del poder. Las primeras víctimas son los propios revolucionarios. La revolución devora a sus hijos. Es demasiado tarde cuando se lamentan: *Libertad, Libertad, cuantos crímenes se cometen en tu nombre*. Así la razón de la fuerza reemplaza a la fuerza de la razón... La vía de las reformas es la del absolutismo ilustrado. Más realista, cuenta con el tiempo y la diversidad de los pueblos. Por eso tantea el terreno. Avanza a veces más rápido, otras más lento, según las circunstancias. Es gradual, aunque no siempre acierte a acompasar el ritmo de las reformas y dé lugar a protestas y revueltas. En todo caso, a diferencia de la revolución, su acción es duradera. Lo es en dos sentidos, porque logra prolongarse, a veces, por generaciones y porque obtiene, asimismo, resultados de largo alcance.”⁴⁹

En esta serie de modificaciones sobre la concepción del poder y el ejercicio del mismo, me parece importante resaltar como novedad moderna, la sustitución de la *recta ratio* por la *racionalidad*.

La toma de decisiones políticas se basaba en la *recta ratio* que es el actuar del hombre sabio o prudente, con la modificación en las ideas políticas, la base del actuar político es la

⁴⁹ Bravo Lira B., *op. cit. supra* nota 33, p.13.

racionalidad que es el actuar del hombre inteligente, con la consiguiente sustitución de una virtud humana por una calidad intelectual. Lo anterior pareciera desvincularse de las transformaciones jurídicas, sin embargo, me parece que tanto en el plano jurídico como en el político lo ideal sustituye a lo real; lo general a lo tópicos y lo científico a lo humano, con lo cual se evidencia la estrecha relación que tanto en la teoría como en la práctica se da entre la política y el Derecho.

Sin menospreciar de ninguna manera la necesaria calidad intelectual de todo gobernante, podemos decir que la sola técnica o el sólo conocimiento no es suficiente para gobernar; ejemplos como de los otrora estudiantes destacados en instituciones educativas de Estados Unidos de Norteamérica ahora políticos mexicanos incapaces de ver la realidad y de favorecer el bien común, lo ponen de manifiesto.

Nos parece que no hay escisión entre virtud moral y calidad intelectual; antes bien, el gobernante debe buscar ambas, aún y cuando deba preferir la prudencia por sobre la mera calidad intelectual, debe adquirir una sólida formación intelectual.

Esta calidad intelectual como mera técnica debe ser moderada y acompañada por un humanismo: “El hombre produce técnica por ser racional. Incluso, ha producido técnica para dirigir su propia razón, a partir de ella misma: la metodología. De la metodología natural ha pasado a la metodología artificial o técnica. Dirige sus propias operaciones racionales internas y las operaciones prácticas de la sociedad. Pero la metodología, para que no sea una razón ‘fría’ o meramente estratégica, y pueda ser *recta ratio*, cercana a la prudencia, tiene que encontrar a la misma naturaleza humana en las operaciones racionales, lógicas.”⁵⁰

En la monarquía absoluta se desvinculó al gobernante de Dios y se apreció más la técnica que la prudencia. Pues si la monarquía absoluta fue influida por los valores modernos,

⁵⁰ Beuchot M., *op. cit. supra* nota 2, p. 50 y 51.

y estos eran la racionalidad, la cuantificación y el laicismo, el resultado es un sistema de gobierno cuantificador, frío e impersonal.⁵¹

El medio para regular el ejercicio del poder soberano fue la constitución, que evoluciona como hemos señalado hasta eliminar la figura del soberano en la primera constitución absolutamente moderna: la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, misma que se establece una federación de estados independientes unidos bajo los ideales de división de poderes y representación popular.

Las constituciones son la base legitimadora de cualquier norma jurídica, y el límite de las mismas: *todo por debajo de la constitución, nada por arriba de ella*. Las constituciones en los países modernos se vuelven el fundamento y la norma de referencia a la cual debe estar supeditada cualquier otra norma jurídica, dando así origen al constitucionalismo moderno.

⁵¹ Cossío J.R., *op. cit. supra* nota 29, p. 37.

1.4.2 La ley como forma de la administración pública

Como consecuencia del desarrollo de los principios modernos en el orden jurídico, sabemos que la ley se vuelve prácticamente la única fuente del Derecho Moderno. Debido a lo anterior, hay un gran desarrollo del Derecho Positivo, sobresaliendo el denominado *Derecho Constitucional* y el *Derecho Administrativo*.

Como hemos señalado, en la Modernidad, el gobierno se torna administración, y la legitimación del Estado en legalidad, de ahí que un Estado legitimado sea aquel que administra legalmente: la ley se vuelve la forma de la administración pública.

La legalidad es el sustento de la administración, ya que se vuelve el principio rector del actuar político, siendo la misma legalidad, la que denomina hoy al gobernante *servidor público*. La legalidad se convierte en legitimación y el monarca que era la cabeza del cuerpo social, del S. XVIII, se convierte en la Modernidad: “tan sólo el primer magistrado, el primer servidor del Estado o el primero entre sus funcionarios.”⁵²

Cambian los principios de actuación en los gobernantes; la legalidad es el único marco dentro del cual debe actuar la administración pública, el político es ahora un *servidor público* – denominación dada por la legalidad-, que sólo puede realizar aquellas funciones que expresamente le confiere la ley.

Hubo una sustitución en los principios orientadores de la política. Antes, la prudencia y el bien común normaban la conducta del político; ahora la ley norma el que hacer del administrador público. Antes, los límites de la actuación de los gobernantes eran tanto la ética como el bien común; hoy los límites son las leyes. Antes, la función otorgaba la competencia; hoy la ley otorga la competencia. A este respecto, y para ilustrar el punto, transcribiré lo que el

⁵² Bravo Lira B., *op cit. supra* nota 33, p. 19.

Virrey, duque de Albuquerque, el día 18 de mayo de 1704 menciona al nombrar a fray Luis de Guzmán, Teniente Capitán General de toda la Sierra Gorda, dice de otorgar: "...todas las facultades conducentes al intento y con suficiente estipendio de las Arcas reales, para gratificar a los indios con alimentos y dádivas."⁵³ En esa concepción, se busca no determinar enunciativamente las actuaciones de los gobernantes, antes bien, se delimita por materia; todos los casos y cosas que pudieran presentarse.⁵⁴ Nos parece lógico pensar que en la práctica no hay un *numerus clausus* de casos, sino que por el contrario, la realidad es tan rica, variada y multiforme que nunca hay dos casos iguales, por ello, las actuaciones del titular del poder público no pueden limitarse ni restringirse a unos cuantos casos. En mi opinión, al partir la Modernidad de que el hombre es malo por naturaleza, busca restringir la libertad de actuación del gobernante, para evitar abusos de poder, justificando dicha postura al decir que en épocas pasadas no había orden y se cometían muchos abusos. Sin embargo, en el caso específico del Derecho Indiano -en el cual se otorgaba la competencia en razón de la función y del fin inmediato-, me parece que no es así, ya que había un gran control y vigilancia de la actuación del *ejecutivo* por parte del *judicial*.⁵⁵

Después de analizar la manera en que la ley regula la política, restrinjamos el análisis al sistema jurídico. Para el funcionamiento de la ley, hay ciertos principios de acción que son axiomas a seguir como por ejemplo: *ley posterior deroga ley anterior*, *ley específica deroga ley general*, *sólo la ley otorga competencia*, *la ignorancia de la ley no exime su cumplimiento*, etc. Estos son principios que rigen el sistema legal, y que otorgan seguridad jurídica, lo que sin

⁵³ Arroyo E., O.P., Las Misiones Dominicanas en la Sierra Gorda de Querétaro, Talleres Gráficos de Gobierno del Estado de Querétaro, México, 1998, p. 156.

⁵⁴ Bravo Lira B., Derecho Común y Derecho Propio en el Nuevo Mundo, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1991, p. 227.

⁵⁵ Vid Viñas Mey C., *op. cit. supra* nota 39. Durante el Virreinato, hay un control estricto de las actuaciones de los gobernantes, del que ahora es denominado poder judicial. Éste tenía una supremacía sobre el virrey y demás autoridades *ejecutivas*. El control sobre las actuaciones de los gobernantes se daba, principalmente por tres medios: el informe, la residencia y la visita. Rara era la ocasión en que un Virrey prevaecía sobre la Audiencia. Hoy, rara vez el Poder Ejecutivo encuentra límite, pues a pesar de la división de poderes, de leyes de responsabilidades y de una secretaría destinada especialmente para evitar abusos y desvíos de poder, no hay en nuestra opinión un mejor gobierno ni un mejor orden social que en el Virreinato.

duda es un gran avance en el mundo jurídico, pero que también dificulta en ocasiones el bien común.

Sin embargo hoy existe un exceso de leyes en el sistema jurídico, hay una *sobrecarga* que impide el desarrollo ágil del gobierno y el dar soluciones justas. Ejemplificativamente hablaré del principio de *la ignorancia de la ley no exime su cumplimiento*. La aplicación estricta de este principio nos parece que puede llegar a soluciones injustas. Para evitar ello, se debe distinguir entre ignorancia y desconocimiento, siendo obligatorio el primero y excusable el segundo. Dicho criterio fue seguido y aplicado ya por tribunales emitiendo sentencias dictadas por el sentido común más que por el principio de legalidad: “No hace demasiado tiempo un juez de la nación, con competencia en el fuero penal económico, exoneró de responsabilidad a una mujer, dueña de un negocio, que no había cumplido con una disposición de la Dirección General Impositiva y había alegado que no conocía la existencia de la misma... La ficción del Derecho conocido por todos era aceptable en la Antigüedad, porque las leyes eran claras y pocas... en el mundo moderno además de las leyes del Congreso hay un conjunto de resoluciones, ordenanzas, decretos, edictos, que no entrarían en una computadora de la NASA y que por la cantidad nadie conoce... esa ficción pasa a ser algo tremendamente injusto y además hipócrita... fue creada para mantener la seguridad jurídica, pero con el paso del tiempo, dada la catarata legislativa, aplicar ese principio sin distinciones atentaría contra el bien jurídico que se pretende tutelar, o sea, la seguridad jurídica.”⁵⁶

Las funciones que a nuestro parecer son responsabilidades esenciales de cualquier Estado, son: la impartición de justicia, el bien común y la prestación de servicios públicos. Dichas obligaciones esenciales del poder público, que se pueden englobar en el concepto de orden social, están reguladas por la legalidad. Sin embargo, el exceso de legalidad, muchas veces aleja del fin para el cual fue creada la norma y deja de buscar el orden social para imponer un control social. Por ello, entre muchas otras razones, es necesario incorporar a la legislación un mayor contenido humanista.

⁵⁶ Vid Cárcova C.M. *La opacidad del Derecho*, Trotta, Madrid, 1998, p. 39 y ss.

En nuestra opinión, el orden jurídico necesita un cambio, ya que hoy en día se busca un Derecho correcto procesalmente, no necesariamente justo, desvirtuando con ello lo que es el Derecho.⁵⁷ La *verdad legal* ha desplazado a la *verdad real* como elemento para dar una opinión jurídica, con lo cual se ha confundido a la ley con el Derecho. Es así como el Derecho Moderno no puede garantizar la corrección material en la solución de un problema, sino sólo facilitar su aceptación formal.

La ley es autorreferencial y no reconoce ninguna norma de conducta social válida externas al Estado: es necesaria la apertura del sistema a elementos externos al mismo Estado que coadyuven al mejoramiento social, tanto como fuentes del Derecho como principios axiológicos. Por ello es necesario, en primer lugar, mejorar las leyes; dicho mejoramiento se obtendrá incorporándoles un contenido ético que promueva soluciones justas y equitativas a los problemas planteados. En segundo lugar, incluir en el marco legal, referencias a otros ordenamientos jurídicos no promulgados por el Estado. Ya que, a nuestro juicio se está *sobresaturando* el *sistema* de leyes autorreferenciales que impiden el sano desarrollo de la comunidad política.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 169.

CAPÍTULO 2: LA MODERNIDAD FRAGMENTADA

En este segundo capítulo nos referiremos a la idea moderna del Derecho llevada a la práctica y sus consecuencias, a sabiendas de que hemos adelantado algunas reflexiones sobre el tema en el capítulo anterior. No intentamos un análisis exhaustivo de las consecuencias que se dan en todas las facetas de la realidad, sino buscamos referirnos a las consecuencias que nos parecen más relevantes en el ámbito jurídico: es una análisis ejemplificativo del impacto que en la realidad ha tenido la aplicación de la apodíctica como forma de entender el Derecho.

Las continuas referencias a la realidad mexicana, obedecen a dos razones: la primera es que la materia prima de estas reflexiones ha sido la realidad mexicana, tanto al criticar, como al proponer; y la segunda, es que esta tesis al ser un producto cultural, está definitivamente influido por su época, su espacio físico y las circunstancias propias del que estas líneas escribe.

2.1 LA RUPTURA DEL *WELFARE STATE*

El Estado Moderno se ha modificado al paso del tiempo con distintos énfasis: el Estado Gendarme tuvo su historia o el Estado de Derecho, sin embargo, el Estado de Bienestar en México es el discurso político de actualidad, con las características anteriormente mencionadas, adaptadas a la idiosincrasia mexicana.

El término *Welfare State* o Estado de Bienestar fue acuñado en Estados Unidos de Norteamérica en la década de los 30's, para designar un modo de organización política, económica y social cuyas características más sobresalientes son que enunciaremos a continuación.

1. Su sustento ideológico es el populismo, es decir, aquella doctrina que exalta la protección de las clases marginadas.
2. Con base en esta ideología, el Estado Bienestar se arroga el monopolio de los medios de producción, siempre en un sustento beneficio de la colectividad.
3. En el campo legislativo, encuentra su expresión en la *Rectoría Económica del Estado*.⁵⁸

El Estado de Bienestar es una forma de organización centralista del poder que en la mayoría de los casos ha degenerado en un sistema burocrático insostenible. En las siguientes líneas hablaremos de este *Welfare State* y su impronta en México.

⁵⁸ *Vid* artículo 25 y ss. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se encontrará que refleja fielmente la rectoría económica del Estado en México.

2.1.1 El Estado de Bienestar en México

Hoy, la demanda mundial de proyectos políticos en pro de un Estado de Bienestar no se basa en un puro sentimiento y en una fuerza psicológica: en los principios de la historia humana, parece que el hombre había llegado a una cierta situación en la que había adquirido el saber y el dominio suficientes de la naturaleza, así como de sus recursos, cuya finalidad era hacer desaparecer la miseria más dura de la faz de la Tierra, así como brindar felicidad al hombre. Antes de la Revolución Industrial, la pobreza parecía ordenada por un destino inexorable, que el hombre intentaba hacer propicio, aunque no pudiese alterarlo. Hoy, los hombres de aquellos sectores tanto superdesarrollados como subdesarrollados, creen que la pobreza se produce no por defectos intocables de la naturaleza, sino más bien por instituciones sociales susceptibles de cambio.⁵⁹

El Estado de Bienestar es una concepción netamente moderna que ha desembocado en grandes injusticias y en un malestar social generalizado. “Se dice que la razón falló, porque ha producido guerras y genocidios, hambre e injusticia, y no se han cumplido las promesas de bienestar que traía.”⁶⁰

A la vista de las guerras, los genocidios, el hambre, la injusticia, la frustración, desintegración de las costumbres y de los principios morales, a la vista de todo esto es preciso tener menos de treinta años o un atrevido optimismo para poder tener confianza en el crecimiento económico como factor que contribuye a la futura felicidad del género humano.⁶¹

Si bien el fin último del Estado no es el bienestar, si es una de las metas o fines intermedios que debe buscar el Estado para poner a disposición de la sociedad el bien común.

⁵⁹ Cf. Ebenstein W., Los grandes pensadores políticos, Revista de Occidente, Madrid, 1965, p. 985.

⁶⁰ Beuchot Maurice, *op. cit. supra* nota 2, p. 13.

⁶¹ Cf. Mishan E.J., Economía del bienestar, Rialp, Madrid, 1969, p. 19.

Bienestar para tu familia fue el lema de campaña para la presidencia de la República que esgrimió nuestro actual presidente (1994-2000), lo cual denota que la teoría del Estado de Bienestar, es hoy el discurso político en México.

El Estado de Bienestar es un estado tutelar, inmenso, que tendrá siempre respuestas para satisfacer las necesidades de toda la sociedad. La voluntad de mando de dominio por el manejo de la economía, determinará los beneficios que el Estado considera oportunos. Ese es el Estado Bienestar, en teoría.

El Estado de Bienestar en México, llevado a la práctica por los políticos *tecnócratas*, se caracteriza por buscar, en el ejercicio del gobierno, la eficiencia en la administración del Estado y el crecimiento económico por sobre cualquier otro valor. La Modernidad con la que actúan estos personajes es doble, pues no sólo reciben instrucción a la usanza moderna, sino que modelos y planteamientos teóricos aplicables a otras latitudes los pretenden hacer valederas en México. Esta doble separación de la política respecto de la realidad, ha traído como consecuencia la peor crisis económica, política y social de los últimos ochenta años.

En nuestra opinión es necesario buscar la eficacia y la eficiencia de la burocracia y el crecimiento económico; pero es aún más importante que las familias tengan que comer, que los mexicanos tengan trabajo y mejor educación. Lo anterior sólo es posible si se antepone el ser humano a la técnica.

El Estado de Bienestar Mexicano busca calcular las variables económicas para actuar en consecuencia y obtener un crecimiento *macroeconómico* y justificar su desempeño. Tal parece que lo que se debe buscar es sólo la economía y los números, sin reparar en que lo más valioso que cualquier Estado puede tener, es a la persona. Sólo con el fomento de la persona, se puede hablar de verdadero desarrollo económico, ya que la persona no es una pieza del mecanismo llamado Estado: la persona es el sujeto a quien el Estado debe ayudar a desarrollarse. Solo del

Estado que vela por el bien común de la sociedad teniendo como eje a la persona, puede decirse con justicia que es una comunidad política que cumple sus fines.

Nos hemos dado cuenta que la tecnocracia y el esfuerzo por tener cifras macroeconómicas favorables, no es suficiente para gobernar bien. Muestra de ello, es que el número de mexicanos en la extrema pobreza ha ido en aumento; y ni el TLCAN, ni la balanza de pagos favorable, ni los récords bursátiles, ni las exportaciones sobresalientes —de los cuales están tan orgullosos nuestros gobernantes— han sido suficientes para dar de comer mejor a los mexicanos.

Nunca como ahora había habido tanto desempleo, tanto desorden social, tanta violencia, tanta corrupción. Nunca como hoy, las ideas modernas habían afectado tan negativamente a la realidad mexicana. Criticar ideas en estos términos pudiera parecer vano, sin embargo, deja de parecerlo cuando tu vecino está desempleado o asaltaron a tu primo. No hay posibilidades reales, para la mayoría de los mexicanos, de un desarrollo personal, laboral o económico verdaderamente humano: no hay bien común. Esta es la realidad mexicana, y este es el Estado de Bienestar que prescindió de un contenido ético y de una finalidad verdaderamente social. “Definido como un fin, el bienestar social no sólo es ajeno a los valores humanos, sino incluso contrario a ellos, puede acarrear la deshumanización, la pérdida de la libertad y crear una sociedad satisfecha, conforme, indolente, despersonalizada, homogeneizada, robotizada, cercana al siempre irónico y eterno *mundo feliz*.”⁶²

Nos parece que hay mucho que hacer para acercar a los mexicanos al bien común, a la paz, a la seguridad social, a la impartición de justicia y a la satisfacción de sus primeras necesidades. A la luz de la experiencia en la realidad mexicana, parece ser que el Estado de Bienestar nos es un planteamiento adecuado para promover a la persona.

⁶² González Juliana, Gaceta UNAM número 81, 16 de abril de 1997, UNAM, México, 1997, p. 9.

2.1.2 La felicidad moderna

El Estado ha sido creado para satisfacer las necesidades del hombre en el plano material, sin embargo, aquél se ha arrogado facultades que no le son propias y ha perdido de vista su punto de partida: el hombre y su finalidad de ser promotor del bien común.

El Estado asumió el papel de ser el destinatario de toda la actividad humana, por lo cual es lógico que el estadista moderno dirija la vitalidad del hombre hacia el fortalecimiento del Estado, y no busque poner al Estado para fortalecer, proteger y desarrollar al hombre.

El discurso político para explicar lo anterior al pueblo, gira sobre la base de la supuesta necesidad que tiene el individuo del Estado, y a los satisfactores que éste otorgará a aquél para ser feliz: "...cada ciudadano tiene, por el contrario, un Derecho a reclamar del Estado el máximo bienestar posible... el único fin de las sociedades y de los soberanos es la felicidad de sus individuos... los príncipes no están en este mundo sino para hacer felices a los hombres."⁶³ La felicidad moderna es un conjunto de satisfactores de necesidades materiales del hombre que el Estado debe dar al individuo -no pueden ser necesidades espirituales, pues éstas escapan al método racionalista-, por lo anterior, lo ofrecido por el Estado al individuo, se refiere al mero aspecto material del hombre.⁶⁴

Continuando con el discurso político que justifica al Estado como el único que puede dar felicidad al hombre, aquél se establece como la única forma de organización política válida, y la democracia como el único modo legítimo de acceder al poder.

⁶³ Bravo Lira B., *op. cit. supra* nota 33, p. 16.

⁶⁴ Siendo que la felicidad no es algo que el Estado deba dar, es algo que el Estado debe propiciar. Propiciar al generar las condiciones de bien común, de justicia y de paz, pero la felicidad sigue siendo una opción personal.

Considero necesario mencionar que al ser el Estado un producto humano, goza de las características propias de su autor, es decir, el Estado es finito, limitado a su historicidad, contingente e imperfecto.

Lo anterior deriva directamente en la *desilusión* que el hombre moderno experimenta por la imperfección del Estado: la pobreza e injusticia social está creciendo alarmantemente en el mundo, la felicidad moderna que debía otorgar beneficios materiales a los hombres, no lo ha logrado, la misma estructura estatal moderna se colapsa ante los regionalismos y la globalización. Los ejemplos mencionados anteriormente, son hechos innegables, que no pueden dejar de producir cierta sensación de vacío en quien pensaba que el Estado solucionaría todos los problemas sociales.⁶⁵ Por ello, debemos partir de la realidad, de los hechos, para adecuar el Estado a una nueva realidad postmoderna: reconozcamos que el Estado no es la única manera de ser feliz. Entre otras razones, por lo anterior, se afirma que el Estado Bienestar está en crisis antes de haberse establecido plenamente.⁶⁶

En nuestra opinión la figura estatal muestra signos de agotamiento, nuevas ideas se requieren para adecuar su anquilosada figura a las exigencias de los tiempos nuevos. Una transformación integral en la estructura del poder político es necesaria para comenzar el nuevo milenio, recuperando al hombre como finalidad de la actividad estatal. El Estado fue ideado por el hombre, por ello, aquél es un medio al servicio de éste, que le permite estar en posibilidades de ser feliz. Por lo anterior, el Estado, no puede ser, ni es, la finalidad del hombre: es camino, no destino. Me parece que la Modernidad invirtió los papeles, y me parece que la Postmodernidad debe volver las cosas a su lugar.

⁶⁵ La concepción primigenia del Estado es el *stato*, y *stato* significa lo que permanece, pues no está sujeto a evolución o cambios. Sin embargo, a 250 años de existir, ya es cuestionado profundamente tanto como su concepción como su alcance.

⁶⁶ Liano Cifuentes, *op. cit. supra* nota 47, p. 22.

2.1.3 La ley como sistema autorreferencial

El Derecho se desvincula de referencias externas a él, pues no toma en cuenta los valores o la dignidad humana; no toma en cuenta a la realidad. Y si el Derecho debe ordenar la vida en sociedad, debe basarse en la problemática social, para evitar que la ley sea *letra muerta*, para evitar que el Derecho sea un producto social obsoleto: "... la brecha entre el Derecho y la realidad social se ha ido ensanchando aceleradamente, debido a la rigidez de aquél, opuesta a la movilidad cada vez mayor de ésta."⁶⁷

Esta rigidez se debe en gran medida a la formalidad del Derecho, ya que la formalidad de la ley impide, en muchos casos, responder adecuadamente a problemas reales que son distintos y diferentes.

Por otro lado, al ser el criterio de validez de la ley ella misma, nos encontramos con un sistema autorreferencial que excluye fuentes alternas o concurrentes, con la consecuente limitación -cuando no pobreza- de respuestas jurídicas adecuadas.

La Modernidad en su aspecto jurídico, por una parte, ha dejado de lado los conceptos clásicos de justicia, equidad o verdad en las soluciones a los problemas humanos, para sustituirlos con nuevos conceptos consecuencia de una depurada técnica procedimental que concluye con la llamada *verdad legal*. La propuesta de la tesis es unir la justicia, la equidad y la verdad en la solución a los problemas que se dan en la sociedad.⁶⁸ Podemos decir que lo anterior se debe en gran medida al racionalismo en cualquiera de sus facetas: "Pero el positivismo, el materialismo, y el historicismo irresponsable, al rechazar todo lo metafísico y suprasensorial, en el fondo llevaron a cabo la ruina de la idea de justicia, en tanto que proclamaban la relatividad de todas las concepciones sobre lo justo."⁶⁹

⁶⁷ Novoa Monreal E., El Derecho como obstáculo al cambio social, siglo xxi, México, 1988, p. 37.

⁶⁸ Innerarity D., Dialéctica de la Modernidad, Ediciones Rialp, Madrid, 1992, p. 125.

⁶⁹ López Valdívila R., El fundamento filosófico del Derecho Natural, Tradición, México, 1982, p. VII.

Esta autorreferencialidad desemboca en la insuficiencia del Estado Nacional y de su régimen jurídico para resolver efectivamente los problemas sociales y guiar a la sociedad hacia el bien común.

En nuestra opinión, hay signos de que la ley está llegando a un agotamiento como único fundamento del Derecho. Razón por la cual los juristas deben buscar una nueva manera de ordenar a la sociedad.

En el aspecto social, la autorreferencialidad del Estado desvinculó al hombre de los grupos naturales a los que pertenecía. Con ello, el Estado regula casi todos los aspectos de la vida social del individuo y por lo mismo, se ha convertido en el único responsable en la consecución del bien social. Lo anterior, restringe a los particulares su responsabilidad en la cosa pública: el Estado *liberó* al ciudadano de sus responsabilidades políticas, reduciéndolas a votar y pagar impuestos. El reducir la responsabilidad de la persona en su aportación al bien común, a pagar impuestos y votar cada vez que hay elecciones, ha propiciado en la sociedad, la apatía, el conformismo, la alineación o desviaciones en ña sociedad.

La autorreferencialidad moderna de la ley, ya señalada, se hace extensiva a la política moderna, ya que su único criterio de validez de la política, es el poder mismo: si sirve para obtener, ampliar o conservar el poder es válido y bueno, en caso contrario, es irrelevante. La consecuencia es que ni el bien común, ni la prudencia ni el servicio a la sociedad son factores a tomarse en cuenta para tomar decisiones políticas.⁷⁰

⁷⁰ Al referirme a la política, hablaré de política en su sentido estricto a las estructuras de poder. Sin embargo, estamos conscientes que la política en su sentido amplio abarca no sólo la labor partidista y de estructuras de poder, sino toda actividad del hombre que busca el bien social y el desarrollo integral del hombre en sociedad.

2.1.4 Los medios y las formas sin contenido

El legalismo, ya lo hemos mencionado, puede llegar a ser una *forma jurídica* sin contenido jurídico cuando se vuelve sobre sí mismo y pierde de vista los verdaderos fines sociales del Derecho, desembocando en un legalismo que evita pronunciarse sobre fines, y es sólo gestión.⁷¹ Este contenido contingente de las normas jurídicas podemos explicarla por el relativismo que, paradójicamente, también es propio de la Modernidad absolutista.

La Modernidad impulsó el *no a los dogmas*, ya que éstos eran no eran comprobables por los medios modernos. Estos dogmas, ejemplificativamente son: Dios, los valores o el bien común; son dogmas, pues no son comprobables por el método racional. Derivado de lo anterior, la Modernidad prescindió de fines y de valores para centrar su atención a lo que sí es comprobable racionalmente. Es más fácil comprobar racionalmente que una ley fue elaborada siguiendo todos los pasos procedimentales previamente establecidos que su utilidad social.

El haber vuelto la razón el único criterio de verdad, lleva a una paradoja: *se absolutizó el no a los absolutos*. Porque la razón, al absolutizarse y volverse dogma para explicar toda la realidad, se ha vuelto la medida de todo, y por tanto, un criterio fuera del cual no hay verdad, utilidad o provecho.

La Modernidad que en el discurso predicó la apertura y el pluralismo, en la práctica se cerró paulatinamente, hasta acabar siendo un circuito hermético y autorreferencial. Tanto, que comenzó incluso a crear su propia *realidad ideal* no ya al servicio de la persona, sino al servicio del sistema mismo, perdiendo de vista la finalidad social del Estado Moderno.

El Estado hoy se ha vuelto en un ente político muy pobre y débil, desde el punto de vista jurídico y filosófico, pues no cumple con sus fines ni metas, como pudieran son: la salud, la

⁷¹ Innerarity D., *op. cit. supra* nota 68, p. 160.

educación, el empleo y sobretodo la justicia, ya que debemos recordar que: "...el Estado es tanto más fuerte y tanto más sano cuanto en mayor medida es la expresión de la justicia."⁷²

En el aspecto netamente legalista, tal complejidad en el sistema ha redundado en una gran complejidad normativa: carta magna, leyes secundarias, reglamentos, circulares administrativas, oficios, planes nacionales de desarrollo, etc. mismos que parecieran ser cada vez menos claros e incluso, en ocasiones, contradictorios.

En el debate político, éste se basa en pronunciamientos sobre instrumentos o medios: el discutir sobre cómo pareciera más importante que el para qué.

Se ha dado una importancia desmedida a los medios, podríamos hablar no sólo del abuso que se da en el poder ejecutivo o en el judicial, sino también en el legislativo. En este último caso, la tribuna pública ya no es el lugar en el cual haya debate de ideas, se hace uso de la retórica pulida para dar discusiones aparentes que dejan de lado las convicciones personales para permitir el paso a posturas previamente determinadas por grupos reales de poder; ya no hay intercambio de ideas ni de puntos de vista en la mayoría de las ocasiones, no hay una verdadera labor de convencimiento, ni de exposición de ideas, sólo hay intereses.

Me parece que el Moderno *Welfare State* Mexicano se ha fragmentado, ya que el bien común como finalidad para la sociedad parece lejano y ha sido sustituido por medios sin contenido.

⁷² Del Vecchio J., Persona, Estado y Derecho, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, p. 447.

2.2 PLURALISMO JURÍDICO

Por pluralismo nos referimos a tomar en cuenta lo valioso de cada pueblo, la esencia de cada grupo y el carácter de cada persona, para obtener una riqueza humana que sirva para tener un orden jurídico humanista más justo.

El que cada quien realice su trabajo bien con satisfacción y responsabilidad, mirando más allá de su propia esfera individual y sintiéndose parte de la sociedad, es poner el terreno firme para el bien común y lograr el perfeccionamiento de sí mismo. El pluralismo jurídico, en específico, debe de tomar en cuenta las características propias de cada grupo y de cada Estado para mejorar a la persona, al grupo y al propio Estado.

El pluralismo jurídico debe ser adecuado a cada sociedad, no se deben *importar modelos*, -como se hizo para dar forma al México Independiente-. Este pluralismo se basa en la riqueza social, que es mucha y abundante de la sociedad mexicana, para así llegar a fórmulas adecuadas y hechas a la medida de nuestra sociedad. Esto es la tónica: dar una solución *ad hoc* al caso concreto. Para obtener esta respuesta de contenido propio, debemos propugnar la concientización de lo propio y fomentar la tradición de aquellas raíces que nos unen, a la vez que encontrar los distintos modos de ser de las diferentes sociedades y las peculiares circunstancias de cada región, para así tener un orden jurídico adecuado a cada tiempo y lugar.

Como hemos señalado, la expropiación de las fuentes jurídicas que hizo el Estado de los particulares, redundó en una menor participación de los mismos en la normatividad jurídica, con la disminución paulatina de la participación del ciudadano en el bien común.

El Moderno *Welfare State* Mexicano, se basa en el monopolio de las fuentes jurídicas, situación que hay que invertir al fomentar el localismo participativo y fortaleciendo a los cuerpos intermedios.

El Estado difícilmente puede normar *toda* la vida social, por ello y aun a pesar del mismo estado, hay diversas fuentes jurídicas, que si bien no son tan importantes como lo eran antes, sí son fuentes de normas jurídicas distintas al Estado. Lo anterior se explica en virtud de que no es función del Estado normar *toda* la vida social, ya que es imposible. La realidad social se impuso a la idea estatal.

2.2.1 Del sistema legal autorreferencial a la pluralidad jurídica

Como cualquier rama del saber humano, el Derecho es un conocimiento plenamente histórico, que debe adaptarse a cada tiempo y lugar. En la América Indiana, se supo adaptar el Derecho a las nuevas circunstancias, tanto que se creó un Derecho especial, nuevo y rico en contenido y fuentes: el Derecho Indiano: “Un proceso evolutivo que constituye uno de los más interesantes espectáculos de la historia colonial y en general de la historia del Derecho, y que acusa el hondo sentido jurídico de la nación colonizadora, se da en esta primera época de iniciación y organización indiana. Junto al magno problema de organizar a explotación económica del nuevo mundo, salvaguardando al mismo tiempo las libertades personales del indígena, otro problema jurídico, más erizado de dificultades, se planteaba al gobierno de la Metrópoli: encauzar el desbordado caudal de energías de los pobladores hispánicos, utilizarlas y transformarlas, convirtiéndolas en factores de un gobierno regular. Obra que se consuma en los primeros cincuenta años *en el más brillante proceso jurídico*. No se ahogan ni se asfixian esas potentes energías creadoras. Se las regula y se las limita, encuadrándolas en el marco legal de la administración. Se aprovechan, se utiliza la fuerza política latente que encerraban, el valioso fondo jurídico que emergía de su superficie para erigirlos en factores públicos, para organizar, mediante ellos, un sistema *jurídico* de gobierno, el gobierno *jurídico* que los tratadistas de Indias pedían: se recoge el espíritu de gobierno directo, a que antes aludíamos, reglamentándolo en el régimen de cabildos abiertos, de procuradores de Indias en España, de *Juntas* de ciudades o Cortes, y en el cuadro intensamente funcional del Municipio indiano.”⁷³

Hay la opinión generalizada de que el Derecho en México no responde a las exigencias de la realidad; se dice que es muy lento, demasiado formalista y no da soluciones justas a los problemas.

⁷³ Viñas Mey C, *op cit supra* nota 39, p. 61.

Es verdad que la concepción del Derecho necesita actualizarse; el orden jurídico debe modificarse para estar en posibilidades reales de ser un medio efectivo de solución de controversias y factor determinante en el bien común.

Sin embargo, como hemos señalado, el Derecho está íntimamente vinculado con el Estado y como es natural y lógico, comparte algunas de sus características como lo es su difícil modificación, ya que fue concebido como un sistema autorreferencial y estático. Sin embargo ni es imposible modificarlo, ni es posible mantener el mismo sistema jurídico *per secula seculorum*, debido a la misma temporalidad del Derecho y a su continuo deterioro.

Me parece necesaria la apertura del sistema por varias razones: la primera es que el Estado está imposibilitado, teórica y prácticamente, para normar toda la vida social del individuo; segunda, la persona se desarrolla en los grupos intermedios –lo que justifica su autorregulación– por ello, mientras mejor organizados estén, la persona logrará un mayor desarrollo de sus potencialidades; la tercera razón gira en torno a que cada grupo social conoce mejor sus necesidades, limitaciones y por ende, la mejor manera de regular a sus agremiados; la cuarta se refiere a que se evita una excesiva normatividad vertical, normalmente desconocida para el individuo, misma que se convierte en normatividad horizontal conocida y familiar a los miembros de ese grupo social; y finalmente la quinta: la realidad geopolítica postmoderna lo exige.⁷⁴

⁷⁴ Por un lado los regionalismos, y por otro la globalización: por ello se requiere de dar soluciones a problemas internacionales y a problemas locales, lo que no es posible bajo el actual régimen legal que vivimos. Hay localismos jurídicos y normas supranacionales: en Chiapas, por ejemplo, se busca consolidar a los pueblos indígenas como estructuras sociales, culturales y políticas distintas a las que actualmente permite nuestro sistema jurídico. En ocasiones más de un municipio se declaró *municipio autónomo*, y en ocasiones hay *de facto*, una autonomía y un autogobierno en algunas otras entidades, no necesariamente municipios, pero sí pueblos o comunidades. A este proceso de pulverización de las normas jurídicas y a la elaboración de normas por grupos políticos, asentados en pequeños territorios, se le llama localismo jurídico. En Europa, por ejemplo, hay un parlamento europeo y se tiende a unificar la económica, la política, y las relaciones hacia el exterior del continente. Hay documentos que son fruto de un proceso de consenso y de común acuerdo para establecer normas jurídicas que vinculen a Europa. Al establecimiento de normas jurídicas supranacionales, se le llama globalización jurídica. De tal manera que nos encontramos actualmente frente a tres órdenes espaciales de validez jurídica: el global, el regional o estatal y el local. El Estado Nacional no se concibió como un ente incrustado dentro de panorama vinculativo mundial ni como un territorio dentro del cual pudieran coexistir diversos órdenes jurídicos distintos a la ley que promulgasen las instituciones republicanas. Al no haber nacido

Esta adaptación pensamos que debe dar mediante una paulatina, pero firme apertura del sistema legal en sus dos vertientes: tanto permitiendo mayor participación a otras fuentes jurídicas, como incorporando un contenido ético a la ley. En este apartado nos enfocaremos en el primer aspecto: la pluralidad jurídica.

En primer lugar, hemos de partir que la Modernidad tiene ya una tradición que como tal tiene ya una inercia que es imposible de romper en el corto plazo sin ocasionar una ruptura, pero como moderna, tiene ya síntomas de envejecimiento que hacen imposterizable una transformación en el mundo jurídico. En otro orden de ideas, tampoco es posible desentenderse de la tradición moderna por cuestiones de conveniencia como lo son las ventajas y adelantos que supone el sistema legal.

En segundo lugar, debemos considerar que el orden es una necesidad insoslayable de toda sociedad, una *conditio sine qua non* hay bien social. Hoy, el mundo occidental vive una de sus más grandes crisis por falta de un orden social: desempleo, pobreza demasiado extendida, excesiva concentración de la riqueza, contaminación, corrupción, etc. Lo anterior hace pensar que no hay un verdadero orden social justo, equitativo que promueva el bien común. En nuestra opinión, el Derecho ha sido un medio de control social al servicio de los poderosos y ricos, desvinculándose de los más pobres y necesitados que son los que más necesitan de la tutela del Derecho; la función social del Derecho fue desplazada por la función elitista del Derecho que en vez de procurar el bienestar del común de la sociedad se enfocó al beneficio de unos cuantos.

El tener una sola fuente de normas jurídicas ha demostrado, a nuestro parecer, su limitación y anquilosamiento, por ello es menester, fomentar un pluralismo jurídico; menciono

el Estado así, originó que se modificara para adaptarse a la realidad, de manera que se articulara jurídicamente tanto *ad intra* como *ad extra*.

la palabra fomentar, porque en la práctica se han dado fuentes alternativas el Derecho estatal pero sin reconocimiento ni apoyo formal por parte de éste.

Este paso de un sistema legal a uno plural requiere del incluyentismo y de la tolerancia, ya que sin estos principios no habrá avance posible.

2.2.2 Algunas fuentes vivas del Derecho

Por fuente nos referimos al origen de donde *brot*a la norma jurídica, las cuales “De acuerdo a la opinión más generalizada, las fuentes formales del Derecho son la *legislación*, la *costumbre* y la *jurisprudencia*.”⁷⁵ Debemos señalar que estas son fuentes *formales* del Derecho y no necesariamente fuentes *reales*, *vivas* del Derecho, siendo estas últimas las que nos referiremos más ampliamente en este apartado.

Respecto de las fuentes formales del Derecho, en la práctica, sabemos que la jurisprudencia sólo interpreta la ley, no va más allá.⁷⁶ Por su parte, la costumbre sólo es fuente del Derecho si la ley remite a ella: “la legislación se convierte en emanación de la voluntad soberana propia y particular de cada formación soberana y todas las normas jurídicas positivas, incluyendo las de carácter consuetudinario, no tiene validez sino en cuanto se apoyan en la voluntad expresa o tácita del soberano.”⁷⁷

Por fuente viva del Derecho, aludimos a reglas que aparecen en nuestra realidad como usadas, operantes y efectivas. Estas normas son a las que nos referimos cuando hablamos de la necesaria participación de los particulares en la organización de la sociedad, o de incorporar un sentido ético a la norma, o de desvincular el Derecho de una formalidad, porque también buscan el mejor desarrollo de miembros y ser un contrapeso al poder del Estado.

Mencionaremos como fuentes vivas del Derecho, como expresiones del pluralismo jurídico existente a los pactos, a los sindicatos, a los jueces, a los árbitros, a los colegios profesionales, a las cámaras de empresarios, a las universidades, incluso a la Iglesia. Estas son enunciativa y no limitativamente, fuentes vivas del Derecho.

⁷⁵ García Máynez E., *Introducción al estudio del Derecho*, Porrúa, México, 1992, p. 51.

⁷⁶ En reciente declaración, los propios ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *autocastrándose*, han dicho que ellos sólo interpretan la ley, y que no pueden ir más allá. Por ello, me adhiero a las voces que piden se les cambie a Suprema Corte Interpretadora de la Ley de la Nación.

Una fuente de normas jurídicas de la que nunca se podrá prescindir es: *Res inter alias acta, pacta sunt servanda*, son principios clásicos del Derecho, antiquísimos pero por lo mismo plenamente aplicables y válidos. El trato entre dos personas de las cuales surge la voluntad de vincularse: nace un contrato con sus obligaciones propias. La libertad de obligarse se basa en la más profundo de la libertad humana y es base de cualquier sociedad.⁷⁸

La fuerza de las obligaciones, se basa principalmente en la buena fe: en la confianza de se cumpla la palabra dada. Sobre el tema hay mucho escrito, y sólo quisiera hacer hincapié en la proyección que en la Postmodernidad se da al pacto entre las partes.

Los mismos principios que se aplican sobre la base de dos personas físicas, pueden aplicarse a personas morales e incluso a Estados. De ahí surge el acuerdo entre Mercedes Benz en Alemania y Chysler en Norteamérica, nace de la misma fuente el acuerdo de cooperación entre el Museo del Prado y el Museo de Antropología e Historia, o las negociaciones entre China y Estados Unidos de Norteamérica. Hay organismos internacionales que sin lugar a dudas son fuentes vivas del Derecho; la Organización de las Naciones Unidas, la Organización Mundial del Comercio, la Organización del Tratado Atlántico Norte, etc. Como consecuencia del principio *res inter alias acta*.

⁷⁷ Maravall J.A., Estado Moderno y Mentalidad Social, tomo I, p. 413 (citando a su vez, a Astuti).

⁷⁸ La proyección en el ámbito internacional es muy interesante, los contratos entre comerciantes, normalmente, se basan en principios muy antiguos y por lo tanto, clásicos del Derecho. Una compraventa internacional, si se cumple, no hay problema, pero en caso de incumplimiento del contrato, normalmente se acude una forma no tradicional de solución de conflictos: al arbitraje. Y es curioso porque, por regla general, se cumple espontáneamente el arbitraje; una vez que es emitida una resolución jurídica que vincula y obliga a las dos partes y que es Derecho, se cumple sin coacción, y es una forma alternativa del Derecho en la cual no está inmiscuido con el Poder Público. Este tipo de soluciones es cada vez más frecuente, y los organismos internacionales son cada vez más numerosos, ya que ofrece ciertas ventajas frente al poder público nacional: una solución adecuada al caso, pues casi siempre es un grupo de expertos en la materia quien resuelve; agilidad, pues el procedimiento preestablecido se puede modificar al libre albedrío de las partes y normalmente no incluye formalismos tan rígidos como un Derecho nacional; no corrupción, ya que en la mayoría de los casos las partes eligen árbitros honestos y se acude al arbitraje con buena fe; justicia y equidad, ya que normalmente se llega a una verdad real no legal a diferencia de lo que busca el Derecho nacional, además de poder dar su resolución a verdad sabida y buena fe guardada. Lo mencionado y señalado en el ámbito internacional, también es cada vez más aplicable a escala nacional. Así pues, podemos hablar de otro tipo de fuentes del Derecho, fuentes de obligaciones jurídicas que vinculan y obligan, fuentes que no necesariamente están sancionadas por

De distinta índole, sin embargo fuentes muy importantes de normas jurídicas son los sindicatos.

En México, por cuestiones políticas se han vuelto un instrumento de control de la sociedad, siendo pocos los que realmente se dedican a promover y proteger a sus agremiados.

La Ley Federal del Trabajo debe de ser menos tutelar de los intereses de los trabajadores para permitir un desarrollo de la clase trabajadora y un verdadero equilibrio con el patrón.

Hoy en día no es así: cualquier sindicato puede llevar a la quiebra a cualquier empresa en un breve plazo. Sin embargo, no lo hacen por cuestiones lógicas y de conveniencia: ya que si ocasionan la quiebra de la empresa, se quedan sin trabajo.

Considero necesario *reconceptualizar* el estudio, mejoramiento y defensa de los intereses de la clase trabajadora, como punto de partida de los sindicatos –artículo 365 de la actual Ley Federal del Trabajo-. Se debe poder dar a los sindicatos su sentido que deben tener como una agrupación de trabajadores que laboran en una empresa y que protegen a sus agremiados, pero que al mismo tiempo tienen la obligación de contribuir al bien común. En cuanto a sus normas de autorregulación, están previstas en la Ley Federal del Trabajo, y si bien los estatutos son fuentes del Derecho, están acotadas y sancionadas por el mismo Derecho estatal.

Jueces, son quizás los que mayor influencia pudieran tener en el corto plazo, como una fuente de Derecho alterna a la ley.

La forma más inmediata de lograr ser una alternativa de la ley para ordenar a la sociedad, es mediante una mayor independencia de criterio respecto del poder ejecutivo. Es a ellos a quienes les corresponde *dar el Derecho*, aunque han sido, en mi opinión, demasiado limitados

el Estado: fuentes vivas del Derecho.

por los otros dos poderes.

Dignificar la carrera judicial, mejorar sus salarios, incluso mejorar el lugar físico del desarrollo de sus actividades, es necesario para dar un primer paso verdadero hacia un pluralismo jurídico. Así el juez podrá tener mayor libertad de dictar, con fuerza vinculativa para las partes, una sentencia adecuada, justa y equitativa. Disminuir la corrupción judicial, promover procedimientos expeditos y obtener sentencias prudentes son aspectos a mejorar los cuales serán consecuencia de una mayor independencia y una mayor conciencia de la labor de los jueces. Un verdadero fortalecimiento basado en la autoridad del poder judicial es un requisito indispensable para la consecución del bien común en cualquier sociedad.

Recordemos que el gobierno puede dejar en manos privadas el petróleo, o los mercados, pero no puede excusarse de hacer justicia, por tanto, al ser una de sus funciones fundamentales, se le debe de prestar la mayor atención posible.

Otro miembro del poder estatal: los legisladores. Su función propia y su máxima aportación a la sociedad son las leyes, lo que deben aprovechar ya que están respaldados por el mismo sistema del Estado Moderno.

Diversos puntos podemos mencionar como criticables pero mejorables respecto del poder legislativo: al igual que el judicial, disminuir la dependencia respecto del poder ejecutivo, reducir el número de leyes, la mejorar de calidad y cantidad las discusiones parlamentarias, y aceptar nuevas propuestas aunque no sean de *su fracción parlamentaria*, siempre y cuando sean razonables las ideas.

La dependencia del legislativo respecto del ejecutivo, al parecer va desapareciendo gracias a la democratización que ha iniciado en México y que al parecer va con paso firme.

Por lo que se refiere al fenómeno cotidiano de que en el Diario Oficial de la Federación

se publiquen nuevas leyes o reglamentos, hay que fomentar una *desregulación* que no comprometa el orden social y que permita la participación de la misma sociedad organizada en la tarea de legislar y de autoimponerse normas. De esta manera, la participación de la sociedad en la *res publica* será mayor, y sólo cuando los particulares no puedan o quieran hacerse cargo de cierta actividad que les corresponde, actuará el Estado subsidiariamente.

Se ha criticado mucho también la constante reforma de leyes, a lo que hay que hacer dos consideraciones. La primera es que la vida social es dinámica y las leyes deben de ser una ordenación racional que norme las conductas presentes, y por lo tanto deben de ser vivas y modificables. Una ley no aplicada es letra muerta e inútil. La segunda se refiere a que mientras menos injerencia tenga en los asuntos propios de normatividad de los particulares, menos necesidad de reformas habrá.

Es deber ineludible de conciencia para los diputados y senadores, elaborar leyes al servicio de todas las personas. Estas leyes no deben vulnerar la ley natural, ni la ética, ni siquiera los valores culturales de la sociedad.⁷⁹

Las leyes tienen límites como la dignidad inalienable de cada persona humana. Ya que debe garantizar el acceso de la persona a: "... el alimento, el vestido, la habitación, el derecho a elegir libremente un estado de vida, el derecho de fundar una familia, el derecho a la educación, al trabajo, a la buena fama, al respeto, a una debida información; derecho a obrar según la recta norma de su conciencia, derecho a la protección de su vida y justa libertad incluso en el campo religioso."⁸⁰

Universitas: conocimiento universal. Es el abrir los ojos al mundo de la sabiduría, de las ideas, de las filosofías, de las tesis, a los distintos aspectos de una misma realidad. Plantear al individuo las diferentes facetas de la vida, presentar las distintas opiniones sobre un tema

⁷⁹ Vid apartado 3.2.1 denominado *El necesario contenido ético del Derecho*.

⁸⁰ Los Documentos del Vaticano II, *op cit. supra* nota 24, p. 21 y ss.

particular, debatir y ser plurales es la riqueza de cualquier universidad. La verdad por su propia coherencia saldrá a flote, y si se desea tener una educación con cierta inclinación, el debate de ideas es principio básico y la autoridad de los maestros es lo que encaminará al estudiante. No se necesita realmente mucho para la enseñanza: hay escuela donde hay maestro y alumno.

La formación personal sólo se puede dar en un clima de interacción: no es unilateral la enseñanza, hay una retroalimentación y es por ello que la educación es en sí misma riesgosa, ya que se debe aceptar que se aprende mutuamente, con lo cual el maestro sabe que no tiene la verdad absoluta.⁸¹ Se debe concientizar la tradición: aquello que los padres enseñan a sus hijos o de maestros a alumnos, debe pasar por un tamiz de crítica -que no criticismo-, para hacerlo propio y adecuarlo a la realidad de cada quien. El sabernos tanto depositarios de la tradición, costumbres y enseñanzas, para cuidarla y transmitirla, pero también sabernos creadores de lo mismo, para hacerlo nuestro. Evitar la cerrazón mental. Humildad del educador al dialogar con el educando, que mediante el intercambio de ideas se percata uno u otro de que lo que el otro dice es razonable, etc. Son muchos conceptos e ideas que deben aprovecharse para crecer y hacer crecer a los demás.

Pero dejando de lado la educación y formación como fines esenciales de las universidades, volveremos a la universidad como fuente de normas jurídicas. Si bien toda universidad tiene un reglamento interno, su margen de normatividad no debe restringirse al monto de las colegiaturas o el periodo de clases: debe de ampliarse y perfeccionarse jurídicamente, la junta directiva, un juzgado universitario para faltas de cualquier universitario -desde un rector hasta un alumno de nuevo ingreso-, y para reconocimientos también, una sociedad de alumnos activa y participativa, un comité de asuntos interuniversitarios para lograr una comunicación mayor con las demás universidades y crear un órgano asociativo de las mismas y cualquier otra norma que sea necesaria para alcanzar sus fines. Si bien las universidades cuentan con reglamentos, incluso leyes, es menester fomentarlas y ampliarlas para que cuenten con todas las facultades que sean necesarias para el cumplimiento su función

⁸¹ Giusanni L., *op. cit. supra* nota 31, p. 58.

social.

Colegios de profesionistas. Colegio de notarios, colegio de contadores, colegio de abogados, etc. Son sólo algunos ejemplos de agrupaciones que de hecho existen y que de hecho funcionan y que de hecho tienen sus propias normas jurídicas que los autorregulan. Sin embargo, se ha desvirtuado en algunos casos la función de dichos colegios, se ha hecho de ellos un club social. Un colegiado por definición es un conjunto de varias personas que están unidas para un fin común y que toman decisiones unidos. El Estado debe de promover la participación de todos los gremios profesionales, y facilitar que se *autonormen*, incluida la vigilancia y sanciones a sus miembros por faltas en su desempeño no ético o no profesional. También deberían de estar facultados como órganos obligatorios de consulta para reformar leyes que incidan directamente en el desarrollo de sus tareas. Permitir que promuevan iniciativas de ley. Que sean ellos quienes califiquen y den reconocimiento de estudios a sus agremiados, etc. Son muchas las funciones que pueden desempeñar los colegios para contribuir al servicio social.

Cuando por primera vez, oí mencionar la *Ley de Cámaras*, no pude dejar de reflexionar ¿por qué el gobierno ha de normar las relaciones de la cámara de comercio o de la industria? Me parece que es porque la forma moderna de gobernar no quiere admitir que algún otro grupo social pueda dictar normas de conductas humanas.

En términos muy simplistas hay dos maneras de ser del tejido social en lo que se refiere al gobierno-sociedad civil: la primera es una sociedad civil articulada y fortalecida en la que sus miembros son corresponsales del bien común y un gobierno que coordina, encausa, imparte justicia, presta servicios públicos y es el primer responsable del bien común. La segunda es una sociedad civil amorfa, difusa, débil en la que ésta espera siempre todo del soberano, sin mayor obligación que la de votar y pagar impuestos, y en la que el gobierno está facultado para intervenir en cualquier aspecto de la vida de cualquier subordinado y monopolizar la creación de normas jurídicas. En nuestra opinión, las cámaras deben ser un

contrapeso al poder del mismo gobierno. La empresa se afilia libremente a una cámara, por las conveniencias de dicha afiliación: por la influencia que pueda tener la cúpula empresarial con las políticas del gobierno, por los beneficios de la comunicación entre las mismas empresas del mismo ramo para concertar negocios, por la defensa de sus intereses afines frente al gobierno, etc. La primera manera de entender la relación *Estado-sociedad* civil nos parece la más acertada.

En el internacional, han cobrado especial relevancia los organismos de solución de controversias como los paneles binacionales, o los arbitrajes internacionales, o las cortes internacionales de justicia. Si bien son distintos y diferentes unos de otros, todos comparten su misma razón de ser: la necesidad de alguien que imparta justicia en un ambiente en el cual el Estado Nacional no puede o no es conveniente que lo haga. Las formas alternativas de impartir justicia, están cobrando cada vez mayores adeptos por sus ventajas respecto a la justicia nacional estatal, y están funcionando bien dando soluciones reales y adecuadas al caso planteado. Obstáculo es la ejecución de las mismas, ya que carecen del *imperium* para hacer cumplir por la fuerza sus dictados, sin embargo, la mayoría de las ocasiones hay un cumplimiento espontáneo del laudo, y cada vez más legislaciones nacionales están facilitando la homologación y ejecutabilidad de tales resoluciones.

También debemos mencionar como fuentes vivas del Derecho a las sociedades y asociaciones en todas sus variedades, que son derivaciones inmediatas de los mismos principios esbozados en la parte atinente a la voluntad de las personas: *res inter alias acta, pacta sunt servanda*. En estas sociedades y asociaciones, las normas que se obedecen, son consensadas normalmente y cuando no, son aceptadas, el miembro puede renunciar a la sociedad y las normas ya no le serán aplicables.

La Iglesia es a mi parecer la estructura social más estable y perdurable que existe, la que jurídicamente ha sido inspiración del Estado Nacional en muchos aspectos, la más prudente para modificar sus esquemas jurídicos, una de las dos organizaciones perfectas que existen,

quizás la fuente más humana del Derecho, la que debería de estudiarse en cátedras de las universidades de Derecho. Como fuente viva del Derecho diremos que todo gira en función de la salvación del alma, además también tiene sus normas peculiares respecto a su organización interna, sus sanciones, sus estructuras. Del tema no se hablará más pues el autor es sumamente ignorante en tales aspectos, sin embargo es una fuente viva del Derecho y un tema que merece la pena investigarse.

2.2.3 La transformación de la tradición jurídica moderna

Como mencionamos en el apartado denominado *Del sistema legal autorreferencial a la pluralidad jurídica*, la Modernidad, ya ha producido su tradición liberal, lo que significa que está muy arraigado el modelo legalista del Derecho y por tanto, es difícil su modificación. En ese mismo apartado, hemos señalado que para avanzar hacia un orden jurídico, más justo, se deben tomar en cuenta los aspectos positivos del legalismo, como lo es la seguridad jurídica.

Sin embargo, también hemos señalado las limitaciones de la legislación estatal. Por lo anterior, pensamos que no hay soluciones rápidas ni automáticas, lo que no impide, sino más bien exige actualizar jurídicamente al Estado Moderno.

Para el desarrollo del Derecho, debemos de partir de la realidad nacional; en la realidad no es posible, retomar el modelo orgánico de la sociedad, pero sí es posible devolver algunas facultades normativas a los cuerpos intermedios, con lo que se favorecería la cohesión y la solidaridad entre la sociedad, además de involucrar más activamente a la sociedad en la consecución del bien común, pero sobre todo, permitiría al individuo lograr su pleno desarrollo. Por ejemplo, una persona que estudia Derecho está sometida al régimen de una universidad que lo forma intelectual y humanamente; el paso natural será un colegio de abogados que calificará su competencia, impondrá sanciones y otorgará privilegios en orden a la pertenencia a dicho gremio; posteriormente, el colegio de notarios será el grupo que se encargue de procurar el desarrollo del abogado que tiene entre sus principales funciones dar fe pública, los beneficios serán mayores, pero también las obligaciones.

En una sociedad con cuerpos intermedios bien formados, hay una comunicación eficiente y efectiva, capaz de articular a la misma sociedad y de permitir el bien común. Las limitaciones a los cuerpos intermedios son obvias: no regular materias ajenas a cada grupo social, no impedir el desarrollo de la persona humana; permitir la libertad de la persona; y

resguardar el cumplimiento responsable de su oficio ante la sociedad. Se fomentará una mayor participación de los individuos en la consecución de la *res publica*, de acuerdo a sus capacidades, responsabilidades, estado, condición, preparación y oficio.

El otro cauce para transformar el Derecho es la incorporación a éste de valores actuales y propios de nuestra cultura política y jurídica, pues dentro de esta nueva etapa histórica, nos encontramos frente a nuevos valores, nuevas maneras de entender la vida. Siguiendo a Ángel Castiñeira, podemos separar lo Moderno de lo Postmoderno: “LO MODERNO 1. Edad de una razón fuerte que construye explicaciones totalizantes del mundo y que está dominada por la idea de un desarrollo histórico del pensamiento como incesante y progresiva iluminación. 2. Edad del orden nomológico de la razón y de su estructura monolítica y unificante. 3. Edad de la apropiación y reapropiación de los fundamentos o edad del pensamiento entendido como acceso al fundamento. 4. Edad de la autolegitimación del saber científico y de plena y total coincidencia entre verdad y emancipación. 5. Edad del tiempo lineal, caracterizada por la <superación>, o de la novedad que envejece y es rápidamente sustituida por una novedad más nueva. 6. Edad dominada por la persuasión de la positividad del desarrollo y del crecimiento tecnológico entendido como proyecto capaz de previsiones totales y de total dominio. Y en contraposición: LO POSTMODERNO 1. Edad de un debilitamiento de las pretensiones de la razón que revoca el sentido de la historia y pone en cuestión la eventualidad totalitaria del humanismo. 2. Edad de la plurivocidad, o de la polimorfía, o del emerger de una pluralidad de modelos y paradigmas de racionalidad no homogéneos, no reducibles los unos a los otros, sino vinculados sólo por la especificidad de su respectivo campo de aplicación. 3. Edad de un pensamiento sin fundamento, o de la desconstrucción, o de una crítica de la razón instrumental que revoca el sentido de la historia y reconoce su carácter enigmático. 4. Edad en que la ciencia reconoce el carácter discontinuo y paradójico de su propio crecimiento. Edad de la disolución de la categoría de lo nuevo y de la experiencia del fin de la historia. 6. Edad en que la ciencia y técnica manifiestan sus riesgos y en que no consiguen liberarse de la fatiga y de la necesidad.” Y si bien es cierto este aspecto de la Postmodernidad que es diluyente, también es cierto que éste es sólo un camino, ya que existe una Postmodernidad propositiva, incluyente.

constructiva y factible.⁸² Alejandro Llano Cifuentes saluda esta otra faceta, al hablar de nuevos valores que van resurgiendo: gradualidad, complementariedad, integralidad y solidaridad, mismos que analizaremos a continuación.⁸³ Pues “de lo que no cabe la menor duda es que los valores político-jurídicos de nuestro sistema están en crisis. Pueden ser y son condenados a nombre de una cultura nacional que los ve como extraños.”⁸⁴

1. Por gradualidad, entendemos una actividad de avanzar por etapas, de caminar seguros antes que correr irresponsablemente, esta idea de gradualidad es Postmoderna porque la gradualidad rechaza la igualación racional que se ha hecho del hombre y el maniqueísmo moderno, y se relaciona a los juristas porque sabe y distingue que entre el blanco y el negro hay una gran cantidad de grises.
2. Continuando con los principios o valores postmodernos que van adquiriendo fuerza, ahora nos referiremos a la complementariedad. La complementariedad, va muy ligada a la anterior y evita confundir lo distinto con lo contrario, el respetar las diferencias es básico para el desarrollo, tanto de la persona como de la sociedad. Se basa en un sumar fuerzas distintas, no en un restar, ya que busca reforzar las similitudes y no insistir en las divergencias.
3. El tercer principio es la integralidad como base del humanismo postmoderno, y por tanto del humanismo jurídico postmoderno. Integralidad que nos es sino la rica realidad de la persona humana, no dividir al hombre en su esfera pública y su esfera privada, autenticidad y coherencia. Reconociendo la multifaceticidad del hombre y los distintos aspectos y perspectivas en que vive, es y convive. Es un llamado a la unidad de vida, a la identificación con uno mismo, para evitar fracturas esquizofrénicas que tanto ha fomentado la Modernidad, es una invitación para disfrutar de la vida *-carpe diem-* a plenitud y profundidad y a extraer toda la riqueza

⁸² Castiñeira Ángel, La Experiencia de Dios en la Postmodernidad, P.P.C., S.A. Editorial, Madrid, 1958.

⁸³ Llano Cifuentes A. *op. cit. supra* nota 47, p. 173.

⁸⁴ Villoro Toranzo, Del Derecho Hebreo al Derecho Soviético, Escuela Libre de Derecho, México, 1989, p. 234.

de experiencias que hay a nuestro alrededor, es un saberse único e irrepetible, digno y vivo.

4. El último valor, pero no por ello menos importante, es la solidaridad. Solidaridad es la unión de personas para un fin común; es la comunidad de valores e intereses en un grupo social, que se sabe responsable en la tarea de alcanzar el bien social. La solidaridad como punto de partida del orden jurídico postmoderno es una solidaridad que busca los puntos de comunión entre las personas antes que los puntos que los diferencian como lo hace el individualismo democrático moderno. La solidaridad es requisito indispensable del bien común, y mediante su correcta aplicación, se promueve una verdadera justicia distributiva y conmutativa.

Estos valores que resurgen deben ser amalgamados con la tradición Moderna para poder aspirar a un humanismo jurídico postmoderno tolerante e incluyente que acepte y reconozca lo positivo que la Modernidad ha aportado a la humanidad y analice y deseche lo negativo de la misma.

2.3 Las etnias y corporaciones como parte del orden jurídico mexicano

Como mencionamos en el apartado anterior, si queremos transformar el orden jurídico para obtener una sociedad más ordenada, más pacífica y más justa, debemos partir de la realidad moderna mexicana.

La tradición liberal es un pensamiento a considerar al momento de introducir modificaciones al orden jurídico, pero también hay nuevos valores que deben ser incorporados a las leyes para resolver nuevos problemas que hay en la realidad mexicana de finales del segundo milenio. Estos nuevos valores incorporados al orden jurídico deben permitir mayor participación de los cuerpos intermedios en la consecución del bien común, aún y cuando ello implique permitir una mayor autorregulación de los mismos.

En este subcapítulo, nos referiremos básicamente al problema jurídico que enfrentan a las etnias con el Estado Nacional. Por lo que respecta a las corporaciones, ya se abundó sobre ellas en el apartado *Algunas fuentes vivas del Derecho*.

Las etnias son grupos sociales que tienen sistemas jurídicos premodernos pero que comparten el mismo espacio territorial que el orden jurídico moderno, por lo menos, en teoría. Sin calificarlos, nos percatamos de que existe una excesiva diferencia entre uno y otro que es menester reducir o amalgamar de alguna manera, a fin de integrar las comunidades, al desarrollo humano y económico. En México las etnias son las comunidades indígenas que han sido excluidas del proyecto de nación; han sido olvidadas por los políticos y por la sociedad civil con el consecuente distanciamiento y exclusión de los beneficios sociales y humanos de la comunicación social.

Hay un fuerte desequilibrio en el orden jurídico mexicano, para evidenciarlo, pongamos un ejemplo: mientras en la Ciudad de México existe un acceso inmediato y directo a bienes de

consumo y altísimos estándares de vida, mientras que los Chamulas no tienen acceso ni siquiera a drenaje. Lo anterior fue un simple ejemplo cuyo único fin es señalar que hay una gran diferencia social en México, y que los beneficios de la Modernidad no han sido utilizados para el bien de los indígenas. Lo anterior equivale a decir que la comunicación social no es efectiva en relación a muchas comunidades indígenas y que la injusticia social priva en México, atentando directamente a la dignidad de las personas y a la paz nacional, y por lo tanto se requiere de un nuevo Derecho que disminuya estos desequilibrios y permita un desarrollo digno y humano de la mayoría de los mexicanos.

2.3.1 Un aspecto de la realidad moderna en Hispanoamérica

En este apartado haremos referencia al casuismo novohispano mencionado anteriormente y a la legalidad actual, por ser dos factores que inciden en el presente análisis. Mucho de lo que diremos se relaciona en gran medida con Hispanoamérica, ya que México comparte con ella el origen de las fuentes jurídicas, la manera de pensar el Derecho y la manera de ser de sus pueblos, pues aún a pesar de las peculiaridades de cada región, existe un sustrato común.

México tenía una gran tradición, en cuanto a ser poseedor de un vasto abanico de fuentes jurídicas, durante la *colonia*, mismas que fueron extinguiéndose paulatinamente en relación directa al acercamiento de México al proyecto de Estado Nacional Moderno.⁸⁵

Mientras los Austrias estuvieron gobernando, floreció una gran cultura jurídica, caracterizada, entre otras cosas, por su topicidad, su casuismo y su realismo. No fue, sino hasta la llegada de los Borbones al poder, cuando comenzó la paulatina reducción de los órdenes jurídicos, ya que la impartición de justicia y el gobernar fueron sustituidos por la *administración del poder*.

El cambio en la manera de gobernar y en el orden jurídico, se debió en gran medida a la influencia de ideas ilustradas y, éste fue a su vez, una de las principales razones de la independencia de las Indias Americanas: la Modernidad con que el gobierno español pretendió regir a la Nueva España. Esta Modernidad, se manifestó, entre otras muchas medidas, en sustituir autoridades intermedias mestizas o criollas por peninsulares, imponer una manera vertical de gobernar sin organismos colegiados, excluir a los cuerpos intermedios de las decisiones políticas, desnudar de toda fuerza jurídica todo lo que no fuera ley, etc. Todo lo

⁸⁵ Mal llamada *Colonia*, porque lo que distinguió, entre otras cosas, a Latinoamérica de colonias inglesas u holandesas fue su estatuto jurídico de virreinato lo que es la igualación respecto de los demás reinos de España.

anterior, originó un cambio en la concepción del Derecho y consecuentemente, en el orden social.⁸⁶

Con anterioridad a la llegada de los Borbones al poder, en la nueva España había municipios, policía, universidades, clero, mineros, ganaderos, notarios, militares e indígenas, etc. quienes tenían sus autonomías y privilegios.⁸⁷ En esta plurivocidad de órdenes jurídicos que resolvían casos reales, la tónica, el casuismo y la aporética daban respuestas adecuadas y sensatas a la problemática social. Además, ésta, era una excelente manera de gobernar: trescientos años de paz, de desarrollo social, económico y humano lo atestiguan.

La visión humanista y tónica de la vida y del Derecho fueron factores determinantes en el bien común alcanzado en la Nueva España y en Latinoamérica, aún a pesar de las limitantes de ese tiempo para comunicar un bien común a toda la sociedad.

No obstante los logros alcanzados y señalados anteriormente, podemos mencionar que en muchas ocasiones la respuesta jurídica a un problema era tardada o había cierta inseguridad jurídica, pues no era evidente cual norma jurídica era la aplicable al caso. Sin embargo, como contrapartida a estas limitantes del orden jurídico premoderno, podemos mencionar las señaladas en el párrafo anterior y el dar una respuesta *ad hoc* al problema planteado ya que su respuesta partía de los hechos, de la realidad además de que se buscaba un contenido de equidad y justicia.

Las diversas fuentes jurídicas mencionadas anteriormente, que permitían dar soluciones adecuadas a cada caso concreto, se fueron perdiendo, debido a la avasalladora fuerza y absolutismo jurídico con que el Estado Moderno se impuso en la sociedad, pues “el Derecho de aquella época, como el que habría de seguirlo, no estaba en posibilidad de resaltar las

⁸⁶ Este proceso fraguó geopolíticamente, en la independencia de la Capitanía General de la Nueva España y de Guadalajara, a la que se añadió la de Guatemala, para formar el país denominado México.

⁸⁷ Por *autonomía* entendemos tener *propias normas* y privilegios significa tener *leyes privadas*.

diferencias o particularidades de sus integrantes, sino más bien de destacar las semejanzas, cuando no de imponerlas.”⁸⁸

El orden jurídico moderno mexicano actual se basa en nociones de racionalidad social, comunidad inicial de ciertos valores, conceptualización del Derecho como modificador de conductas y cuantificación de las actividades humanas. Estas nociones se manifestaron positivamente: otorgando garantías individuales a todos los que estuvieran dentro del territorio de la República, en la división de poderes, en los principios democráticos, en la representación popular, en la soberanía popular, etc.

Los proyectos jurídicos que fueron generados en Estados Unidos y en Francia, a partir de sus respectivas realidades, fueron adoptados por México para normar su realidad y su proyecto político de Nación. Lo anterior, ocasionó una fractura entre realidad y discurso que ha redundado en corrupción y en una inconveniente manera de gobernar: “Si en alguna parte de nuestro sistema de Derecho hay distanciamiento entre lo proclamado y lo vivido es precisamente en los valores políticos. Lo proclamado es el modelo de democracia política construido por nuestros constituyentes —especialmente los de 1856 y los de 1917— a imitación de la Constitución norteamericana: división de poderes, control del Ejecutivo por el Legislativo y el Judicial, autonomía de los Estados, régimen de Derecho e imperio de la Ley garantizado por el capítulo primero de nuestra Constitución. Lo vivido es un presidencialismo que bien podría ser llamado monarquía, en el que el Ejecutivo Federal domina los otros dos poderes y controla todas las decisiones importantes de los Estados; y, en cuanto al imperio de la Ley, ésta cede en cuanto el caso afecte intereses políticos y cuando la corrupción, presente en todo el sistema, propicia la violación.”⁸⁹

México estaba en la búsqueda de un proyecto de nación y en lugar de desarrollar un modelo *ad hoc* a su realidad social, importó modelos que no necesariamente se vinculaban con

⁸⁸ Cossío J. R., *op. cit. supra* nota 29, p. 43.

⁸⁹ Villoro Toranzo, *op. cit. supra* nota 84, p. 233.

la realidad de la tierra donde se pretendían aplicar.⁹⁰ Después de luchas, que al parecer no fueron ni tan sangrientas ni tan numerosas, ni tan laicas como la *historia oficial* predica, en 1821 surge México como país independiente.⁹¹

Desde la llegada de los Borbones al poder y en especial a partir de 1857, comenzó un proceso en el cual se fueron perdiendo, para los cuerpos intermedios, y especialmente para los indígenas, sus peculiares formas de organización política, judicial, comercial y comunal, con el consecuente empobrecimiento del Derecho.⁹²

No obstante la supuesta igualdad ante la ley, “En el seno de la República se forjó una triple oposición a lo indígena: la primera, por el rechazo a la integración de los indígenas a los proyectos políticos; la segunda, por vía del combate que llevó a cabo el Estado a todos aquellos grupos indígenas que no se le sometieran y, la tercera, por vía de su exclusión del

⁹⁰ En estos proyectos liberales ajenos, se dejó de lado a los indígenas, pues no existían, sin embargo, si se tomaron en cuenta a los campesinos y a los trabajadores que recibieron su estatuto propio, lo que evidencia aún más la importación de modelos *jurídico-políticos*.

⁹¹ Vid del Arenal Fenochio J., *Modernidad, mito y religiosidad en el nacimiento de México* del libro: *The Independence of Mexico and the Creation of the New Nation*, (UCLA Latin American Center Publications. University of California, Los Angeles. Mexico/Chicano Program University of California, Irvine, Estados Unidos de Norteamérica. En este artículo se toca el tema del nacimiento de México como país independiente: se señala que la creación de la Nación Mexicana, cuenta con dos orígenes que son: el acta del 6 de noviembre de 1813, obra del Congreso de Anáhuac y la del 28 de septiembre de 1821, de la Junta Provisional Gubernativa. Dichos documentos a pesar de ser documentos distintos y en algunos puntos contradictorios, no se pueden negar su origen: la sociedad novohispana; en especial la criolla. Y son las coincidencias, entre los proyectos de Hidalgo y de Iturbide, las que quisiera resaltar, dichas coincidencias son: ambos confiesan la religión católica apostólica y romana como única aceptable en el Estado, sin tolerancia de ninguna otra. Un segundo factor fue la monarquía limitada o constitucional. Finalmente, la idea de absoluta independencia respecto de España. Todos los principios anteriores se tradujeron en la construcción de un Estado sobre bases *ius naturalistas* racionalistas que adquirieron un toque propio al integrarse y amalgamarse con la cultura mexicana, estos principios dominantes fueron: reconocimiento de los derechos del hombre, la soberanía popular, un gobierno representativo basado en elecciones populares, división de poderes, monopolio en la creación del Derecho por parte del Estado (en detrimento del viejo y anquilosado *ius commune* obra de juristas doctos y de los usos y costumbres de las comunidades indígenas), la fe absoluta en la ley como factor único de la felicidad popular y supremacía de ésta con desplazamiento de cualquier otra fuente del Derecho, a la codificación del Derecho positivo sobre los principios de la codificación racionalista y la delimitación previa de facultades, obligaciones y organización impersonal del gobierno. Todo lo anterior recogido en un libro *quasi sacro*: la Constitución.

⁹² Molina Enriquez, *La Revolución Agraria de México 1910-1920* Porrúa, México, 1986, tomo 3, p. 112 y ss.

proyecto nacional.”⁹³ Ni siquiera en el Constituyente de 1916-1917, no obstante la preocupación por los temas sociales, como obreros, trabajadores y campesinos, incluyó a los indígenas en el proyecto de nación; los resultados los tenemos hoy en los periódicos.

A pesar de la exclusión formal de los pueblos y comunidades indígenas en el proyecto nacional, estas comunidades y pueblos tuvieron un importante papel en la forja de nuestra nación, tanto en el plano simbólico de las identidades como en el cultural y en el de la vida cotidiana.

En México y en Latinoamérica, compartimos muchos aspectos de una misma realidad, desde la historia común cuyo tronco común es España, hasta el *subdesarrollo* y la pobreza extrema, sin embargo, en este apartado nos referiremos al fenómeno étnico en Latinoamérica, y en especial en México.

Hoy en día hay una gran población de pueblos indígenas, lo que nos debe llevar a reflexionar sobre el problema que representa su situación y sobre los beneficios que traería incorporarlos al orden nacional. “En la actualidad, tenemos 40 millones de indígenas en el continente americano, pertenecientes a numerosas etnias o pueblos que en el interior de los Estados nacionales conservan sus propias formas de organización social, económica y política y sus propias identidades.”⁹⁴ Si bien el tema está en la mesa de discusión, puede y debe dársele mayor impulso para beneficiar a tantos millones de personas.

Este problema latinoamericano y postmoderno, como mencionamos, está en el foro de discusión, no sólo en México, por la coyuntura de Chiapas, sino en toda Latinoamérica; ya que como dijimos al principio de este apartado, tenemos problemas comunes con los países latinoamericanos.⁹⁵

⁹³ Cossío J.R., *op. cit. supra* nota 29, p. 43.

⁹⁴ Seminario Problemática de los pueblos Indígenas en América Latina. Documento base. Parlamento Latinoamericano, Talleres gráficos de la Cámara de Diputados México, 1998.

⁹⁵ Toro De, *op. cit. supra* nota 3, p. 25. Aunque para algunos, la Postmodernidad, no ha llegado a

El hecho es que hay una gran cantidad de personas indígenas viviendo en nuestros países a quienes se ha segregado, ya sea por ellos mismos o por la *sociedad civilizada*; se les ha excluido del proyecto nacional, de la sociedad civil. Dentro de estas privaciones, la que subyace es la privación de la comunicación social. De aquella comunicación que no sólo permite intercambiar palabras, sino ideas, solidaridad, subsidiariedad, progreso, cultura, desarrollo y bien común.

Dada la falta de comunicación señalada, hoy nos percatamos del hecho de que han conservado su peculiar forma de organización social, al margen del Estado Moderno. Estas peculiares formas de organización social, han perdurado mucho tiempo, éstas se basan en la tradición oral, en la gerontocracia y en la autonomía. Cuando se pretende incluir a estas comunidades en el proyecto de nación, éstas reaccionan con desconfianza y no aceptan, ser sometidas por el Estado Moderno.

El fundamento de validez de la norma jurídica es distinta en el sistema moderno que en la concepción indígena; mientras que en el primero es la *potestas*, en el segundo es la *auctoritas*; mientras que la Modernidad propone la ley, la indígena se basa en usos y costumbres.

Latinoamérica, en mi opinión, llegó, pero con particularidades. De Toro dice: "En un comienzo parece altamente difícil hablar de la Postmodernidad en Latinoamérica, ya que como hemos visto, se trata de un fenómeno global que tiene su origen fuera del continente latinoamericano, y como tal no comparte una gran cantidad de características especialmente con lo que se refiere al aspecto socio-económico, político y científico. Es precisamente esta globalidad lo que se produce en Latinoamérica, en un principio, una fuerte actitud de rechazo."

2.3.2 El caso de Chiapas⁹⁶

Toda esta problemática señalada en Latinoamérica, la podemos analizar con mayor detenimiento y cercanía en Chiapas, que si bien no es el único lugar en el cual hay problemas de esta índole en México, pienso que sí es el más representativo.

En el caso de Chiapas, si bien es cierto que detrás de éste problema hay móviles políticos velados, no por ello es menos cierto que hay un interesante problema jurídico de fondo, que es la incompatibilidad del orden jurídico moderno y el orden jurídico indígena.⁹⁷ Mientras que aquel está basado en la fuente jurídica de la ley, éste se basa en la costumbre. Los juristas modernos consideran que la costumbre no ofrece la seguridad jurídica que la ley. Sin embargo, quisiera comentar al respecto, que: “La costumbre es, de hecho, la más <objetiva> de las

⁹⁶ El primer día del año de 1994 el EZLN -Ejército Zapatista de Liberación Nacional- le declaró la guerra al Ejército Mexicano, y cerró carreteras, bloqueó caminos y tomó por fuerza presidencias municipales y pueblos; a lo cual el Gobierno Mexicano no contestó como podía esperarse: la reacción pareció más bien pusilánime. Hubo violaciones a legislación penal federal, sin embargo, dejó pasar dichos ataques y violaciones a normas jurídicas, al parecer por prudencia y a semejanza de algunos principios del Derecho canónico como la *dissimulatio* o la *tolerantia* que para evitar una ilicitud mayor, evaden la aplicación de la norma jurídica. En este caso, la norma penal no fue aplicada, a pesar de ser clara. Citaré la parte conducente del artículo 167 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal: “Se impondrá de uno a cinco años de prisión y multa de quinientos a cincuenta mil pesos:... III. Al que, para detener los vehículos en un camino público, o impedir el paso de una locomotora, o hacer descarrilar ésta o los vagones, quite o destruya los objetos que menciona la fracción I, ponga algún estorbo, o cualquier obstáculo adecuado...” *Vid* art. 167 Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal.

⁹⁷ La idea de tener una sociedad organizada, estructurada, equilibrada por medio del Derecho, es de gran relevancia, a la vez que nos debe llevar a profundizar en el Derecho como orden social justo, a la vez que *inventar nuevas* formas de convivencia social para la sociedad. La idea de solucionar este problema, como tantos otros que se les presentan a casi todas las naciones en este fin de milenio, se refiere a tolerar al que es diferente de mí y hacerlo *copartícipe* de una sociedad que no puede vivir aislada de otra por tener diferente raza, credo u origen, para llegar a acuerdos que permitan vivir en *paz* y con verdadera convicción de trabajar por el bien común. Participar es una palabra incluyente y compartida, es algo que requiere el concurso de más personas coordinando sus fuerzas en el mismo sentido, no desde la misma posición. La participación se vincula necesariamente con la palabra *ordo*, y a *relatio ad*, lo que implica, por lo tanto, una multiplicidad. La paz implica la diversidad en el orden, la armonía en la diversidad, y la diversidad implica la multiplicidad de entes distintos que conforman una *universitas*, que permea a todos los entes en una unitariedad y una organicidad. Es un concepto incluyente con todo lo que ello implica. Si bien la misión es una, los medios y esfuerzos de cada quien, son distintos y de distinta manera: enseñando, negociando un contrato, otorgando una concesión o elaborando leyes: La vida permite a cada quien aportar según su capacidad y su lugar, lo que no es lícito es permanecer sin actividad.

fuentes: nace desde abajo...”,⁹⁸ es así como, aún por encima de la ley, tenemos una fuente del Derecho que nos garantiza mayor seguridad jurídica: la costumbre.

La costumbre es la repetición de conductas consideradas como jurídicamente obligatorias: es un Derecho de todos conocido. En contraposición la ley es concebida “Como ese Derecho se ha de transformar constantemente, para seguir el mismo ritmo que el cambiante juego de las circunstancias reales de una sociedad, viene a ser cada vez más necesario ponerlo por escrito para que pueda ser clara y prontamente conocido, ya que no tiene a su favor el conocimiento inmemorial de que goza la costumbre.”⁹⁹

Modificar el orden jurídico estatal para reconocer la autonomía y capacidad de *autoordenación* de los pueblos indígenas es una de las principales demandas.¹⁰⁰ Al respecto, algunas opiniones, mencionan que otorgar autonomía a los pueblos indígenas no es suficiente para modificar la concepción del sistema jurídico actual: opinan que la modificación del orden jurídico es la pluralidad democrática y la globalización. Sin embargo, considero que los mismos problemas indígenas son un factor de la pluralidad democrática y que por lo tanto, coadyuvan al establecimiento de las bases de un nuevo orden jurídico. Y por otro lado, me parece que podría ser el inicio del regreso del pluralismo jurídico en México.

⁹⁸ Grossi P., *op. cit. supra* nota 14, p. 90.

⁹⁹ Maravall J.A., *op. cit. supra* nota 77, p. 407.

¹⁰⁰ Vid Del Val J., Los Pueblos Indios y el Convenio 169 de la O.I.T. Revista del Senado de la República, Editorial Rayuela, 1998, p. 130 y ss. En el campo del reconocimiento internacional de los pueblos indígenas, México fue el segundo país, después de Noruega, en ratificar el Convenio 169 de la O.I.T. -Organización Internacional del Trabajo- En dicho convenio se reconoce a los pueblos indígenas y los Derechos de éstos sobre los territorios que han ocupado tradicionalmente. A los indígenas se les distingue como una fuerza de trabajo con características especiales que requieren de un marco jurídico especial, además se tratan los criterios de acceso a los recursos naturales de los territorios que ocupan los mencionados pueblos. En opinión e algunos, el mencionado Convenio es demagógico y falto de efectividad. Ya que las definiciones se prestan a diversas interpretaciones, y a veces, hasta contradictorias. Lo anterior, no es resultado de una mala técnica jurídica o una deficiente redacción, sino de que el convenio fue estructurado sin llegar verdaderamente a acuerdos. No obstante que se establecieron garantías y Derechos recíprocos -entre Estado y Pueblo Indígena-. Un ejemplo de la falta de efectividad es que un Pueblo Indígena puede reclamar sus Derechos como pueblo, siempre y cuando, de acuerdo a estas mismas formulaciones, los Estados les reconozcan tal carácter. A mayor abundamiento los pueblos no están legitimados para presentar quejas ante la misma O.I.T., y tendrán que hacerlo por intermediación de sindicatos.

La situación de los pueblos indígenas en México, es compleja, pues es resultado de una infinidad de nexos, de multiplicidad de hechos, de contenidos y de procesos culturales. La ciencia jurídica debe analizar profundamente la situación histórico social de los indígenas y para obtener conclusiones que clarifiquen el problema y proponer soluciones que resuelvan la problemática actual.

Hoy por hoy, a más de cinco años del conflicto en Chiapas, no se ve una salida ni clara ni pronta, lo que pone de manifiesto la complejidad del problema como la incapacidad para resolverlo. El problema no es de hoy ni de hace cinco años; el problema en Chiapas se agravó durante cientos de años y “será necesario recordar que lo que no se siembra en justicia de equidad, social y políticamente hablando, se recoge en moneda de rebelión y violencia.”¹⁰¹

El poder ejecutivo no ha podido responder a este brote de violencia que vulnera el concepto actual del Estado Nacional, no obstante su responsabilidad en el caso.¹⁰²

Gran parte de la dificultad para resolver el problema se debe a lo comentado en el apartado anterior: el fundamento del orden jurídico es distinto: ley contra costumbre.

Las comunidades indígenas chiapanecas reclaman para sí una categoría diferente a la que guardan en el actual Estado Mexicano.¹⁰³ Son indígenas, están orgullosos de serlo y quieren tener su orden jurídico tradicional: piden se respeten sus propios órdenes jurídicos, sus propias autoridades.¹⁰⁴

¹⁰¹ Cárcova C.M., *op. cit. supra* nota 56, p. 39.

¹⁰² En este sentido, podemos retomar lo que el Quijote señala a Sancho, que si bien pudiera parecer simple, es claro y profundo y se aplica perfectamente al México de hoy: “... que uno de los mayores trabajos que los reyes tienen entre muchos otros, es el estar obligados a escuchar a todos y responder a todos...”. El Gobierno Federal no ha podido responder, no digo ya a la inmensa mayoría de la población, ni siquiera a Chiapas. *Vid* Cervantes Saavedra, *op. cit. supra* nota 15, p. 395.

¹⁰³ Curiosamente en épocas denominadas *grises* u *obscurantistas*, por el discurso moderno mexicano, concretamente en el Virreinato, existía el Derecho Indiano que sí otorgaba privilegios a los indígenas. Los privilegios, como *leyes privadas*, consideraban el ser indígena; como un sujeto de mayor protección que los mestizos, ya que gozaban de mayor protección jurídica cualquier otra casta.

¹⁰⁴ González Galván J. A., El Estado y las Etnias Nacionales en México, p. 150, UNAM, México, 1995, dice: “La aceptación de un Derecho consuetudinario y de una autonomía autóctona (autoctonía) como realidades

No obstante la razonabilidad de los reclamos indígenas, algunos de los *juristas* modernos más connotados del Estado Mexicano, aun después de 200 años de experiencia histórica, siguen pensando que es justo tratar a todos por igual; piensan que el reconocer en la Carta Magna la autonomía sería un factor de ruptura de la unidad nacional que llevaría necesariamente a la ingobernabilidad y al desorden social.¹⁰⁵

Es necesario hacer comprender a los políticos y juristas como hay quienes reclaman para sí el reconocimiento de su diversidad en la unidad, y si bien no quieren separarse de la Nación Mexicana, sí reclaman que les dé la posibilidad de integrarse verdaderamente a la nación mexicana, no mediante la imposición, sino mediante la opción.¹⁰⁶

Al momento de escribir estas líneas no hay todavía una respuesta al problema chiapaneco: continúan seres humanos siendo excluidos del progreso y del desarrollo social. Y eso es una injusticia que atenta directamente a la paz y al bien común.

jurídicas no serán sino la constatación de una evidencia, ya que son una realidad sociológica. Así, la cultura indígena no será más lo que decidan los intelectuales del Estado, sino lo que los indígenas decidirán. El *indianismo* profundizará y ampliará la riqueza pluricultural de México.”

¹⁰⁵ Podemos cuestionar profundamente si existe tal unidad nacional, frente a la polarización social y a los grandes desequilibrios regionales, y aun es más cuestionable la gobernabilidad que supuestamente existe, junto con el desorden social que vivimos. Mucho debido al individualismo moderno y al legalismo.

¹⁰⁶ Se ha presentado a pueblos indígenas como bárbaros, sólo porque no comparten el mismo punto de vista que los gobernantes modernos: tienen el defecto de ser *diferentes*: ya que tienen una idea de la política, en la cual la democracia, representación y división de poderes no son valores fundamentales de su organización política; su sociedad se encuentra vinculada a la costumbre, sus gobiernos se hallan basados en formas tradicionales antiquísimas enseñadas de generación en generación. Y es aquí cuando surge otra escena en la cual los estadistas modernos, que no hombres políticos prudentes, se desgarran las vestiduras, pues si se fundara la organización política en prácticas o tradiciones, se vería en sí mismo, como un rompimiento al sistema jurídico moderno; el imperio de la ley se vería menguado, ya que la voluntad general de los representantes populares no siguió el procedimiento preestablecido que asegura la debida elaboración de una norma jurídica que no es otra que la ley. Se le restaría fuerza a la ley y por lo tanto, al Estado Nacional que siente como se le va de las manos el poder omnímodo que tenía sobre todos los aspectos de toda la sociedad.

CAPÍTULO 3. EL DERECHO INTELIGENTE

En este último capítulo haremos consideraciones en torno al Derecho como instrumento que primero debe modificarse a sí mismo, para poder transformar la sociedad actual en una sociedad más justa, equitativa, abierta y postmoderna.

Estas propuestas implican la actualización del Derecho, sobre la base de la Modernidad, pero incorporando un humanismo y un contenido ético como elementos distintivos del Derecho Postmoderno, que de esta manera, estará en posibilidad real de alcanzar el bien común.

Dentro de estas propuestas está la renovación del municipio para fortalecerlo y acercarlo a la sociedad, integrándolo como una forma de localismo participativo. También se busca vincular a la autoridad con el poder público y promover una nueva manera de concebir las funciones propias del gobernante, basadas en valores y responsabilidades, no sólo en la ley: pues leyes buenas no necesariamente hacen justos a los hombres que buscan el mal.¹⁰⁷

Este nuevo Derecho debe ser lo suficientemente inteligente para unir ciencia y fe, debe ser prudente al integrar sistema y persona, debe ser emprendedor y humanista para tomar lo bueno del capitalismo rescatar lo olvidado y valioso del socialismo y finalmente, debe ser justo y equitativo para fomentar una nueva relación basada en la participación del ciudadano en la sociedad.

¹⁰⁷ Beuchot M., *op. cit. supra* nota 2, p. 122.

3.1 LA DEMOCRACIA A PEQUEÑA ESCALA

Demos es pueblo y *cratos* es poder; democracia es el poder del pueblo. Esta es una idea propia de la Modernidad política. La teoría de la representación del pueblo y la elección de los gobernantes por parte del mismo pueblo es la forma de gobierno más extendida en el mundo occidental.

Votar en las elecciones para elegir al presidente de la República o a los miembros del Congreso es la democracia a gran escala, a la cual estamos acostumbrados. Sin embargo hay un nivel de la democracia poco apoyada, poco difundida, y a la cual se ha menospreciado: la llamado democracia a pequeña escala o democracia municipal.

Dejaremos de lado la bondad o idoneidad de las formas de gobierno para México, partiremos de la realidad que nos señala que la democracia es el medio electivo de acceder al poder.¹⁰⁸

El municipio debe ser la primera institución pública que el ciudadano conozca y con la cual se involucra. Los vecinos con sus problemas comunes deben de encontrar en el municipio la respuesta a sus primeras demandas políticas. El municipio debe ser el ámbito normal en el cual se desarrolle políticamente al individuo y se le involucre en la *res publica*, pero para ello es necesario dotar al municipio postmoderno de mayor autonomía, de más amplias facultades y de respeto a su competencia.

Sin embargo la democracia a pequeña escala no sólo se refiere al gobierno, sino se hace extensivo a las organizaciones intermedias que deben estar facultadas para integrar más al

¹⁰⁸ Se ha dicho que no existe ninguna forma perfecta de gobierno, y que hay formas de gobierno mejores que la democracia, lo cual, con sus matices, me parece razonable. Pero también pienso que la democracia es el día de hoy para la realidad mexicana, la mejor forma de gobierno.

individuo en el bien común. Sin embargo, ya no hablaremos más de los cuerpos intermedios, ya que éstos fueron mencionados anteriormente.

El bien común es la finalidad de cualquier organización política. Entendemos por bien común el conjunto de bienes corporales y espirituales que permiten un desarrollo integral de la persona y que son aptos de ser comunicados a los miembros de la sociedad.

El bien común implica el poner al ser humano en el centro de la actividad estatal, por ello, va de la mano del humanismo y del contenido ético del Derecho. Hablar entonces de un humanismo ético jurídico y político es indispensable para la promoción de la persona y para acceder al bien común.

3.1.1 Localismo participativo

En primer lugar, hablaremos de la democracia para después referirnos a su ubicación espacial, aun y cuando ya hemos hablado de aquella en principio de este subcapítulo.

La democracia debe promover que la mayoría del pueblo tenga la suficiente responsabilidad y preparación para emitir un voto consciente y razonado. Si no se logra elevar el nivel de vida digno de la sociedad en general, se puede llegar a la manipulación de las clases menos preparadas y más vulnerables, con la consecuente desvirtuación de la democracia como forma de gobierno.¹⁰⁹

La experiencia democrática ha sido desarrollada en algunos países más que en otros, perteneciendo México a los segundos. El involucramiento de la sociedad en la *res publica* debe ser una conciencia para hacer y proponer, situación que poco se ha dado en México, pues hasta hace poco se han abierto espacios la democracia y se entendía a la política como oposición y no como proposición.

El mejoramiento de la democracia debe partir de la persona y hacia el mejoramiento de la persona, no sólo debe versar sobre el mejoramiento del sistema, ya que un sistema malo con personas buenas es mejor que un sistema bueno con personas malas. Por lo anterior, se debe hacer énfasis para favorecer a la persona humana por sobre el sistema, sin menospreciar el mejoramiento de éste, pero haciendo énfasis sobre el progreso de y en las personas. Debe de haber una apertura democrática humanista en la política, que a diferencia de la tecnocracia que privilegia el mejoramiento del sistema por sobre la persona, busca mejorar las formas y métodos siempre y cuando, tiendan a desarrollar a la persona. El equivalente de una forma sin fondo en la política es la tecnocracia que privilegia la técnica por sobre la persona y a la cual

¹⁰⁹ Cuando se maneja la verdad a medias y se coacciona la voluntad de las personas, ya sea por falta de educación o por falta de vida digna, la democracia se vuelve demagogia.

hay que erradicar y sustituirle por una política humanista: “Hemos encontrado en nuestro análisis que no se trata de atacar, pues, a la técnica, sino de ubicarla; lo que sí debe atacarse, en cambio, es la tecnocracia que trae consigo esa corriente de la Postmodernidad, a la que hay que oponerle un humanismo.”¹¹⁰

El reto no es sólo un mero problema de fórmulas, o de elegir un sistema político adecuado: el problema de la democracia es más profundo, el problema es de conductas, valores y actitudes en las personas. El problema de la democracia en México, se agrava si partimos de que no se le puede hablar a alguien de valores y de transformar conductas o sistemas si está en la pobreza, si no tiene que comer. Así pues en los próximos años, me parece que el reto del sistema político será el de elevar realmente el nivel de vida de las familias mexicanas para facilitar un mejoramiento substancial en la democracia y en la política.

La democracia me parece que presenta ventajas, en algunos aspectos, sobre otras maneras de gobernar: por ejemplo la posibilidad de involucrar a la sociedad en el bien común. El compartir la responsabilidad en el gobierno en la consecución del bien común es la democracia participativa. Y es que el gobierno del pueblo no puede promover verdaderamente un bien común sin ayuda del pueblo. Si la democracia es el gobierno del pueblo, éste debe participar activamente en las tareas públicas, debe involucrarse y debe sentirse como un elemento vivo del Estado.

La democracia participativa implica, aportar más trabajo y recibir mejor calidad de vida, y en el corto plazo requiere del fortalecimiento municipal y de un fomento a los grupos sociales intermedios.

Esta democracia participativa, tiene ventajas sobre la democracia representativa, ya que ofrece un mayor control de sus dirigentes ya que hay una mayor comunicación entre sus miembros que la existente entre los partidos políticos, ya que hay una mayor comunicación de

¹¹⁰ Beuchot M., *op. cit. supra* nota 2, p. 164.

intereses entre los miembros, que se vinculan directamente al ejercicio del poder, al gobierno, como también es ventaja permitir el desarrollo de la persona humana evitando regular materias en las cuales el Estado no está vinculado.

3.1.2 El municipio postmoderno

El municipio es, en términos generales, una comunidad con identidad cultural asentada en un lugar determinado; constituye el nivel de gobierno más cercano a los habitantes, ya que esta comunidad comparte una problemática social muy concreta y también un proyecto muy concreto de mejoramiento social.¹¹¹

Reforzar al municipio también es principio para una Postmodernidad política y jurídica más incluyente, abierta y justa.

El involucramiento de la sociedad en la consecución del bien común debe ser una manera nueva de entender la actividad política: es retomar el humanismo como eje rector de la actividad política y dejar a un lado el liberalismo democrático descarnado. Y para involucrar a la sociedad en la política, el medio idóneo es el municipio. El municipio como forma de convivencia política que cada vez está adquiriendo mayor importancia, como forma de localismo participativo y como principio de una reforma política y jurídica del Estado Nacional Mexicano.

Me parece que el municipio debe ser el punto de partida para un cambio en la manera de entender a la política a al Derecho, pues la realidad es que el municipio ya está reconocido por el orden jurídico; no así la autoordenación de los cuerpos intermedios, por ello, fortalecer al municipio como forma de involucramiento social en la consecución del bien común es más fácil que dar mayor libertad a los grupos intermedios para organizarse.

¹¹¹ Los antecedentes del municipio son las llamadas *Ciudades Libres*. Dichas ciudades gozaban de su propio estatuto jurídico que les permitía tener las suficientes facultades para resolver su organización y sus problemas propios. Y resulta lógico, pues nadie, mas que las personas que viven en el lugar y comparten los problemas, saben la mejor manera de solucionarlos, y sólo en caso de que no pudieran solucionarlos, otro ente político entraría en acción, dando lugar a la aplicación de la subsidiariedad.

La propuesta hecha para reformar el municipio, se basa en las cartas municipales que buscan el fortalecimiento de los municipios, mediante la promoción de una mayor representación y participación política de los habitantes, incluso indígenas, en la democratización de las estructuras de la administración pública municipal. En esta reorganización municipal; con la ampliación y reconocimiento pleno de su capacidad autorregulatoria, el crecimiento de su ámbito de autoridad y la creación de nuevas formas de representatividad en los cabildos, es una solución concreta que puede darse a la población que desea participar más en la vida política de su nación, incluidos los pueblos indígenas.¹¹²

Al hablar de municipio en México debemos hablar de la autonomía, y la autonomía no es otra cosa que la potestad que dentro del Estado puede ejercer alguna entidad para regir sus propios intereses, con sus propias peculiaridades, mediante normas y órganos de gobierno que le son propios.¹¹³

La autonomía es característica esencial del municipio, autonomía respecto del Estado y respecto de la federación. Y esta autonomía debe reflejarse en tres aspectos fundamentales: político, jurídico y el económico o financiero. Al respecto, Quintana Roldán menciona las características del municipio: “El Derecho del municipio para que, dentro de su esfera de competencias, elija libremente a sus gobernantes, se otorgue sus propias normas de convivencia social; resuelva sin intervención de otros poderes los asuntos propios de su comunidad; cuente con renglones propios de tributación y disposición libre de su hacienda; y finalmente, que éstas prerrogativas estén definidas y garantizadas en el ordenamiento expreso del Estado.”¹¹⁴

¹¹² En estos momentos, se encuentra en análisis, en la Cámara de Senadores, una propuesta por parte del Partido Acción Nacional, para fortalecer la autonomía municipal, que contempla la reforma y adición de los artículos 115 y 116 de la constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹¹³ Vid Parra Noriega G., Descentralización Subsidiaria, tesis profesional para obtener el título de abogado Escuela Libre de Derecho, México, 1998, para un estudio histórico, político, ético, legal y práctico del municipio mexicano.

¹¹⁴ Quintana Roldán, C., Derecho Municipal Mexicano, Porrúa, México, 1995, p. 250.

1. Retomando los tres puntos de la autonomía que debe incluir el municipio, nos referiremos en primer lugar, al político. El aspecto político del municipio se refiere a la designación de funcionarios, electos dentro sus ciudadanos. Este principio, lleva a incluso poder definir su propia forma de organización y ampliar sus poderes municipales según las necesidades de cada comunidad.
2. El segundo aspecto es el jurídico, que se refiere a darse sus propias normas de convivencia social, además de aplicar las propias leyes del lugar e impartir justicia.
3. Mientras que el tercer aspecto es condicionante fáctico de los primeros: financiero, pues un municipio que depende de lo que el Estado y la federación le asigne, siempre estará supeditado a los deseos del superior.

Es claro que tanto la autonomía como la independencia económica y financiera son requisitos indispensables para un municipio verdaderamente autónomo.

El marco legal actual en el cual se desenvuelve limitadamente el municipio es el artículo 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, fracciones segunda, tercera, quinta y sexta.

En este marco legal, el municipio en México no se ha podido desarrollar, principalmente por la falta de autonomía financiera, y por los resabios jurídicos en materia de centralización del poder que impiden el florecimiento de cualquier instancia real de poder que limite el radio de acción del ejecutivo federal.

Como hemos señalado, fortalecer la estructura del municipio y su autonomía es de gran importancia para la democratización del país. No obstante lo anterior, en opinión del autor no es suficiente mejorar las instituciones o sistemas, se debe mejorar a la persona e incorporar un

contenido ético a la actividad política; pues una democracia sin valores se convierte con facilidad en un totalitarismo visible o encubierto.¹¹⁵

¹¹⁵ Encíclica *Centesimus annus* n. 46.

3.2 EL ORDEN JURÍDICO POSTMODERNO

A lo largo de la tesis hemos señalado aspectos negativos del orden jurídico moderno; hemos criticado la política moderna que privilegia otros valores antes que al hombre y, finalmente, hemos propuesto un cambio axiológico que se debe dar en estos órdenes.

Es necesario un orden jurídico que promueva al hombre por sobre la técnica, que evite las excesivas diferencias económicas entre miembros de una misma sociedad y entre las naciones. También es menester integrar un contenido ético a las leyes, enfocarse más sobre cuestiones de fondo y no sólo sobre cuestiones de forma, en fin, hay muchas críticas al orden jurídico actual. Pero también hay propuestas explicadas a lo largo del trabajo, algunas de las cuales en este subcapítulo ampliaremos.

3.2.1 El necesario contenido ético del Derecho

La moral se ocupa de las normas morales existentes, y por consiguiente establece, en un ambiente dado, o en una determinada época histórica, qué es lo que se acepta o aceptaba como bueno o como malo. Sin embargo, la ciencia moral no define qué es el bien o el mal; esta tarea pertenece a la ética, la cual afronta la moral no de modo descriptivo, sino normativo. Por lo tanto, la ética define las normas, expresa juicios sobre lo que es bueno o malo, y proporciona los motivos de estos juicios, es decir, demuestra por qué es así.¹¹⁶

Si bien ética y moral son conceptos distintos, como ha quedado señalado, para efectos de este apartado, los igualaremos diciendo que la ética y la moral del Derecho se refieren a tener al hombre como principio y como destino de la norma jurídica.

Para que haya Estado de Derecho o sociedad que se dirija al bien común, se requieren de dos elementos: el reconocimiento de la primacía de los valores éticos del Derecho —como la persona sobre la economía—, con la consiguiente voluntad de someterse a ellos, y; una técnica que hagan efectiva y práctica esa sumisión.¹¹⁷

Si bien ya hablamos de la pluralidad que debe existir en la creación del Derecho, que es necesaria para evitar caer en absolutismos y excluyentismos, y para resolver justa y efectivamente problemas jurídicos, también debemos señalar que no es suficiente tener una pluralidad de fuentes de las cuales abrevé el Derecho, es menester que tengan un contenido social verdadero y un contenido ético.

El contenido social es esencial al Derecho, pues de otra manera, no habrá bien común posible: y la injusticia crecería hasta llegar a la anarquía, contrariamente a lo que dice la

¹¹⁶ Wojtyła K., Mi visión del hombre, Palabra, Madrid, 1997, p.25 y ss.

¹¹⁷ Vid González Uribe H., Teoría Política, Porrúa, México, 1972, p. 220 y ss.

Modernidad, pues ésta desvinculó a la ley de su necesario contenido social, para convertirse en un formalismo vacío, pues en general, todo el Derecho debe estar inspirado por la moral.¹¹⁸

Una norma jurídica debe tener un contenido ético; vinculado a los valores de la sociedad y encaminada a lograr el bien social; la ley debe ser “honesto, justa, posible, conforme a las costumbres de la patria, adaptada a las circunstancias de tiempo y lugar, necesaria, útil y clara.”¹¹⁹

Cualquier forma del pluralismo jurídico, debe volver al contenido ético de las normas, de las leyes. Toda manifestación de la autoridad política o de grupo social que pretenda informar la vida civil de las personas, debe ir, necesariamente vinculada a la idea de la ética. Si no fuera así, en lugar de tener un solo formulador de normas jurídicas que no toma en cuenta a la ética, tendríamos una pluralidad de formuladores de normas jurídicas injustas e inequitativas para la sociedad, con lo cual no resuelve el problema, sino más bien se agrava.

El reivindicar el contenido ético de las normas de convivencia social y política supone un avance y una necesidad respecto de la misma naturaleza humana.

Incorporar al Derecho positivo un contenido ético permitirá disminuir la pobreza extrema, la marginación, el hambre, la ignorancia, la injusticia y la inseguridad. Facilitará el desarrollo humano, el avance social y el bien común que permitirá la paz. En palabras de Rosario Green, la actual Secretaria de Relaciones Exteriores: “De igual relevancia que la paz es el logro de un desarrollo sustentable que eliminen la pobreza extrema y la marginación, mediante incentivos a la producción y al empleo. Un desarrollo que implique no sólo crecimiento sino distribución del ingreso y la riqueza. Un desarrollo que ponga énfasis no sólo en lo económico sino también en lo social.”¹²⁰

¹¹⁸ Pacheco Escobedo A., La familia en el Derecho Civil Mexicano, Panorama, México, 1984, p. 155.

¹¹⁹ Santo Tomás de Aquino, *op. cit. supra* nota 27, p. 45 y ss.

¹²⁰ Green R., La ONU hacia el año 2000, Revista Mexicana de Política Exterior, número 47, verano de 1995, Nueva Época, México, 1995, p. 10.

3.2.2 El bien común

El cambio de época significa un cambio en las ideas, una transformación de las filosofías y una actualización de los valores. Pensamos que en la Modernidad hubo valores como la racionalidad, la economía o la legalidad que fueron pilar y base de ésta, sin embargo, la Postmodernidad propone valores distintos a los modernos. Son valores que resurgen por su intrínseca necesidad en la vida de cualquier sociedad civil. Dentro de estos valores, están la justicia, la seguridad, el bien común y la paz.

En este apartado, nos referiremos, principalmente al bien común.

En este trabajo se ha tratado reiteradamente del hombre, de la sociedad, del Estado, del Derecho y de la ética: el concepto que vincula a las ideas anteriores es el bien común.

El bien común es el elemento teleológico del Estado, más aún, es la razón de ser de cualquier organización política. Es el fin que da sentido, brinda cohesión y evita la dispersión de energías en cualquier organización política.

Siguiendo a Santo Tomás de Aquino, hablamos del bien común como el fin que centra la vida de la sociedad civil o de la comunidad política, anima la actividad de su gobierno y da sentido a la ley como instrumento de la acción del poder y del orden político. Siguiendo al aquinate, diremos que las leyes humanas son las "proposiciones universales de la razón práctica, derivadas como conclusiones o como determinaciones, de la ley natural, enderezadas al bien común de la sociedad civil y promulgadas por a prudencia gubernativa de la comunidad política o de quien hace sus veces."¹²¹

¹²¹ Santo Tomás de Aquino. *op. cit supra* nota 27, p. 146.

Es importante insistir que el bien común es el fin de cualquier asociación política, y por lo tanto del Estado Moderno también. De ahí se deriva que el Estado no puede ser un fin en sí, pues es contingente su existencia en la sociedad humana.

El bien común deberá ser promovido por orden político que deberá procurar, directa o indirectamente, todos aquellos bienes materiales, culturales, morales e incluso religiosos, que permitan el desarrollo de la persona humana.

Hay varios *niveles* en dicho bien común; la doctrina clásica escolástica designa como *bonum essentialiter* al desenvolvimiento intelectual y moral y recepción de la cultura, y llama *bonum instrumentaliter* a los medios materiales necesarios para la subsistencia. Sin embargo, el bien común significa, primaria y fundamentalmente, la forma que adopta el bien humano en cuanto el hombre vive en comunidad. La justicia es su forma: el bien humano, ya sea personal o social, es su contenido.¹²²

La definición clásica de bien común, elaborada por J.T. Delos y aceptada por el pensamiento católico, implica el conjunto organizado de condiciones sociales por las que la persona humana puede realizar su destino natural y espiritual: “Es el bien que puede ser participado por todos y cada uno de los miembros de una comunidad humana... es aquel del que todos los miembros de una sociedad o comunidad de personas pueden beneficiarse.”¹²³

Debemos aclarar que no todo bien de grupo es un bien común; pues sólo las personas humanas pueden ser partícipes, y artífices del bien común, ya que el bien común debe comprender todo lo que al ser humano le es propio: su origen, su vida material, su vida intelectual y moral, su existencia temporal, y su vocación a la felicidad eterna dado su destino trascendente.

¹²² Basave Fernández del Castillo A., *Teoría del Estado*, JUS, México, 1990, p. 80 y ss.

¹²³ *Vid Bien Común*, Gran Enciclopedia Rialp, Ediciones Rialp, S.A., Madrid, 1979, tomo 4, p. 225 y ss.

El bien común es, por tanto, un fin desde el punto de vista de las relaciones sociales –y por lo tanto, del Estado-, un medio, desde el punto de vista del destino trascendente del hombre. De ahí que, el bien común, fin del Estado, se encuentre subordinado al destino final de la persona humana.

El hombre es, pero es dentro de una sociedad determinada, en un tiempo determinado, y sólo puede realizarse plenamente dentro de la misma. No obstante la temporalidad y localidad ya mencionada del bien común, dicho bien es un fin intrínseco e inmanente en toda comunidad política, sin embargo, el desarrollo pleno de cada ser humano, dentro de la mencionada comunidad, se realiza en situaciones muy concretas y específicas.

Las condiciones concretas de bien común de cada sociedad, son distintas según cada tiempo y lugar, lo cual es lógico. Sin embargo, permanece como fin de la sociedad, permanece en la medida en que proporcione a sus miembros los mejores medios para combatir la pobreza, la miseria, la ignorancia, la inmoralidad y la injusticia. El alejamiento se dará en tanto cuanto no promueva un orden propicio de que ponga a disposición de la persona la suficiencia de bienes materiales, intelectuales y morales para su pleno desarrollo.

El bien común de cada agrupación intermedia le es propio, por lo cual éste es parcial y limitado a cada uno de ellos. Pero también es cierto que el bien común de la sociedad civil sólo será tal, si logra armonizar y coordinar los bienes comunes de los cuerpos intermedios; ya que el bien común pertenece a todos, sirve a todos y es para todos, y esta es una de las funciones más importantes del Estado.

Cualquier actividad humana que busque el bien común será, necesariamente ética, y cualquier desvío del fin antes mencionado, será no ético. Y es que la esencia de lo social se encuentra dentro de los dominios de la ética, pues el acto social es un acto de naturaleza moral, dado que el hombre es un ser inteligente y libre, además de que en última instancia la sociedad la unión moral de personas humanas.

Ya hemos visto que el bien común involucra éticamente a las personas, y dicho involucramiento es moral, en el ámbito práctico, pues su finalidad es mover a la acción.

El cumplimiento del bien común, debe mantener no obstante, un respeto absoluto a la dignidad de la persona humana, pues es para ésta la sociedad y para ella misma se busca el bien común. Sin embargo, debe de existir una prudencia, propia de juristas, para poder discernir entre la dignidad de la persona humana y el bien particular. Moralmente el comportamiento del hombre en sociedad, debe traducirse en un respeto y reconocimiento de los Derechos inherentes a la dignidad de la persona humana, y su ejercicio debe ser protegido por el orden jurídico positivo. El Estado está obligado a respetar los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana, para así permitir el pleno desarrollo y perfeccionamiento del ser humano, a la vez que su debida integración al cuerpo social.

De lo anterior, podemos decir que el bien común es inherente a cualquier sociedad. Además es temporal tiene condicionamientos temporales. Es práctico; siempre debe proponer el desarrollo de la persona humana. Es dúctil pues varía constantemente. Se da en cada comunidad política particular, mas es comunicable al exterior y al interior del Estado. Y finalmente, es un eterno logro ya que siempre es perfectible. El bien común es común por ser comunicable, no por hallarse efectivamente comunicado a todas las personas, de manera tal que aunque de hecho no esté comunicado, no por ello deja de ser bien común apto para beneficiar distributiva o respectivamente a todos los miembros de la comunidad.

El paso de potencia a acto, de comunicable a comunicado es una exigencia de la justicia social, que tiene en el bien común, su objeto inmediato y propio. Y como juristas, es un deber propio del gremio.

El bien común es universal, ya que todo lo humano social le es propio, no busca la ventaja de una clase social determinada, antes bien la de todos según el carácter o función que

los distinga en la sociedad, y no se agota el bien, independientemente de la cantidad de beneficiarios.

Otra característica es la topicidad, de manera tal que es una realidad concreta; un medio organizado conforme a los mejores recursos del momento, del lugar y de la cultura, y es un error el considerarlo como una mera abstracción. Sin perder de vista lo siguiente: siempre es perfectible, ya que es social y la sociedad está compuesta de hombres imperfectos que buscan su plenitud. Lo que si existen son grados de acercamiento o alejamiento del bien común.

Es susceptible de progreso y es dinámico, pues nunca es agotado por alguna forma social histórica. Es el Estado de hoy la forma política que encarna momentáneamente el ideal siempre parcialmente realizado, jamás perfectamente realizado del bien común.

El bien común implica el bien de los individuos, en tanto que éstos son miembros de un Estado; es un fin que los individuos sólo pueden acceder de manera conjunta: en la concordia, paz y comunicación. Además la relación del bien común con el bien individual, debemos clarificar que aquél no es simple suma de éstos, sin embargo, tampoco se excluyen. Se sitúa como su verificación o síntesis armónica.

El bien común es condición de existencia de bienes particulares, la forma de ser el bien humano en la vida social, el orden con que se distribuyen y acrecientan los bienes humanos. Por otro lado, al ser el hombre parte de la comunidad y al ordenarse y referirse la parte al todo, son interdependientes. El hombre se subordina a la comunidad como la parte al todo; pero no en todos aspectos. Cuando hay contraposición entre bien particular y bien común, debe preferirse éste sobre aquel, siempre y cuando sean bienes del mismo género.

Dentro de los elementos del bien común, podemos hablar de: paz y orden, bienestar material y valores culturales.

El eje, alrededor del cual debe girar el bien común es la paz. Pero no fanatizada o inactiva. Debe ser una paz activa. Aquí radica la diferencia entre una persona pacifista y una persona pacífica, mientras que el primero pide la paz que no tiene ni está dispuesto a buscar para compartir, el segundo da la paz que tiene y es activo.

Sin paz, la sociedad sería más aparente que efectiva, pues su unidad moral estaría internamente desgarrada. La paz se debe basar en un hacer, en una convivencia llena de vitalidad, no en no hacer mortal y estéril.¹²⁴

Esta paz social, no puede por tanto, restringirse a que existan en abundancia bienes materiales, sino que éstos sean distribuidos justamente: labor propia de juristas y de políticos prudentes. La paz social, la paz civil es la *tranquilidad en el orden*, pues la paz no es consecuencia del temor ni de la opresión, sino nace de la libre voluntad de los hombres.¹²⁵ Lo anterior, debemos aclarar, no excluye el uso de la fuerza cuando ésta es indispensable para el bien común. Una vez obtenida la paz, se debe mantener.

La paz no es un mero concepto teórico, es un principio de acción. Por ejemplo, en Chiapas, el gobierno mexicano se ha concretado a *no hacer* y lógicamente, no ha logrado acabar con el conflicto armado: no hay paz verdadera, por lo tanto, no hay bien común posible. De lo anterior se infiere que el Estado Mexicano no cumple con su principal fin que es el bien común, por lo que es ilegítimo y por ello que se debe buscar quitar el poder a los gobernantes tecnócratas, para ser sustituido por un gobierno humanista.

Sólo es en la paz, donde puede hallar el individuo las condiciones necesarias para su desarrollo pleno, y hoy es el Estado quien debe garantizar el orden en la sociedad, ya sea por medio del ejército o de la policía, o por medio de sus funciones administrativas, judiciales y

¹²⁴ La Modernidad mexicana en boca de Juárez definió el contenido moderno de la paz: *el respeto al Derecho ajeno es la paz*, de lo fácilmente se infiere que no es una verdadera paz, pues está basada en un *no hacer*, mientras que la paz verdadera se consigue *haciendo*.

¹²⁵ San Agustín, *De Civitate Dei*, 19, 15.

legislativas. Esta actuación del Estado debe estar bien anclada en el Derecho, la justicia, la equidad y en la prudencia, para así poder cuidar y dar a la sociedad que tiene a su cuidado, las condiciones necesarias del bien común.

El bienestar material, es necesario e importante, porque no solamente sirve para satisfacer las necesidades biológicas sino que también es requisito para el desarrollo de la virtud. El mínimo de bienestar material y virtud están interrelacionados estrechamente, y lo que se debe buscar es un círculo virtuoso en el cual, con una justa distribución de los bienes materiales, se pueda acceder a valores más trascendentales, que a su vez permitan un mejoramiento en la cantidad y calidad de los bienes materiales. El bienestar material se refiere a la satisfacción de las necesidades que hacen posible la existencia decorosa de un ciudadano, pero sin caer en un materialismo, y recalando para ponerlo como base y cimiento de actividades más espirituales y trascendentes: *No se puede hablar de valores trascendentes a quien no ha satisfecho sus necesidades primarias.*

Por lo que toda la actividad del Estado, desde la política en general hasta la económica, pasando por la social, debe dirigirse a la realización de una situación que permita el acceso de los individuos integrantes a su pleno desarrollo personal y social. Éste no se puede alcanzar aisladamente, por lo que deben perseguir solidariamente ese fin común, tanto el individuo, como la sociedad. Hay que poner especial énfasis en que las ideas no influyen en la realidad, si no es por que tienen resonancia en las personas. En este caso, es primera responsabilidad para los políticos mexicanos el entender y poner en práctica los valores humanistas que son razonables -no racionales-, tanto en el campo privado como en el público.¹²⁶ El político debe ser virtuoso; especialmente honesto, justo y templado, buscando siempre servir a los gobernados, pues: “Para una convivencia armoniosa en todos los ámbitos de la vida política es fundamental la <veracidad en las relaciones entre gobernantes y gobernados; la transparencia

¹²⁶ La Modernidad, propició la *diseción* en el comportamiento del hombre: la esfera pública de la esfera privada. Mientras que en la pública se nos dice que debemos *comportarnos*, en la privada se nos permite *hacer lo que queramos*. El hombre sigue siendo el mismo en cualquier lugar, y si bien hay comportamientos distintos y actitudes diferentes, no debe pretenderse dividir artificialmente al hombre en *hombre público* y *hombre privado*,

en la administración pública; la imparcialidad en el servicio de la cosa pública; el respeto a los Derechos de los adversarios políticos>. Y finalmente, si no tenéis miedo de *testimoniar y defender un sano humanismo cristiano*, también en el ambiente político y social, seréis capaces de afirmar que el bien común se antepone siempre a los intereses partidistas.”¹²⁷

ya que esto a lo único que conduce es a una *esquizofrenia*.

¹²⁷ Juan Pablo II, *L'Osservatore Romano*, número 22, 29 de mayo de 1998, Roma, 1998, p. 9.

3.2.3 La subsidiariedad legal

Dentro de las propuestas para mejorar el orden jurídico social, está el de la subsidiariedad. Una subsidiariedad que debe ser, en principio, legal, ya que es la ley la forma que prevalece hoy como fuente principal del Derecho en el Estado Nacional.

El Estado Moderno eliminó el fomento, la subsidiariedad social, para obtener mayor control, mediante la sustitución.

El hombre no nació aislado de la sociedad, nació en una sociedad específica, con unos determinados padres, en ciertas condiciones de vida y bajo ciertas circunstancias que son irrepetibles, lo que hace que sea único: he ahí su singularidad y valía social. Estas peculiaridades se pueden predicar también de los cuerpos intermedios, que impactarán de manera especial a su entorno social y a las personas miembros de su grupo, con una aportación que ningún otro grupo o persona podrá hacer. Esa es la valía y la necesidad de los cuerpos intermedios, su función es muy variada, y sólo por deficiencia de un grupo menor o de una persona, otro debe realizar lo que éstas hacen normalmente.

La sociedad humana, a nivel global, está integrada a partir de infinidad de grupos; estos grupos, tienen diferentes funciones, distintos medios, distintas metas, pero todos son necesarios para el desarrollo completo e integral de la persona humana.

Sin embargo, en más de una ocasión, el grupo al cual le corresponde favorecer el desarrollo de su miembro, en un aspecto en específico, no puede realizar su función específica y necesita de ayuda ajena de otro grupo social que supla las deficiencias temporales del primero.

Por lo que se refiere a la relación entre Estado y sociedad, podemos decir que el Estado aporta un principio ordenador de una estructura *sui generis* cuya materia prima son los diversos grupos sociales existentes. Lo anterior no quiere decir que se deban eliminar o absorber los cuerpos intermedios en el Estado, antes bien, el Estado está al servicio de la sociedad en general, de los individuos en concreto y de cada uno de los grupos en específico.

El papel del Estado es velar para que cada persona o grupo tenga los elementos necesarios para su plenitud y perfeccionamiento; su labor es completar. Completar implica un respeto al ser y a la autonomía de cada grupo y persona; no busca destruir ni reemplazar, antes bien, coordinar las distintas actividades y grupos sociales. Su intervención y ayuda debe ser lo más limitada que se pueda, pues de ser así, significaría que la sociedad es lo suficientemente saludable, fuerte y autosuficiente para promover a la persona en cualquier grupo al cual este éste adscrito. “El bien común es el auxilio prestado a los miembros de la sociedad, y a las sociedades menores que en ésta se integran, para la realización de sus tareas vitales esenciales, como consecuencia de su respectiva cooperación en las actividades sociales.”¹²⁸

Para ilustrar el principio de subsidiariedad, citaré un ejemplo que Bravo Lira refiere y del cual se deriva la no invasión de esferas de responsabilidad entre grupos intermedios: “En todos los casos antedichos se trata de oficios con competencia ordinaria. De esta manera, cada uno tiene un campo de acción propio, distinto del que corresponde al de mayor o al de menor jerarquía. Así, la Audiencia está obligada a respetar la competencia de los jueces de primera instancia y sólo puede entrar a rever sus resoluciones en virtud de una apelación. De un modo semejante, el rey deja entregado al gobernador o al virrey el gobierno directo de su respectiva provincia, mientras el gobernador o virrey, por su parte, deja en manos del corregidor el gobierno de su respectivo partido. Otro tanto ocurre con el mando militar del capitán general sobre todos los cuerpos armados, que tampoco se confunde o absorbe al del capitán a guerra bajo sus órdenes, Por último, la administración al por mayor de hacienda supone la

¹²⁸ Messner J., La Cuestión Social, Rialp, Madrid 1960, p. 355.

administración al por menor de cada caja real, a cargo de sus respectivos oficiales.”¹²⁹ De lo anterior se deriva la regla de aplicación del principio: evitar intervenir “...de sus miembros, en tanto éstos puedan cumplir sus fines propios a su alcance, incluso -y esto es sumamente importante- cuando la expropiación de una función por el grupo superior podría tener una ventaja técnica.”¹³⁰

La ayuda, suplencia y fomento del Estado hacia la actividad de los particulares, sólo puede darse excepcionalmente, y por razones justificadas, buscando siempre intervenir lo menos posible. El Estado debe dedicarse, sobre todo a impartir justicia, coordinar a la sociedad, dar seguridad y proveer de servicios públicos a la población, todo apuntando al bien común: tanta intervención como sea necesario, tanta libertad como sea posible.

Me parece que para garantizar la aplicación del principio de subsidiariedad, en el orden jurídico, debemos integrarlo a la legislación.

¹²⁹ Bravo Lira, *op cit. supra* nota 54, p. 230.

¹³⁰ D’Ors Á, *op cit. supra* nota 11, p. 93.

3.2.4 *Potestas y Auctoritas*

Para ilustrar este apartado nos adherimos al criterio que Álvaro D'Ors utiliza respecto del jurisconsulto, pero que es válido para otros gremios, este criterio, será el que desarrollaremos en el presente apartado.¹³¹

La *auctoritas* es el saber socialmente reconocido. Un caso ejemplar de autoridad, es el de Juan Pablo II. El papa no tiene el poder político moderno a que estamos acostumbrados, sin embargo, con sus discursos y su palabra ha transformado y cambiado el curso de la historia y de las naciones.¹³² Lo anterior es una clara muestra de una autoridad moral sobre las personas. Debemos señalar que la mayoría de los mensajes de Karol Wojtyla se dedican a todos los hombres de buena voluntad y no sólo a los católicos, por lo cual no sólo es autoridad religiosa, sino moral también.¹³³

Siguiendo en el contexto de vínculos que se dan entre el poder político y la autoridad, según D'Ors, existe una *potestad indirecta*: la “<potestad indirecta> del Papa sobre el gobierno civil es, en realidad una manifestación de su autoridad universal. Es la misma autoridad por la que el Papa aclara el alcance del Derecho Divino natural, y por la que, en casos extremos, puede desligar del deber moral de obediencia a los súbditos de cualquier potestad.”¹³⁴

¹³¹ D'Ors A., *op. cit. supra* nota 11, p.42 se refiere a en específico al jurisconsulto, sin embargo, la distinción es válida a otras personas, en especial, a los políticos. D'Ors, respecto de los primeros dice: “El jurisconsulto es un hombre de autoridad en la medida en que su saber es socialmente reconocido, y carece de toda potestad, pues no tiene poder alguno socialmente reconocido.”

¹³² Por ejemplo citaré, la caída del muro de Berlín como signo de la caída del comunismo, o la apertura de Cuba al mundo y viceversa son sólo algunos ejemplos de la gran influencia que para impactar tiene Juan Pablo II en la historia del mundo.

¹³³ Además de la *auctoritas* moral y religiosa, el Papa tiene *potestas*. El poder de que goza el papa es referido por su cargo de jefe máximo de la Iglesia Católica, y también por ser quien dirige al Estado Vaticano. Es supremo juez, legislador y administrador, tanto en el Vaticano como en la Iglesia.

¹³⁴ D'Ors A., *op. cit. supra* nota 11 p. 111.

La *potestas* es el poder socialmente reconocido. Un ejemplo claro de *potestas* es la que tiene el Procurador General de la República o la que pudiera tener un general del ejército.

La *potestas* va acompañada de la coacción, de la fuerza y no se asocia necesariamente a un uso correcto de las mismas.

Sin embargo, debemos decir que no todo uso de la fuerza es ilegítimo. El uso de la fuerza, debe estar condicionado directamente al bien común y, por ello, de acuerdo a las exigencias del mismo; la coacción pertenece al gobernante de la sociedad civil, a la potestad del mismo, en el carácter de vigilante de la justicia dentro de la sociedad. “La potestad pública confiere a los gobernantes la índole de custodios de la justicia; y por lo mismo, sólo en función de ésta pueden usar de la violencia y de la coacción.”¹³⁵

En la realidad política actual, nos percatamos de que vivimos una crisis de autoridad, algunos dicen que crisis de la democracia, pues la potestad legal no es suficiente para dirigir a una sociedad al bien común, a esta potestad sin autoridad le llamamos falta de legitimación.¹³⁶ La legitimación ya no se reduce a la mera división de poderes como anteriormente se defendía y definía. Para algunos de los más insignes teóricos juristas modernos, como lo es Herman Heller, la división de poderes es garantía de legitimación: “Sólo en el Estado de Derecho con división de poderes existe una conexión entre legalidad y legitimación.”¹³⁷ Sin embargo, frente a tanta desconfianza del poder, me parece que es necesaria la *auctoritas*.

¹³⁵ Santo Tomás 2-2 q66 a8.

¹³⁶ Rubio Carracedo J., Educación moral, postmodernidad y democracia. Más allá del liberalismo y del comunitarismo, Editorial Trotta, Madrid, 1996, p. 139. “Uno de los tópicos más insistentemente repetidos en los últimos decenios por los filósofos políticos, politólogos, columnistas, etc., ha sido, sin duda, el de la crisis de la democracia participativa. Todo parece indicar, sin embargo, que en los últimos años, la crisis ha derivado ya en franca descomposición del modelo al caer en picado (*sic*) la credibilidad (y la consiguiente legitimidad política) de los partidos políticos (implicados en mil formas de corrupción, prepotencia de sus cúpulas burocráticas, disensiones internas por el poder, etc.) y del mismo parlamento, reducido en la práctica a mero apéndice (en cuanto cámara de las ceremonias) de los acuerdos legislativos y de todo orden efectuados cada vez con mayor descaro fuera de su ámbito según la metodología y las técnicas de la negociación corporatista.”

¹³⁷ Heller Herman, Teoría del Estado, Fondo de Cultura Económica, México, 1942, p. 239.

Es necesario retomar la razón de ser de la potestad, la labor y el fin del poder político: coordinar las actividades que realizan los particulares, ya sea individualmente o colectivamente, a fin de encauzar esfuerzos y evitar desviaciones, para la promoción un orden social participativo en el cual la sociedad civil intervenga de manera fehaciente y activa en la consecución del bien común. Lo anterior, sólo se logrará si por un lado, la *potestas* se une a la *auctoritas* en la persona del gobernante y si se crea la conciencia en el ciudadano de que es parte del Estado y que debe, por tanto, colaborar en la vida política de la sociedad civil, ya sea a título personal o bien por medio de los cuerpos intermedios.¹³⁸

En términos generales, las diferencias entre *potestas* y *auctoritas*, son: mientras que la *auctoritas* es un saber, la *potestas* es un poder, ambos reconocidos socialmente; la *auctoritas* se otorga a alguien por sus méritos, es patrimonio de una persona en particular; la *potestas* normalmente se le da a alguien por su cargo, es prebenda de la institución que en ese determinado momento encabeza cierta persona; la *auctoritas* se gana, la *potestas* se da. Para ilustrar el punto, citaré textualmente a Salvador Cárdenas: “La primera [*potestas*] se refiere al poder político: es la capacidad de una persona o una institución de ser aceptados por la voluntad del gobernado. La segunda [*auctoritas*] es la autoridad de quien por sus cualidades personales o institucionales, no delegables verticalmente desde el centro distribuidor de poderes, sino ganadas por el mérito o heredadas por la tradición y la práctica consuetudinaria, es reconocido socialmente con preeminencia.”¹³⁹

¹³⁸ Vid Cárdenas Gutiérrez S. Poder y autoridad: binomio necesario en un Estado de Derecho Revista del Senado de la República número 13, Rayuela Editores, México, 1998, en el cual se habla con mayor profundidad de los conceptos mencionados anteriormente, haciendo una propuesta interesante para el gobierno de la República: un *Consejo de Estado* como órgano político que una la *potestas* y la *auctoritas*. Unión que se debe dar nuevamente en este Estado de Derecho Mexicano tan carente de autoridad.

¹³⁹ *Ibid.* p. 81.

3.2.5 Aspectos *jurídico-políticos* Postmodernos: la globalización y el regionalismo

Como noción preliminar de este tema, diremos que la globalización es el proceso de eliminación de barreras, de todo tipo, entre los Estados Nacionales; por regionalismo entendemos, el proceso que se da al interior de los Estados nacionales por el cual diversos grupos sociales buscan mayor autonomía respecto de la capital.

Con una simple observación de la realidad, nos percatamos de las tendencias globalizadoras que cada vez abarcan mayores ámbitos y aspectos de la vida común de las personas. Hoy en día nadie se sorprende por el hecho de poder enviar dinero a Japón usando una computadora o por el hecho de hacer compras vía *Internet*.

Sin embargo, a la par de la tendencia a borrar fronteras nacionales, encontramos la propensión a afirmar identidades nacionales o regionales que chocan violentamente con la globalización. Estas tendencias regionalistas no dudan en hacer uso de la fuerza, de manera tal que la violencia dentro del Estado Moderno está muy extendida: los Balcanes, Irlanda, España, Ruanda, Indonesia, etc. son regiones que tienen comunidades étnicas que no aceptan el sometimiento al Estado Moderno dentro del cual se hallan geográficamente.

Al parecer hay una aparente contradicción entre globalización y regionalismo misma que ha sido tema de numerosos debates en distintos foros, ya sea a nivel nacional o internacional; desde parlamentos internacionales hasta universidades. Las conclusiones son disímiles, sin embargo, algo muy positivo es que se empiece a tratar y analizar el tema.

La Unión Europea es una muestra de la globalización, una globalización por continente. Esta integración no sólo es comercial, sino también laboral, monetaria, cultural, y en un futuro política y militar.

La globalización más conocida es la financiera y comercial: el intercambio y transferencia de dinero, mercancías y de servicios financieros y comerciales. Las empresas transnacionales, y los medios de comunicación, sociedad civil al fin y al cabo, se han adelantado en este camino a los Estados Nacionales.

Me parece que la globalización puede traer muchos beneficios derivados de la comunicación de cultura, tecnología, alimentos, servicios y bienes; sin embargo, también puede tener algunos defectos, mismos que deben disminuirse al mínimo. Como habíamos señalado en párrafos anteriores, la globalización ha entrado en un periodo de análisis serio y de cuestionamiento.¹⁴⁰ Dicho análisis abarca las implicaciones que tiene la globalización desde el punto de vista económico y también desde la perspectiva de la justicia y de la ética.

Me parece que hay, ciertamente, grandes ventajas de un mundo que usa cada vez más el *Internet*: la ayuda humanitaria inmediata, la mayor comunicación de ideas, el intercambio de culturas, la mayor competencia económica o la mejor distribución de las mercancías; sin embargo, existen desventajas o, mejor dicho, retos que impone la globalización: una deficiente distribución de la riqueza, acaparamiento de poder, narcotráfico o el poder económico exagerado de empresas transnacionales que no tienen el beneficio social como su principal compromiso.

Un contrapeso a los efectos negativos de la globalización es la solidaridad. La solidaridad que permite sentirnos como personas integrantes de un grupo social determinado. Sin embargo, la solidaridad no se restringe a un mero sentimiento, es también actitud y disposición de adherirnos a la causa, empresa u opinión de otro.¹⁴¹ Es compartir los problemas y ayudar a solucionarlos entre los iguales.

¹⁴⁰ Desde Carlos Salinas de Gortari hasta Kofi Annan han advertido de sus excesos. Los menciono no por ser los más ilustres cuestionadores de la globalización, sino por ser dos personajes conocidos en México.

¹⁴¹ Diccionario de la Real Academia de la Lengua, 21 ed., Madrid, 1992, Tomo 2, p. 1899.

En el mismo sentido, para atemperar la globalización, se debe retomar el principio de la subsidiariedad como principio de acción en la sociedad. Subsidiariedad es una manera de sufragar las tareas y costos de las pequeñas sociedades o países cuando así lo necesitaran, a la par que reconocer sus autonomías.

Por otro lado, nos damos cuenta de un fenómeno que también ocurre a escala mundial: el regionalismo: han resurgido tendencias regionalistas que buscan reivindicar sus diferencias con la metrópoli, volviéndose sobre sí mismas. Lo cual es, en principio, contradictorio con la globalización.

La regionalización implica grupos identificados y unidos por religión, cultura, raza, etc. y sus posiciones son, por lo general, muy persistentes y radicales.

Como trasfondo me parece que hay un descontento con el centralismo estatal que trata de imponer reglas y normas sin importar la autonomía o voluntad de la región. Pero por otro lado, difícilmente una región podría sobrevivir en un mundo globalizado como el de hoy, mas tampoco la metrópoli –la capital- podría subsistir sin las regiones: son por tanto interdependientes.

Es menester unir la globalización y el regionalismo en aras de poder aspirar a un bien social extendido a todas las partes del mundo, pues si no se toman en cuenta las regiones para el desarrollo de la globalización, ésta será deficiente por no contar con bases sólidas. Para integrar al regionalismo en la globalización se requiere de tolerancia y de incluyentismo, al igual que reconocer las diferencias y similitudes, y favorecer éstas sobre aquellas. Lo cual no implica, de manera alguna, dejar las costumbres, religión o cultura, sino al contrario, un reforzamiento de los mismos, pero basados en la concordia, el diálogo y la buena fe; tanto de la provincia, pueblo o región como de la federación, nación o república.

Factor esencial en este proceso es reconocer la valía de la diversidad; elemento indiscutible de la paz; para buscar y encontrar puntos en común dentro de las distintas posiciones.¹⁴²

¹⁴² Hay que retomar los valores señalados en el apartado *La transformación de la tradición jurídica moderna*.

3.3 EL JURISTA

Los tiempos cambian y las soluciones que antes eran buenas y justas, hoy pueden no serlo. El orden jurídico actual puede y debe mejorarse; no regresando a moldes obsoletos o formas imprácticas de resolver problemas jurídicos, sino amalgamando la *tradición moderna* y la visión aporética del Derecho; tomando los mejores elementos que cada concepción jurídica pueda aportar.

Permitir mayor libertad a la sociedad civil para dictar sus propias normas jurídicas, permitir mayor independencia al poder judicial, reinventar el Derecho tomando como punto de partida y de destino al hombre, basándose en la realidad y no en ideas, es una transformación que es necesaria.

Toda esta transformación incumbe a la sociedad toda, pero en mayor grado a los juristas: tanto en el plano jurídico como en el político.

En el plano político, el jurista “debe ser cauto en el creer y el obrar, no tener miedo de sí mismo y proceder con moderación, prudencia y humanidad, de modo que una excesiva confianza no lo vuelva imprudente, y una desconfianza exagerada, intolerable.”¹⁴³

En el plano jurídico, esta transformación debe fomentar las virtudes sociales, entre los miembros de la sociedad, pero especialmente en el jurista, se debe fomentar la Justicia y la Jurisprudencia; mientras que la Justicia se adquiere por una formación general moral, y es casi de moral natural, la segunda requiere de conocimientos especializados, que son los que se deben impartir en las facultades de Derecho.¹⁴⁴

¹⁴³ Maquiavelo N., *El Príncipe*, Populibros La Prensa, México, 1971, p. 126.

¹⁴⁴ *Vid D'Ors, op. cit. supra* nota 11, p. 35.

Los artistas cuando realizan alguna obra de arte manifiestan sus sentimientos y convicciones. La trascendencia de sus obras se logra cuando logran influir en los demás. El medio para proyectar su interioridad al mundo exterior es la técnica. Del mismo modo que los artistas, los juristas también deben trascender en su *arte*. Pero dicha trascendencia tiene sus matices: no busca despertar sentimientos sino ordenar la sociedad conforme a criterios de justicia. El medio de expresión de su arte, se llama *técnica jurídica*.¹⁴⁵

Actualmente se asocia al jurista con el conocedor de leyes; mas el jurista no sólo sabe de leyes, sabe también Derecho; ya que al lado de la preparación técnica e intelectual, debe estar la preparación humanista y social. Así pues, el jurista, además de conocer de leyes y de Derecho, debe ser un hombre profundamente humanista; debe ser virtuoso, especialmente justo. Ya que la justicia es enmarca una cualidad del orden social, pero también es una virtud moral.¹⁴⁶

El jurista es el responsable de dictar soluciones adecuadas a casos particulares, tanto como juez como legislador como ejecutivo; todos deben responder a los problemas planteados, bajo las coordenadas de la ética y de los hechos: "El ejercicio responsable de la profesión del jurista, apunta, en no poca medida, a trabajar cotidianamente en la determinación necesaria y razonable que, por una parte, es lo suficientemente elástica y, por otra, lo suficientemente estable."¹⁴⁷ El jurista, es pues, un hombre que busca ordenar la sociedad de una mejor manera, quizás no la mejor, idealmente hablando, pero sí la mejor posible en ese momento y bajo esas circunstancias.

Hay algunos que buscan el replantear la relación entre la sociedad y la persona en tres niveles: ontológico, moral y político para poder dirigirnos hacia un humanismo jurídico

¹⁴⁵ La técnica es el instrumento por medio del cual la interioridad del hombre se proyecta hacia el mundo exterior. En cierta manera, una parte de sí sale de él y se comunica a los demás. Manifestar lo que siente y lo que piensa es repercutir en el mundo exterior, es trascender.

¹⁴⁶ Vid Innerarity D., *op cit. supra* nota 68, p. 210.

¹⁴⁷ Viehweg T., *Tópica y Filosofía del Derecho*, Gedisa, Madrid, 1964, p. 17.

postmoderno.¹⁴⁸ En relación a este replanteamiento ontológico, opinan, se debe crear conciencia de que el hombre no es parte de un sistema, pero tampoco es un individuo aislado: hay que encontrar el justo medio entre el individualismo y el colectivismo.¹⁴⁹ En el segundo nivel, el moral, se debe restablecer la ética en las relaciones humanas y por consiguiente, en el Derecho. Finalmente, en el tercer plano, el político, el más estrechamente vinculado al Derecho, se debe enfocar nuevamente el esfuerzo de los hombres que dirigen a las naciones, al bien común, un bien común no supeditado a las economías.¹⁵⁰ Por todo lo anterior, no podemos sino decir que hay una gran responsabilidad de los políticos para mejorar las vidas de los mexicanos en este nuevo milenio, y un llamado especial a los juristas a la política.

¹⁴⁸ Tapia Velasco S., Derecho, Modernidad y Postmodernidad tesis profesional para obtener el título de Licenciado en Derecho por la Universidad Panamericana, México, 1994, plantea las opciones –que son muy reales- y que tenemos frente a nosotros y que son: la resistencia o la decadencia. Sumarnos a los que piensan que se puede *enderezar el barco* de la sociedad nacional e internacional con un renovado humanismo, o los que no aceptan tal posibilidad y prefieren continuar la *inconclusa* Modernidad desde un cómodo conformismo.

¹⁴⁹ *Ibid* a 38.

¹⁵⁰ *Id.* a 143.

CONCLUSIONES

1. El Derecho es dar a cada quien lo suyo, y éste varía de época a época y de lugar a lugar: el Derecho es pues, un producto social que reconoce diferencias.
2. Hay dos formas de entender al Derecho: la apodíctica vinculada a la teoría y la ley; y la aporética relacionada con la realidad y la justicia. La primera es casuista y fue el método empleado por los juristas de Roma, por los del *ius commune* bajomedieval, y en determinadas épocas del Estado Moderno. La segunda es netamente Moderna, por lo cual ha resurgido con nuevos bríos en nuestros días, los países de tradición occidental.
3. Además de ser un producto social, el Derecho tiene una función esencialmente social: dar soluciones justas y equitativas a problemas entre personas.
4. El Estado es la proyección jurídica y política de la Modernidad, misma que se basa en el individualismo, se organiza en un sistema autorreferencial de carácter legal con una vacuidad contingente, predica la igualdad absoluta entre personas y tiene a la administración como forma de gobernar.
5. El Estado de Bienestar es la última *versión* del Estado Moderno que promete la felicidad moderna consistente en ofrecer bienes tangibles que satisfagan las necesidades corpóreas de los gobernados.
6. Hemos visto en este trabajo que el Estado Moderno en México carece de verdaderos fines, pretende normar todas las actividades de los particulares mediante en un absolutismo jurídico, a diferencia, por ejemplo, de la época virreinal caracterizada por un rico pluralismo jurídico.

deben ser los puntos de apoyo de un nuevo proyecto de gobierno que busque el bien común.

14. Es responsabilidad de todo mexicano, en especial de los juristas, el reinventar el orden jurídico mexicano. La sociedad mexicana tiene mucha sensibilidad para percibir caminos y mucho ingenio para encontrar nuevas soluciones, no hay pues, impedimento para avanzar hacia un nuevo humanismo jurídico postmoderno.
15. Tanto el tema de la Postmodernidad como el del Derecho y sus implicaciones en la práctica, son una fuente abundante de reflexiones y de acciones, por lo cual, considero que han quedado infinidad de temas para futuras investigaciones y estudios.

BIBLIOGRAFÍA

1. ALBERT RAFAEL, Elementos formativos del Derecho en Europa, Madrid, 1982.
2. ARENAL FENOCHIO JAIME DEL, Las virtudes del Jurista, Escuela Libre de Derecho, México, 1994.
3. ARENAL FENOCHIO JAIME DEL, Modernidad, mito y religiosidad en el nacimiento de México del libro The Independence of Mexico and the Creation of the New Nation, UCLA Latin American Center Publications. University of California, Los Angeles. Mexico/Chicano Program University of California, Irvine, Estados Unidos de Norteamérica.
4. ARROYO E. O.P., Las misiones dominicanas en la Sierra Gorda de Querétaro, Talleres Gráficos de Gobierno del Estado de Querétaro, México, 1998.
5. Atlas Mundial, Grolier, Rand McNally & Company, Estados Unidos de Norteamérica, 1970.
6. BASAVE FERNÁNDEZ DEL CASTILLO A., Teoría del estado, JUS, México, 1990.
7. BEUCHOT M., Posmodernidad, hermeneútica y analogía, Miguel Ángel Porrúa, México, 1996.
8. BRAVO LIRA BERNARDINO, Derecho común y Derecho propio en el Nuevo Mundo, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1985.
9. BRAVO LIRA BERNARDINO, El absolutismo ilustrado en España e Indias bajo Carlos III (1759-1788). De la visión judicial a la Visión Administrativa del gobierno con motivo de un bicentenario., Revista Chilena de Historia del Derecho, núm. 14, separata, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1991.
10. BRUGGER W., Diccionario de filosofía, Editorial Herder, Barcelona, 1975.
11. CÁRCOVA C.M., La opacidad del derecho, Trotta, Madrid, 1998.
12. CÁRDENAS GUTIÉRREZ S., Podér y autoridad: binomio necesario en un estado de derecho, Revista del Senado de la República 13, Editorial Rayuela, México, 1998.
13. CARPINTERO FRANCISCO, Del derecho natural medieval al derecho natural moderno:

Fernando Vázquez de Menchaca, Universidad de Salamanca, 1997.

14. CARPINTERO FRANCISCO, Los inicios del positivismo jurídico en Centroeuropa, Actas, Madrid, 1993.

15. CASTIÑEIRA Á., La experiencia de Dios en la postmodernidad, P.P.C. Editorial, Madrid, 1958.

16. CERVANTES SAAVEDRA M., El ingenioso hidalgo Don Quijote de la Mancha, Editorial Del Valle de México, México, 1975.

17. Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para Toda la República en Materia de Fuero Federal, Porrúa, México 1994.

18. COSSÍO JOSÉ RAMÓN, La ciencia jurídica contemporánea y la difícil explicación del derecho indígena, Revista del Senado de la República, número 11, Rayuela, México, 1998.

19. D'ORS ÁLVARO, Una introducción al estudio del derecho, Escuela Libre de Derecho, México, 1989.

20. Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Vigésima Primera Edición, Madrid, 1992.

21. Diccionario Jurídico Temático, vol. 3, Editorial Harla, 1997.

22. Documentos del Vaticano II, Los, Obra Nacional de la Buena Prensa, México, 1966.

23. EBENSTEIN W., Los grandes pensadores políticos, Revista de Occidente, Madrid, 1965.

24. Elemi-España, Diccionario Enciclopédico Espasa-Calpe, tomo 10, Editorial Espasa Calpe, Madrid, 1979.

25. Encíclica Centesimus annus.

26. Encíclica Redemptoris Hominis.

27. GARCÍA MÁYNEZ E., Introducción al estudio del derecho, Porrúa, México, 1992.

28. GIUSSANI LUIGI., Educación es un riesgo, Encuentro, Madrid, 1991.

29. GONZÁLEZ GALVÁN J. A., El estado y las etnias Nacionales en México (La relación entre el derecho estatal y el derecho consuetudinario), Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1995.

30. GONZÁLEZ JULIANA, Gaceta UNAM número 81, 16 de abril de 1997, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1997.

31. GONZÁLEZ URIBE H., Teoría política, Porrúa, México, 1972.
32. Gran Enciclopedia Rialp tomo 1, Ediciones Rialp, S.A., Madrid, 1979.
33. Gran Enciclopedia Rialp tomo 4, Ediciones Rialp, S.A., Madrid, 1979.
34. GREEN ROSARIO, La ONU hacia el año 2000, Revista Mexicana de Política Exterior, número 47, verano de 1995, Nueva Época, México, 1995.
35. GROPPALI A., Doctrina general del estado, Porrúa hnos. y cía., México, 1944.
36. GROSSI P., El orden jurídico medieval, Marcial Pons, Madrid, 1996.
37. HELLER HERMAN, Teoría del estado, Fondo de Cultura Económica, México, 1942.
38. HERVADA J., Introducción crítica al Derecho Natural, Ariel, Barcelona, 1990.
39. IGLESIAS J., Derecho romano, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1990.
40. INNERARITY DANIEL. Dialéctica de la modernidad, Ediciones Rialp, Madrid, 1992.
41. JUAN PABLO II, L'Osservatore Romano, número 22, 29 de mayo de 1998, L'Osservatore Romano, Roma, 1998.
42. Ley Federal del Trabajo, Porrúa, México, 1998.
43. LÓPEZ VALDIVIA R., El fundamento filosófico del Derecho Natural, Tradición, México, 1982.
44. LLANO CIFUENTES ALEJANDRO, La nueva sensibilidad, Editorial Espasa Calpe, Madrid, 1988.
45. MAQUIAVELO NICOLÁS, El Príncipe, Populibros La Prensa, México, 1971.
46. MARAVALL JOSÉ ANTONIO, Estado moderno y mentalidad social (siglos XV a XVII). Tomo I y II, Alianza Editorial, Madrid, 1986.
47. MESSNER J., La cuestión social, Rialp, Madrid 1960.
48. MILLÁN PUELLES A., Persona humana y justicia social, Editorial Minos, S.A. de C.V., México, 1997.
49. MISHAN E.J., Economía del bienestar, Rialp, Madrid, 1969.
50. MOLINA ENRÍQUEZ, La revolución agraria de México 1910-1920, tomo 3, Porrúa, México, 1986.
51. NOVOA MONREAL E., El derecho como obstáculo al cambio social, siglo xxi editores, México, 1988.

52. PARRA NORIEGA G., Descentralización subsidiaria, Escuela Libre de Derecho, México, 1998.
53. PORRÚA PÉREZ F., Teoría del estado, Porrúa, México, 1966.
54. POSADA A., Tratado de derecho político, tomo I, quinta edición, España, 1935.
55. QUINTANA ROLDÁN, C., Derecho municipal mexicano, Porrúa, México, 1995.
56. ROMERO J. L., La edad media, Fondo de Cultura Económica, México, 1990.
57. RUBIO CARRACEDO J., Educación moral, postmodernidad y democracia. Más allá del liberalismo y del comunitarismo, Editorial Trotta, S.A., Madrid, 1996.
58. SAN AGUSTÍN, La Ciudad de Dios.
59. SANTO TOMÁS, Suma teológica, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1964.
60. Seminario problemática de los pueblos indígenas en América Latina. Documento base. Parlamento Latinoamericano, Talleres Gráficos de la Cámara de Diputados, México, 1998.
61. TAPIA VELASCO S., en su tesis profesional para obtener el título de Licenciado en Derecho por la Universidad Panamericana intitulada: Derecho, modernidad y postmodernidad; Universidad Panamericana, México, 1994.
62. TAU ANZÓATEGUI V., Casuismo y sistema, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1992.
63. TORO A. DE, Postmodernidad y postcolonialidad, Iberoamericana, Madrid, 1997.
64. VAL BLANCO J. DEL, Los pueblos indios y el Convenio 169 de la O.I.T. Revista del Senado de la República 11, Editorial Rayuela, México, 1998.
65. VECCHIO J. DEL, Persona, estado y derecho, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957.
66. VIEHWEG T., Tópica y filosofía del derecho, Gedisa, Madrid, 1964.
67. VIEHWEG T., Tópica y jurisprudencia, Turus, Madrid, 1964.
68. VILLORO TORANZO M., Del derecho hebreo al derecho soviético, Escuela Libre de Derecho, México, 1989.
69. VIÑAS MEY, El régimen jurídico y la responsabilidad en la América Indiana, UNAM, México, 1993.
70. WOJTYLA KAROL, Mi visión del hombre. Hacia una nueva ética, Palabra, Madrid, 1997.